

Wider einen «Wettbewerb der Schlafmützen» Fragwürdige Beurteilung von Marktbeherrschung

Von Marc Amstutz und Mani Reinert*

Bei der Revision des Kartellgesetzes wurde der Begriff der Marktbeherrschung auf umstrittene Weise präzisiert. Im Entscheid zur pauschalen Einforderung eines Bonus durch Coop bei den Lieferanten (CoopForte-Entscheid) hat die Wettbewerbskommission diesen Begriff erstmals angewendet und damit eine weiter schwelende Kontroverse aufgelöst. Im folgenden Beitrag argumentieren die Autoren, das Marktbeherrschungskonzept der Kommission sei gesetzesgeschichtlich und ökonomisch fragwürdig. (Red.)

Mit der Kartellgesetzrevision von 2003 wurde Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes wie folgt neu gefasst: «Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.» Neu hinzugekommen ist der unscheinbare Klammerzusatz. In der Lehre wird argumentiert, dass mit diesem Zusatz das Konzept der «relativen Marktmacht» bzw. der «strukturellen Abhängigkeit» aus dem deutschen Recht übernommen wurde. Gemäss diesem Konzept werden Unternehmen dann als marktbeherrschend betrachtet, wenn Kleinunternehmen (KMU) von ihnen in der Weise abhängig sind, dass sie über keine ausreichenden Ausweichmöglichkeiten verfügen. Damit ist nicht mehr massgeblich – wie im EU-Kartellrecht üblich –, ob sich ein Unternehmen marktweit unabhängig verhalten kann. Vielmehr reicht es aus, dass einzelne KMU von einem Unternehmen abhängig sind, um dieses als marktbeherrschend zu qualifizieren.

Unklarer Kurs

Eine etwas unklare Erläuterung der Wettbewerbskommission (Weko) zum Problem der Nachfragemacht im CoopForte-Entscheid scheint mit dieser Lehrmeinung zu sympathisieren. Danach soll Art. 4 Abs. 2 KG nicht nur Fälle «klassischer Marktbeherrschung» erfassen, sondern auch solche der wirtschaftlichen Abhängigkeit eines oder mehrerer Unternehmen von einem anderen Unternehmen. Genau das hatte die Weko im Coop/Waro-Entscheid im Jahre 2003 noch ausdrücklich abgelehnt. Interessant ist immerhin, dass Rolf Dähler und Patrik Ducrey vom Sekretariat der Weko in einem Beitrag (NZZ vom 8. 2. 05) im Hinblick auf CoopForte ausführen, dass «nicht der Schutz eines einzelnen Lieferanten beabsichtigt [sei, sondern] ... es um eine Analyse der Gesamtstruktur der Beziehungen zwischen Coop und ihren Lieferanten» gehe. Die weitere Praxis der Weko muss zeigen, was es damit auf sich hat.

Die Definition der Marktbeherrschung ist in der Praxis so bedeutsam, weil ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht nur einem umfangreichen Verhaltenskodex (Art. 7 KG) unterliegt,

sondern auch dem Risiko massiver Bussen (bis 30% des schweizerischen Umsatzes) ausgesetzt ist.

Missachteter Gesetzgeber

Die Befürworter einer Übernahme des Konzepts der strukturellen Abhängigkeit stützen sich heute vorab auf die bundesrätliche Begründung des Klammerzusatzes in Art. 4 Abs. 2 KG. In der Botschaft liest man, dass bei der Marktbeherrschungsprüfung nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen sei, sondern die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt geprüft werden müssten. Marktbeherrschung, so der Bundesrat, könne auch bei einem Unternehmen vorliegen, von welchem andere Unternehmen als Nachfrager oder Anbieter abhängig seien.

Die Berufung auf den Botschaftstext (der im Übrigen auch nicht explizit auf das deutsche Kartellrecht Bezug nimmt) greift aus zwei Gründen zu kurz: Erstens hat das Parlament drei Vorstösse, welche den Text der Botschaft praktisch wörtlich in Art. 4 Abs. 2 KG aufnehmen wollten, aus Angst vor der damit verbundenen Ausweitung des Marktbeherrschungsbegriffes abgelehnt. Zweitens wurde in den parlamentarischen Voten deutlich gemacht, dass man keinen Marktbeherrschungsbegriff wollte, der über denjenigen des EU-Kartellrechts hinausgehe – was der Begriff der relativen Marktmacht aber gerade tut! Wenn etwas aus den parlamentarischen Voten hergeleitet werden kann, dann nur (aber immerhin) die Ermunterung an die Weko, den ihr nach Art. 4 Abs. 2 KG zur Verfügung stehenden Spielraum (im Sinne des EU-Kartellrechts) auszunutzen. Gleichzeitig wollte man die Weko jedoch nicht in eine bestimmte Richtung drängen und schon gar nicht auf das deutsche Konzept der relativen Marktmacht verpflichten.

Kartellrechtlicher «Kündigungsschutz»?

Wettbewerbspolitisch ist diese Weichenstellung des Parlaments wohl begründet: Das Konzept der strukturellen Abhängigkeit kann zu einem Marktbeherrschungsbefund in Fällen führen, in denen dieser industrieökonomisch nicht gerechtfertigt ist. Zur Veranschaulichung sei auf den deutschen Fall Rossignol verwiesen, in dem ein Skihersteller bei nur 8% Marktanteil als marktbeherrschend beurteilt wurde. Zu bedenken ist ferner, dass eine solche Ausweitung des Marktbeherrschungsbegriffs vorzugsweise Unternehmen zu kartellrechtlichen Klagen und Anzeigen ermuntern würde, die sich infolge strategischer Fehlentscheide oder wegen Innovationsträgheit in eine schwierige oder ausweglose Situation manövriert haben. Denn ge-

rade diese Unternehmen dürften in der Regel keine Ausweichmöglichkeiten auf andere Lieferanten oder Abnehmer haben. Es bestünde die Gefahr, dass das Kartellrecht als Hebel benutzt würde, um (wohlgemerkt: im Namen des Wettbewerbs!) einen dem schweizerischen Vertragsrecht fremden «Kündigungsschutz» einzuführen.

Dem wird von Vertretern des Sekretariats der Weko entgegnet, dass eine marktbeherrschungsrelevante Abhängigkeit verneint werden müsse, wenn sie «aufgrund bestimmter Marktgegebenheiten ohne Selbstverschulden» entstanden sei. Die Abhängigkeit dürfe nicht Folge einer strategischen Option sein, die sich nachträglich als unvorteilhaft erweise. Das Problem ist allerdings, dass diese Kriterien wenig aussagekräftig sind. Praktisch jede unternehmerische Entscheidung ist in Wahrheit Folge einer strategischen Option und damit selbstverschuldet. Dies ist aber wohl nicht die Bedeutung des Begriffes «Selbstverschulden», die Befürworter der Theorie der relativen Marktmacht vorschwebt. Ebenfalls unklar ist, was denn «bestimmte Marktgegebenheiten» sind. Es besteht damit keine wirksame Schranke gegen eine ausufernde Anwendung des Marktbeherrschungsbegriffs, und die Gefahr von Strukturpolitik mit Hilfe des Kartellrechts bleibt bestehen.

Absurde Konsequenzen

Die Konsequenz des Konzepts der strukturellen Abhängigkeit wäre etwa, dass es für Unternehmen sehr schwierig würde, Vertriebsstrukturen effizienter zu gestalten und veränderten Gegebenheiten anzupassen oder sich von unbefriedigend arbeitenden Vertragspartnern zu trennen. Schon heute macht man als Praktiker die Erfahrung, dass gegen Versuche, Vertriebsstrukturen zu ändern, alle möglichen und unmöglichen Einwendungen wegen Missbrauchs einer angeblichen strukturellen Marktbeherrschung vorgebracht werden. In Anbetracht der hohen Bussen, verbunden mit dem häufig ungewissen Ausgang eines Verfahrens, würde es per saldo meist «billiger», mit den althergebrachten ineffizienten Strukturen fortzufahren, um kartellrechtliche Verfahren und Bussen möglichst zu vermeiden. Das ist wettbewerbspolitisch absurd. Massgebend muss für die Frage der Marktbeherrschung sein, ob ein Unternehmen durch eine bestimmte Massnahme den Wettbewerb beschränken bzw. Monopolgewinne abschöpfen kann. Der von der Weko offenbar favorisierte Marktbeherrschungsbegriff der relativen Marktmacht fragt stattdessen danach, ob ein bestimmtes Verhalten einem einzelnen Wettbewerber schadet. Diese Optik birgt die Gefahr in sich, dass an die Stelle des Wettbewerbschutzes der Schutz der Wettbewerber tritt. Gefördert würde damit ein «Wettbewerb der Schlafmützen». Es wäre bedauerlich, wenn gerade die Kartellrechtsrevision zum Anlass genommen würde, den Schutz des Wettbewerbs zugunsten eines wirtschaftlich schädlichen Schutzes der Wettbewerber aus den Augen zu verlieren.

* Prof. Marc Amstutz ist Rechtsanwalt und Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Freiburg, Dr. Mani Reinert ist Rechtsanwalt bei Bär & Karrer in Zürich.