

# *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

# Gedankenstütze (1)

- Ich rede über Wettbewerb und die Aufgabe der Behörden, Wettbewerb zu gewährleisten und ich rede über das Spannungsfeld, in dem sich die Behörden dabei befinden.
- Denn das Gesetz, genau die Gesetzestexte, sind stabil und die Wirtschaft verändert sich schnell (Walter Yung). Daher stellt sich den Behörden häufig die Frage, ob die Gesetze von gestern auf die Verhältnisse von heute angewendet werden dürfen?
- Es stellt sich die Frage, ob die Gesetze durch Auslegung den veränderten Verhältnissen angepasst werden können, oder ob es der Rechtsfortbildung bedarf. Falls das Recht fortzubilden ist, stellt sich sofort die weitere Frage, ob dies die zuständige Behörde tun darf oder ob dies der Gesetzgeber tun muss. Zu beachten ist, dass diese Frage im Privatrecht weniger brisant ist als im Wirtschaftsrecht.

## Gedankenstütze (2)

- Besteht zwischen zwei Privatpersonen etwa eine Mietstreitigkeit, weil in der Nachbarwohnung angeblich zu viel Lärm verursacht wird, ist es wichtig, dass notfalls ein Gericht den Streit beilegt, und zwar dadurch, dass es – gestützt auf ein Gesetz – der einen oder dem anderen Recht gibt und zu diesem Zweck notfalls das Gesetz auslegt oder gar „fortbildet“ (Art. 1 ZGB). In solchen Fällen hat niemand Probleme, wenn das Gericht einen Gesetzestext „fortbildet“.

## Gedankenstütze (3)

- Bei der Gewährleistung von Wettbewerb durch eine staatliche Behörde, wie die Wettbewerbskommission, geht es indes häufig darum, ob eine Behörde einem privaten Unternehmen etwas verbieten bzw. befehlen darf. Die Frage ist, ob die Wettbewerbskommission beispielsweise dem Autohersteller VW verbieten darf, seinen Autohändlern Preise für den Weiterverkauf zu „empfehlen“ oder ob sie der Firma Lacoste oder aber Louis Vuitton befehlen kann, auch Coop mit Lacoste Leibchen bzw. Louis Vuitton Produkten zu beliefern. Solche Fälle sind problematisch, weil Interventionen von Behörden in den Bereich des Privaten nur gestützt auf ein Gesetz zulässig sind, vergleichbar dem Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“.

# Gedankenstütze (4)

Heute abend möchte ich sprechen:

- Einleitend über die Gewährleistung von Wettbewerb;
- im Hauptteil darüber wie mit neuartigen Wettbewerbsbeschränkungen umgegangen werden soll. Mit Wettbewerbsbeschränkungen, die sich insbesondere aus wirtschaftlichen und technologischen Veränderungen ergeben;
- im Schlussteil möchte ich zeigen, dass auch in Zukunft die Bestimmungen zur Gewährleistung von Wettbewerb sich an der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit und nicht an der consumer Welfare orientieren sollten.

## **Einleitung**

Gewährleistung von Wettbewerb

## **Hauptteil**

Neuartige Wettbewerbsbeschränkungen

- Im Bereich der Abreden
- Im Bereich der Missbrauchsaufsicht

## **Schlussteil**

Zur Gewährleistung von Handlungsfreiheit als Gesetzeszweck

# Gedankenstütze

- Im Folgenden werde ich eingehen auf neuartige Wettbewerbsbeschränkungen, die auf wirtschaftliche und technologische sowie wettbewerbstheoretische Veränderungen zurück zu führen sind.

# Gedankenstütze

„Bund und Kantone halten sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit“ (Art. 94 Abs. 1 BV).

„Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen [...] sind“ (Art. 94 Abs. 4 BV).

„Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet“ (Art. 27 Abs. 1 BV; vgl. auch Art. 35 Abs. 3 BV).

„Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.“ (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

„(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 Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezüglich 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“ (Art. 23 FHA Schweiz–EG).

Die EU hat unter anderem zur Aufgabe, ein System zu gewährleisten, „das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“ (Art. 3 Bst. g) EGV)



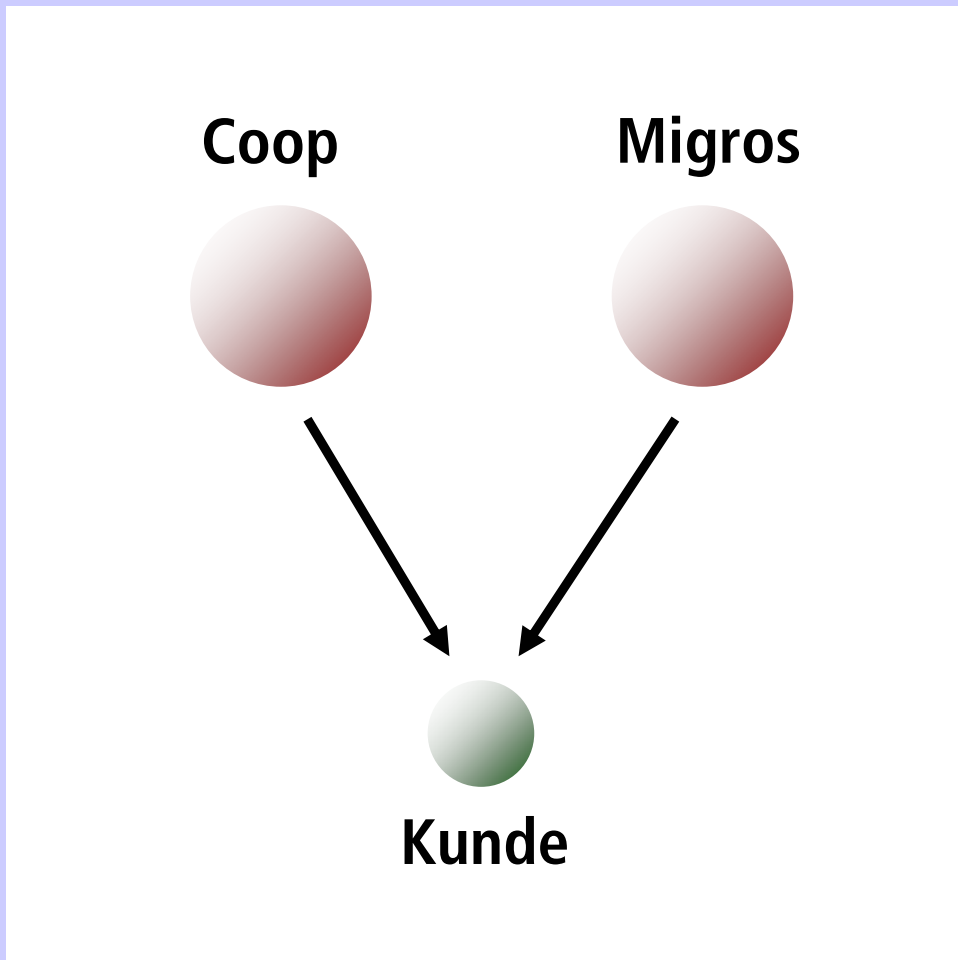
# Gedankenstütze

- Für meine Lösungsvorschläge bildet das Verfassungsrecht die Grundlage.
- Wirtschaftsfreiheit wurde erkämpft und ist heute als Grundrecht gewährleistet.
- Fall des Bäckers Vögtlin (1896), in dem das Bger. ein Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung anerkannte.

Die Judikatur war in der Folge schwankend. Ein Urteil, das den Wettbewerb beförderte war sicher das zweite Denner/Bier Urteil (BGE 112 II 268), an dem Bundesrichter Schubarth massgeblich mitwirkte.

- Heute ist aber auch Wettbewerbsfreiheit gewährleistet. Heute steht Wettbewerb den Einzelnen nicht zur Disposition (Mestmäcker, Hangartner).

# 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**

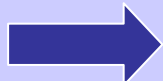


**Die Schweiz muss heute den Wettbewerb aber auch deshalb gewährleisten, weil dies viele andere Staaten tun.**

# 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)

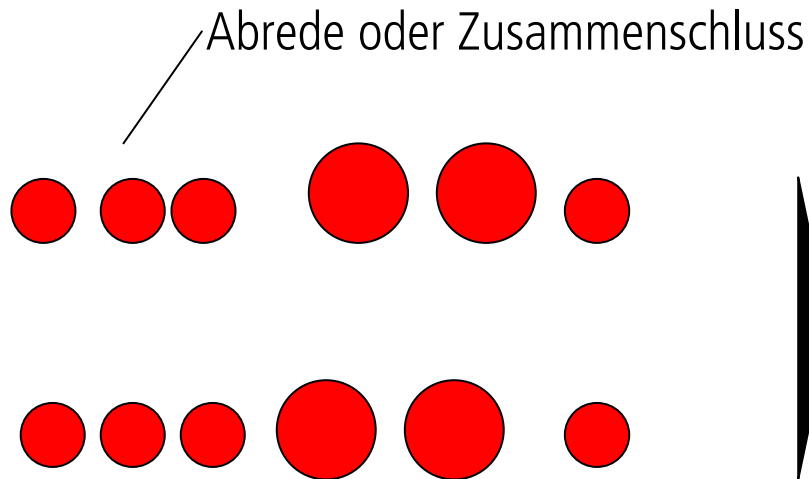


**Diese Gesetze sollen Wettbewerbsbeschränkungen durch Private verhindern!**



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

## Unternehmen eines Marktes



Wettbewerbs-  
intensität

+

-

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**

# Gedankenstütze

## I. „Nicht koordinierte“ wettbewerbsbeschränkende Wirkungen

- Was ist das?
- Warum werden diese durch die Regeln gegen Wettbewerbsabreden nicht erfasst?



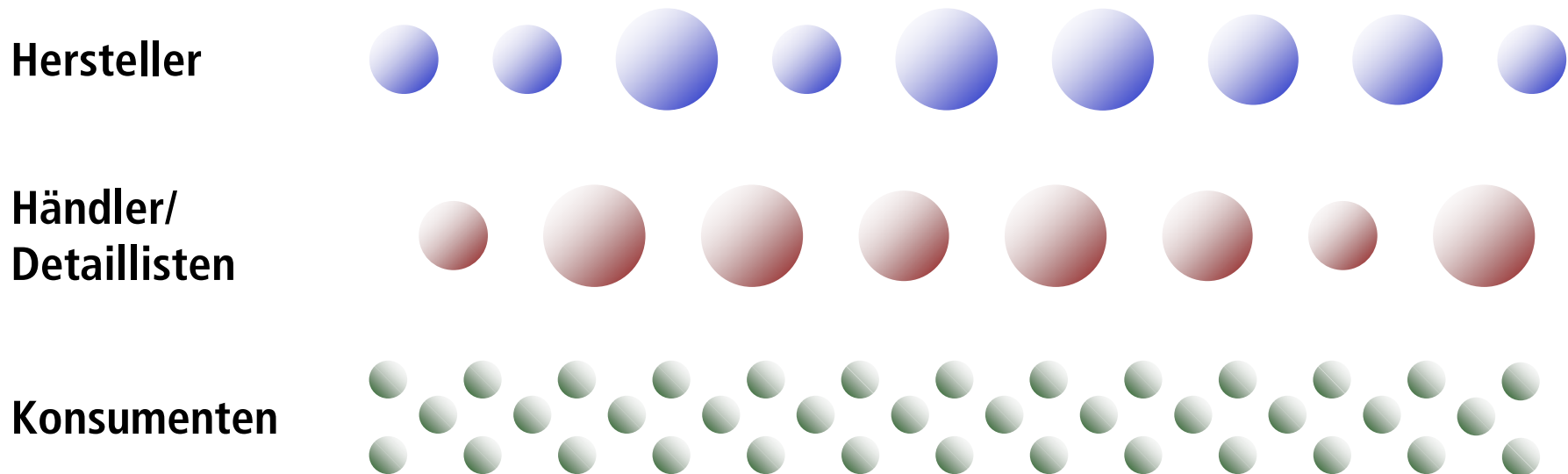
**Zur Beantwortung dieser Fragen ein knapper Vergleich von Marktsituationen bei Erlass der Regeln gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Marktsituationen von heute.**

# Gedankenstütze

*Typische Marktsituation beim Erlass der Regeln gegen Wettbewerbsabreden [1890/1914 (USA) bzw. 1951 (EU)]*

- Auf vielen Märkten gab es viele Unternehmen
- Die Produkte waren in hohem Mass austauschbar, das heisst, die Produkte waren weitgehend gleich.
- Im Brennpunkt standen Unternehmen und nicht Konsumenten.

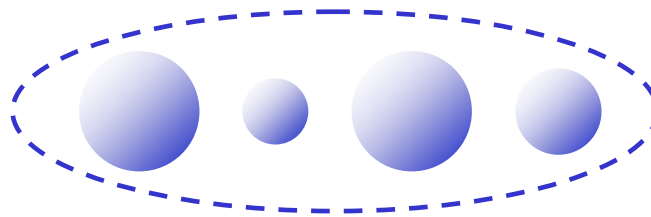
# *Marktstrukturen schematisch – beim Erlass der Regeln gegen Wettbewerbsabreden*



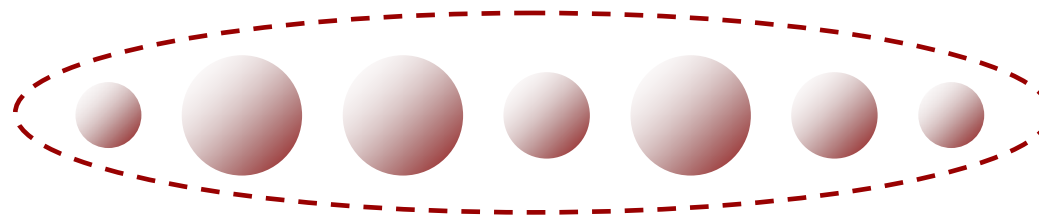
- Das Verhalten der einzelnen Unternehmen war nicht vorhersehbar (Informationsproblem).
- Zur Beschränkung etwa des Preiswettbewerbs, mussten Verträge geschlossen werden.

# Wettbewerbsbeschränkende Abreden von Verbänden

**Hersteller**



**Händler/  
Detailisten**

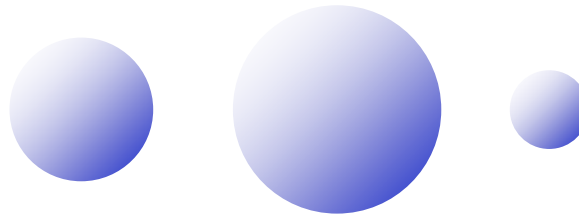


**Konsumenten**

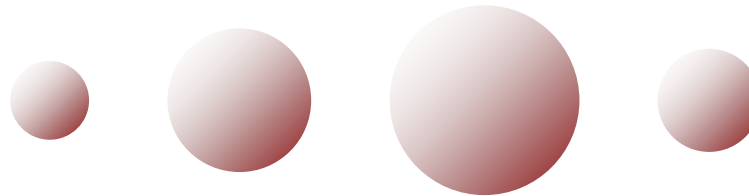


# *Marktstrukturen schematisch – auf vielen Märkten heute*

**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](#)



Mein Einkaufskorb

Supermarkt: 0.00  
Boutiquen: +0.00

Einkaufstotal: Fr 0.00

Menge Produkt Preis



Supermarkt



Boutiquen



weiter zur Kasse











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

Wissenswertes zu unseren [Produktinformationen](#).

© LeShop SA

Vollwaschmittel

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

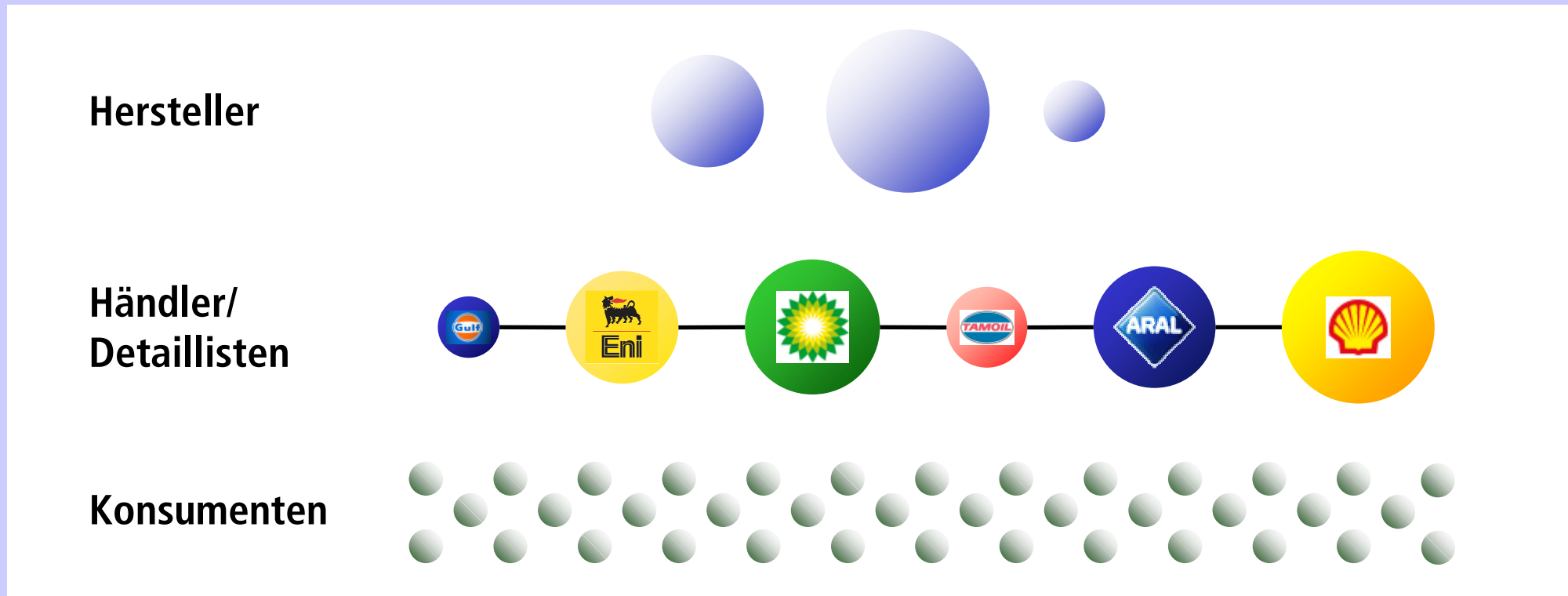
	Omo Sparkling 1.35kg	11.90	<input type="text"/>	
	Omo Standard 2.97kg	15.40	<input type="text"/>	
	Persil Megaperls 1.35kg	12.90	<input type="text"/>	
	Persil Tabs 30St	10.90	<input type="text"/>	
	Persil Box 2.565kg	15.40	<input type="text"/>	

Ihr Einkaufskorb

Preisangaben

# Beispiel Benzinmarkt

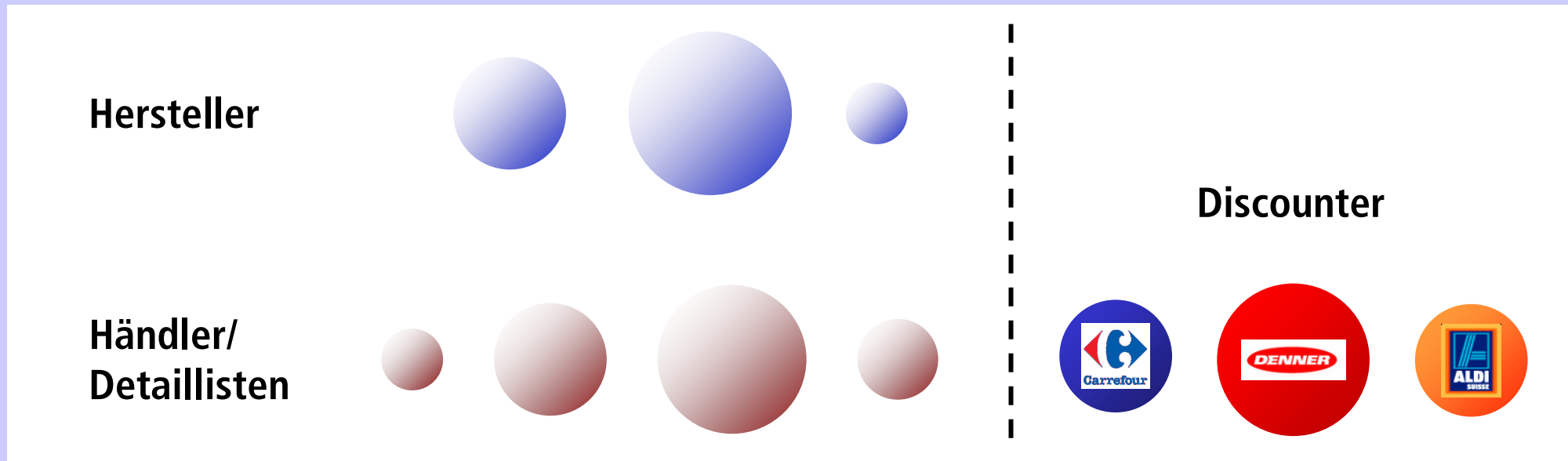
Wenige Detailhandelsunternehmen, fast vollständige Information



Feststellbar ist z.B.: Konkurrenten machen sich keinen 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)



**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.



# Gedankenstütze

- Bsp.: Lufthansa und British Airways auf der Strecke Frankfurt-London: Computer sind so programmiert, dass Preisänderungen des einen von anderen sofort nachvollzogen werden.
- Easy Jet, Air Berlin und andere würden sich nicht so verhalten.



## 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**

# Gedankenstütze

## Beurteilung dieses Vorschlags?

- Fälle mit nicht koordinierten wettbewerbsbeschränkenden Effekten dürften zunehmen.
- Fälle in denen der „Wettbewerb nicht als Preisüberwacher“ spielt, werden trotz neuem Kartellgesetz zunehmen.
- Das Institut des PÜ ist auch für die Zukunft funktionsfähig zu erhalten.
- Daher war es seinerzeit richtig, dass die Preisüberwachung eingeführt wurde (Bravo Monika Weber).

## **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,
- Medikamenten

**wird nicht gefeilscht.**



**Im Regelfall dürfte zutreffen:**

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

# Gedankenstütze

- Der Konsument fragt wohl nicht einmal, ob der Preis bei Barzahlung tiefer ist als bei Zahlung mit Kreditkarte.
- Das tun höchstens Journalisten vom Kassensturz von Berufs wegen.
- SEQUENZ KASSENSTURZ Kreditkarten vs. Barzahlung als Beispiel für Profi Preisverhandlung





# Kassensturz

Sendung vom 14. Februar 2006

„Kreditkarten“

# Lösungsvorschläge

Preisempfehlungen  
adressiert an die  
Konsumenten

Preisempfehlungen  
adressiert nur an  
Händler

**Positiv:**  
Informationsfunktion

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

Für höherpreisige  
Produkte

Für tieferpreisige  
Produkte

Zulässig

?

Falls befolgt =  
abgestimmtes Verhalten

Unzulässig

## Lösungsvorschläge

Nach Vorbild des deutschen Rechts sollten Preisempfehlungen nur gestattet werden, wenn

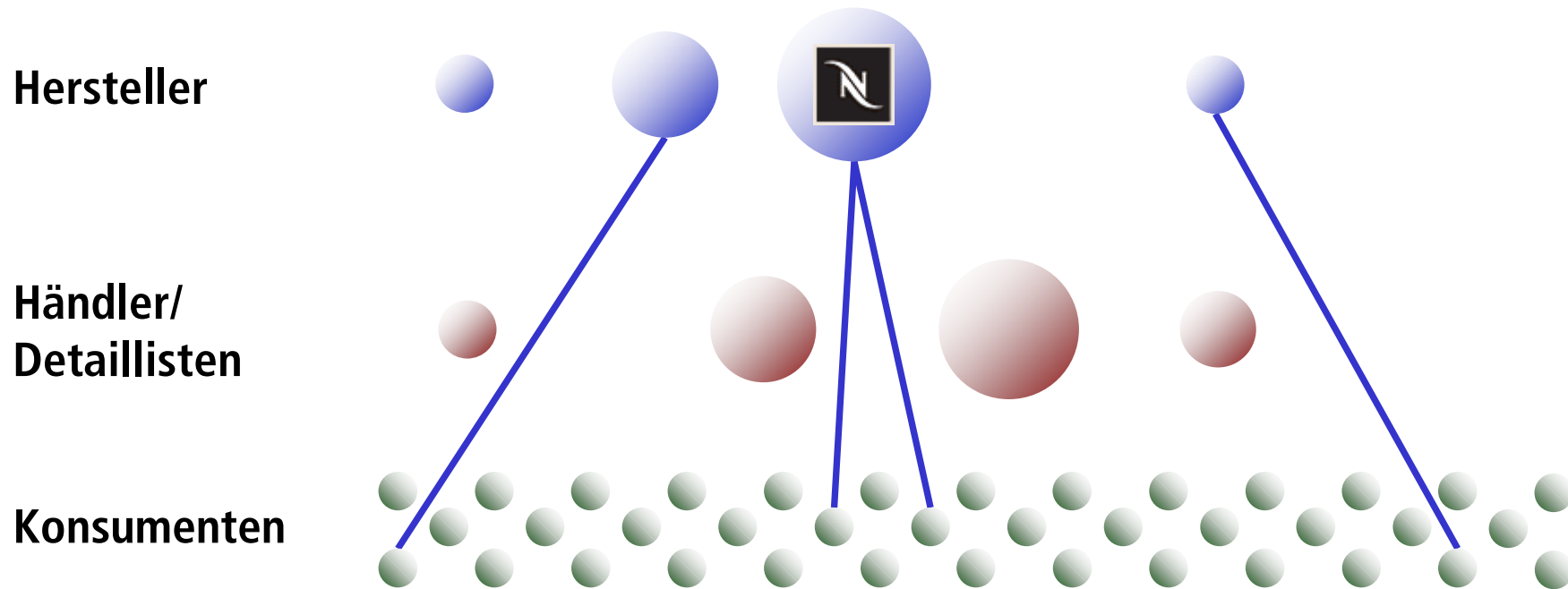
- für ein Produkt der empfohlene Preis genau bestimmt ist
- die Empfehlung an die Verbraucher gerichtet ist
- Preisempfehlungen, die nur an die Händler gerichtet sind, also nicht publiziert werden, sollten strikt untersagt sein.

# Gedankenstütze

- Auszugehen ist davon, dass Preisempfehlungen meist Abreden der Händler als Ursache haben. Daher werden diese auch „freiwillig“ befolgt.
- Druckausübung ist eher selten; wird Druck ausgeübt, dann so subtil, dass dies kaum nachweisbar ist.
- In der Schweiz wird – von Ausnahmen abgesehen – bei tiefpreisigen Produkten nicht um den Preis verhandelt.
- Daher ist zu überlegen, ob Preisempfehlungen für tiefpreisige Produkte nicht strikt untersagt werden sollten.
- Bsp: Schokolade, Zahnpasta, Seife,...

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

## Informationstechnologie ermöglicht heute Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie der EU)



Bsp.: Nespresso, Amazon, Dell Computer

# Gedankenstütze

- Im Folgenden geht es darum, dass Händler zwar eingesetzt werden,
- ... dass aber gewisse, traditionelle Handels-Funktionen durch die Hersteller übernommen werden
- Bsp.: Daimler/Chrysler-Fall

# Übernahme gewisser Händlerfunktionen durch den Hersteller (1)

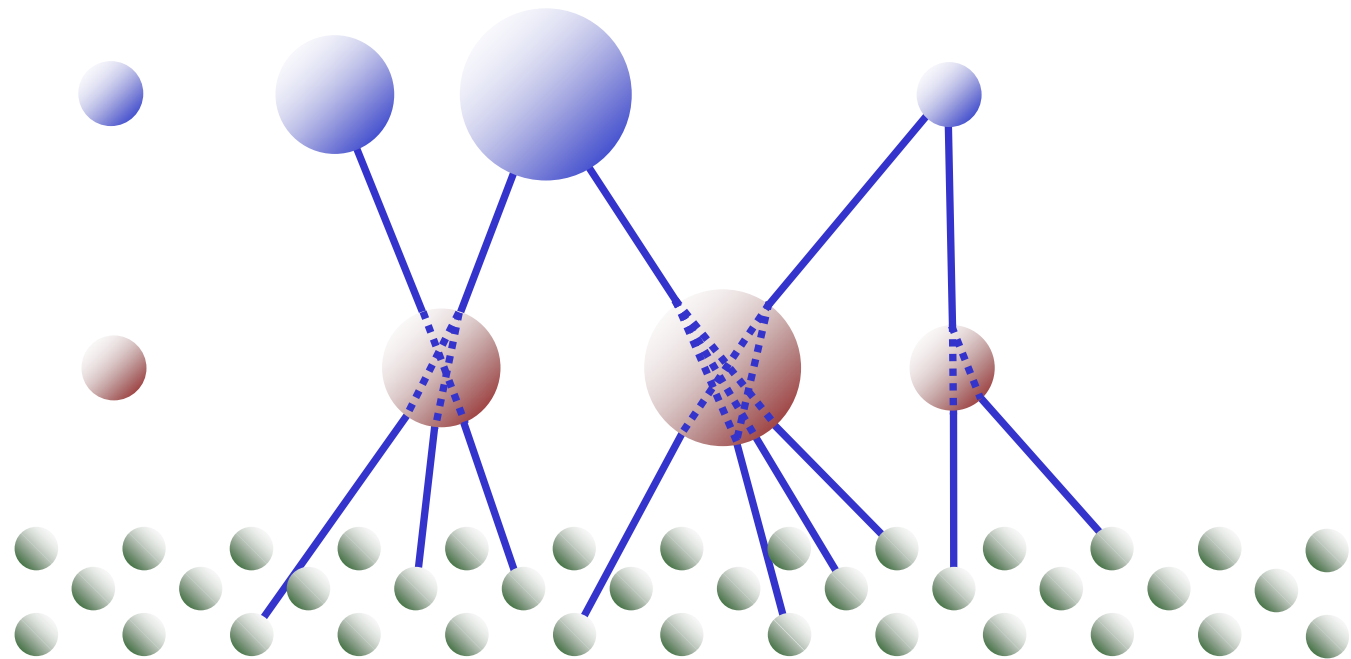
**Informationstechnologie (Internet, Bildtelefonie, Email) ermöglicht heute :**

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

**Hersteller**

**Händler**

**Konsumenten**





# 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 und**
- II. Produkte mit Anbindungseffekt**

# Gedankenstütze

## I. Produkte mit sogenannter Alleinstellung bzw. Anbindungseffekt

- Was ist das?
- Warum werden diese durch die traditionellen Regeln gegen unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nicht erfasst?



**Zur Beantwortung dieser Fragen ein Blick auf die Produktentwicklung in den letzten Jahrzehnten.**

# Gedankenstütze

## Produktentwicklung von 1890 bis heute

Die Vorschriften wurden 1890/1914 in den USA konzipiert als Waffen gegen grosse Unternehmen auf Märkten für Stahl, Erdöl, Kohle, chemische Produkte, Rohstoffe, Grundnahrungsmittel; auch in der EU wurde dieses Recht weitgehend mit Blick auf Grossunternehmen im Bereich von Commodities konzipiert.

Die allermeisten Produkte waren knapp; Mangelwirtschaft; es gab im Vergleich zu heute zu wenig Produkte. Die unternehmerische Herausforderung bestand darin, möglichst viel und effizient zu produzieren, um die grosse Nachfrage zu befriedigen. Marken spielten – wenn überhaupt – nur eine unbedeutende Rolle.

Produktmässig ging es weitgehend um austauschbare Waren. Die einzelnen Produkte wie Haushaltmaschinen, Produktionsmaschinen waren weniger komplex. Probleme für die Nachfrager gab es eigentlich nur, wenn es einem Hersteller gelang, Monopolist zu werden [Section 2 Sherman Act verbietet daher Monopolisierung].

# *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**



# Gedankenstütze

## Produkte mit Alleinstellung

Bei vielen Gütern ist heute nicht mehr die Produktion, sondern der Absatz die unternehmerische Herausforderung; Überflussgesellschaft!

Daher versuchen Hersteller heute mit vielen Mitteln (Werbung, Marken, Imagepflege) und mit Erfolg ihre Produkte zu differenzieren, ihren Produkten Alleinstellung zu verleihen. Soweit dies gelingt, meistens nur auf beschränkte Zeit, sind die Produkte streng genommen nicht austauschbar, obwohl sie - objektiv – die gleichen Bedürfnisse befriedigen. Marken können – auf Zeit – zu Märkten werden. Die Hersteller werden – auf Zeit – marktbeherrschend.

# *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?

# Gedankenstütze

- **Warum wählt man z.B. Lacoste?**
  - Mit dem Lacoste-Leibchen ist man „in“,
  - mit dem Migros-Leibchen nicht.

## Beispiele

Lacoste-, Adidas-, Puma-, Fila-Leibchen; Marlboro; Gillette; Coca-Cola; Red Bull; Nivea

Ein Migros-Leibchen befriedigt die gleichen Bedürfnisse wie ein Lacoste Leibchen; gemäss vergleichendem Warentest mag es waschechter, pflegeleichter, dauerhafter und vor allem billiger als das Lacoste-Leibchen sein. Das ist indes für viele irrelevant. Sie wählen Lacoste Produkte. Denn mit diesen sind sie bei vielen Anlässen „in“, mit dem Migros-Leibchen nicht.

## II. Produkte mit Anbindungseffekt

- Was ist das?
- Warum werden diese durch die Regeln gegen unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nicht erfasst?



Zur Beantwortung dieser Fragen nochmals ein Blick auf die Produktentwicklung.

# Produkte mit Anbindungseffekt

## Beispiele



# Gedankenstütze

## Produkte mit Anbindungseffekt

- Hersteller produzieren heute auch sehr komplexe Produkte, mit hohem technischem und personellem Wartungsaufwand.
- Produkt-Systeme oder Produkt-Programme bestehend aus verschiedenen Teilen, die aber technisch oder ästhetisch miteinander gekoppelt sind
- Maschinen mit Betriebsmitteln (Bürodrucker und Toner, Software, Computerprogramme)
- Produkte und deren Originalersatzteile

# Gedankenstütze

## Handel

- Produkte mit Alleinstellung muss der Handel – wegen der Nachfrage – führen. Solche Produkte können must-in-stock-Produkte sein.
- Handelsunternehmen, die nicht beliefert werden, können im Wettbewerb behindert sein (Bsp.: Rossignol Fall).

## Konsumenten

- Wer ein Produkt mit Anbindungseffekt unter Wettbewerbsbedingungen gewählt hat, ist für die notwendigen Folgegeschäfte an den Lieferanten gebunden.



# Gedankenstütze

## Gewerbe

- Wer früher als Fachperson Produkte verschiedener Hersteller reparieren und warten konnte, bspw. Autos, muss sich heute auf bestimmte Produkte spezialisieren und ist dann vom Hersteller abhängig (Handelsgericht Aargau, VW-Fall).

## **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

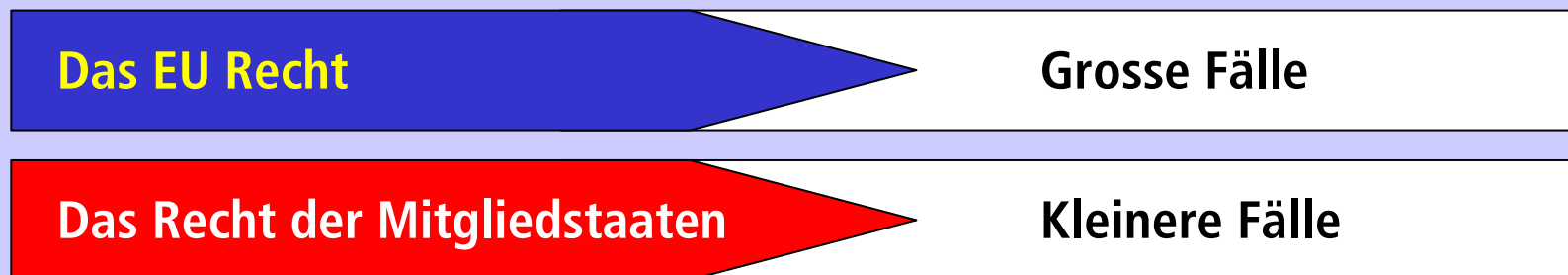
- subjektiver Bindung an Marken,
  - objektiver Anbindung an einen Hersteller für Folgegeschäfte
- werden in der Regel nicht erfasst.



**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.**

# Gedankenstütze

- Ich komme zum Schluss: Ortega y Gasset hat in seinem Essay, *The Mission of the University*, es als wichtigste Aufgabe der Professoren bezeichnet, die Studierenden mit den Ideen ihrer Zeit zu konfrontieren, sie auf die Höhe der Ideen ihrer Zeit zu bringen und sie dadurch zu befähigen, kreativ das immer wieder erforderliche Neue zu schaffen.
- In meiner Antrittsvorlesung an der Universität St. Gallen habe ich mir dies für meine eigene akademische Tätigkeit zum Ziel gesetzt. Ich hoffe, dass mir dies in den letzten Jahren und auch heute Abend ein Stück weit gelungen ist.