

# *Gewährleistung von Wettbewerb im Spannungsfeld von Auslegung und Rechtsfortbildung*

**Universität Zürich, 29. Juni 2006**

Prof. Dr. Roger Zäch, Universität Zürich  
Vizepräsident der Wettbewerbskommission  
Verwaltungsrat der Rast Holding SA (Denner AG)



Universität Zürich

## **Einleitung**

Gewährleistung von Wettbewerb

## **Hauptteil**

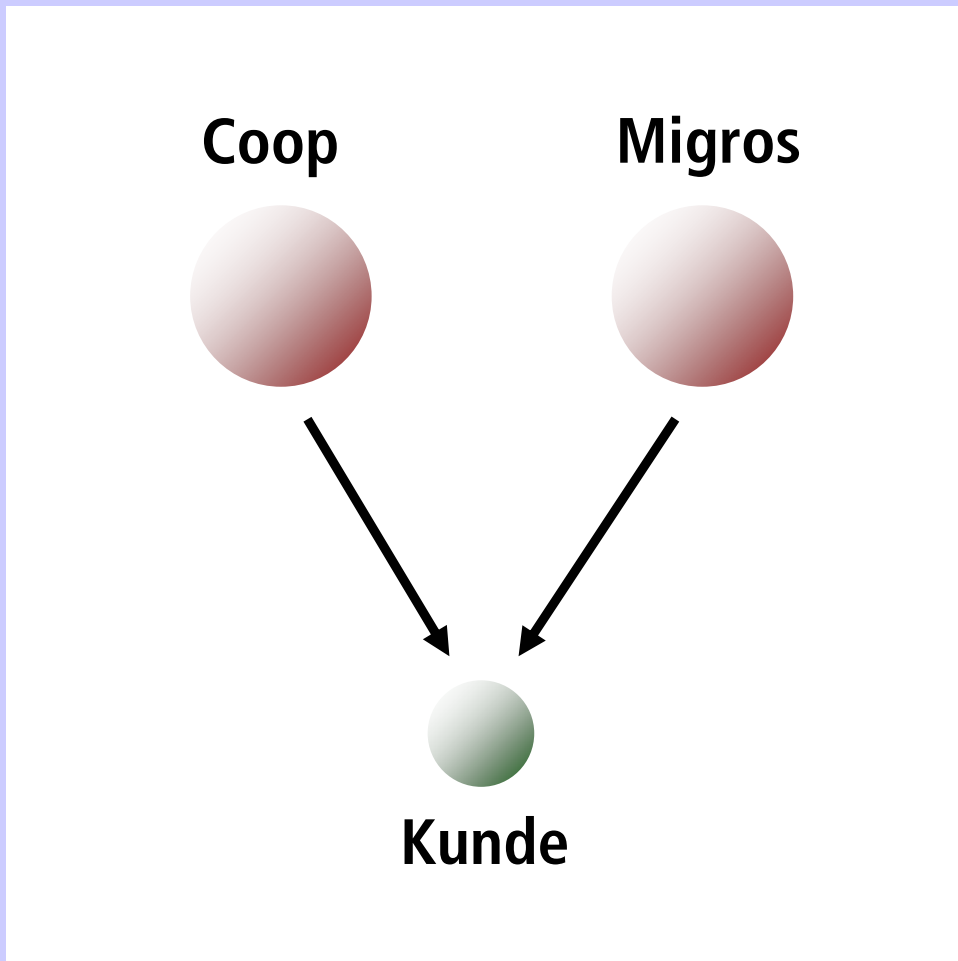
Neuartige Wettbewerbsbeschränkungen

- Im Bereich der Abreden
- Im Bereich der Missbrauchsaufsicht

## **Schlussteil**

Zur Gewährleistung von Handlungsfreiheit als Gesetzeszweck

# Was ist Wettbewerb?



**Bei Wettbewerb bemühen sich Unternehmen um Kunden, indem sie**

- günstigere Preise und Konditionen,
- bessere Produkte und Qualität,
- besseren Service vor und nach dem Verkauf bieten.

Wettbewerb ist für Unternehmen anstrengend.

**➔ Daher Tendenz:  
Wettbewerb zu beschränken.**

# *Warum wird heute Wettbewerb durch den Staat gewährleistet?*

**Wettbewerb  
zwischen  
Unternehmen**



- Mehr und bessere Produkte zu tieferen Preisen
- Zu relativ grosser Handlungsfreiheit der Einzelnen

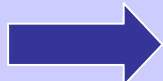


**Die Schweiz muss heute den Wettbewerb aber auch deshalb gewährleisten, weil dies viele andere Staaten tun.**

# *Wie wird Wettbewerb gewährleistet? (1)*

## **1. Durch die Beseitigung staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen (Öffnung der Grenzen)**

- Abbau von Zöllen und Kontingenten
- Abbau von technischen Handelshemmnissen
  - „Cassis de Dijon“
  - Motion SR Hess
  - Postulat „NR“ Leuthard



**Das beschäftigt zur Zeit die Verwaltung, die Gesetzgebung und die Gerichte.**



## Arena

Sendung vom 21. Januar 2005

„Preiskampf: Wird die Schweiz billiger?“

# Der Staat verteuert den...

VON ANDREA FIEDLER  
BERN Gross sind die  
revidieren

## Billige

Neue Zürcher Zeitung

WIRTSCHAFT

### «Cassis de Dijon» als Wettbewerbspeitsche

in Kraft getretene Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse um die Bestimmung zu ergänzen, dass jede in der EU rechtmässig produzierte und vermarktete Ware auch zum Absatz in der Schweiz zugelassen ist. Umstritten unter Experten ist

her. Zu diesem Schluss müsste eigentlich fast notwendigerweise auch die Arbeitsgruppe des Seco kommen. Zweifellos würde das Cassis-de-Dijon-Prinzip als Peitsche für mehr Wettbewerb und folglich mehr Wohlstand wirken.

Colgate-Zahnpasta: Wenn ein Schweizer Händler Colgate-Produkte parallel importiert, steht auf der Packung nicht die Adresse der hiesigen Firmenvertretung. Der Gesetzgeber verlangt sie jedoch. Also muss sie extra aufgeklebt werden.

Bti. eines Postulats  
Cassis-de-Dijon-Thema



rg. oll  
o-  
und der ver-

*Öffnung der Grenzen ist für die Schweiz besonders wirksam,  
weil sie geographisch im Zentrum der EU liegt*





# *Wie wird Wettbewerb gewährleistet? (2)*

## **2. Mit Gesetzen gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch Private**

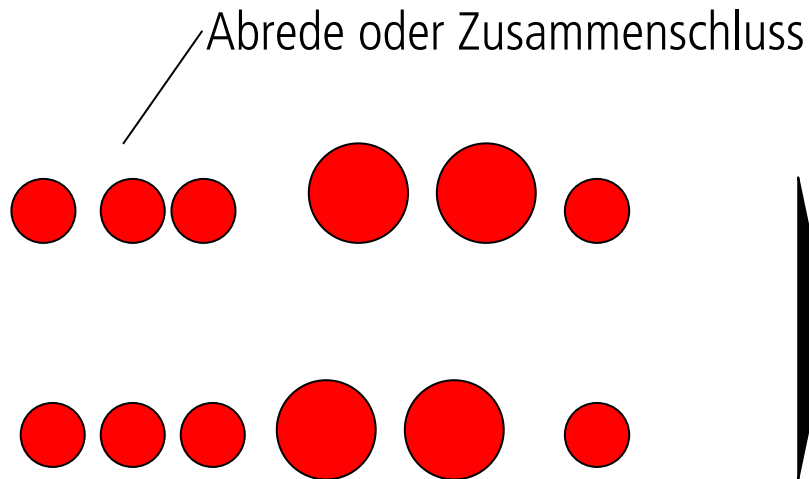
- Regeln gegen bestimmte Abreden  
(Art. 5 KG, Art. 81 EGV)
- Regeln gegen bestimmte Unternehmenszusammenschlüsse  
(Art. 9 und 10 KG, FKVO)
- Regeln gegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung  
( Art. 7 KG, Art. 82 EGV)



**Diese Gesetze sollen Wettbewerbsbeschränkungen durch Private verhindern!**

*Schwierigkeit: Abreden und Zusammenschlüsse beeinflussen die Wettbewerbsintensität positiv oder aber negativ*

**Unternehmen eines Marktes**



Wettbewerbsintensität

+

-

Kartellbildung/  
Konzentration



**Es ist in Grenzfällen schwierig zu beurteilen, ob die Wirkung wettbewerbsfördernd oder aber wettbewerbsbeschränkend ist.**

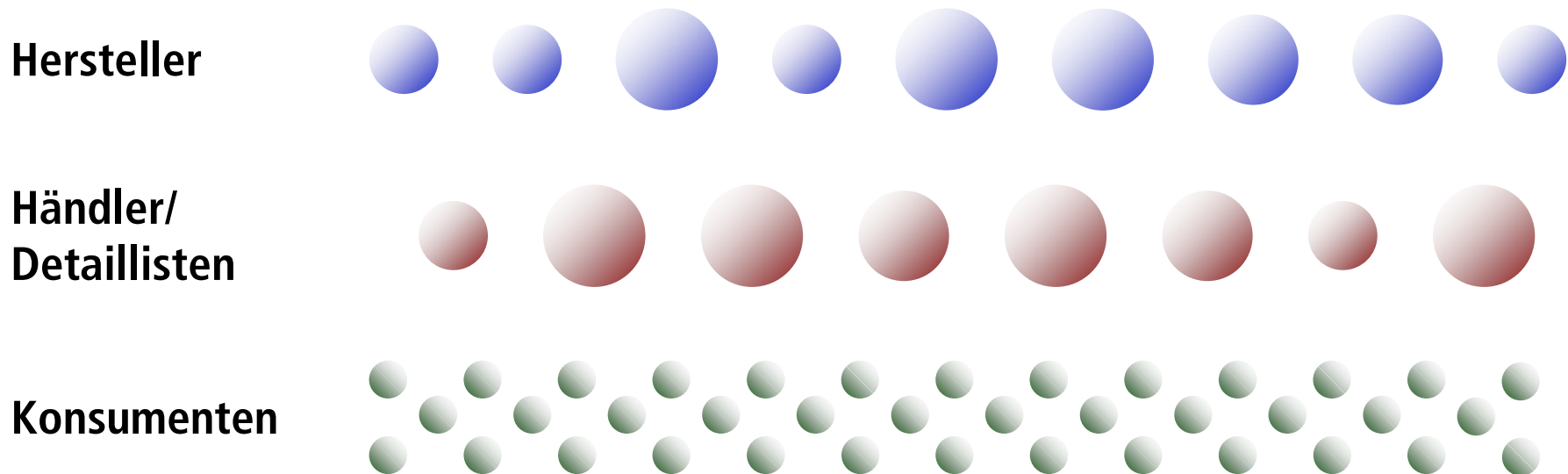
## **Im Bereich der Wettbewerbsabreden**

- I. „Nicht koordinierte“ wettbewerbsbeschränkende Wirkungen**
- II. Unverbindliche Preisempfehlungen von Herstellern**
- III. Integration von Händlern ins Unternehmen des Herstellers – tatsächlich oder nur zum Schein?**

# *Nicht erfasste Wettbewerbsbeschränkungen*

## **I. „Nicht koordinierte“ wettbewerbsbeschränkende Wirkungen**

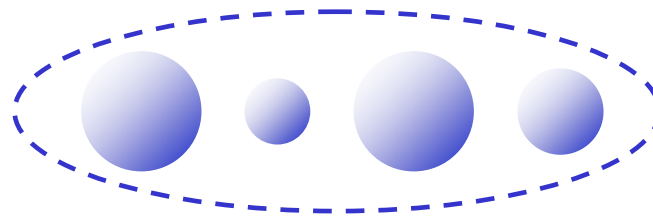
# *Marktstrukturen schematisch – beim Erlass der Regeln gegen Wettbewerbsabreden*



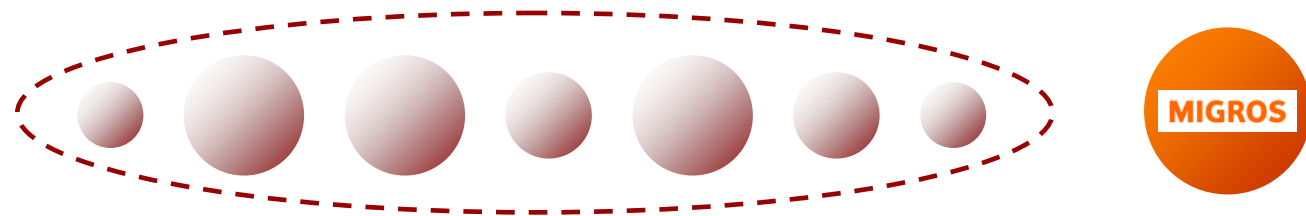
- Das Verhalten der einzelnen Unternehmen war nicht vorhersehbar (Informationsproblem).
- Zur Beschränkung etwa des Preiswettbewerbs, mussten Verträge geschlossen werden.

# Wettbewerbsbeschränkende Abreden von Verbänden

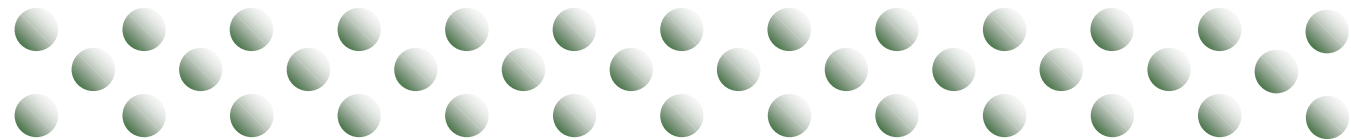
**Hersteller**



**Händler/  
Detailisten**

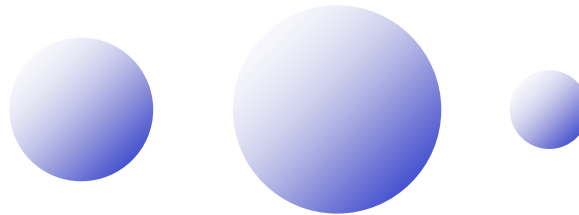


**Konsumenten**

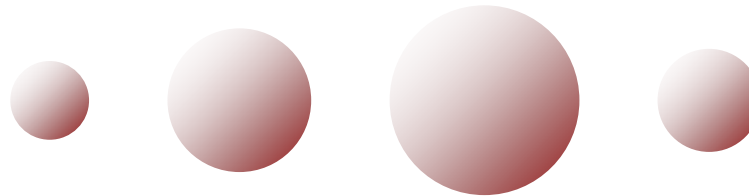


# *Marktstrukturen schematisch – auf vielen Märkten heute*

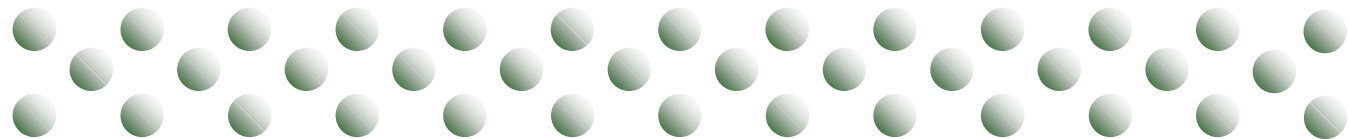
**Hersteller**



**Händler/  
Detailisten**



**Konsumenten**



**Oft nur noch wenige konkurrierende Unternehmen!**

# *Information unter Konkurrenten – heute*

- Auf vielen Märkten ist
  - die Information viel vollständiger,
  - das Verhalten der Unternehmen viel besser vorhersehbar.
- Beispiele: ...



Shopping

Anmeldung

Hilfe & Infos

Homepage



Supermarkt

ein Produkt suchen:

Go

Einkaufskorb

Somat 1  
Tablets 760 g



Fr 10.50



Somat 5  
Tablets 575 g



Fr 10.50



Persil  
Waschmittelpulver 5.4 kg



Fr 33.90



Preisangaben

zurück nach oben

Waschmittel



Ecover - Ökologische Wasch-Tabs 30° 40° 60° - Ökologisch [Info](#)

960 g

Fr 14.80  
Fr 15.42/ kg



[Einkaufskorb](#)



Ecover - Flüssig Waschmittel 1,5L - 30° 40° 60° - Schont Ihre Haut [Info](#)

1.5 l

Fr 13.40  
Fr 8.93/l



[Einkaufskorb](#)



Ecover - Waschmittel - Woll- und fein [Info](#)

1 l

Fr 7.50  
Fr 7.50/l



[Einkaufskorb](#)

Haben Sie Produktvorschläge? [Schreiben Sie uns!](#)

Wissenswertes zu unseren [Produktinformationen.](#)

© LeShop SA



Mein Einkaufskorb

Supermarkt: 0.00  
Boutiquen: +0.00

Einkaufstotal: Fr 0.00

Menge | Produkt | Preis



Supermarkt













Boutiquen



weiter zur Kasse

Vollwaschmittel

- Color- / Feinwaschmittel
- Gewebeveredler
- Enthärter / Hilfsmittel
- Bad / WC Reiniger
- Putzmittel
- Abwaschen / Lufterfrischer
- Reinigungshelfer
- Insektensch./ Schuhpflege
- Haushaltsp./ Kehrichts.

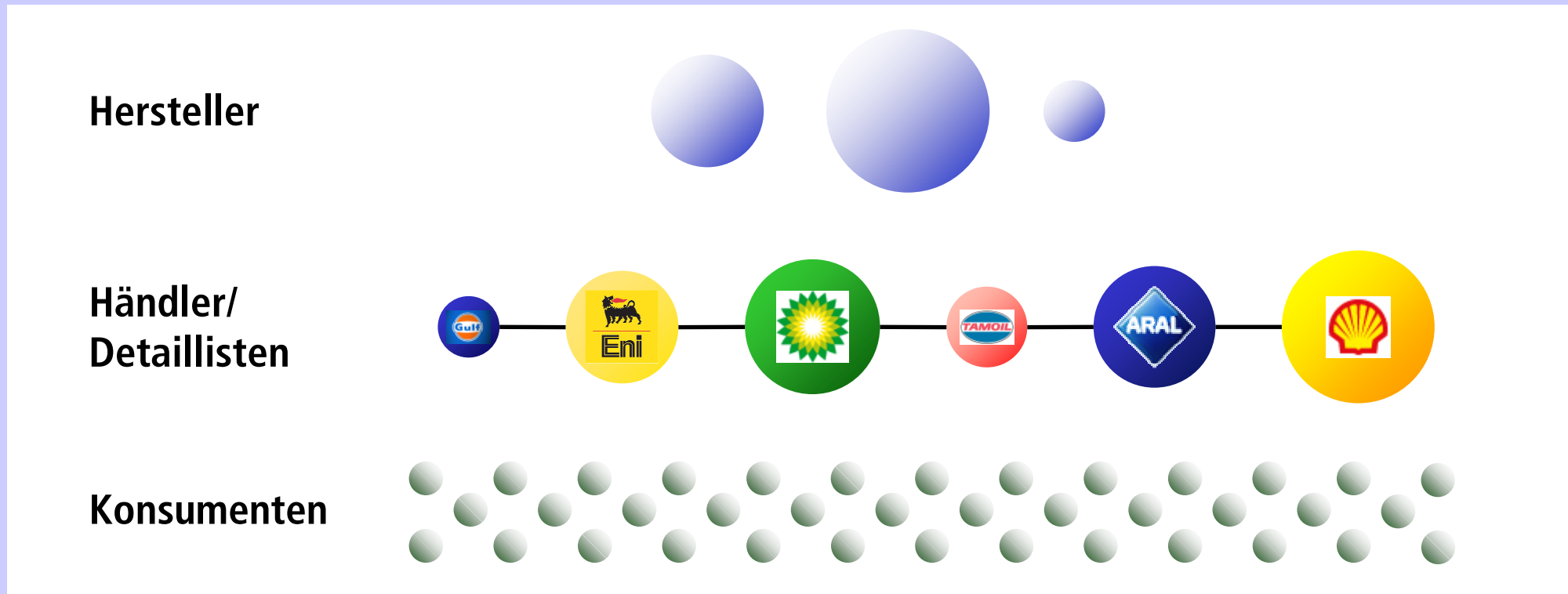
	Omo Sparkling 1.35kg	11.90	<input type="text"/>	
	Omo Standard 2.97kg	15.40	<input type="text"/>	
	Persil Megaperls 1.35kg	12.90	<input type="text"/>	
	Persil Tabs 30St	10.90	<input type="text"/>	
	Persil Box 2.565kg	15.40	<input type="text"/>	

Ihr Einkaufskorb

Preisangaben

# Beispiel Benzinmarkt

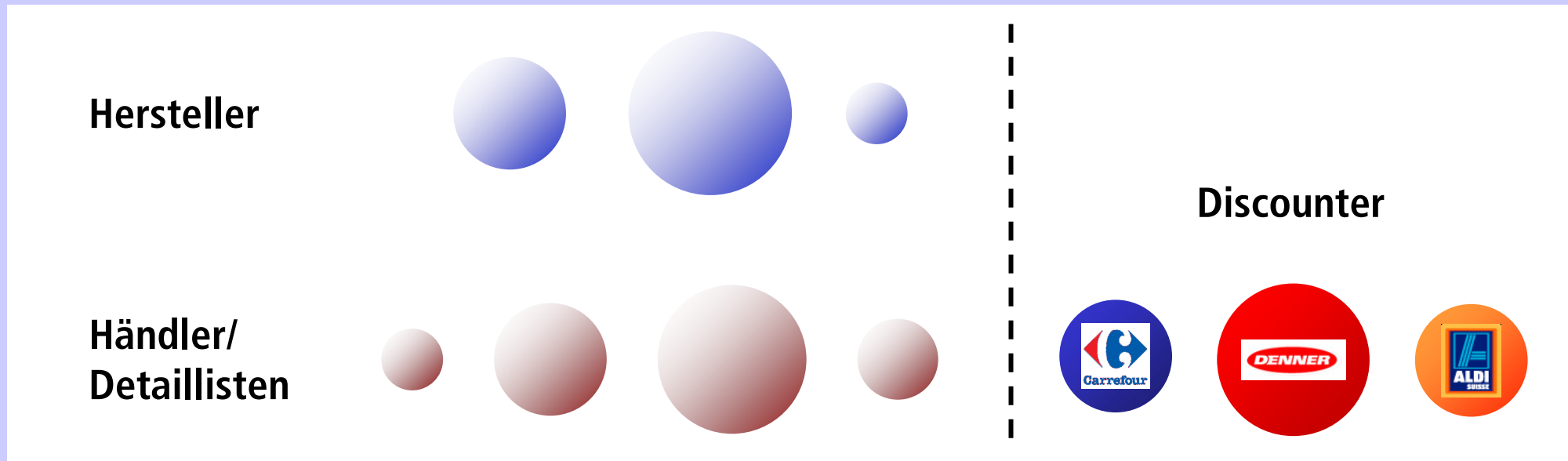
Wenige Detailhandelsunternehmen, fast vollständige Information



Feststellbar ist z.B.: Konkurrenten machen sich kaum Preiswettbewerb – Abreden sind nicht nachweisbar.

# Beispiel Detailhandel (1)

## Wenige Detailhandelsunternehmen, fast vollständige Information



### Discounter „müssen“ Preiswettbewerb machen!

- „Wir sind immer billiger“ (Denner)
- „Täglich der garantiert günstigste Preis der Schweiz“ (Carrefour)

# Beispiel Detailhandel (2)



Fr. 26.90  
MIGROS  
(+34.8%)

Fr. 23.90  
COOP  
(+19.8%)

Fr. 19.95



**Preiswettbewerb durch Discounter:**

**Margen der anderen Händler geraten unter Druck**

**Hersteller erwarten Preisdruck**

**Um Preisdruck abzuwenden:**

**Lieferpreise/Bedingungen für Discounter werden verschlechtert**

**Preiswettbewerb durch Discounter wird durch „vorausseilenden Gehorsam“ entschärft.**

## Heutige Situation auf vielen Märkten

- Wenige Konkurrenten und
- fast vollständige Information.

### Erleichtert:



theoretisch Preiswettbewerb: Preisbewegungen des einen (nach unten) können die anderen sofort nachvollziehen;



Abreden zur Ausschaltung des Preiswettbewerbs;



Ausschaltung etwa des Preiswettbewerbs

- ohne Abrede,
- ohne nachweisbare Abrede.

## Zu solchen Problemfällen sagte US Supreme Court Justice Holmes bereits 1905:

- „The defendants cannot be ordered to compete“.
- Das gilt auch für die Weko.
- Aber wir müssen es nicht dabei bewenden lassen.



## Cash Talk

Sendung vom 26. Februar 2006

Der Preisüberwacher über die  
„Hochpreisinsel Schweiz“



# *Lösungsvorschlag: Überweisung an den Preisüberwacher*

**Falls kein Preiswettbewerb und keine Abreden bestehen beziehungsweise nicht nachweisbar sind, sollte die Wettbewerbskommission feststellen:**

- Konkurrenten machen sich keinen Preiswettbewerb.
- Preise sind daher nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs (Art. 12 PüG).
- Daher ist der Preisüberwacher zuständig; er untersucht Preise auf Missbräuchlichkeit (Art. 9 bzw. 10 PüG).



**Preisüberwacher setzt allenfalls Preise fest.**

## **II. Unverbindliche Preisempfehlungen von Herstellern**

Warum werden diese durch die Regeln gegen Wettbewerbsabreden nicht erfasst?



Die Begründung lautet oft:

**Weil sie einseitig sind, also keine Abreden vorliegen, und sie „freiwillig“ befolgt werden.**

## **Unverbindliche Preisempfehlungen von Herstellern**

- Heute verbreitet wegen moderner Informationstechnologie.
- Mittel
  - zur Information der Kunden,
  - zur Beschränkung des Preiswettbewerbs:
    - falls Händler Preisempfehlungen befolgen,
    - falls Kundschaft nicht um den Preis feilscht.

# *Wo wird um den Preis gefeilscht?*

## **Beim Kauf von:**

- Autos,
- Möbeln,
- TV, Electronics,
- auf Flohmärkten

**wird allenfalls gefeilscht.**

## **Bei (Ein)Käufen:**

- bei Grossverteilern,
- in Gaststätten,
- von Medikamenten

**wird nicht gefeilscht.**



**Im Regelfall dürfte zutreffen:**

**In der Schweiz wird nicht um den Preis gefeilscht!**



# Kassensturz

Sendung vom 14. Februar 2006

„Kreditkarten“

# Lösungsvorschläge

Preisempfehlungen  
adressiert an  
Konsumenten

Preisempfehlungen  
adressiert nur an  
Händler

**Positiv:**  
Informationsfunktion

**Negativ:**  
*Keine* Informationsfunktion  
für Konsumenten

Für höherpreisige  
Produkte

Für tieferpreisige  
Produkte

Zulässig

?

Falls befolgt =  
abgestimmtes Verhalten

Unzulässig

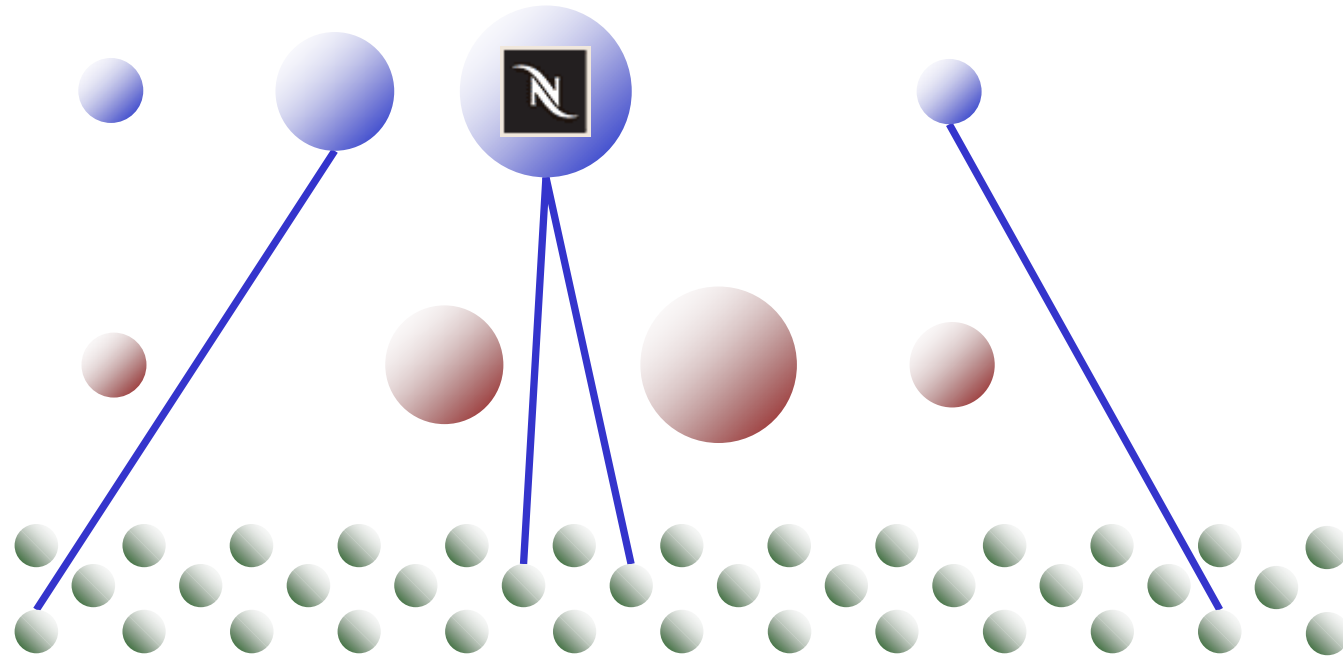
**III. Integration von Händlern ins Unternehmen des Herstellers – tatsächlich oder nur zum Schein?**

## Informationstechnologie ermöglicht heute Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie der EU)

Hersteller

Händler/  
Detailisten

Konsumenten



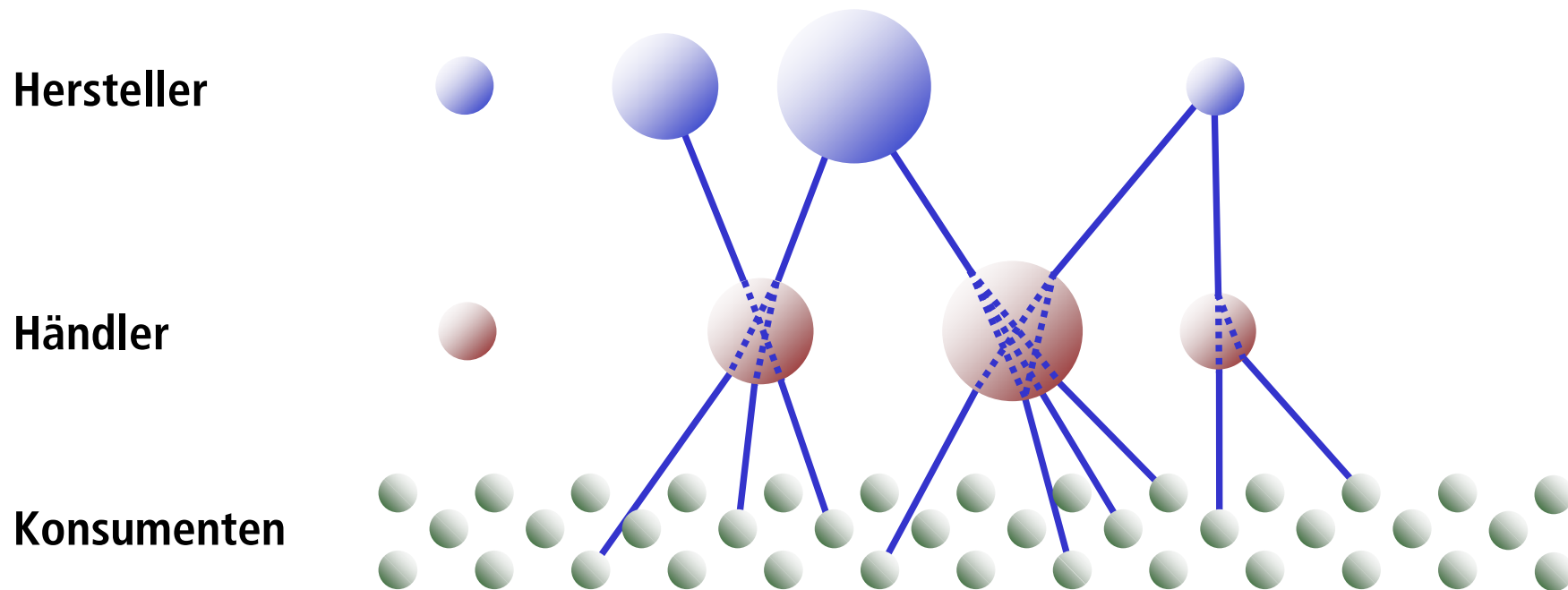
Bsp.: Nespresso, Amazon, Dell.



# Übernahme gewisser Händlerfunktionen durch den Hersteller (1)

**Informationstechnologie (Internet, Bildtelefonie, Email) ermöglicht heute:**

- Kundenberatung durch Hersteller statt wie bisher durch Fachhandel;
- Vertragsabschluss direkt durch Hersteller statt wie bisher durch Fachhandel.



# Übernahme gewisser Händlerfunktionen durch den Hersteller (2)

**Wie sind solche neuen Vertriebsformen zu beurteilen?**

Zwei Möglichkeiten:

**Händler werden  
(unselbständige)  
Angestellte**

**Händler bleiben  
selbständige  
Unternehmen**

**Kartellrecht nicht anwendbar:  
Art. 5 Abs. 4 KG  
läuft leer**

**Preisvorschriften des Herstellers  
z.B. sind wie bisher nach  
Art. 5 Abs. 4 KG zu beurteilen**

## Interessenlage

- Hersteller und Händler sind in vielen Fällen daran interessiert, das Kartellgesetz zu umgehen.
- Zu diesem Zweck werden Händler als Angestellte „bezeichnet“.

## Einzelfallbeurteilung

- Daher ist im Einzelfall zu beurteilen, ob ein „Händler“ tatsächlich Angestellter, oder ob er das nur dem Schein nach ist. Ist alles nur Schein, liegt eine Gesetzesumgehung vor, das Kartellgesetz bleibt anwendbar.
- Um das herauszufinden, muss wohl oft ein Augenschein vorgenommen werden.

# *Beispiel: Autowad AG*



# *Nicht erfasste Wettbewerbsbeschränkungen*

## **Im Bereich der Missbrauchsaufsicht**

- I. Produkte mit sogenannter Alleinstellung**
- II. Produkte mit Anbindungseffekt**

# *Produkte: austauschbar und weniger komplex*

## **Wirtschaftliche Situation um ca. 1900 / 1945**

- Bei Erlass der Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht: herrschte Mangelwirtschaft; es gab zu wenig Produkte!
- Die Konsumprodukte waren weitgehend: austauschbar, wenig differenziert, ohne „berühmte“ Marken.
- Die Haushalts- und Produktionsmaschinen waren weniger komplex.

## Wirtschaftliche Situation seit ca. 1960

- Überflussgesellschaft!
- Ein Hauptproblem vieler Unternehmen ist seither der Absatz der Produkte.
- Marketing ist heute zentrale Unternehmensfunktion.



**Trend zu Produkten mit Alleinstellung bzw. Anbindungseffekt.**

# *Produkte mit Alleinstellung*

- Trend zur Produktdifferenzierung, die auch emotional erfolgt (Werbung, Marken, Imagepflege).
- Ziel: Alleinstellung, Aufhebung der Austauschbarkeit (Substituierbarkeit).
- Marken können – auf Zeit – zu Märkten werden.



## Beispiele von Produkten mit Alleinstellung



Warum wählt man z.B. Lacoste?

# Produkte mit Anbindungseffekt

## Beispiele



## **Abhängigkeitsverhältnisse beispielsweise:**

- Handel von Herstellern
- Konsumenten von Lieferanten
- Gewerbe von Herstellern

# *Nochmals: Wirtschaftliche Situation um ca. 1900 / 1945*

## **Die Regeln über die Missbrauchsaufsicht wurden erlassen:**

- für eine Mangelwirtschaft, „Guter Rat, Notvorrat!“;
- gegen grosse Industrieunternehmen, die weitgehend
- austauschbare (substituierbare) Produkte anboten.

## **Keine Themen waren:**

- die Überflussgesellschaft;
- die subjektive Bindung an berühmte Marken;
- die objektive Bindung an den Hersteller für Service-Dienstleistungen.

# *Traditioneller Marktbeherrschungsbegriff ist heute oft das Problem*

Abhängigkeitsverhältnisse wegen

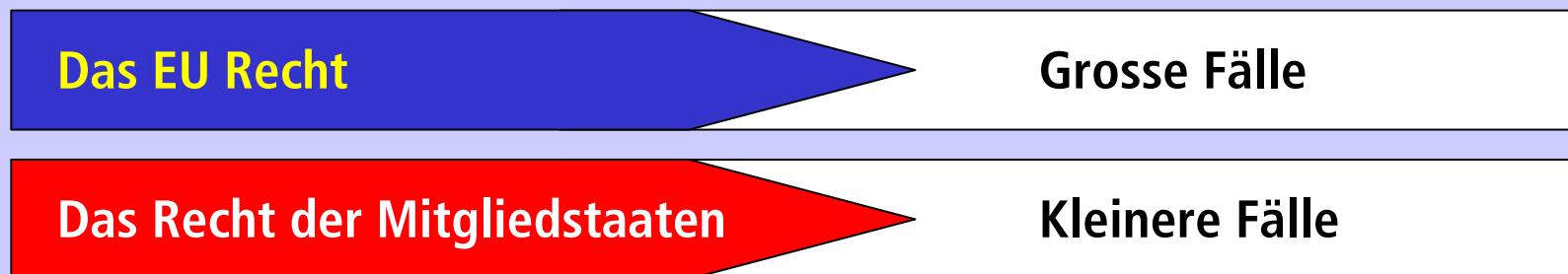
- subjektiver Bindung an Marken,
  - objektiver Anbindung an einen Hersteller für Folgegeschäfte
- werden in der Regel nicht erfasst.



**Art. 7 KG läuft in solchen Fällen leer.**

## Besonderes Problem in der Schweiz:

- Die Behördenpraxis ist fixiert auf den Marktbeherrschungsbegriff der EU.
- Übersehen wird dabei, dass in der EU zwei Rechtsordnungen zusammenwirken:



**Das KG muss grosse und kleinere Fälle erfassen!  
Wichtig ist daher eine Orientierung auch am Recht  
der EU Mitgliedstaaten.**

## Abhängigkeitsverhältnisse infolge

- subjektiver Bindung an Marken,
- objektiver Anbindung bei Folgegeschäften

sollten im Regelfall zu Marktbeherrschung führen (Art. 4 Abs. 2 KG).

## Folge kann sein:

- Ein Zwang „zu verkaufen“ zu marktgerechten Bedingungen (Art. 13 KG).
- Das ist in einer Überflussgesellschaft aber grundsätzlich kein Problem.

**Schwieriger zu beurteilen sind Fälle der Verweigerung der Abnahme (vgl. dazu den differenzierten Entscheid der Weko in Sachen Coopforte).**

# Schluss teil

Neue Wettbewerbsbeschränkungen im Falle einer Änderung des Gesetzeszweckes im Zuge des sogenannten „more economic approach“?



*Nicht erfasste Wettbewerbsbeschränkungen wegen Änderung des Gesetzeszweck  
im Zuge des sogenannten „more economic approach“*

## **Zweck der Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen?**

# Gesetzeszweck

## Traditionelle Konzeption

Gewährleistung von wirtschaftlicher  
Handlungsfreiheit der Unternehmen  
(Gesetzeszweck).  
Handlungsfreiheit führt aus Erfahrung zu

## Wettbewerb

Wettbewerb führt aus Erfahrung zu

Wirtschaftlicher oder sozialer  
Wohlfahrt

## Konzeption des „more economic approach“

Gewährleistung von wirtschaftlicher  
oder sozialer Wohlfahrt  
(= consumer welfare, wirtschaftliche  
Effizienz)

# Beispiel

Ein Hersteller macht einem Händler eine Preisvorschrift für den Weiterverkauf.

**Zu beurteilen ist:**

**Traditionelle  
Konzeption**

Führt diese konkrete Preisvorschrift zu einer „unzulässigen“ Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Händlers?

**Konzeption des  
„more economic approach“**

Befördert oder vermindert die konkrete Preisvorschrift die wirtschaftliche oder soziale Wohlfahrt (= consumer welfare, wirtschaftliche Effizienz)?

# Beurteilung der neuen Konzeption (1)

## Diese neue Konzeption

- missachtet die verfassungsrechtlich geschützte Handlungs- und Wettbewerbsfreiheit (Art. 27, 94 BV);
- consumer welfare ist als Gesetzesbegriff zu unbestimmt und verletzt daher das rechtsstaatliche Gebot, dass gesetzliche Bestimmungen berechenbar sein müssen;
- setzte voraus, dass Behörden künftige wirtschaftliche Ergebnisse vorhersehen und beurteilen können; das ist nicht möglich; an die Vorhersehbarkeit wirtschaftlicher Ergebnisse glaubte man in zentralen Planwirtschaften;
- führte zur Einschränkung des Anwendungsbereichs der Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere der Missbrauchskontrolle:
  - nur in wenigen Fällen wären „mit hinreichender Sicherheit“ Wohlfahrtsverluste nachweisbar;
  - in allen anderen Fällen käme es zu Nichtentscheiden.

# *Beurteilung der neuen Konzeption (2)*

## **Nichtentscheide**

- Nichtentscheide sind problematisch.
- Sie sind zwar zu Gunsten des ins Recht gefassten Unternehmens,
- sie sind aber meistens zu Lasten Dritter:
  - behinderter Unternehmen oder
  - der Konsumentenschaft.

# *Ergebnis der Beurteilung*

- Aus den erwähnten Gründen und
- aus dem Hauptgrund, dass das Wettbewerbsrecht Raum für freie wirtschaftliche Entfaltung schaffen muss und nicht wirtschaftliche Ergebnisse beurteilen sollte, folgt,...



**... dass die Gewährleistung von wirtschaftlicher Handlungsfreiheit weiterhin Gesetzeszweck bleiben muss.**