

**Ökonomische Grundlagen zur  
kartellrechtlichen Beurteilung von  
Alleinvertriebsverträgen**

Mani Reinert



Die vorliegende Arbeit beruht auf einer Dissertation (Titel: „Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen“), die Ende Oktober 2002 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich abgenommen wurde. Die vorliegende Publikation wurde gegenüber der Dissertation geringfügig überarbeitet und aktualisiert.

Ich möchte an dieser Stelle Prof. Dr. Roger Zäch für die lehrreiche und schöne Assistentenzeit an seinem Lehrstuhl, seine Diskussionsbereitschaft sowie für die schnelle Erstellung des Gutachtens für die Dissertation herzlich danken.

Ein grosses Dankeschön geht auch an die Rechtsanwälte lic. iur. Klaus Neff, LL.M. und lic. iur. Urs Lehmann, LL.M., die frühere Entwürfe der vorliegenden Arbeit durchgelesen und mit ihren kritischen Bemerkungen und ihrem freundschaftlichen Engagement viel zur Arbeit in der heutigen Form beigetragen haben.

Danken möchte ich ausserdem Prof. Dr. Marc Amstutz, LL.M. für die vielen Diskussionen und Gespräche, deren Geist in die vorliegende Arbeit eingeflossen ist.

Danken möchte ich schliesslich lic. rer. pol. Adrian Raass und lic. rer. pol. Markus Saurer für wertvolle sachliche Hinweise sowie Literaturhinweise.

Zürich, im Januar 2004

Mani Reinert



# INHALTSÜBERSICHT

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>IX</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>IXX</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>XXV</b>
<b>1. KAPITEL: BEGRIFFSBESTIMMUNGEN UND GRUNDLAGEN</b>	<b>1</b>
<b>A. Der Begriff des Alleinvertriebsvertrages</b>	<b>1</b>
I. Allgemeines	1
II. Abgrenzung zu anderen Vertriebsformen	2
<b>B. Die Maximierung der sozialen Wohlfahrt</b>	<b>6</b>
I. Der Begriff „soziale Wohlfahrt“, „Hersteller-„ und „Konsumentenrente“	6
II. Statische und dynamische Effizienz	11
III. Schädlichkeit des Monopols und Wünschbarkeit des Wettbewerbs	13
IV. Das Pareto- und das Kaldor-Hicks-Kriterium	17
<b>2. KAPITEL: DER RELEVANTE MARKT</b>	<b>19</b>
<b>A. Einleitung</b>	<b>19</b>
I. Allgemeines	19
II. Schwächen des Instruments der Marktabgrenzung	20
III. Alternativen zum Instrument der Marktabgrenzung?	23
<b>B. Sachlich relevanter Markt</b>	<b>27</b>
I. Nachfragerbezogene Sichtweise	27
II. Anbieterbezogene Sichtweise	39
III. Industriekonzept	41
<b>C. Räumlich relevanter Markt</b>	<b>42</b>
I. Allgemeines	42
II. Parallele Preisveränderungen	42
<b>D. Berechnung des Marktanteils von Hersteller und Händler</b>	<b>44</b>
I. Marktanteil des Herstellers	44
II. Marktanteil des Händlers	45

3. KAPITEL: ÖKONOMISCHE BEURTEILUNG VON ALLEINVERTRIEBSVERTRÄGEN	47
<b>A. Einleitung</b>	<b>47</b>
<b>B. Wohlfahrtssteigernde Auswirkungen</b>	<b>50</b>
I. Intensivierung des Interbrand-Wettbewerbs	50
II. Free-Riding-Probleme (Trittbrettfahrerprobleme)	62
III. Investitionsschutzproblem	110
IV. Schutz des Herstellers bei der Erschliessung neuer Märkte	116
V. Quality Certification	117
VI. Schaffung und Erhaltung eines Brandimage	123
VII. Schaffung eines Anreizes für die Vermarktung von Produkten (Anreizargument)	124
VIII. Opportunitätskostenargument	128
IX. Transaktionskostenprobleme	130
X. Maximierung der Händleranstrengungen	140
XI. Double-Marginalization-Probleme	144
XII. Das Modell von REY/TIROLE	146
XIII. Unzureichende Kapitalversorgung	148
XIV. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Mittel der Vertragsdurchsetzung?	148
<b>C. Wohlfahrtsschädliche Auswirkungen</b>	<b>153</b>
I. Einleitung	153
II. Preisdifferenzierung im Rahmen von internationalen Vertriebssystemen?	162
III. Schwächung des Wettbewerbs auf Herstellerstufe	175
IV. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Folge von Parallelverhalten auf Händlerebene	195
V. Zementierung bestehender Markt- und Vertriebsstrukturen/Verhinderung des Aufkommens neuer Vertriebsformen	198
VI. Organisations-, Überwachungs- und Durchsetzungskosten	201
VII. Ausnutzung von Informationsnachteilen der Verbraucher	202
4. KAPITEL: ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN	205
<b>A. Marktabgrenzung</b>	<b>205</b>

<b>B. Ökonomische Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen</b>	<b>207</b>
I. Gebietsschutzabsprachen	207
II. Markenzwang	209
III. Vertikale Mindestpreisbindung	210
IV. Höchstpreisabsprachen	211
SUMMARY AND CONCLUSIONS	213
<b>A. Market Definition</b>	<b>213</b>
<b>B. Economic Assessment of Exclusive Distribution Agreements</b>	<b>215</b>
I. Territorial Protection	215
II. Single Branding	217
III. Minimum Resale Price Maintenance	218
IV. Maximum Resale Price Maintenance	218
SACHREGISTER	221





# INHALTSVERZEICHNIS

<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>IXX</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>XXV</b>
<b>1. KAPITEL: BEGRIFFSBESTIMMUNGEN UND GRUNDLAGEN</b>	<b>1</b>
<b>A. Der Begriff des Alleinvertriebsvertrages</b>	<b>1</b>
I. Allgemeines	1
II. Abgrenzung zu anderen Vertriebsformen	2
1. Abgrenzung zu selektiven Vertriebssystemen	2
2. Abgrenzung zu Alleinbezugsverträgen	4
3. Abgrenzung zu Franchiseverträgen	4
<b>B. Die Maximierung der sozialen Wohlfahrt</b>	<b>6</b>
I. Der Begriff „soziale Wohlfahrt“, „Hersteller-„ und „Konsumentenrente“	6
II. Statische und dynamische Effizienz	11
III. Schädlichkeit des Monopols und Wünschbarkeit des Wettbewerbs	13
1. Allgemeines	13
2. Caveats	15
a) Effizienzsteigernde Wirkungen des Monopols	15
b) Realitätsferne des Referenzzustands der vollkommenen Konkurrenz	15
IV. Das Pareto- und das Kaldor-Hicks-Kriterium	17
<b>2. KAPITEL: DER RELEVANTE MARKT</b>	<b>19</b>
<b>A. Einleitung</b>	<b>19</b>
I. Allgemeines	19
II. Schwächen des Instruments der Marktabgrenzung	20
1. Redundanz	20
2. In-or-Out-Dichotomy	20
III. Alternativen zum Instrument der Marktabgrenzung?	23
1. Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen	23
2. Schlussfolgerungen	24

<b>B. Sachlich relevanter Markt</b>	<b>27</b>
I. Nachfragerbezogene Sichtweise	27
1. Kreuz-Preiselastizität	27
a) Einleitung	27
b) Nachteile der Kreuz-Preiselastizität	27
c) Mythos vollständiger Austauschbarkeit	28
2. Der SSNIP-Test	29
a) Allgemeines	29
b) „Cellophane Fallacy“	31
c) Das Oligopol-Problem	32
d) Vertikale Strukturen mit Monopolen	34
e) Unterschiedliche Ergebnisse je nach Segmentierung der Substitute	34
f) Willkürliche Grenze von 5%	35
g) Fehlendes empirisches Material	35
h) Verzerrte Resultate bei Märkten mit differenzierten Produkten	35
i) Schlussfolgerungen	37
3. Bedarfsmarktkonzept	38
II. Anbieterbezogene Sichtweise	39
1. Einleitung	39
2. Angebotsumstellungsflexibilität	39
III. Industriekonzept	41
<b>C. Räumlich relevanter Markt</b>	<b>42</b>
I. Allgemeines	42
1. Nachfragerbezogene Sichtweise	42
2. Anbieterbezogene Sichtweise	42
II. Parallele Preisveränderungen	42
<b>D. Berechnung des Marktanteils von Hersteller und Händler</b>	<b>44</b>
I. Marktanteil des Herstellers	44
II. Marktanteil des Händlers	45
<b>3. KAPITEL: ÖKONOMISCHE BEURTEILUNG VON ALLEINVERTRIEBSVERTRÄGEN</b>	<b>47</b>
<b>A. Einleitung</b>	<b>47</b>

<b>B. Wohlfahrtssteigernde Auswirkungen</b>	<b>50</b>
I. Intensivierung des Interbrand-Wettbewerbs	50
1. Allgemeines	50
2. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und Produktedifferenzierung	51
a) Der Einwand COMANORS	51
b) Argumente gegen den Einwand COMANORS	52
aa) Einleitung	52
bb) Preis- und Qualitätswettbewerb	53
cc) Dynamische Effizienz	55
dd) Monopolistische Konkurrenz	57
ee) Schlussfolgerung	60
3. Grössere Wichtigkeit des Interbrand- gegenüber dem Intrabrand-Wettbewerb?	60
II. Free-Riding-Probleme (Trittbrettfahrerprobleme)	62
1. „Klassische“ Free-Riding-Probleme auf Händlerstufe	63
a) Das Problem	63
b) Lösungsmöglichkeiten	67
aa) Gebietsschutz	67
bb) Vertikale Mindestpreisbindung	67
cc) Selektiver Vertrieb/Fachhandelsbindung	69
dd) Direktzahlungen	69
ee) Übernahme der Marktbearbeitung durch den Hersteller?	71
ff) Herstellerseitige Werbung	72
gg) Rückkaufvereinbarungen	72
c) Wohlfahrtstheoretische Betrachtung: der Streit Chicago – Harvard	72
aa) Die Position von Chicago	73
aaa) Die Ausgangslage des Modells	73
bbb) Annahme 1	76
(1) Einfachste These	76
(1.1) Annahme der vollkommenen Konkurrenz auf Händlerstufe	77
(1.2) Der Einwand von KLEIN/MURPHY	78
(2) DORFMAN/STEINER-Theorem	78
(3) Unterschiede zwischen Gebietsschutz und vertikaler Mindestpreisbindung	79

(4) Schlussfolgerung	80
ccc) Annahme 2	81
ddd) Annahme 3	81
eee) Annahme 4	86
fff) Wettbewerbspolitische Schlussfolgerungen	86
bb) Die Kritik der sog. Harvard-School: marginale und inframarginale Verbraucher	87
aaa) Unterscheidung zwischen marginalen und inframarginalen Verbrauchern	87
(1) Allgemeines	87
(2) Graphische Darstellung	90
bbb) Die beiden wichtigsten Faktoren zur Bestimmung der Auswirkungen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen	93
ccc) Märkte, in denen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen tendenziell nicht vorkommen	94
ddd) Wettbewerbspolitische Schlussfolgerungen	94
cc) Die Kritik an der Kritik der Harvard-School	96
d) Wann erreicht Free-Riding einen Umfang, der vertikale Wettbewerbsbeschränkungen notwendig macht?	96
aa) Einleitung	96
bb) Wünschbarkeit der Abwesenheit externer Effekte?	98
cc) Ergebnis und Schlussfolgerungen	99
e) Schlussfolgerungen	100
2. „Klassische“ Free-Riding-Probleme auf Herstellerstufe	102
a) Das Problem	102
b) Lösungsmöglichkeiten	104
aa) Markenzwang und Mindestabnahmepflichten	104
bb) Nachvertragliche Wettbewerbsverbote	104
c) Marginale und inframarginale Verbraucher	104
d) Notwendigkeit	105
e) Schlussfolgerungen	106
3. Unterschiedliche Werbestrategien in verschiedenen Märkten	106
a) Tragung der Werbekosten durch den Händler bzw. den Hersteller	106
aa) Das Problem	106

bb) Lösungsmöglichkeiten	107
b) Hohe Werbeaufwendungen im neu zu erschliessendem Markt	107
aa) Das Problem	107
bb) Lösungsmöglichkeiten	108
4. Probleme im Zusammenhang mit Wechselkursschwankungen	109
a) Das Problem	109
b) Lösungsmöglichkeiten	109
aa) Gebietsschutzabsprachen	109
bb) Vertikale Mindestpreisbindung	109
cc) Andere Lösungsmöglichkeiten	110
III. Investitionsschutzproblem	110
1. Das Problem	110
a) Allgemeines	110
b) Asymmetrische Investitionen	113
2. Lösungsmöglichkeiten	113
a) Schutz der Investitionen des Händlers	114
aa) Gebietsschutz	114
bb) Vertikale Mindestpreisbindung	114
cc) Mindestliefermengen	114
dd) Selektiver Vertrieb	115
ee) Andere Lösungsmöglichkeiten	115
b) Schutz der Investitionen des Herstellers	115
c) Schutz der Investitionen von Händler und Hersteller	115
IV. Schutz des Herstellers bei der Erschliessung neuer Märkte	116
1. Das Problem	116
2. Lösungsmöglichkeiten	116
V. Quality Certification	117
1. Allgemeines	117
2. Free-Riding-Probleme (Quality-Certification-Problem i.e.S./Gütesiegel-Trittbrettfahren)	118
a) Das Problem	118
b) Lösungsmöglichkeiten	119
c) Kritik	121
3. Gefährdung des Rufs des übrigen Sortiments	121
a) Das Problem	121
b) Lösungsmöglichkeiten	122

VI. Schaffung und Erhaltung eines Brandimage	123
1. Das Problem	123
2. Lösungsmöglichkeiten	123
3. Kritik	123
VII. Schaffung eines Anreizes für die Vermarktung von Produkten (Anreizargument)	124
1. Das Problem	124
2. Lösungsmöglichkeiten	125
a) Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen	125
b) Andere Lösungsmöglichkeiten	126
3. Kritik	127
VIII. Opportunitätskostenargument	128
1. Das Problem	128
2. Lösungsmöglichkeiten	129
3. Kritik	129
IX. Transaktionskostenprobleme	130
1. Einleitung	130
2. Die Transaktionskostenanalyse von WILLIAMSON	132
a) Das Problem	132
b) Lösungsmöglichkeiten	133
aa) Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen	133
bb) Normale Lieferbeziehungen	134
cc) Aufbau eines eigenen Filialnetzes	134
dd) Nebeneinander verschiedener Vertriebsformen?	135
c) Effizienzvermutung zugunsten vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen	137
d) Wohlfahrtstheoretische Betrachtung	137
3. Grössenvorteile beim Vertrieb	139
a) Das Problem	139
b) Lösungsmöglichkeiten	140
X. Maximierung der Händleranstrengungen	140
1. Allgemeines	140
a) Das Problem	140
b) Lösungsmöglichkeiten	140
2. „Entry-Limitation-and-Forcing-of-Sales“-Modell	141
a) Das Problem	141
b) Lösungsmöglichkeiten	143

XI. Double-Marginalization-Probleme	144
1. Das Problem	144
2. Lösungsmöglichkeiten	144
a) Höchstpreisabsprachen	145
b) Zweiteilige Preislisten	145
c) Mindestabnahmepflichten	146
d) Vertikale Integration	146
XII. Das Modell von REY/TIROLE	146
XIII. Unzureichende Kapitalversorgung	148
1. Das Problem	148
2. Lösungsmöglichkeiten	148
XIV. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Mittel der Vertragsdurchsetzung?	148
1. Sicherstellung der Durchführung von Verkaufsförderungsmaßnahmen durch den Händler	149
a) Das Problem	149
b) Lösungsmöglichkeiten	149
c) Kritik	150
2. Sicherstellung der Umwerbung von marginalen Verbrauchern	151
a) Das Problem	151
b) Lösungsmöglichkeiten	152
c) Kritik	152
<b>C. Wohlfahrtsschädliche Auswirkungen</b>	<b>153</b>
I. Einleitung	153
1. Vorliegen von Marktmacht	153
a) Allgemeines	153
b) Schwierigkeiten des Marktmachtbegriffes	154
c) Caveat	157
2. Kein genügender Interbrand-Wettbewerb	158
3. Gegenmeinungen	158
II. Preisdifferenzierung im Rahmen von internationalen Vertriebssystemen?	162
1. Voraussetzungen für profitable Preisdifferenzierung	163
2. Auswirkungen auf die soziale Wohlfahrt	164
a) Fälle „reiner“ Preisdiskriminierung	164
b) Fälle „nicht-reiner“ Preisdifferenzierung	167

3.	Empirische Aspekte	169
	a) Schwierigkeiten bei der Feststellung von Preisdiskriminierung	169
	b) Empirische Relevanz im Hinblick auf die Schweiz	170
	aa) BAK-Studie	170
	bb) Studie ITEN et al.	171
	cc) Das Ausmass der preissenkenden Wirkung von Parallelimporten	173
	dd) Schlussfolgerungen und Zusammenfassung	174
III.	Schwächung des Wettbewerbs auf Herstellerstufe	175
1.	Stabilisierende Wirkung auf Herstellerkartelle	175
	a) Allgemeines	175
	b) Wohlfahrtsverluste	177
2.	Kollusion auf Herstellerebene	178
3.	Das Modell von REY/STIGLITZ	179
	a) Allgemeines	179
	b) Wettbewerbspolitische Folgerungen	182
	c) Kritik	182
4.	Marktverschliessung	184
	a) Allgemeines	184
	b) Markenzwang	184
	aa) COMANOR/FRECH	184
	bb) MATHEWSON/WINTER	185
	cc) AGHION/BOLTON	186
	dd) „Naked Exclusion“: RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY	186
	ee) „Raising-Rivals’-Costs“-Strategien	188
	ff) „Selective Contracts“: STEFANADIS	189
	c) Gebietsschutzabsprachen	190
	d) Vertikale Mindestpreisabsprachen	190
	e) Verwendung von Kombinationen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen als Waffe gegen Aussenseiter	190
	f) Schlussfolgerungen	191
	aa) Wann liegt Marktverschliessung vor?	191
	bb) Aspekte der sozialen Wohlfahrt	192
5.	Sonstige Formen der Beschränkung des Interbrand- Wettbewerbs durch Markenzwang	193



IV. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Folge von Parallelverhalten auf Händlerebene	195
1. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Folge von Händlerkartellen („Dealer Cartel Objection“)	195
a) Allgemeines	195
b) Wohlfahrtsverluste	196
2. Weiterentwicklung der Dealer Cartel Objection	196
3. Förderung der Kollusion auf Händlerebene	197
a) Modell von SHAFFER	197
b) Leitlinien der Europäischen Kommission	197
V. Zementierung bestehender Markt- und Vertriebsstrukturen/Verhinderung des Aufkommens neuer Vertriebsformen	198
VI. Organisations-, Überwachungs- und Durchsetzungskosten	201
VII. Ausnutzung von Informationsnachteilen der Verbraucher	202
4. KAPITEL: ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN	205
<b>A. Marktabgrenzung</b>	<b>205</b>
<b>B. Ökonomische Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen</b>	<b>207</b>
I. Gebietsschutzabsprachen	207
II. Markenzwang	209
III. Vertikale Mindestpreisbindung	210
IV. Höchstpreisabsprachen	211
SUMMARY AND CONCLUSIONS	213
<b>A. Market Definition</b>	<b>213</b>
<b>B. Economic Assessment of Exclusive Distribution Agreements</b>	<b>215</b>
I. Territorial Protection	215
II. Single Branding	217
III. Minimum Resale Price Maintenance	218
IV. Maximum Resale Price Maintenance	218
SACHREGISTER	221



# ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Aufl.	Auflage
a.A.	anderer Auffassung
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AEA	American Economic Association
AG	Aktiengesellschaft
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
Amer. Econ. Rev.	American Economic Review
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin
Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal
Art.	Artikel
Bd.	Band
BELL J. Econ.	The Bell Journal of Economics
Bst.	Buchstabe
bzw.	beziehungsweise
Cir.	(Federal) Court of Appeals (USA)
C.M.L.Rev.	Common Market Law Review (Alphen aan den Rijn)
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Contemp. Pol. Issues	Contemporary Policy Issues
dgl.	dergleichen
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.C.L.R.	European Competition Law Review (London)
Econ. J.	The Economic Journal
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft(en)/ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (neue Zählung)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELR HSG	European Law Reporter (St. Gallen)
endg.	endgültige Version
etc.	et cetera
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften

EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
Europ. Econ. Rev.	European Economic Review
et al.	et alii
evtl.	eventuell
F., F.2d	Federal Reporter
f., ff.	folgende Seite(n)
FG	Festgabe
Form CO	Formblatt CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäss der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (ABl. 1998 C 61/1 ff.)
FN	Fussnote
FS	Festschrift
F. Supp.	Federal Supplement
FTC	Federal Trade Commission
GD	Generaldirektion
Geo. L.J.	The Georgetown Law Journal
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
gl.M.	gleicher Meinung
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HdWW	Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft
HHI	Herfindahl-Hirschman Index
HMG	Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000, SR 812.21
Int. J. Ind. Organ.	International Journal of Industrial Organization
Int. Rev. Law Econ.	The International Review of Law and Economics
i.S.	im Sinn
i.V.m.	in Verbindung mit
J. Bus. U. Chi.	The Journal of Business of the University of Chicago
J. Econ. Perspect.	The Journal of Economic Perspectives
J. Ind. Econ.	Journal of Industrial Economics
J.L. & Econ.	The Journal of Law and Economics
J. Polit. Economy	Journal of Political Economy
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbe- schränkungen vom 6. Oktober 1995, in Kraft seit 1. Juli 1996, SR 251
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
Marq. L. Rev.	Marquette Law Review

M.D.	Middle District
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweisen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n)
NBER	National Bureau of Economic Research, Inc.
NBS	Next-Best Substitute
N.C.	North Carolina
Nr.	Nummer
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.L. School L. Rev.	New York Law School Law Review
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.ä.	oder ähnlich(es)
op. cit.	opus citatum/opera citata
Quart. J. Econ.	The Quarterly Journal of Economics
Quart. J. Bus. Econ.	Quarterly Review of Economics and Business
RAND J. Econ.	The Rand Journal of Economics
Rev. Econ. Stud.	The Review of Economic Studies
Rev. Econ. Statist.	Review of Economics and Statistics
Rev. Ind. Organ.	Review of Industrial Organization
RPM/r.p.m.	Resale Price Maintenance (Preisbindung der zweiten Hand)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs, Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden
Rs.	Rechtssache(n)
Rz	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
sc.	scilicet
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Zürich) (vormals SMI)
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung (Zürich)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
sog.	sogenannt
Southern Econ. J.	Southern Economic Journal

SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (der Schweiz)
Sw. U. L. Rev.	Southwestern University Law Review
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Trade Cas.	Trade Cases (gebundene Version des Trade Regulation Reporter)
Trade Reg. Rep.	Trade Regulation Reporter
u.a.	und andere
U. Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States
u.U.	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
UWLA L. Rev.	UWLA Law Review
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VKU	Verordnung (des Bundesrats) über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4)
VO	Verordnung
VO (EG) Nr. 2790/1999	Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. 1999 L 336/21 ff.)
VO (EG) Nr. 1400/2002	Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor (ABl. 2002 L 203/30 ff.)
VO (EWG) Nr. 1983/83	Verordnung (EWG) Nr. 1983/83 der Kommission vom 22. Juni 1983 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen (ABl. 1983 L 173/1 ff.)
Vol.	Volume
World Competition	World Competition; Law and Economics Review (Genève) (seit Oktober 1987); von September 1977 bis Juni 1984: Revue Suisse du droit international de la concurrence; von

	Oktober 1984 – Juni 1987: Swiss Review of International Competition Law
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf/Frankfurt a.M.)
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
Z. Wirtsch. Sozialwissen.	Zeitschrift für Wirtschaft- und Sozialwissenschaften





# LITERATURVERZEICHNIS

- 1995 VERTICAL RESTRAINTS GUIDELINES OF THE NATIONAL ASSOCIATION OF ATTORNEYS GENERAL, abgedruckt in: ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS (FIFTH), Chicago 2002, Bd. 2, 1675-1693
- ABBOTT LAWRENCE, Quality and Competition, An Essay in Economic Theory, New York 1955
- DERSELBE, Economics and the Modern World, 2. Aufl., New York et al. 1967
- AGARWAL RAJSHREE/GORT MICHAEL, First-Mover Advantage and the Speed of Competitive Entry, 1887–1986, 44 J.L. & Econ. 161-177 (2001)
- AGHION PHILIPPE/BOLTON PATRICK, Contracts as a Barrier to Entry, 77 Amer. Econ. Rev. 388-401 (1987)
- AKERLOF GEORGE A., The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84 Quart. J. Econ. 488-500 (1970)
- AMANN MATTHIAS, Zeitungsfusionskontrolle, Zürich 2000
- AMSTUTZ MARC, Oligopole, Fusionskontrolle und evolutorische Ökonomik – Eine wirtschaftsrechtliche Kritik der Lehre von der kollektiven Marktbeherrschung, in: FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER H. ROLF/ZOBL DIETER (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz – Festschrift für Professor Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 193-216 (zit. AMSTUTZ, FS Zäch)
- DERSELBE, Kollektive Marktbeherrschung im europäischen Wettbewerbsrecht: Eine evolutorische Perspektive, Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik 161, Tübingen 1999 (zit. AMSTUTZ, Kollektive Marktbeherrschung im europäischen Wettbewerbsrecht)
- AREEDA PHILLIP E., Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. VIII, Boston et al. 1989
- AREEDA PHILLIP E./HOVENKAMP HERBERT/SOLOW JOHN L., Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. IIA, New York/Gaithersburg 2002
- ARNDT HELMUT, Mikroökonomische Theorie, 1. Bd.: Marktgleichgewicht, Tübingen 1966

- BAIRD DOUGLAS G./GERTNER ROBERT H./PICKER RANDAL C., *Game Theory and the Law*, Harvard 1994
- BAK Konjunkturforschung Basel AG, *Der Detailhandel in der Schweiz im internationalen Vergleich*, Basel 2001 (<http://www.bakbasel.ch/indexbak.html>) (zit. BAK-Studie)
- BAKER JONATHAN B., *Product differentiation through space and time: some antitrust policy issues*, 42 *Antitrust Bull.* 177-196 (1997)
- DERSELBE, *Competitive Price Discrimination: The Exercise of Market Power without Anticompetitive Effects (Comment on Klein and Wiley)*, 70 *Antitrust L.J.* 643-654 (2003)
- BAKER SIMON/BISHOP SIMON, *The role of market definition in monopoly and dominance inquiries*, OFT342, Office of Fair Trading Economic Discussion Paper 2, Juli 2001 (<http://www.offt.gov.uk/html/rsearch/reports/oft342.pdf>)
- BAKER SIMON/WU LAWRENCE, *Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission*, 19 *E.C.L.R.* 273-280 (1998)
- BANKS THEODORE L., *Distribution Law – Antitrust Principles and Practice*, 2 Bände (Loseblatt), 2. Aufl. New York/Gaithersburg 2003
- BAUMOL WILLIAM J., *The Free-Market Innovation Machine – Analyzing the Growth Miracle of Capitalism*, Princeton/Oxford 2002
- BAXTER WILLIAM F., *The Viability of Vertical Restraints Doctrine*, 75 *Cal. L. Rev.* 933-954 (1987)
- BECHTOLD RAINER, *Zur Abgrenzung des relevanten Marktes*, in: ERDMANN WILLI/MEES HANS-KURT/PIPER HENNING/TEPLITZKY OTTO/HEFERMEHL WOLFGANG/ULMER PETER (Hrsg.), *Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm*, Köln et al. 1990, 537-545
- BELLAMY CHRISTOPHER/CHILD GRAHAM D., *European Community Law of Competition*, 5. Aufl., 2 Bände, London 2001
- BERGAU TORSTEN, *EuG reduziert Bussgeld gegen VW (Volkswagen AG / Kommission, T-62/98, EuG vom 6. Juli 2000) (Urteilsbesprechung)*, *ELR HSG* 2000, 306-309
- BESANKO DAVID/PERRY MARTIN K., *Exclusive dealing in a spatial model of retail competition*, 12 *Int. J. Ind. Organ.* 297-329 (1994)
- BISHOP SIMON/RIDYARD DEREK, *E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy*, 23 *E.C.L.R.* 35-38 (2002)

- BISHOP SIMON/WALKER MIKE, *The Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2. Aufl., London et al. 2002
- BLAIR ROGER D./LOPATKA JOHN E., *Albrecht Overruled – At Last*, 66 *Antitrust L.J.* 537-566 (1998)
- BLAUG MARK, *Is Competition Such a Good Thing? Static Efficiency versus Dynamic Efficiency*, 19 *Rev. Ind. Organ.* 37-48 (2001)
- BOND RONALD S./LEAN DAVID F., *Sales, Promotion, and Product Differentiation in Two Prescription Drug Markets*, Staff Report to the U.S. Federal Trade Commission, Washington D.C. 1977 (zit. BOND/LEAN, *Sales, Promotion, and Product Differentiation in Two Prescription Drug Markets*)
- DIESELBEN, *Consumer Preference, Advertising and Sales: On the Advantage from Early Entry*, Working Paper 14, Bureau of Economics, US Federal Trade Commission, Washington 1979 (zit. BOND/LEAN, *Consumer Preference, Advertising and Sales: On the Advantage from Early Entry*)
- BORK ROBERT H., *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division (II)*, 75 *Yale L.J.* 373-475 (1966)
- DERSELBE, *A Reply to Professors Gould and Yamey*, 76 *Yale L.J.* 731-743 (1967)
- DERSELBE, *Resale Price Maintenance and Consumer Welfare*, 77 *Yale L.J.* 950-964 (1968)
- DERSELBE, *Economics and Antitrust: Response*, 3 (2) *Contemp. Pol. Issues* 35-41 (1984-1985)
- DERSELBE, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York/London/Toronto/Sydney/Singapore 1993 (The Free Press) (zit. BORK, *The Antitrust Paradox*) (Erstausgabe 1978)
- BOWMAN WARD S., *Resale Price Maintenance – A Monopoly Problem*, 25 *J. Bus. U. Chicago* 141-155 (1952)
- DERSELBE, *The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance*, 22 *U. Chi. L. Rev.* 825-873 (1955)
- BRAKMAN STEVEN/HEIJDRRA BEN J. (Hrsg.), *The Monopolistic Competition Revolution in Retrospect*, Cambridge 2004
- BRENNAN TIMOTHY J., *„Vertical“ excuses for horizontal practices: should there be any per se antitrust rules?*, 45 *Antitrust Bull.* 467-490 (2000)
- BRETT BARRY J./WALLACE NANCY C., *Sylvania and the Dual Distribution Dilemma*, 24 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 971-1005 (1981)

- BÜHLER STEFAN/JAEGER FRANZ, Einführung in die Industrieökonomik, Berlin et al. 2002
- BUTZ DAVID A./KLEIT ANDREW N., Are Vertical Restraints pro- or Anticompetitive? Lessons from *Interstate Circuit*, 44 J.L. & Econ. 131-159 (2001)
- CABRAL LUÍS M. B., Introduction to Industrial Organization, 2000 Cambridge MA/London
- CARLTON DENNIS W./PERLOFF JEFFREY M., Modern Industrial Organization, 3. Aufl., Massachusetts et. al. 2000
- CARSTENSEN PETER C., The Competitive Dynamics of Distribution Restraints: The Efficiency Hypothesis Versus the Rent-Seeking Strategic Alternatives, 69 Antitrust L.J. 569-609 (2001)
- CHAMBERLIN EDWARD HASTINGS, Product Heterogeneity and Public Policy, 40 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings 85-92 (1950)
- DERSELBE, The Theory of Monopolistic Competition – A Re-orientation of the Theory of Value, 8. Aufl., Cambridge 1962 (Erstausgabe 1933)
- CLARK JOHN MAURICE, Toward a Concept of Workable Competition, 30 Amer. Econ. Rev. 241-256 (1940)
- COASE RONALD H., The Nature of the Firm, 4 *Economica* 386-405 (1937)
- DERSELBE, The Problem of Social Costs, 3 J.L. & Econ. 1-44 (1960)
- COHEN WESLEY M./LEVIN RICHARD C., Empirical Studies of Innovation and Market Structure, in: SCHMALENSEE RICHARD/WILLIG ROBERT D. (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization Vol. II*, Amsterdam et al. 1989, 1059-1107
- COMANOR WILLIAM S., Vertical Territorial and Customer Restrictions: White Motor and its Aftermath, 81 Harv. L. Rev. 1419-1438 (1968)
- DERSELBE, Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy, 98 Harv. L. Rev. 981-1002 (1985)
- DERSELBE, Vertical Arrangements and Antitrust Analysis, 62 N.Y.U. L. Rev. 1153-1165 (1987)
- DERSELBE, The Two Economics of Vertical Restraints, 5 Rev. Ind. Organ. 99-126 (1990)
- DERSELBE, Introduction, *The Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics Vol. 20* (1990), Band „Vertical Restraints (Part I)“, 3-30 (zit. COMANOR, Introduction)

- DERSELBE, The Two Economics of Vertical Restraints, 21 Sw. U. L. Rev. 1265-1283 (1992)
- COMANOR WILLIAM S./FRECH H.E. III, The Competitive Effects of Vertical Agreements? 75 Amer. Econ. Rev. 539-546 (1985)
- DIESELBEN, The Competitive Effects of Vertical Agreements: Reply, 77 Amer. Econ. Rev. 1069-1072 (1987)
- COMANOR WILLIAM S./KIRKWOOD JOHN B., Resale Price Maintenance and Antitrust Policy, in: PELLEGRINI LUCA/REDDY SRIVINAS K., Marketing Channels – Relationships and Performance Massachusetts/Toronto 1986 (Lexington Books/D.C. Heath and Company/Lexington) 31-38
- COOTER ROBERT/ULEN THOMAS, Law & Economics, Reading MA et al. 2000
- DEGRYSE HANS VERBOVEN FRANK, Car Price Differentials in the European Union: An Economic Analysis, Leuven/London 2000 (K.U. Leuven und C.E.P.R.) ([http://europa.eu.int/comm/competition/car\\_sector/distribution/#draft\\_reg](http://europa.eu.int/comm/competition/car_sector/distribution/#draft_reg))
- DENISON EDWARD F., Trends in American Economic Growth, 1929 – 1982, Washington D.C. 1985
- DENECKERE RAYMOND/MARVEL HOWARD P./PECK JAMES, Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance, 109 Quart. J. Econ. 885-913 (1996)
- DIESELBEN, Demand Uncertainty and Price Maintenance: Markdowns as Destructive Competition, 87 Amer. Econ. Rev. 619-641 (1997)
- DIETRICH MARCEL/SAURER MARKUS, Ist eine Marke ein Markt? Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen, sic! 2001 549-612
- DIXIT AVINASH K./STIGLITZ JOSEPH E., Monopolistic Competition and Optimum Product Diversity, 67 Amer. Econ. Rev. 297-308 (1977)
- DOBSON PAUL W./WATERSON MICHAEL, Vertical Restraints and Competition Policy, OFT177, Office of Fair Trading, Research Paper 12, London 1996 (<http://www.offt.gov.uk/html/rsearch/reports/oft177.pdf>)
- DORFMAN ROBERT/STEINER PETER O., Optimal Advertising and Optimal Quality, 44 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings 826-836 (1954)
- EASTERBROOK FRANK H., Is There a Ratchet in Antitrust Law?, 60 Tex. L. Rev. 705-717 (1982)
- DERSELBE, Vertical Agreements and The Rule of Reason, 53 Antitrust L.J. (1984), 135-173

- DERSELBE, The Limits of Antitrust, 63 Tex. L. Rev. 1-40 (1984)
- ECKARD WOODROW E., An Empirical Test of the Free Rider and Market Power Hypotheses: A Comment, 76 Rev. Econ. Statist. 586-589 (1991)
- EICHLER MARTIN/GRASS MICHAEL/KOELLREUTER CHRISTOPH/KÜBLER THOMAS, Preisunterschiede zwischen der Schweiz und der EU, Bern 2003 (zit. Studie EICHLER et al.)
- EVANS DAVID S./SCHMALENSEE L. RICHARD, Be Nice to Your Rivals: How the Government Is Selling an Antitrust Case Without Consumer Harm in *United States v. Microsoft*, in: Did Microsoft Harm Consumers? Two Opposing Views, Washington D.C. 2000 (AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies) 45-86 (zit. EVANS/ SCHMALENSEE, Be Nice to Your Rivals)
- DIESELBEN, Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Markets, NBER Working Paper 8268, Cambridge Mass. 2001 (<http://www.nber.org/papers/w8268>)
- FISHER FRANKLIN M., Diagnosing Monopoly, 19/2 Quart. J. Bus. Econ. 7-33 (1982)
- DERSELBE, Horizontal Mergers: Triage and Treatment, 1 J. Econ. Perspect. 23-40 (1987)
- FRONTIER ECONOMICS/PLAUT, Erschöpfung von Eigentumsrechten: Auswirkungen eines Systemwechsels auf die schweizerische Volkswirtschaft ([www.evd.admin.evd/dossiers/parallelimporte/index.html?lang=de](http://www.evd.admin.evd/dossiers/parallelimporte/index.html?lang=de))
- FULDA CARL H., Resale Price Maintenance, 21 U. Chi. L. Rev. 175 211 (1954)
- GABLER Wirtschafts-Lexikon, 2 Bände, 12. Aufl., Wiesbaden 1988 (zit. GABLER Wirtschafts-Lexikon)
- GAL MICHAEL S., Competition Policy for Small Market Economies, Cambridge MA/London 2003
- GALLINI NANCY T./HOLLIS ALAN, A Contractual Approach to the Gray Market, 19 Int. Rev. Law Econ. 1-21 (1999) (als Manuskript auch erhältlich auf: <http://econ.ucalgary.ca/fac-files/ah/irle99.pdf>)
- GANSLAND MATTHIAS/MASKUS KEITH E., Parallel Imports of Pharmaceutical Products in the European Union, Working Paper No. 546, 2001, Stockholm 2001 (als Manuskript auch erhältlich auf: <http://www.iui.se/wp/wp546/IUIWP546.pdf>)
- GILBERT RICHARD J., Mobility Barriers and the Value of Incumbency, in: SCHMALENSEE RICHARD/WILLIG ROBERT D., Handbook of Industrial Organization Vol. I, Amsterdam et al. 1989, 475-535

- GILLIGAN THOMAS W., The competitive effects of resale price maintenance, 17 RAND J. Econ. 544-556 (1986)
- GINSBURG DOUGLAS H., Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason, 60 Antitrust L.J. 67-79 (1991)
- DERSELBE, Nonprice Competition, 38 Antitrust Bull. 83-111 (1993)
- GLASNER DAVID/STOCKUM STEVE, The Use of the *Merger Guidelines* ' Price Test, The Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics, 109-130 (1992)
- GLANZMANN ANDREAS, Der Alleinvertriebsvertrag im schweizerischen Kartellrecht, unter rechtsvergleichender Heranziehung des EG-Rechts, Diss. St. Gallen 1991
- GLASOW BERNHARD, Vertikale Preisbindung, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbsrecht in den USA, Deutschland und Europa, Frankfurt a.M. et. al. 1999
- GLEISS ALFRED/HIRSCH MARTIN/BURKERT THOMAS O.J., Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1, 4. Aufl., Heidelberg 1993 (zit. GLEISS/HIRSCH)
- GLOOR PETER/STAEHELIN MATTHIAS, Vertikale Vereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht und die „rule of reason“, in: FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER H. ROLF/ZOBL DIETER (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz – Festschrift für Professor Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 299-315 (zit. GLOOR/STAEHELIN, FS Zäch)
- GOLDBERG VICTOR P., The Free Rider Problem, Imperfect Pricing, and the Economics of Retailing Services, 79 Nw. U. L. Rev. 736-757 (1984)
- GOULD J. R./PRESTON L.E., Resale Price Maintenance and Retail Outlets, 32 *Economica*, 302-312 (1965)
- GOULD J. R./YAMEY B. S., Professor Bork on Vertical Price Fixing, 76 Yale L.J. 722-730 (1967)
- DIESELBEN, Professor Bork on Vertical Price Fixing: A Rejoinder, 77 Yale L.J. 936-949 (1968)
- GRIMES WARREN S., The Seven Myths of Vertical Price Fixing: The Politics and Economics of a Century-Long Debate, 21 Sw. U. L. Rev. (1992), 1285-1316
- DERSELBE, Spiff, Polish, and Consumer Demand Quality: Vertical Price Restraints Revisited, 80 Cal. L. Rev. 817-855 (1992)
- DERSELBE, Brand Marketing, Intra-brand Competition, and The Multibrand Retailer: The Antitrust Law of Vertical Restraints, 64 Antitrust L.J. 83-136 (1995)

- DERSELBE, Lessons From A Century of Change – The Political, Social, and Economic Forces Shaping United States' Law Governing Vertical Restraints on Retail Price Competition, in: ZÄCH ROGER (Hrsg.): Towards WTO Competition Rules, Bern et al. 1999, 151-172 (zit. GRIMES, Lessons From A Century of Change)
- DERSELBE, Market Definition in Franchise Antitrust Claims: Relational Market Power and the Franchisor's Conflict of Interest, 67 Antitrust L.J. 243-287 (1999)
- GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, 2 Bände, München, Stand: 16. Ergänzungslieferung Juli 2000 (zit. VERFASSER, in: GRABITZ/HILF)
- GRONER ROGER, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen – quo vadis?, recht 2002, 63-73
- Grünbuch der Kommission über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, vom 22. Januar 1997, KOM(96) 721 endg.
- GYSELEN LUC, Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale Under EEC Competition Law, 21 C.M.L.Rev. 647-668 (1984)
- Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft (HdWW); zugleich Neuauflage des „Handwörterbuchs der Sozialwissenschaft“, 9 Bände, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1977-1982 (zit. VERFASSER, Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft)
- HANGARTNER IVO, Selektive Vertriebssysteme als Problem des Wettbewerbsrechts, sic! 2002, 321-330
- HARBORD DAVID/VON GRAEVENITZ GEORG, Market Definition in Oligopolistic and Vertically Related Markets: Some Anomalies, 21 E.C.L.R. 151-158 (2000)
- HAUSMANN JERRY A./MACKIE-MASON JEFFREY K., Price Discrimination and Patent Policy, 19 RAND J. Econ. 253-265 (1988)
- HAWK BARRY E., System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law, 32 E.C.L.R. 973-989 (1995)
- HEFLEBOWER RICHARD B., Mass Distribution: A Phase of bilateral Oligopoly or of Competition?, 47 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings 274-285 (1957)
- HEIDE JAN B./DUTTA SHANTANU/BERGEN MARK, Exclusive Dealing and Business Efficiency: Evidence from Industry Practice, 41 J.L. & Econ. 387-407 (1998)
- HERDZINA KLAUS, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl., Stuttgart 1999



- HICKS J.R., The Foundations of Welfare Economics, 49 Econ. J. 696-712 (1939)
- HILKE JOHN C., Free Trading or Free-Riding: An Examination of the Theories and Available Empirical Evidence on Gray Market Imports, 32 World Competition 75-91 (1988)
- HILTY RETO M., Verbot von Parallelimporten – Heimatschutz oder Schildbürgerstreich? Eine rechtliche Kritik, eine ökonomische Analyse – und ein Regelungsvorschlag zwischen Schwarz und Weiss, sic! 2000, 231-241
- HOCH CLASSEN MARIEL, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Diss. Zürich, Zürich 2003
- HOFFET FRANZ, Die Auslegung von Schlüsselbegriffen des KG im Lichte des Europäischen Wettbewerbsrechts, in: BAUDENBACHER CARL (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht – Achtes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2001, Basel 2002, 201-222
- HOLLANDER S. C., United States of America, in: YAMEY BASIL SELIG (Hrsg.), Resale Price Maintenance Chicago 1966 (Aldine Publishing Company), 65-100
- HOPPMANN ERICH, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb (Aufsatzsammlung), Baden-Baden 1988 (zit. HOPPMANN, Titel)
- HOVENKAMP HERBERT, Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice, 2. Aufl., St. Paul, Minn. 1999
- DERSELBE, Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. XI, New York 1998
- IACOBUCCI EDWARD, The Case for Prohibiting Resale Price Maintenance, 19 World Competition, 71-103 (1995)
- IMMENGA ULRICH, Die Marke im Wettbewerb – Wettbewerb innerhalb der Marke, sic! 2002, 374-377
- IMS CONSULTING, A Comparison of Pharmaceutical Pricing in Switzerland with Selected Reference Countries, London September 2003 ([http://www.interpharma.ch/news/aktuell/IMS\\_Report.pdf](http://www.interpharma.ch/news/aktuell/IMS_Report.pdf)) (zit. IMS CONSULTING-Studie)
- IPPOLITO PAULINE M., Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation, 34 J.L. & Econ. 263-294 (1991)
- ITEN ROLF/PETER MARTIN/VETTORI ANNA/MENEGALE SARAH, Hohe Preise in der Schweiz: Ursache und Wirkung, Bern 2003 (zit. Studie ITEN et al.)
- KALDOR NICHOLAS, Welfare Propositions of Economics and Inter-Personal Comparisons, 49 Econ. J. 549-552 (1939)

- KANTZENBACH ERHARD/KOTTMANN ELKE/KRÜGER REINALD, Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden 1996
- KANTZENBACH ERHARD/KRÜGER REINALD, WuW 1990, 472-481
- KAPLOW LOUIS, The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and a Direct Adjustment Alternative, 95 Harv. L. Rev. 1817-1848 (1982)
- KASERMAN DAVID L./ZEISEL HANS, Market Definition: Implementing the Department of Justice Merger Guidelines, 41 Antitrust Bull. 665-690 (1996)
- KATZ BARBARA G., Territorial Exclusivity in the Soft Drink Industry, 27 J. Ind. Econ. 85-96 (1978)
- KATZ MICHAEL L., Vertical Contractual Relations, in: SCHMALENSEE RICHARD/WILLIG ROBERT D., Handbook of Industrial Organization, Vol. I, Amsterdam et al., 655-721
- KAY J.A., Vertical Restraints in European Competition Policy, 34 Europ. Econ. Rev. 551-561 (1990)
- KEYTE JAMES A., Market Definition and Differentiated Products: The Need for a Workable Standard, 63 Antitrust L.J. 697-748 (1995)
- KIENER OLAF, Marktmachtmissbrauch – am Beispiel der Kündigung von Alleinvertriebsverträgen, Diss. Zürich, Zürich 2002
- KLEIN BENJAMIN/MURPHY KEVIN M., Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms, 31 J.L. & Econ. 265-297 (1988)
- KLEIN BENJAMIN/WILEY JOHN SHEPARD JR., Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusals to Deal, 70 Antitrust L.J. 599-642 (2003)
- KLEIN BENJAMIN, Market Power in Aftermarkets, in: MCCHESENEY FRED S. (Hrsg.): Economic Inputs, Legal Outputs – The Role of Economics in Modern Antitrust, Chichester et al. 1998, 47-68
- KOENKER ROGER W./PERRY MARTIN K., Product Differentiation, Monopolistic Competition, and Public Policy, 12 BELL J. Econ. 217-231 (1981)
- KORAH VALENTINE, The Future of Vertical Agreements Under E.C. Competition Law, 19 E.C.L.R. 506-513 (1998)
- DIESELBE, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 7. Aufl., Oxford 2000

- KORAH VALENTINE/O'SULLIVAN DENIS, *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules*, Oxford 2002
- KRATTENMAKER THOMAS G./SALOP STEVEN C., *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Cost To Achieve Power over Price*, 96 *Yale L.J.* 209-293 (1986)
- KRUEGER ANNE O., *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, 64 *Amer. Econ. Rev.* 291-303 (1974)
- LAFFERTY RONALD N./LANDE ROBERT H./KIRKWOOD JOHN B. (Hrsg.), *Impact Evaluations of Federal Trade Commission Vertical Restraints Cases*, Washington D.C. August 1984 (Bureau of Competition and Bureau of Economics) (zit. VERFASSER, Titel, in: LAFFERTY/LANDE/KIRKWOOD)
- LANCASTER KELVIN, *Socially Optimal Product Differentiation*, 65 *Amer. Econ. Rev.* 567-585 (1975)
- LANDES WILLIAM M./POSNER RICHARD A., *Market Power in Antitrust Cases*, 94 *Harv. L. Rev.* 937-996 (1981)
- LAYSON STEPHEN, *Third-Degree Discrimination, Welfare and Profits: A Geometrical Analysis*, 78 *Amer. Econ. Rev.* 1131 f. (1988)
- LEFFLER KEITH, *Toward a Reasonable Rule of Reason*, 28 *J.L. & Econ.* 381-386 (1985)
- LEIBENSTEIN HARVEY, *Allocative Efficiency vs. „X-Efficiency“*, 56 *Amer. Econ. Rev.* 392-415 (1966)
- LERNER ABBA P., *The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power*, 1 *Rev. Econ. Stud.* 157-175 (1934)
- LEVENSTEIN MARGARET, *Vertical Restraints in the Bromine Cartel: The Role of Distributors in Facilitating Collusion*, NBER Working Paper Series on Historical Factors in Long Run Growth, Historical Paper No. 49, Cambridge 1993
- LEVER JEREMY/NEUBAUER SILKE, *Vertical Restraints, Their Motivation and Justification*, 21 *E.C.L.R.* 7-23 (2000)
- LEXECON, *The Economics of Gray-Market Imports*, Washington D.C. 1985
- LIEBELER WESLEY J., *Intrabrand „Cartels“ under GTE Sylvania*, 30 *UCLA L. Rev.* 1-51 (1982)
- DERSELBE, *Resale Price Maintenance and Consumer Welfare: Business Electronics Corp. v. Sharp Electronic Corp.*, 36 *UCLA L. Rev.* 889-913 (1989)
- MAISEL LAWRENCE C., *Submarkets in Merger and Monopolization Cases*, 72 *Geo. L.J.* 39-71 (1983)

- MALUEG DAVID A./SCHWARTZ MARIUS, Parallel Imports, Demand Dispersion, and International Price Discrimination, 37 J. Int. Econ. 167-195 (1994)
- MARKOVITS RICHARD S., The Limits to Simplifying Antitrust, 63 Tex. L. Rev. 41-87 (1984)
- MARSHALL ALFRED, Principles of Economics, London/New York 1890
- MARVEL HOWARD P., Exclusive Dealing, 25 J.L. & Econ. 1-27 (1982)
- DERSELBE, The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom, 63 Antitrust L.J. 59-92 (1994)
- MARVEL HOWARD P./MCCAFFERTY STEPHEN, Resale Price Maintenance and Quality Certification, 15 RAND J. Econ. 346-359 (1984)
- DIESELBEN, The Welfare Effects of Resale Price Maintenance, 28 J.L. & Econ. 363-379 (1985)
- MASKE AUGUST-CAREL, Die geographische Dimension im europäischen Wettbewerbsrecht, Diss. Bremen 1997, Köln et al. 1998
- MASON EDWARD S., Monopoly in Law and Economics, 47 Yale L. J. 34-49 (1937)
- MATHEWSON FRANK/WINTER RALPH A., On Vertical Restraints and the Law: A Reply, 19 RAND J. ECON. 299-301 (1988)
- DIESELBEN, The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment, 77 Amer. Econ. Rev. 1057-1062 (1987)
- DIESELBEN, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, 13 Rev. Ind. Organ. 57-84 (1998)
- MCELROY WILLIAM F., Alternatives to the U.S. Antitrust Agency Approach to Market Definition, 11 Rev. Ind. Organ. 511-532 (1996)
- MONTANGIE YVES, The New Approach to Price Ceilings: a Matter of Sound Economic Reasoning, 21 E.C.L.R. 269-274 (2000)
- MUELLER DENNIS C., Public Choice II, Cambridge 1989
- MUELLER WILLARD F./GEITHMAN FREDERICK E., An Empirical Test of the Free Rider and Market Power Hypotheses, 73 Rev. Econ. Statist. 301-308 (1991)
- MURIS TIMOTHY J., *GTE Sylvania* and the Empirical Foundations of Antitrust, 68 Antitrust L.J. 899-912 (2001)

- OECD, Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements, 1998 (OECD) (<http://www.oecd.org/daf/clp/publications.htm>) (zit. OECD, Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements)
- OECD, Franchising Agreements – Economic Assessment of Competition Law Provisions Applicable to Franchising, in: PHILIPS LOUIS (Hrsg.), Applied Industrial Economics, Cambridge 1998, 295-317 (zit.: OECD, Franchising Agreements – Economic Assessment of Competition Law Provisions Applicable to Franchising)
- ORNSTEIN STANLEY I./HANSENS DOMINIQUE M., Output Increasing or Restricting? The Case of Distilled Spirits in the United States, 36 J. Ind. Econ. 1-18 (1987)
- OVERSTREET THOMAS R. JR., Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission 1983, Washington D.C. 1983
- OVERSTREET THOMAS R. JR./FISHER ALAN A., Resale Price Maintenance and Distributional Efficiency: Some Lessons from the Past, 3 (3) Contemp. Pol. Issues 43-57 (1985)
- PANZAR JOHN C./WILLIG ROBERT D., Economies of Scale in Multi-Output Production, 91 Quart. J. Econ., 481-493 (1977)
- PEEPERKORN LUC, E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy? – A Reply, 23 E.C.L.R. 38-41 (2002)
- PEMBERTON MALCOLM/RAU NICHOLAS, Mathematics for Economists, Manchester/New York 2001
- PETER M./ITEN ROLF/HOFMANN U./SCHNEIDER M., Auswirkungen staatlicher Eingriffe auf das Preisniveau im Bereich Humanarzneimittel, Zürich 2002 (zit. Studie PETER et al.)
- PETTINGILL JOHN S., Monopolistic Competition and Optimum Product Diversity: Comment, 69 Amer. Econ. Rev. 957-960 (1979)
- PHILIPS LOUIS, The Economics of Price Discrimination, Cambridge UK et al. 1983
- PIGOU ARTHUR CECIL, The Economics of Welfare, 2. Aufl., London 1924
- PINDYCK ROBERT S./RUBINFELD DANIEL L., Microeconomics, 5. Aufl., Upper Saddle River 2001
- PIRAINO THOMAS A., Reconciling the Per Se and Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis, 64 S. Cal. L. Rev. 685-739 (1991)

- PITOFSKY ROBERT, In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a *Per Se* Rule Against Vertical Price Fixing, 71 Geo. L.J. 1487-1495 (1983)
- PORTER MICHAEL E., Competition and Antitrust: Towards a Productivity-based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures, 33 UWLA L. Rev. 17-34 (2001) (auch abgedruckt in: 46 Antitrust Bull. 919-957 [2001])
- POSNER RICHARD A., The Social Cost of Monopoly and Regulation, 83 J. Pol. Economy 807-828 (1975)
- DERSELBE, Antitrust Law – An Economic Perspective, Chicago 1976 (zit. POSNER, Antitrust Law – An Economic Perspective, 1. Aufl.)
- DERSELBE, The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the *Sylvania* Decision, 45 U. Chi. L. Rev. 1-20 (1977)
- DERSELBE, The Chicago School of Antitrust Analysis, 127 U. Pa. L. Rev. 925-948 (1979)
- DERSELBE, The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality, 48 U. Chi. L. Rev. 6-26 (1981)
- DERSELBE, Economic Analysis of Law, 5. Aufl., New York 1998 (zit. POSNER, Economic Analysis of Law)
- DERSELBE, Antitrust Law, Chicago/London 2001 (zit. POSNER, Antitrust Law, 2. Aufl.)
- PRESTON LEE E., Restrictive Distribution Arrangements: Economic Analysis and Public Policy Standards, 30 Law & Contemp. Probs. 506-529 (1965)
- RAASS ADRIAN/KUMMER CHRISTOPH, Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen: Theorie und Praxis, AJP 2000, 360-362
- RASMUSEN ERIC B./RAMSEYER MARK J./WILEY JOHN S. JR., Naked Exclusion, 81 Amer. Econ. Rev. 1137-1145 (1991)
- REY PATRICK/CABALLERO-SANZ FRANCISCO, The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints, Economic Papers, No. 119, November 1996 (erstellt für die GD II der Europäischen Kommission), Luxembourg 1996
- REY PATRICK/STIGLITZ JOSEPH, Vertical Restraints and Producers' Competition, NBER Working Paper 2601, Cambridge MA 1988
- DIESELBEN, The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition, 26 RAND J. Econ. 431-451 (1995)

- DIESELBEN, Vertical Restraints and Producers' Competition, 32 *Europ. Econ. Rev.* 561-568 (1988) (auch abgedruckt in: PHILIPS LOUIS [Hrsg.], *Applied Industrial Economics*, Cambridge 1998 [Cambridge University Press], 188-195)
- REY PATRICK/TIROLE JEAN, The Logic of Vertical Restraints, 76 *Amer. Econ. Rev.* 921-939 (1986)
- RHYS JOHN/VAN DIJK THEON/GOATE PETER/LEWIS DAVID/GERNER FRANZ/HOLMES SIMON/ROSE DAVID/USHER TOM/SPILSBURY, The Economic Consequences of the Choice of a Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks – Final Report for DG XV of the European Commission, NERA/SJ Berwin & Co./IFF Research, London 1999 ([http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/indprop/tm/tmstudy.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/tm/tmstudy.htm) und <http://www.nera.com>) (zit. RHYS et al. [Nera-Studie])
- RIDYARD DEREK/BISHOP SIMON/KLASS MICHAEL, Market definition in UK competition policy, Office of Fair Trading Research Paper No. 1 (1992)
- RILEY ALAN J., Vertical Restraints: A Revolution?, 19 *E.C.L.R.* 483-492 (1998)
- ROBINSON JOAN, *The Economics of Imperfect Competition*, 2. Aufl., London 1933 (Erstausgabe 1933)
- RUFFNER MARKUS, *Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht, Möglichkeiten und Grenzen einer markt- und institutionentheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik*, Diss. Zürich 1990, Zürich 1990 (zit. RUFFNER, *Wettbewerbstheorie*)
- SALOP STEVEN C., Monopolistic Competition with Outside Goods, 10 *BELL J. Econ.* 141-156 (1979)
- SALOP STEVEN C./SCHEFFMAN DAVID T., Raising Rivals' Cost, 73 *Amer. Econ. Rev.* – *AEA Papers and Proceedings*, 267-270 (1983)
- DIESELBEN, Cost-Raising Strategies, 36 *J. Ind. Econ.* 19-34 (1987)
- SANDROCK OTTO, Grundprobleme der sachlichen Marktabgrenzung, MERZ HANS/SCHLUEP WALTER RENÉ, *Recht und Wirtschaft heute – Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*, Bern 1980, 449-486
- SASS TIM R./GISSER MICHA, Agency Cost, Firm Size, and Exclusive Dealing, 32 *J.L. & Econ.* 381-400 (1989)
- SCHEFFMAN DAVID T., The Application of Raising Rivals' Cost Theory to Antitrust, 37 *Antitrust Bull.* 187-206 (1992)
- SCHEFFMANN DAVID T./SPILLER PABLO T., Geographic Market Definition under the U.S. Department of Justice Merger Guidelines, 30 *J.L. & Econ.* 123-148 (1987)

- SCHERER FREDERIC MICHAEL, The Economics of Vertical Restraints, 52 *Antitrust L.J.* 687-718 (1983)
- DERSELBE, *New Perspectives on Economic Growth and Technological Innovation*, Washington D.C. 1999
- DERSELBE, Retail Distribution Channel Barriers to International Trade, 67 *Antitrust L.J.* 77-113 (1999)
- SCHERER FREDERIC MICHAEL/ROSS DAVID, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3. Aufl., Boston et al. 1990
- SCHMALENSEE L. RICHARD, On the Use of Economic Models in Antitrust: The *Realemon* Case, 127 *U. Pa. L. Rev.*, 994-1050 (1979)
- DERSELBE, Output and Welfare Implications of Monopolistic Third-Degree Price Discrimination, 71 *Amer. Econ. Rev.* 242-247 (1981)
- DERSELBE, Another Look at Market Power, 95 *Harv. L. Rev.* 1789-1816 (1982)
- DERSELBE, Product Differentiation Advantages of Pioneering Brands, 72 *Amer. Econ. Rev.* 349-365 (1982)
- DERSELBE, Horizontal Merger Policy: Problems and Changes, 1 *J. Econ. Perspect.* 41-54 (1987)
- SCHMIDTCHEN DIETER, Antitrust zwischen Marktmachtphobie und Effizienzeuphorie: Alte Themen – neue Ansätze, in: MÖSCHEL WERNHARD/STREIT MANFRED E./WITT ULRICH (Hrsg.), *Marktwirtschaft und Rechtsordnung*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Erich Hoppmann, Baden-Baden 1994 (zit. SCHMIDTCHEN, FS Hoppmann)
- SCHNEIDER HELMUTH, *Grundlagen der Volkswirtschaftslehre*, München/Wien 1995
- SCHRÖTER HELMUTH, der Stand des Europa-Kartellrechts im Jahre 1999, in: BAUDENBACHER CARL (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999, Basel et al. 2000, 1-87
- SCHUMPETER JOSEPH A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, 3. Aufl., New York 1950
- SCHÜRMAN LEO/SCHLUEP WALTER RENÉ, *Handkommentar zum Kartellgesetz und zum Preisüberwachungsgesetz*, Zürich 1988
- SCHWARTZ MARIUS, The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment, 77 *Amer. Econ. Rev.* 1063-1068 (1987)



- SCHWINTOWSKY HANS-PETER, Alleinvertriebssysteme, Ökonomische Funktionen – Wettbewerbsrechtliche Grenzen, Baden-Baden 1992
- SHARP BENJAMIN S., Comments on Marvel; How Fair Is Fair Trade?, 3 (3) Contemp. Pol. Issues 37-42 (1985)
- SHAFFER GREG, Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices, 22 RAND J. Econ. 120-135 (1991)
- SHERRARD ALFRED, Advertising, Product Variation, and the Limits of Economics 59 J. Pol. Econ. 126-142 (1951)
- SHIH JUN-JI/MAI CHAO-CHENG/LIU JUNG-CHAO, A General Analysis of the Output Effect under Third-Degree Price Discrimination, 98 Econ. J. 149-158 (1988)
- SOLOW ROBERT M., Technical Change and the Aggregate Production Function, 39 Rev. Econ. Statist. 312-320 (1957)
- SPENCE MICHAEL A., Monopoly, Quality, and Regulation, 6 BELL J. Econ. 417-429 (1975)
- DERSELBE, Product Differentiation and Welfare, 66 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings 407-414 (1976)
- SPENGLER JOSEPH J., Vertical Integration and Antitrust Policy, 58 J. Polit. Economy, 347-352 (1950)
- STEFANADIS CHRISTODOULOS, Selective Contracts, Foreclosure, and the Chicago School View, 41 J.L. & Econ. 429-450 (1998)
- STEGEMANN KLAUS, Cross Elasticities and the Relevant Market, Z. Wirtsch. Sozialwissen. 151-165 (1974)
- STEINER ROBERT L., The Nature of Vertical Restraints, 30 Antitrust Bull. 143-197 (1985)
- DERSELBE, Intrabrand Competition – Stepchild of Antitrust, 36 Antitrust Bull. 155-200 (1991)
- DERSELBE, *Sylvania* Economics – A Critique, 60 Antitrust L.J. 41-59 (1991)
- DERSELBE, Manufacturers' Promotional Allowances, Free Riders and Vertical Restraints, 36 Antitrust Bull. 383-411 (1991)
- DERSELBE, How Manufacturers Deal with the Price-Cutting Retailer: When are Vertical Restraints Efficient? 65 Antitrust L.J. 407-448 (1997)
- DERSELBE, The Third Relevant Market, 45 Antitrust Bull. 719-759 (2000)

- STEUER RICHARD M., Vertical Restraints in The Nineties, 62 *Antitrust L.J.* 717-727 (1994)
- STIEGER WERNER, "Kodak" – eine Momentaufnahme des Schnittbereichs von Immaterialgüter- und Kartellrecht aus helvetischer Sicht, *sic!* 2001, 89-106
- STIGLER GEORGE J., *The Organization of Industry*, Chicago/London 1983 (Nachdruck der 1968 erschienenen Erstausgabe)
- STIGLER GEORGE J./SHERWIN ROBERT A., The Extent of the Market, 28 *J.L. & Econ.* 555-585 (1985)
- STOFFEL WALTER, Wettbewerbsabreden, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Band V/2, Kartellrecht, Basel et al. 2000, 55-135 (zit. STOFFEL, *SIWR* V/2)
- SULLIVAN LAWRENCE A./GRIMES WARREN S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul MN 2000
- TELSER LESTER G., Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, 3 *J.L. & Econ.*, 86-105 (1960)
- DERSELBE, Why Should Manufacturers Want Fair Trade II?, 33 *J.L. & Econ.*, 409-417 (1990)
- TIROLE JEAN, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge/London 1988
- TRAUGOTT RAINER, Zur Abgrenzung von Märkten, *WuW* 1998, 929-939
- TRAVERS ARTHUR H./WRIGHT THOMAS D., Restricted Channels of Distribution Under the Sherman Act, 75 *Harv. L. Rev.* 795-834 (1962)
- TULLOCK GORDON, The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft, 5 *Western Econ. J.* 224-233 (1967)
- VAN DEN BERGH ROGER, The Difficult Reception of Economic Analysis in European Competition Law, in: CUCINOTTA ANTONIO/PARDOLESI ROBERTO/VAN DEN BERGH ROGER (Hrsg.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham/Northampton 2002, 34-59
- VARIAN HAL R., Price Discrimination and Social Welfare, 75 *Amer. Econ. Rev.* 870-875 (1985)
- DERSELBE, Price Discrimination, in: SCHMALENSEE RICHARD/WILLIG ROBERT D. (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. I, Amsterdam et al. 1989, 597-653

- VEIT MARC D., Die Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen als Alternative zur strukturellen Marktanalyse, AJP 1999, 1269-1275
- VEROUDEN VINCENT, Vertical Agreements and Article 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis, 71 Antitrust L.J. 525-575 (2003)
- VISCUSI KIP W./VERNON JOHN M./HARRINGTON JOSEPH E., JR., Economics of Regulation and Antitrust, 3. Aufl. Cambridge/London 2000
- VON DER GROEBEN, HANS/THIESING JOCHEN/EHLERMANN CLAUS DIETER, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5 Bände, 5. Aufl., Baden-Baden 1999 (zit. VERFAS-SER, in: VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN)
- VON HAYEK FRIEDRICH AUGUST, Individualism and Economic Order, London/Henley 1949 (Nachdruck 1976)
- VON WEIZSÄCKER CHRISTIAN C., Wettbewerb in Netzen, WuW 1997, 572-579
- WARREN-BOULTON FREDERICK R., Resale Price Maintenance Reexamined: *Monsanto v. Spray-Rite* (1984), in KWOKA JOHN E./WHITE LAWRENCE J., The Antitrust Revolution, 3. Aufl., New York/Oxford 1999, 364-385
- WATERSON MICHAEL, On Vertical Restraints and the Law: A Note, 19 RAND J. Econ. 293-297 (1988)
- DERSELBE, Ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der Wettbewerbskommission, Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Volkswirtschaftsdepartements, RPW 2000/3, 510-532
- WERDEN GREGORY, The History of Antitrust Market Delineation, 76 Marq. L. Rev. 123-215 (1992)
- DERSELBE, Simulating The Effects Of Differentiated Products Mergers: A Practical Alternative To Structural Merger Policy, 5 Geo. Mason L. Rev. 363-386 (1997)
- WERDEN GREGORY J./FROEB LUKE M., Simulation as an Alternative to Structural Merger Policy in Differentiated Products Industries, in: COATE MALCOM B./KLEIT ANDREW N. (Hrsg.), The Economics of the Antitrust Process, Boston et al. 1996, 65-88
- WEST DOUGLAS S., Double Marginalization and Privatization in Liquor Retailing, 16 Rev. Ind. Org. 399-415 (2000)
- WHITE LAWRENCE J., Vertical restraints in antitrust law: a coherent model, 26 Antitrust Bull. 327-345 (1981)
- DERSELBE, Wanted: A Market Definition Paradigm for Monopolization Cases, Computer Industry, 1-5 (1999)

- WILLIAMSON OLIVER E., Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, 58 Amer. Econ. Rev. 18-36 (1968)
- DERSELBE, Economies as an Antitrust Defense: Reply, 58 Amer. Econ. Rev. 954-959 (1969)
- DERSELBE, Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach, 127 U. Pa. L. Rev. 953-993 (1979)
- DERSELBE, The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting, New York/London 1985 (zit. WILLIAMSON, The Economic Institutions of Capitalism)
- WILLIG ROBERT D., Merger Analysis, Industrial Organization Theory, and Merger Guidelines, 12 Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics 282-285 (1991)
- WINTER RALPH A., Vertical Control and Price Versus Nonprice Competition, 108 Quart. J. Econ. 61-76 (1993)
- WU LAWRENCE, Two Methods of Determining Elasticities of Demand and Their Use in Merger Simulation, 2003 ([http://www.nera.com/wwt/newsletter\\_issues/5786.pdf](http://www.nera.com/wwt/newsletter_issues/5786.pdf))
- YAMEY BASIL SELIG, The Economics of Resale Price Maintenance, London 1954 (Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd.) (zit. YAMEY, The Economics of Resale Price Maintenance)
- DERSELBE, Introduction: The Main Economic Issues, in: YAMEY BASIL SELIG (Hrsg.) Resale Price Maintenance, Chicago 1966, 3-22 (zit. YAMEY, Introduction)
- ZÄCH ROGER, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Praxis von Kommission und Gerichtshof, München 1994 (zit. ZÄCH, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union)
- DERSELBE, Recht auf Parallelimporte und Immaterialgüterrecht, Anton Heini zum 65. Geburtstag, SJZ 91 (1995), 301-311
- DERSELBE, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999 (zit. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht)
- DERSELBE, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter nach Massgabe des Kartellgesetzes – Rechtslage gemäss Kodak-Urteil und Revisionsvorschläge, sic! 2000, 275-284
- DERSELBE, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbe-

werbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, 137-229 (zit. ZÄCH, SIWR V/2)

DERSELBE, Sind die wettbewerbsrechtlichen Spiesse der KMU im Vergleich zu Grossunternehmen gleich lang?, in: FURRER JÜRIG/GEHRIG BRUNO (Hrsg.), Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik – Festschrift für Franz Jaeger, Chur/Zürich 2001 (zit. ZÄCH, FS Jaeger), 373-384

DERSELBE, Warum selbst Schweizer Schokolade bei uns teurer ist, Weltwoche vom 4. April 2002, Nr. 14, S. 21

ZWEIFEL PETER/ZÄCH ROGER, Vertical Restraints: The Case of Multinationals, 48 Antitrust Bull., 271-298 (2003)



# 1. KAPITEL: BEGRIFFSBESTIMMUNGEN UND GRUNDLAGEN

## A. Der Begriff des Alleinvertriebsvertrages

### I. Allgemeines

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird unter Alleinvertriebsverträgen folgendes verstanden:

Das wichtigste Element in Alleinvertriebsverträgen ist die Alleinbelieferungspflicht des Herstellers/Importeurs/Lieferanten (im folgenden: Hersteller), mit der sich dieser verpflichtet, in einem bestimmten Vertragsgebiet Waren (im folgenden: Vertragswaren) ausschliesslich an einen Alleinvertriebshändler zu liefern (Gebietsschutz).<sup>1</sup>

Zum Teil wird in Alleinvertriebsverträgen auch eine Preisbindung der zweiten Hand vereinbart, d.h. der Hersteller schreibt dem Alleinvertriebshändler die Preise vor, zu denen dieser die Vertragswaren weiterveräussern muss. Teilweise werden auch Höchstpreisabsprachen getroffen, d.h. der Alleinvertriebshändler darf die Vertragswaren nicht zu einem höheren als dem vereinbarten Preis verkaufen. Zum Teil spricht der Hersteller auch unverbindliche Preisempfehlungen aus.

Im Gegenzug zur Einräumung des Gebietsschutzes werden dem Alleinvertriebshändler zum Teil Alleinbezugspflichten auferlegt. Unterschieden werden kann dabei zwischen Markenzwang und Querbezugsverboten. Mit Markenzwang verpflichtet sich der Alleinvertriebshändler, keine die Vertragswaren konkurrierenden Waren zu vertreiben. Unter einem Querbezugsverbot ist die Pflicht des Alleinvertriebshändlers zu verstehen, den gesamten Bedarf an Vertragswaren ausschliesslich beim Hersteller zu beziehen.

<sup>1</sup> Vgl. auch Art. 1 Bst. c) VO (EG) Nr. 2790/1999.

Im Rahmen von Alleinvertriebsverträgen übernimmt der Alleinvertriebshändler häufig Verkaufsförderungspflichten, also die Pflicht zur Werbung, Händler- oder Kundenakquisition.<sup>2</sup>

Die Vertragsparteien eines Alleinvertriebsvertrages sind wirtschaftlich und rechtlich selbständige Unternehmen. Kein wirtschaftlich selbständiges Unternehmen in diesem Sinne ist der Handelsvertreter.<sup>3</sup> Die Parteien eines Alleinvertriebsvertrages gehören überdies in der Regel zwei verschiedenen Marktstufen an. Allerdings gibt es auch Fälle, in denen sich Konkurrenten (u.U. wechselseitig) ein Alleinvertriebsrecht an ihren Produkten einräumen.<sup>4</sup>

Alleinvertriebsverträge im hier verstandenen Sinne regeln den Vertrieb von **Waren**. Der Alleinvertrieb von Dienstleistungen ist nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

## **II. Abgrenzung zu anderen Vertriebsformen**

Der Alleinvertriebsvertrag ist von verschiedenen anderen Vertriebsformen abzugrenzen, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht behandelt werden sollen:

### **1. Abgrenzung zu selektiven Vertriebssystemen**

Von Alleinvertriebsverträgen zu unterscheiden sind einmal selektive Vertriebssysteme (andere Bezeichnungen: selektiver Vertrieb, Fachhandelsbindungen).

Selektive Vertriebssysteme haben primär zwei Charakteristika:

<sup>2</sup> GLANZMANN, 35 und 263.

<sup>3</sup> Zum Begriff siehe ABl. 2000 C 291/4-6 Rz 12-20, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

<sup>4</sup> Vgl. ABl. 1985 L 369/23 f. Rz 20-29, Alleinvertriebsvereinbarungen für Whisky und Gin.



Zum einen verpflichtet sich der Hersteller, die Vertragswaren nur an Händler zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden.<sup>5</sup> Der Hersteller nimmt damit nur Händler in sein Vertriebsnetz auf, die bestimmte Anforderungen erfüllen. Diese Anforderungen sollen meist gewährleisten, dass das Produkt fachgerecht vertrieben wird.

Zum anderen verpflichten sich die Händler, die betreffenden Waren nicht an Händler zu verkaufen, die nicht dem selektiven Vertriebsnetz angehören.<sup>6</sup>

Selektiv vertrieben werden v.a. technisch anspruchsvolle Güter oder Luxusgüter.

Im Unterschied zu Alleinvertriebsverträgen wird bei selektiven Vertriebssystemen einem Händler nicht begriffsnotwendig ausschliesslich ein bestimmtes Gebiet zugewiesen. Damit können bei einem selektiven Vertriebssystem im selben Gebiet mehrere Händler tätig werden. Zum Teil weist der Hersteller seinen Händlern jedoch auch sog. Schwerpunktgebiete zu.<sup>7</sup>

Im Hinblick auf die Anforderungen, welche der Hersteller im Hinblick auf die Aufnahme in selektive Vertriebssysteme stellt kann zwischen qualitativen und quantitativen Kriterien unterschieden werden. Qualitative Kriterien machen die Aufnahme von Händlern von der Erfüllung z.B. bestimmter fachlicher Kriterien abhängig. Demgegenüber zielen quantitative Aufnahmekriterien auf eine Begrenzung der Zahl der Händler ab (anzumerken ist allerdings, dass grundsätzlich jedes qualitative Kriterium auch eine Begrenzung der potentiellen Zahl Händler zur Folge hat).

<sup>5</sup> Vgl. auch Ziff. 2 1. Spiegelstrich der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002, RPW 2002/2, 405 und Art. 1 Bst. d VO (EG) Nr. 2790/1999.

<sup>6</sup> Vgl. auch Ziff. 2 2. Spiegelstrich der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002, RPW 2002/2, 405 und Art. 1 Bst. d VO (EG) Nr. 2790/1999.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 4 Bst. c a.E. VO (EG) Nr. 2790/1999; diese Möglichkeit ist allerdings unter der VO (EG) Nr. 1400/2002 aufgrund von Art. 4 Abs. 1 Bst. d i.V.m. Art. 5 Abs. 2 Bst. b VO (EG) Nr. 1400/2002 stark eingeschränkt.

## **2. Abgrenzung zu Alleinbezugsverträgen**

Ebenfalls von Alleinvertriebsverträgen zu unterscheiden sind Alleinbezugsverträge.

In Alleinbezugsverträgen verpflichtet sich der Abnehmer gegenüber dem Anbieter, ausschliesslich Waren eines bestimmten Herstellers zu vertreiben (Markenzwang). Dem Abnehmer ist es mit anderen Worten verboten, konkurrierende Waren zu vertreiben oder herzustellen. Bekannte Beispiele hierfür sind Bierlieferungsverträge. Im Unterschied zu Alleinvertriebsverträgen genießt der Händler bzw. Abnehmer keinen Gebietsschutz.

Alleinbezugspflichten sind häufig Bestandteil eines Koppelungsgeschäftes. Der Hersteller liefert beispielsweise dem Abnehmer eine Maschine oder Einrichtung. Der Abnehmer verpflichtet sich im Gegenzug, die Vertragswaren vom Hersteller zu beziehen. Ein bekanntes Beispiel sind Bierlieferungsverträge.<sup>8</sup>

## **3. Abgrenzung zu Franchiseverträgen**

Ebenfalls von Alleinvertriebsverträgen zu unterscheiden sind Franchiseverträge.

In Franchiseverträgen überlässt der Franchisegeber dem Franchisenehmer Firmen- und Warenzeichenrechte sowie Know-how für die Erbringung von Dienstleistungen oder den Vertrieb von Waren. Die Richtlinien und Vorgaben, mit denen der Franchisegeber das Franchisenetz leitet, sind in der Regel für alle Franchisenehmer dieselben. Der Franchisenehmer ist zwar selbständiger Unternehmer, er tritt allerdings dem Kunden gegenüber als Teil eines einheitlich gestalteten Franchisesystems auf. Für den Franchisegeber hat das Franchising den Vorteil, dass er keine eigene Filiale oder Tochtergesellschaft errichten muss und ein geringes Unternehmerrisiko trägt. Für den Franchisenehmer hat das Franchising den Vorteil, dass er Zugang zu einem bewährten Geschäftskonzept erhält und es für ihn damit einfacher wird, sich selbständig zu machen.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Zu allem: GLEISS/HIRSCH, Art. 85 (1) Rz 1384 f.

<sup>9</sup> GLEISS/HIRSCH, Art. 85 (1) Rz 1541.

Da der Begriff des Franchising unscharf ist, fällt die Abgrenzung zwischen Alleinvertriebs- und Franchiseverträgen nicht immer leicht.

Ein wesentlicher Unterschied zum Alleinvertriebsvertrag kann im Umstand gesehen werden, dass der **Franchisegeber** ein vollständiges Geschäftskonzept (Know-how und Lizenzen an geistigem Eigentum) zur Verfügung stellt. Das Know-how liegt damit – vor dem Vertragsabschluss – mehr oder weniger vollständig beim Franchisegeber. Bei Alleinvertriebsverträgen lässt sich eher das Gegenteil beobachten. Das Vermarktungs-Know-how liegt beim Alleinvertriebshändler, der z.B. über bessere Kenntnisse der lokalen Marktgegebenheiten und/oder bessere Beziehungen zum Detailhandel verfügt.<sup>10</sup>

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen Alleinvertriebs- und Franchiseverträgen kann darin erblickt werden, dass die Zusammenarbeit zwischen Franchisegeber und -nehmer wohl vielfach enger ist als diejenige zwischen Hersteller und Alleinvertriebshändler.

<sup>10</sup> Vgl. Erw. 5 f. VO (EWG) 1983/83.

## B. Die Maximierung der sozialen Wohlfahrt

In der Ökonomie werden Wettbewerbsbeschränkungen vorrangig aufgrund der Frage beurteilt, ob mit ihnen die soziale Wohlfahrt maximiert wird.<sup>11</sup> Mit anderen Worten ist eine Wettbewerbsbeschränkung aus ökonomischer Sicht positiv zu beurteilen, wenn sie die soziale Wohlfahrt vergrössert, und als negativ, wenn sie sie verringert. Im folgenden werden des besseren Verständlichkeit halber kurz einige Begriffe und Konzepte erläutert, die in diesem Zusammenhang wichtig sind. Für weitergehende Ausführungen sei auf die in den Fussnoten jeweils angegebene Literatur verwiesen.

### I. Der Begriff „soziale Wohlfahrt“, „Hersteller-, und „Konsumentenrente“

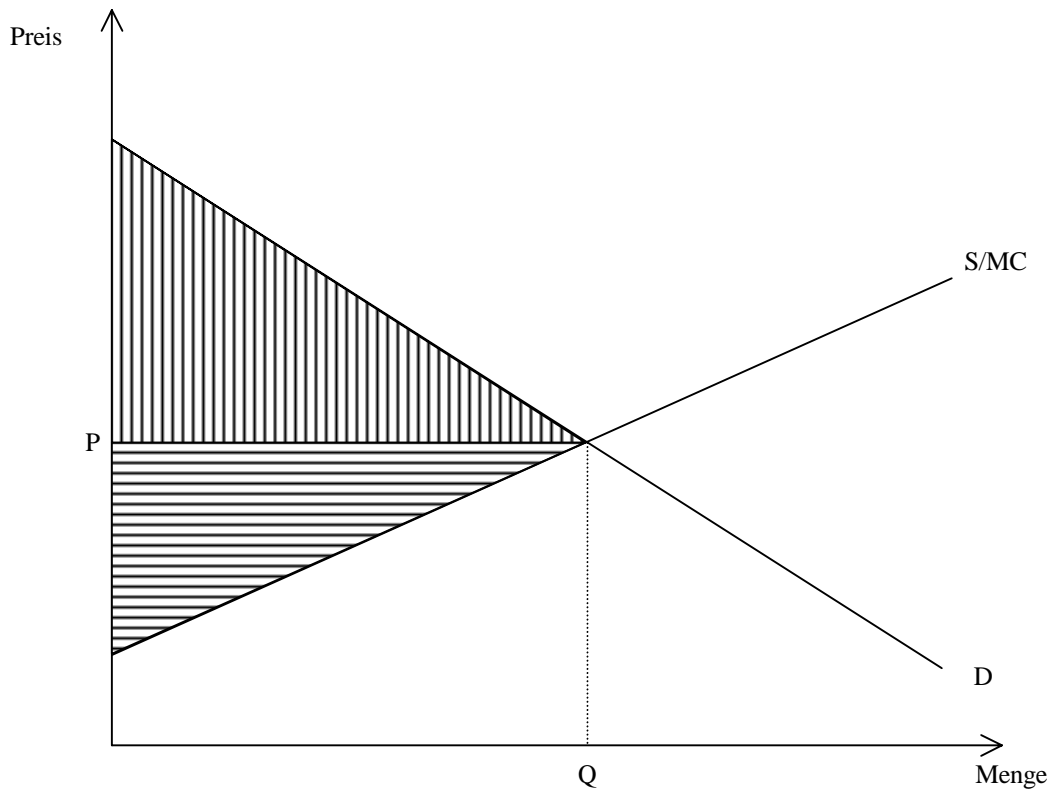
Zunächst sind drei Begriffe zu erklären: „soziale Wohlfahrt“, „Konsumenten-, und „Herstellerrente“. Dies kann am besten anhand der Gegenüberstellung des Zustandes der vollkommenen Konkurrenz und des vollkommenen Monopols getan werden:<sup>12</sup>

Betrachten wir zuerst einen Markt, auf dem **vollkommene Konkurrenz** herrscht. Ein solcher Markt hat u.a. folgende Eigenschaften: Die Zahl der Anbieter wie auch der Nachfrager ist gross, beide Marktseiten sind vollständig informiert, die Produkte aller Anbieter sind vollkommen homogen, Transaktionskosten, sowie Marktein- und -austrittsschranken existieren nicht, und die Hersteller sind sog. Price-Takers, d.h. sie selbst können den Marktpreis (etwa durch eine Erhöhung oder Reduktion des Outputs etc.) nicht beeinflussen bzw. nur in einem Ausmass, das kaum messbar und deshalb vernachlässigbar ist.<sup>13</sup> Ein solcher Markt liegt Abbildung 1 zugrunde:

<sup>11</sup> Vgl. DOBSON/WATERSON, 13; KLEIN/MURPHY, 31 J.L. & Econ. 291 FN 43 (1988); BORK, The Antitrust Paradox, 110-112; BISHOP/WALKER, 24 ¶2.22; VAN DEN BERGH, 42 f.; allgemein COASE, 3 J.L. & Econ. 1-15 (1960); COOTER/ULEN, 83.

<sup>12</sup> Das folgende geht zurück auf MARSHALL, 175-183, 419-429 und 456-472.

<sup>13</sup> Für weitere Ausführungen zum Modell der vollkommenen Konkurrenz sei verwiesen auf: CARLTON/PERLOFF, 56-65; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, 75 f.; BISHOP/WALKER, 17-19 ¶2.12-2.15; FAULL/NIKPAY, 19-21 ¶1.51-1.57; HOVENKAMP, 2-11 § 1.1.

Abbildung 1: Vollkommene Konkurrenz<sup>14</sup>

▨ Konsumentenrente

▨ Herstellerrente

Wie aus Abbildung 1 ersichtlich fragen die Verbraucher das Gut  $x$  zu den Mengen und Preisen nach, die durch die Gerade  $D$  beschrieben werden. Die Hersteller bieten das Gut in den durch Nachfragegerade  $S$  beschriebenen Mengen und Preisen an.  $S$  wird dabei durch die Grenzkostengerade ( $MC$ ) der Hersteller be-

<sup>14</sup> Es handelt sich um die Darstellung der aggregierten Angebots- und Nachfragekurven des **Marktes** und nicht eines einzelnen Unternehmens.

stimmt.<sup>15</sup> Dies alles führt zu einem Gleichgewicht, bei dem der Preis gleich  $P$  und die Menge gleich  $Q$  ist.

Wie aus Abbildung 1 ersichtlich gibt es nun **Verbraucher**, die für das Gut  $x$  mehr als den Preis  $P$  zu zahlen bereit wären. Dieser Preis wird gemeinhin als Reservationspreis (Reservation Price) bezeichnet. Die **Konsumentenrente** ergibt sich nun aus der Differenz zwischen dem Reservationspreis und dem (tatsächlich bezahlten) Preis  $P$ . Graphisch lässt sich damit die Konsumentenrente durch das obere der beiden schraffierten Dreiecke in Abbildung 1 beschreiben.<sup>16</sup>

Die **Hersteller** auf der anderen Seite sind – wie Abbildung 1 zeigt – bereit, das Produkt  $x$  zu einem tieferen Preis als  $P$  anzubieten. Dieser Umstand hat eine **Herstellerrente** in der Höhe des unteren schraffierten Dreiecks in Abbildung 1 zur Folge.<sup>17</sup>

Hersteller- und Konsumentenrente bilden zusammen die **soziale Wohlfahrt** („Social Welfare“).<sup>18</sup> In der kartellrechtlichen Literatur wird anstelle des Begriffes der sozialen Wohlfahrt auch derjenige der Verbraucherwohlfahrt („Consumer Welfare“) verwendet.<sup>19</sup>

Im Gegensatz zum Zustand der vollkommenen Konkurrenz steht der nachstehend beschriebene Zustand des vollkommenen Monopols:

<sup>15</sup> **Grenzkosten** (Marginal Costs) sind die zusätzlichen Kosten, welche ein Unternehmen aufzuwenden hat, um ein zusätzliches Stück zu produzieren.

Für weitere Ausführungen sei verwiesen auf: BISHOP/WALKER, 17-19 ¶2.12-2.15; HOVENKAMP, 8-11 § 1.1b.

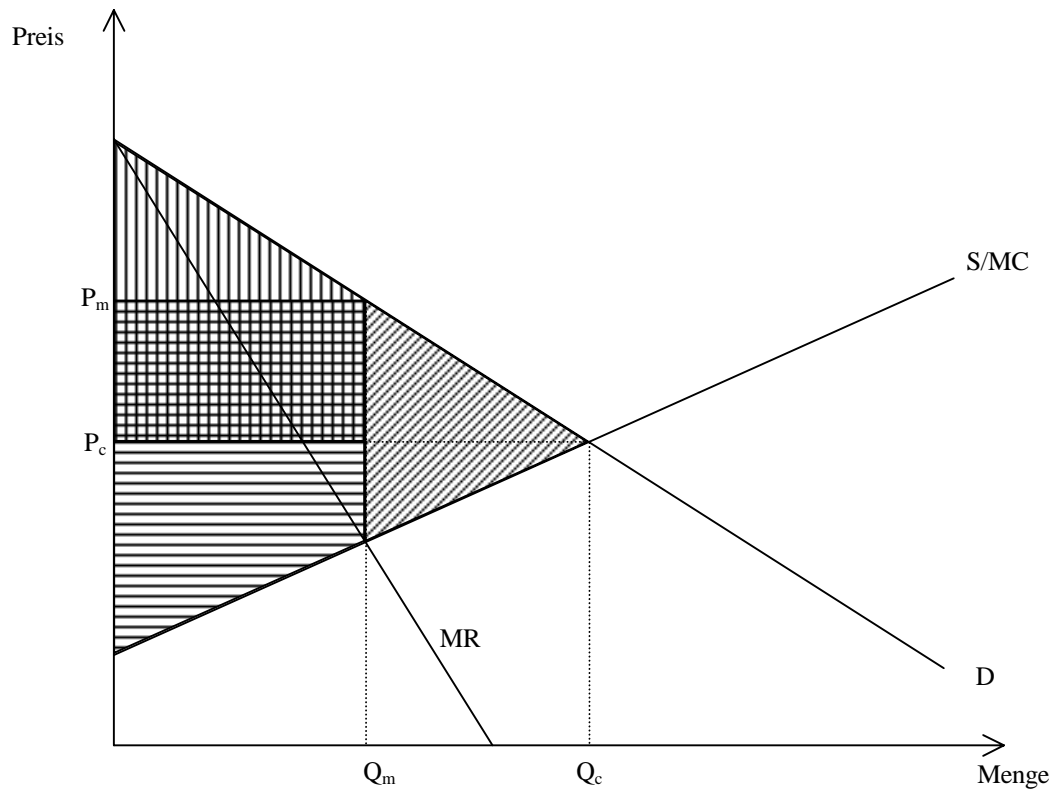
<sup>16</sup> Für weitere Ausführungen sei auf PINDYCK/RUBINFELD, 123-127, 288; CARLTON/PERLOFF, 71; FAULL/NIKPAY, 10 ¶1.23; LIEBELER, 30 UCLA Law Review 13 f. (1982) verwiesen.





<sup>17</sup> Für weitere Ausführungen sei auf PINDYCK/RUBINFELD, 269-272, 289; CARLTON/PERLOFF, 71; FAULL/NIKPAY, 10 ¶1.23; LIEBELER, 30 UCLA Law Review 13 f. (1982) verwiesen.

<sup>18</sup> Wenn im folgenden die Rede von Wohlfahrt ist, dann ist immer die soziale Wohlfahrt gemeint, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vermerkt ist.

<sup>19</sup> Ein Beispiel ist BORK, The Antitrust Paradox, 50 f. und 110-112.

Abbildung 2: Vollkommenes Monopol



-  Konsumentenrente
-  Herstellerrente
-  Rententransfer von Konsumenten zu Hersteller
-  Deadweight Loss

Die Abbildung zeigt, dass bei vollkommener Konkurrenz  $Q_c$  Güter zu einem Preis von  $P_c$  abgesetzt werden. Im Falle eines Monopols hingegen nur  $Q_m$  Güter zum (höheren) Preis von  $P_m$ . Weshalb?

Im Falle der vollkommenen Konkurrenz setzen die Anbieter so viele Produkte ab, dass ihre Grenzkosten gerade noch gedeckt sind. Die betreffende Menge ist in oben stehender Graphik durch den Punkt bezeichnet, in dem sich die Grenzkosten- ( $MC/S$ ) und die Nachfragekurve ( $D$ ) schneiden ( $P_c, Q_c$ ).

Ein Monopolist hingegen zieht bei der Festsetzung seines Outputs seine Grenzerlöse (Marginal Revenues,  $MR$ ), d.h. den zusätzlichen Erlös pro zusätzlich abgesetztem Stück, in Betracht. Optimal ist für den Hersteller ein Output, bei welchem der Grenzerlös gleich den Grenzkosten ist, was sich wie folgt erklärt: Wenn der Grenzerlös für ein zusätzlich produziertes Stück kleiner als dessen Produktionskosten (=Grenzkosten) ist, dann verliert der Hersteller mit diesem zusätzlichen Stück Geld. Wenn der Grenzerlös für ein zusätzlich produziertes Stück grösser ist als dessen Grenzkosten, dann lässt sich der Hersteller eine Gewinnmöglichkeit entgehen, wenn er das betreffende Stück nicht produziert und absetzt. Graphisch ausgedrückt bedeutet dies, dass der für den Monopolisten vorteilhafte Output ( $P_m, Q_m$ ) durch den Punkt bestimmt wird, in dem sich die Grenzerlös- ( $MR$ ) und Grenzkostengerade ( $MC$ ) schneiden.<sup>20</sup>

Aus Abbildung 2 wird ersichtlich, dass im Monopol gegenüber dem in Abbildung 1 wiedergegebenen Referenzzustand der vollkommenen Konkurrenz der Output geringer und die Preise höher sind. Dies impliziert folgendes: Die Konsumenten wie auch der Hersteller verlieren die Renten, welche durch das schräg schraffierte Dreieck beschrieben sind. Dies ist der sog. **Deadweight Loss**. Weiter wird ein Teil der ehemaligen Konsumentenrente (das karierte Rechteck) an den Hersteller transferiert.<sup>21</sup>

Die Entstehung des Deadweight-Loss ist der eigentliche Grund, weshalb Ökonomen den Zustand der vollkommenen Konkurrenz gegenüber demjenigen des Monopols vorziehen.<sup>22</sup> Hierauf ist später noch einmal zurückzukommen.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Vgl. zum Ganzen: PINDYCK/RUBINFELD, 329-334; CARLTON/PERLOFF, 122-124; SCHERRER/ROSS, 21; siehe auch LEVENSTEIN, 17-22.

<sup>21</sup> Vgl. etwa PINDYCK/RUBINFELD, 347 f.

<sup>22</sup> Vgl. etwa PINDYCK/RUBINFELD, 347 f.; zu Berechnungen der konkreten Höhe siehe etwa POSNER, 83 J. Pol. Economy 809-821 (1975).

<sup>23</sup> Hinten, S. 13 ff.



## II. Statische und dynamische Effizienz

Wenn Ökonomen von „Effizienz“ sprechen, so ist dies im hier relevanten Rahmen ein Kürzel für den Ausdruck „Maximierung der sozialen Wohlfahrt“. Unterschieden wird dabei zwischen statischer und dynamischer Effizienz.

Im Rahmen der **statischen Effizienz** geht es vorrangig um die Fähigkeit eines Unternehmens, seine Preise über die Grenzkosten anzuheben, und die Frage, wie verschiedene Faktoren (wie z.B. Arbeit und Kapital) bei gegebenen Produktionsfunktionen zu einem bestimmten Zeitpunkt optimal kombiniert werden können (sog. allokativer Effizienz).

Diese statische Sicht hat die Mehrheit der ökonomischen Untersuchungen bis tief hinein in das 20. Jahrhundert beschäftigt.<sup>24</sup> Erst ein Aufsatz SOLOWS (der ihm später den Nobelpreis eintragen sollte) brachte hier die eigentliche Wende. SOLOW zeigte 1957 am Beispiel des US-amerikanischen nichtlandwirtschaftlichen Sektors für die Zeit von 1909 bis 1949, dass nur 12.5% (später korrigiert auf 19%)<sup>25</sup> der Outputsteigerung pro Arbeitsstunde auf den vermehrten Einsatz von Kapital zurückzuführen ist. Das restliche Wachstum schrieb er einem residualen Faktor zu, den er mit der Bezeichnung „technischer Wandel“ („Technical Change“) versah.<sup>26</sup> Dieser Faktor konnte im Prinzip jede Ursache erfassen.<sup>27</sup> Es bestand jedoch Einigkeit, dass es sich hierbei – wie auch SOLOW vermutete –<sup>28</sup> vorrangig um Verbesserungen der Produktionsmethoden und -ausrüstung sowie um gesteigerte Fähigkeiten des Faktors Arbeit handele.<sup>29</sup> Die wohl detaillierteste Versuch, die für das Wachstum verantwortlichen Faktoren zu bestimmen, stammt von DENISON. DENISON schätzte für die U.S.A., dass 20% des Outputanstiegs pro Arbeitnehmer in der Zeit von 1929 bis 1982 dem Kapitaleinsatz, 27% der Ausbildung der Arbeitskräfte, 18% der verstärkten Nutzbarmachung von Economies

<sup>24</sup> Einen leichtverständlichen Überblick auf die betreffende Entwicklung gibt SCHERER, *New Perspectives on Economic Growth and Technological Innovation*, 7-48.

<sup>25</sup> SCHERER/ROSS, 613; SCHERER, *New Perspectives on Economic Growth and Technological Innovation*, 24.

<sup>26</sup> SOLOW, 39 Rev. Econ. Statist. 312-320, insbesondere 316 f. (1957)

<sup>27</sup> Siehe SOLOW, 39 Rev. Econ. Statist. 312 (1957).

<sup>28</sup> SOLOW, 39 Rev. Econ. Statist. 312 und 316 f. (1957).

<sup>29</sup> Vgl. SOLOW, 39 Rev. Econ. Statist. 312 und 316 f. (1957); SCHERER, *New Perspectives on Economic Growth and Technological Innovation*, 24.

of Scale<sup>30</sup> und 55% Fortschritten in Technologie und Management („Advances in Knowledge“<sup>31</sup>) zuzuschreiben sind.<sup>32</sup>

Über die exakte Grösse dieser Zahlen lässt sich natürlich streiten. Ein Umstand tritt jedoch relativ klar hervor: Technischer Fortschritt<sup>33</sup> oder allgemeiner ausgedrückt: Innovationen sind zu einem wesentlichen Teil für das Wachstum einer Wirtschaft verantwortlich.<sup>34</sup> Bezogen auf Abbildung 1 implizieren Innovationen, dass die Grenzkostenkurve *MC* infolge neuer besserer Produktionsmethoden nach unten verschoben wird oder dass Produkteinnovationen die Reservationspreise erhöhen<sup>35</sup> und damit die Kurve *D* nach rechts verschieben. Da diese Gewinne vorrangig über die Zeit hinweg entstehen, hat die Literatur den Begriff der **dynamischen Effizienz**<sup>36</sup> geprägt, um dieses Phänomen zu beschreiben. Die Lehre vertritt dabei die Auffassung, dass die Wohlfahrtsgewinne aus dynamischer Effizienz langfristig auch statische Effizienzverluste überwiegen, die aus Marktunvollkommenheiten herrühren.<sup>37</sup>

Was bedeutet das Vorstehende nun für die ökonomische Analyse? Vorrangig, dass der Fokus primär auf die dynamische Effizienz gerichtet werden muss.<sup>38</sup> Die dynamische Effizienz zu vernachlässigen hiesse, einen wesentlichen wohlfahrtspolitischen Aspekt aus der Betrachtung auszuklammern. Der Nachteil einer der dynamischen Effizienz verpflichteten Analyse besteht allerdings darin, dass

<sup>30</sup> Von Economies of Scale (Skalenerträgen) wird gesprochen, wenn die durchschnittlichen Stückkosten eines Unternehmens bei steigendem Ausstoss (desselben Produkts) sinken.

Für weitere Ausführungen siehe etwa: CARLTON/PERLOFF, 35-40; HOVENKAMP, 26-36 § 1.4; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, 150-152.

<sup>31</sup> Siehe hierzu DENISON, 28-30.

<sup>32</sup> DENISON, 30. Die Summe der genannten Faktoren übersteigt im übrigen 100%. Dies rührt daher, dass auch negative Faktoren in die Rechnung mit einzubeziehen sind: z.B. die sinkende Anzahl von geleisteten Arbeitsstunden (-12%) und Regulierungseinflüsse (-3%).

<sup>33</sup> Zum Begriff siehe die geraffte Einführung von WALTER, HdWW, Band 7, Technischer Fortschritt I: in der Volkswirtschaft, 569-583.

<sup>34</sup> Vgl. auch das Rechenbeispiel in SCHERER/ROSS, 31; BAUMOL, passim.

<sup>35</sup> FAULL/NIKPAY, 39 ¶1.120.

<sup>36</sup> Siehe hierzu statt vieler: SCHERER/ROSS, 613 f.; FAULL/NIKPAY, 38-43 ¶1.118-1.127; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, 64 f.

<sup>37</sup> COHEN/LEVIN; Handbook of Industrial Organization II, 1078 f.; SCHERER/ROSS, 31 je mit Rechenbeispielen.

<sup>38</sup> Gl.M. wohl PORTER, 33 UWLA L.Rev. 19 (2001).

sie die Erhebung schwer zugänglicher und zum Teil auch prospektiver Daten notwendig macht und überdies schwieriger zu modellieren ist.<sup>39</sup> Trotzdem sollte sich die ökonomische Analyse wenn möglich an der dynamischen Effizienz orientieren.

### III. Schädlichkeit des Monopols und Wünschbarkeit des Wettbewerbs

#### 1. Allgemeines

Wie bereits erwähnt wird der Zustand des Monopols gegenüber demjenigen der vollkommenen Konkurrenz grundsätzlich als unerwünscht betrachtet. Diese Ansicht beruht primär auf dem Umstand, dass das Monopol einen Deadweight-Loss zur Folge hat. Neben dem Deadweight-Loss werden eine Reihe weiterer sozialer Kosten genannt, welche durch Monopole verursacht werden:

Ein Beispiel sind **X-Inefficiencies**. Gemeint ist folgendes: Geht man davon aus, dass Wettbewerb die Unternehmen zwingt, ständig nach Möglichkeiten zu suchen, ihre Kosten zu minimieren,<sup>40</sup> dann führt dessen Fehlen dazu, dass Kosten nicht gesenkt werden und in der Folge nicht mehr in der kostengünstigsten Art und Weise produziert wird.<sup>41</sup> Wenn wir uns Abbildung 1 vor Augen halten, heisst dies, dass das vorhandene bzw. im Zeitablauf entstehende Kostensenkungspotential nicht zur Verschiebung der Grenzkostengerade  $MC/S$  nach unten ausge-

<sup>39</sup> Vgl. auch CABRAL, 28.

<sup>40</sup> Hierzu (zurecht) kritisch BÜHLER/JAEGER, 66.

<sup>41</sup> LEIBENSTEIN, 56 Amer. Econ. Rev. 397-413 (1966); vgl. schon die bekannten Ausführungen von Richter Learned Hand:

*“Many people believe that possession of unchallenged economic power deadens initiative, discourages thrift and depresses energy; that immunity from competition is a narcotic, and rivalry is a stimulant, to industrial progress; that the spur of constant stress is necessary to counteract an inevitable disposition to let well enough alone. Such people believe that competitors, versed in the craft as no consumer can be, will be quick to detect opportunities for saving and new shifts in production, and be eager to profit by them” (United States v. Aluminum Co. of America et al., 148 F.2d 416, 427 [2d Cir. 1945]).*

nützt wird, bzw. dass  $MC/S$  höher als eingezeichnet zu liegen kommt.<sup>42</sup> X-Inefficiencies sind insbesondere im Hinblick auf die dynamische Effizienz als schädlich zu beurteilen. Einschränkend ist festzuhalten, dass auch Monopolisten Anreize haben können, ihre Kosten zu senken. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Inhaber des Unternehmens (wie etwa Grossaktionäre) einen hinreichenden Druck auf das Management ausüben. Dieser Faktor ist insbesondere bei Publikumsgesellschaften von Bedeutung.

Ein weiteres Beispiel für die sozialen Kosten des Monopols sind die Ressourcen, die Unternehmen verwenden, um ein Monopol zu erlangen (sog. **Rent Seeking Costs**). Ein Beispiel sind die Kosten des Lobbyings bei Politikern.<sup>43</sup> Stahlproduzenten können z.B. durch Parteispenden etc. erwirken, dass die verantwortlichen Politiker prohibitiv hohe Zölle auf Stahleinfuhren verordnen. Solche Parteispenden sind an und für sich wohlfahrtsneutral, da sie lediglich einen Geldtransfer des Monopolisten an Politiker darstellen. Die wohlfahrtsschädlichen Wirkungen solcher „Rent Seeking Activities“ rühren allerdings daher, dass die hierfür verwendeten Ressourcen gewinnbringender für andere Aktivitäten hätten verwendet werden können.<sup>44</sup>

Aus dem Vorstehenden wird generell abgeleitet, dass Wettbewerb zu Wohlfahrtsgewinnen führt, während Monopole die soziale Wohlfahrt vermindern. Aus analogen Überlegungen werden horizontale Wettbewerbsbeschränkungen wie Preis-, Mengen- und Gebietskartelle für sozial schädlich erachtet. Denn mit horizontalen Kartellen wird strukturell gesehen die Zahl unabhängig voneinander agierender Unternehmen reduziert und so ein monopolartiger Zustand geschaffen.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Vgl. etwa VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, 84 f.; FAULL/NIKPAY, 22-24 ¶1.62-1.70; NEVEN/NUTTALL/SEABRIGHT, 36-40; BÜHLER/JAEGER, 64-66.

<sup>43</sup> Vgl. MUELLER, 230 f.

<sup>44</sup> Vgl. TULLOCK, 5 *Western Econ. J.* 228-232 (1967); KRUEGER, 64 *Amer. Econ. Rev.* 291-303 (1974); POSNER, *Antitrust Law*, 2. Aufl., 13 f.

<sup>45</sup> Siehe hierzu ausführlicher hinten, S. 177 f.

## 2. Caveats

Die vorstehenden Ausführungen dürften Allgemeingut sein. Nichtsdestoweniger sind sie mit mehreren *Caveats* zu versehen. Wenn hierauf auch nicht *in extenso* eingetreten werden kann, so ist doch folgendes festzuhalten:

### a) *Effizienzsteigernde Wirkungen des Monopols*

Einmal gibt es Fälle, in denen im Monopol grössere Wohlfahrtsgewinne als bei vollkommener Konkurrenz zu erzielen sind:

Bezieht man Aspekte der **dynamischen Effizienz** mit in die Betrachtung ein, so kann etwa technischer Fortschritt, der kurzfristig zu Monopolpositionen (etwa aufgrund von Patenten oder First-Mover-Vorteilen) führt, langfristig eine Vergrösserung der sozialen Wohlfahrt bewirken. Denn wie bereits erwähnt sind die Wohlfahrtsgewinne aus dem technischen Fortschritt langfristig grösser als die statischen, allokativen Effizienzverluste, die aus einer unvollkommenen Marktstruktur herrühren.<sup>46</sup>

Ein anderes Beispiel sind **Kostenvorteile** grosser Unternehmen etwa infolge von Skalenerträgen. Sind in einer Branche z.B. erhebliche Grössenvorteile erzielbar, so ist dem Gemeinwohl mit einem monopolistischen Anbieter u.U. besser gedient als mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die eine ungünstigere Kostenstruktur haben. WILLIAMSON hat 1968 in seinem bekannten (auf Zusammenschlüsse gemünzten) Trade-Off-Modell gezeigt, dass, da Deadweight-Loss-Dreiecke tendenziell klein sind, schon prozentual relativ geringe Kosteneinsparungen den mit der Monopolmacht einhergehenden Deadweight-Loss aufwiegen können.<sup>47</sup>

### b) *Realitätsferne des Referenzzustands der vollkommenen Konkurrenz*

Neben diesen Umständen ist zu beachten, dass das Modell der vollkommenen Konkurrenz auf mehreren unrealistischen Annahmen (wie etwa vollständige

<sup>46</sup> COHEN/LEVIN; Handbook of Industrial Organization II, 1078 f.; SCHERER/ROSS, 31.

<sup>47</sup> WILLIAMSON, 58 Amer. Econ. Rev. 18-36, insbesondere 21-23 (1968) und WILLIAMSON, 58 Amer. Econ. Rev. 956-958 (1969).

Transparenz, vollkommene Produktehomogenität und Fehlen von Marktzutritts-schranken) beruht. Wenn nun aber der Idealzustand der vollkommenen Konkurrenz in der Realität nicht anzutreffen ist, dann verliert auch der Vorwurf, dass das Monopol eine Abweichung vom Zustand der vollkommenen Konkurrenz und damit unerwünscht sei, an Gewicht. Dieser Umstand wurde schon relativ früh moniert und es fehlt nicht an Abhandlungen, welche die These der Sozialschädlichkeit des Monopols in Frage gestellt oder abgeschwächt haben:

SCHUMPETER etwa vertritt die Meinung, dass Innovationen und Fortschritt zwangsläufig mit Monopolmacht einhergehen und Investitionen in Forschung und Entwicklung etc. ohne das Bestehen bzw. ohne den Anreiz der Erlangung eines Monopols nicht vorgenommen würden.<sup>48</sup> Bekannt ist seine Formel vom Prozess der kreativen Zerstörung, in welchem Unternehmen nach Monopolpositionen streben, indem sie mit neuen Produkten auf dem Markt auftreten und bisherige Wettbewerber vom Markt verdrängen.<sup>49</sup> Der Vollständigkeit halber ist indessen darauf hinzuweisen, dass es bis anhin an einer empirisch in allgemeiner und eindeutiger Weise nachgewiesenen Verbindung zwischen Marktkonzentration und Innovationstätigkeit fehlt.<sup>50</sup>

Ein anderer Ökonom, der die Defizienzen des Referenzmodells der vollkommenen Konkurrenz bzw. dessen Erhebung zum Idealzustand kritisiert hat, ist CHAMBERLIN, der Urheber der Theorie der monopolistischen Konkurrenz („Monopolistic Competition“<sup>51</sup>). Eines der aus dieser Theorie fließenden Postulate war, dass der Zustand des Monopols neben demjenigen der reinen Konkurrenz ein notwendiger Bestandteil der Wohlfahrtspolitik ist. Welche Schlussfolgerungen CHAMBERLIN hieraus im einzelnen gezogen hat, wird an anderer Stelle erläutert.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> SCHUMPETER, 89 f.

<sup>49</sup> SCHUMPETER, 81-86.

<sup>50</sup> Siehe hierzu den Überblick in COHEN/LEVIN, Handbook of Industrial Organization II, 1074-1079.

<sup>51</sup> CHAMBERLIN, The Theory of Monopolistic Competition, passim.

<sup>52</sup> Siehe ausführlicher hinten, S. 57 ff. Im selben Atemzug wie CHAMBERLIN wird häufig ROBINSON genannt (vgl. etwa LERNER, 1 Rev. Econ. Stud. 157 FN 1 [1934]). Die Ansätze ROBINSONS waren indessen in der Sache (nicht jedoch im Ton) weniger radikal als diejenigen CHAMBERLINS (vgl. auch STIGLER, The Organization of Industry, 309 f. und CHAMBERLIN, The Theory of Monopolistic Competition, 191-218).

Festzuhalten ist indessen, dass diese und ähnliche Konzepte zwar neue Erkenntnisse zutage gefördert haben, dass Industrieökonomien das Referenzmodell der vollkommenen Konkurrenz jedoch auch heute noch immer relativ häufig benutzen (wenn auch neuere Ansätze, welche das Bestehen von z.B. unvollkommenem Wettbewerb in die Modellierung mit einbeziehen, im Vordringen begriffen sind)<sup>53</sup>. Die Gründe für die Resistenz des Modells der vollkommenen Konkurrenz sind u.a. folgende:

Erstens geht eine verbreitete Meinung dahin, dass sich mit dem Modell der vollkommenen Konkurrenz und demjenigen des vollkommenen Monopols die Wirklichkeit zwar nicht völlig zutreffend abbilden lässt, dass diese Modelle aber nichtsdestoweniger nützliche Instrumente sind, um die Realität zumindest annäherungsweise zu beschreiben.<sup>54</sup>

Weiter ist der Referenzzustand der vollkommenen Konkurrenz bei der Formulierung von Modellen relativ einfach zu handhaben.

Drittens fehlt es bislang an alternativen Modellen, welche gänzlich ohne die unrealistischen Annahmen des Referenzzustandes der vollkommenen Konkurrenz auskommen.<sup>55</sup>

#### **IV. Das Pareto- und das Kaldor-Hicks-Kriterium**

Der Vollständigkeit halber ist schliesslich noch auf die Begriffe des **Pareto**- (andere Bezeichnung: Pareto-Effizienz) und des **Kaldor-Hicks-Kriteriums** (andere Bezeichnungen: Kaldor-Hicks-Effizienz, potentielle Pareto-Verbesserung) einzugehen: Als Pareto-effizient wird ein Zustand bezeichnet, in welchem kein Individuum besser gestellt werden kann ohne dass ein anderes schlechter gestellt wird. Ökonomen erheben das Pareto-Kriterium vielfach stillschweigend zum

<sup>53</sup> Siehe hierzu die Beiträge in BRAKMAN/HEIJDRÄ, *passim*.

<sup>54</sup> Vgl. die hinten auf den S. 73 ff. und S. 197 beschriebenen Modelle; siehe auch SCHERER/ROSS, 52 f.; SHERRARD, 59 J. Pol. Econ. 130-142 (1951); pointiert a.M. BLAUG, 19 Rev. Ind. Organ. 37-48 (2001).

<sup>55</sup> Vgl. hierzu etwa STIGLER, The Organization of Industry, 309-321; etwa SHERRARD, 59 J. Pol. Econ. 130-142 (1951) (beide im Hinblick auf das Konzept der monopolistischen Konkurrenz im Sinne CHAMBERLINS).

Massstab staatlicher Wohlfahrtspolitik.<sup>56</sup> Dies ist indessen abzulehnen. Der Grund hierfür ist einfach und lässt sich am besten anhand des Übergangs vom Zustand des Monopols zu demjenigen der vollkommenen Konkurrenz erklären:

Nehmen wir an, dass in einem Markt ein Monopol besteht. Gemessen an der sozialen Wohlfahrt wäre der Zustand der vollkommenen Konkurrenz der gegenwärtigen Situation vorzuziehen. Bei uneingeschränkter Geltung des Pareto-Kriteriums wäre ein solcher Wechsel indessen so lange abzulehnen, als nicht der Monopolist für den ihm entstehenden Verlust entschädigt würde (da er ansonsten durch den Wechsel schlechter gestellt würde). Die uneingeschränkte Geltung des Pareto-Kriteriums würde dem Monopolisten bildlich gesprochen ein Vetorecht verleihen. Dies ist unbefriedigend, weil die Gesellschaft beim Zustand der vollkommenen Konkurrenz insgesamt besser gestellt wäre als bei demjenigen des vollkommenen Monopols.

Schon früh wurde deshalb das sog. Kaldor-Hicks-Kriterium vorgeschlagen.<sup>57</sup> Dieses verlangt nur, dass der Wechsel von einem Zustand zum anderen einen Gewinn für die Gesellschaft als Ganze erzeugt, mit welchem die „Verlierer“ des Wechsel entschädigt werden **könnten**. Ob die Verlierer tatsächlich für ihren Verlust entschädigt werden, ist damit belanglos. Die bloße Möglichkeit, dies aufgrund des zusätzlichen gesellschaftlichen Gewinns zu tun, ist ausreichend (daher die Bezeichnung „**potentielle**“ Pareto-Verbesserung).<sup>58</sup> Die Entschädigung der Verlierer ist allenfalls Aufgabe der Distributionspolitik. Die vorliegende Arbeit folgt dem Kaldor-Hicks-Kriterium.

<sup>56</sup> Vgl. statt vieler PINDYCK/RUBINFELD, 567 f., 577; TIROLE, 6 f.; anders etwa VIS-CUSI/VERNON/HARRINGTON, 29.

<sup>57</sup> Benannt nach deren Urhebern KALDOR und HICKS: KALDOR, 49 Econ. J. 549-552 (1939); HICKS, 49 Econ. J. 706-712 (1939).

<sup>58</sup> Vgl. zum Ganzen etwa: HOVENKAMP, 74 f. § 2.3; COOTER/ULEN, 43 f.



## 2. KAPITEL: DER RELEVANTE MARKT

### A. Einleitung

#### I. Allgemeines

Die wettbewerbliche Untersuchung gliedert sich klassischerweise in zwei Teile: In einem **ersten Schritt** wird der relevante Markt (in seiner sachlichen und räumlichen Dimension)<sup>59</sup> abgegrenzt. Ziel der Marktabgrenzung ist dabei, diejenigen Wettbewerbskräfte zu lokalisieren, die den unmittelbarsten Einfluss auf die zu untersuchende Unternehmen haben, oder in den Worten der Europäischen Kommission:

„Hauptzweck der Marktdefinition ist die systematische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Mit der Abgrenzung eines Marktes in sowohl seiner sachlichen als auch seiner räumlichen Dimension soll ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen.“<sup>60</sup>

U.a. gestützt auf die aus der Marktabgrenzung gewonnenen Erkenntnisse werden dann in einem **zweiten Schritt** die Wettbewerbsverhältnisse, in denen die betrof-

<sup>59</sup> Siehe etwa Art. 11 Abs. 3 Bst. a und b VKU; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 196-220 Rz 337-339; z.T. wird auch der Markt in zeitlicher Hinsicht abgegrenzt (ZÄCH, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 243-245; ZÄCH, SIWR V/2, 160 f.; kritisch zur Notwendigkeit der Abgrenzung eines zeitlich relevanten Marktes: KLEINMANN/BECHTOLD, § 22 Rz 93 f.; vgl. auch RPW 1998/1, 17 Rz 20-22, Schweizer Spielmesse St. Gallen; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 201 f. Rz 339).

<sup>60</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (im folgenden: Marktabgrenzungsbekanntmachung), ABl. 1997 C 372/5 Rz 2; siehe auch die praktisch gleichlautende Bekanntmachung der EFTA-Überwachungsbehörde über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), ABl. 1998 L 200/48 Rz 2; EuGH, 13. 2. 1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 516 Rz 28, Hoffmann-La Roche/Kommission; EuGH, 9. 11. 1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3505 Rz 37, Michelin/Kommission; EuGH, 8. 6. 1995, Rs. T-7/93, Slg. 1995-II 1573 Rz 102, Langnese-Iglo/Kommission.

fenen Unternehmen agieren, gewürdigt. Der relevante Markt dient mit anderen Worten dazu, den Gedankengang der wettbewerbsrechtlichen Untersuchung zu strukturieren.<sup>61</sup>

## II. Schwächen des Instruments der Marktabgrenzung

Diese zweistufige Vorgehensweise muss sich zwei Vorwürfe gefallen lassen:

### 1. Redundanz

Der eine ist derjenige der Redundanz. Es wird – unter jeweils anderem Etikett – im wesentlichen zweimal dasselbe untersucht:<sup>62</sup> Im ersten Schritt werden die Wettbewerbskräfte, die von anderen Unternehmen auf das untersuchte einwirken, analysiert und gestützt darauf aktuelle von potentiellen Wettbewerbern separiert. Im zweiten Schritt wird erforscht, welche Wettbewerbskräfte von den aktuellen und potentiellen Wettbewerbern ausgehen und auf das untersuchte Unternehmen einwirken, und wie stark diese sind.

### 2. In-or-Out-Dichotomy

Der andere Vorwurf rührt von der der Marktabgrenzung inhärenten „In-or-Out-Dichotomy“<sup>63</sup> her, d.h. davon, dass mit der Marktabgrenzung gewisse Produkte in den relevanten Markt mit ein- und andere vom ihm ausgeschlossen werden. Dieser Sichtweise liegt die Vorstellung von „significant breaks in the chain of substitutes“<sup>64</sup> zugrunde. Dies bedeutet nicht nur, dass der Bruch, der die ein- von

<sup>61</sup> Vgl. auch HOPPMANN, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, 507 f.; GLASNER/STOCKUM, 110; RAASS, sic! 1999, 675 f.; RAASS/KUMMER, AJP 2000, 360; RPW 2000/3, 429 Rz 68, Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG.

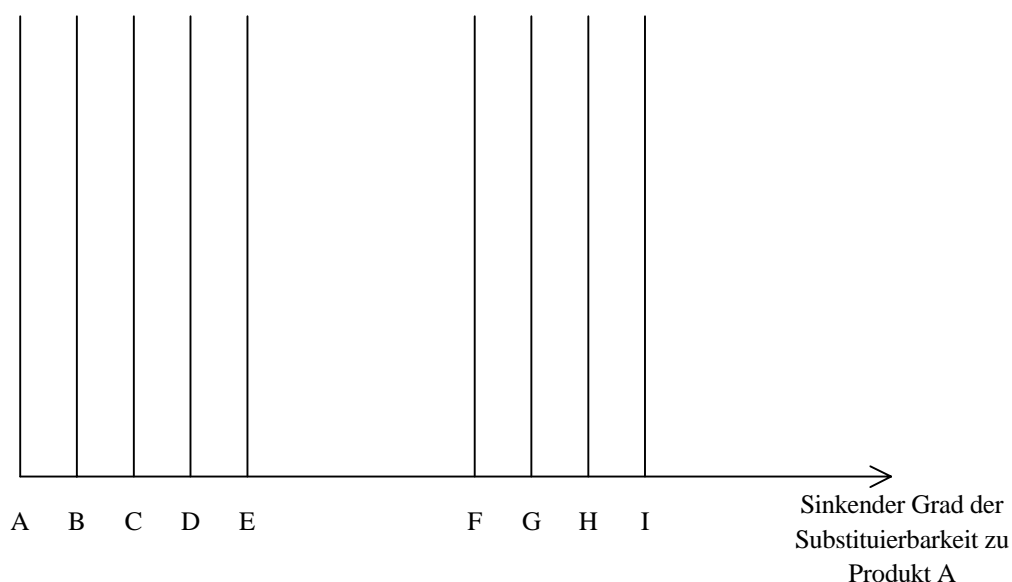
<sup>62</sup> Vgl. u.a. auch BECHTOLD, FS Gamm, 537; SANDROCK, FS Kummer, 460-462; HARBORD/VON GRAEVENITZ, 21 E.C.L.R. 152 (2000); siehe auch AMANN, 141-143.

<sup>63</sup> WERDEN/FROEB, 78; MCELROY spricht von der „all-or-nothing basis“ (MCELROY, 11 Rev. Ind. Organ. 512 [1996]); vgl. auch FISHER, 1 J. Econ. Perspect. 27 f. (1987); KAPLOW, 95 Harv. L. Rev. 1827 (1982).

<sup>64</sup> WERDEN/FROEB, 69; der Begriff geht auf ROBINSON zurück, die von einem „marked gap in the chain of substitutes“ gesprochen hat (ROBINSON, 5).

den ausgeschlossenen Produkten trennt, eine gewisse Grösse erreicht, sondern auch, dass alle Produkte innerhalb des „relevanten Marktes“ sehr nahe Substitute zum untersuchten Produkt sind, mit anderen Worten: die Brüche zwischen ihnen eine geringe Grösse aufweisen.<sup>65</sup> Graphisch lässt sich dieses Verständnis des relevanten Marktes wie folgt darstellen:<sup>66</sup>

**Abbildung 3**<sup>67</sup>



Nach dem der Abbildung 3 zugrunde liegenden Beispiel stellen die Produkte B, C, D und E nahe Substitute zum Produkt A dar, während die Produkte F, G, H und I relativ entfernte Substitute sind. Zwischen Produkt E und F besteht eine Substitutionslücke. Zum relevanten Markt gehören demnach die Produkte A, B, C, D, und E.

Damit wird die Masse der Konkurrenten in zwei Gruppen eingeteilt: aktuelle Wettbewerber (sie produzieren die Produkte B, C, D und E) und potentielle Wett-

<sup>65</sup> SCHMALENSEE, 95 Harv. L. Rev. 1799 (1982).

<sup>66</sup> Graphik nach SCHNEIDER, 177.

<sup>67</sup> Graphik nach SCHNEIDER, 177.

bewerber (sie stellen die Produkte B, C, D und E her). Diese Zweiteilung hat im wesentlichen die praktische Auswirkung, dass ersterer Gruppe unmittelbar disziplinierender wettbewerblicher Einfluss attestiert wird, zweiterer dagegen nur mittelbarer. Natürlich wird in der Praxis auch den von den potentiellen Konkurrenten ausgehenden Wettbewerbskräften eine gewisse Bedeutung zugebilligt. Allerdings werden diese regelmässig für markant schwächer gehalten.<sup>68</sup>

„Vergessen“ wird im Gefolge dieser Zweiteilung in der Regel, dass die von den Produkten B, C, D und E ausgehenden Substitutionskräfte nicht gleich gross sind. Die Wettbewerbskräfte z.B. des Produktes E werden damit tendenziell über- und diejenigen des Produkts F unterschätzt. Je nachdem, welcher Umsatz mit den betreffenden Produkte erzielt wird, kann dies erhebliche Verzerrungen in der wettbewerblichen Beurteilung zur Folge haben.

Wir haben bis jetzt angenommen, dass die der Abbildung 3 zugrundeliegende Vorstellung von engen Substitutionsbeziehungen zwischen den einzelnen dem relevanten Markt zugehörigen Produkten einerseits und einer grossen Substitutionslücke andererseits in Realität auch tatsächlich anzutreffen sei. Es mag sein, dass dies bei Branchen mit relativ **homogenen** Produkten (wie z.B. Tafelsalz) (zumindest annäherungsweise) zutrifft.

Anderes gilt jedoch für **differenzierte** Produkte, also Erzeugnisse, die sich durch eines oder mehrere Attribute von konkurrierenden Produkten unterscheiden (Beispiele sind Automobile, Notebooks, Birchermüesli<sup>69</sup> und generell Produkte, die unter einer Brand [meist an Endverbraucher] vertrieben werden):

Einmal ist das Wettbewerbsverhältnis zwischen differenzierten Produkten nicht durch „significant breaks in the chain of substitutes“ sondern durch Preis- und Qualitätskontinua geprägt. Erschwerend kommt hinzu, dass differenzierte Produkte in aller Regel mehrere (auf Kontinua liegende) Attribute haben, die sie von konkurrierenden Produkten abheben.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> A.M. wohl KIENER, 102-105.

<sup>69</sup> Vgl. hierzu den Fall New York v. Kraft Gen. Foods, Inc., 925 F. Supp. 321, 333 (S.D.N.Y. 1995).

<sup>70</sup> WERDEN/FROEB, 69; BAKER/WU, 19 E.C.L.R. 277 (2000); vgl. schon SCHMALENSEE, 95 Harv. L. Rev. 1799 f. (1982).

Mit der Abgrenzung eines „relevanten Marktes“ werden nun in zwangsläufig arbiträrer Weise Grenzen im Geflecht dieser Kontinua gezogen. Die hiermit einhergehende verzerrte Abbildung der Wettbewerbskräfte dürfte im Regelfall erheblich grösser als im in Abbildung 3 beschriebenen Fall sein. Diese Verzerrungen müssen im zweiten Schritt der wettbewerblichen Analyse – der Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse – wieder korrigiert werden. Der mit dem analytischen Instrument der Marktabgrenzung vollzogene erste analytische Schritt lenkt damit den Gang der wettbewerblichen Untersuchung im besten Fall nicht in die falsche Richtung.<sup>71</sup>

### **III. Alternativen zum Instrument der Marktabgrenzung?**

Auf die hier kritisierten Schwächen des Instruments der Marktabgrenzung wurde schon relativ früh hingewiesen<sup>72</sup> und verschiedene Autoren haben in Anbetracht der geschilderten Unzulänglichkeiten gefordert, auf den ersten Untersuchungsschritt der Marktabgrenzung zu verzichten und den Fokus direkt und ausschliesslich auf die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse zu richten.<sup>73</sup>

#### **1. Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen**

So etwa wird im Bereich der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen die Methode der Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen propagiert. Diese Methode gibt den Versuch auf, zunächst einen Markt zu definieren und anschliessend die Wettbewerbsverhältnisse zu untersuchen. Sie konzentriert sich statt dessen auf die direkte Analyse der Wettbewerbsverhältnisse, indem die

<sup>71</sup> Vgl. zum Ganzen WERDEN, 5 Geo. Mason L. Rev. 368 f. (1997); WERDEN/FROEB, 69; SCHMALENSEE, 95 Harv. L. Rev. 1799 f. (1982); BAKER, 42 Antitrust Bull. 183-190 (1997); BAKER/WU 19 E.C.L.R. 277 (1998); KEYTE, 63 Antitrust L.J. 701-703 (1995); CHAMBERLIN, 40 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings 86 f. (1950); ähnlich FISHER, 1 J. Econ. Perspect. 27 f. (1987).

<sup>72</sup> CHAMBERLIN, 40 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings 86 f. (1950).

<sup>73</sup> So etwa FISHWICK, zitiert bei HARBORD/VON GRAEVENITZ, 21 E.C.L.R. 152 FN 6 (2000); VEIT, AJP 2000, 1271-1275 (für Zusammenschlüsse); SANDROCK, FS Kummer, 460-462; a.M.: BAKER/BISHOP, 19 f. ¶3.12 f.

Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Preise simuliert/geschätzt werden.<sup>74</sup>

Die Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen ist dem zweistufigen Verfahren (Marktabgrenzung – Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse) theoretisch überlegen, da sie ohne die Abgrenzung des relevanten Marktes auskommt.<sup>75</sup> Ihre Schwierigkeiten liegen jedoch u.a. in der praktischen Anwendung, da sie die Kenntnis von Daten (u.a. von Nachfrageelastizitäten) voraussetzt, die in vielen Fällen nicht vorhanden sind. Sie wird deshalb in naher Zukunft die zur Untersuchung von Unternehmenszusammenschlüssen verwendeten konventionellen Methoden nicht ersetzen können,<sup>76</sup> hingegen könnte sie u.U. z.B. in Form des Logit-Modells als Ausgangspunkt der wettbewerblichen Untersuchung dienen.<sup>77</sup>

## **2. Schlussfolgerungen**

Insgesamt ist die Forderung, auf den ersten Untersuchungsschritt der Marktabgrenzung zu verzichten und den Fokus direkt und ausschliesslich auf die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse zu richten, momentan rechtspolitisch wohl aussichtslos. Massgebend sind dabei zwei Gründe:

Einmal scheinen die Konzepte, die anstelle des beschriebenen zweistufigen Verfahrens vorgeschlagen worden sind, wegen des hiermit einhergehenden empirischen Aufwands in der Praxis schwer handhabbar zu sein.

Weiter ist das „normative Konzept“ des relevanten Marktes ein fester Bestandteil der kartellrechtlichen Praxis geworden, der kaum je grundsätzlich und kritisch hinterfragt wird. Zeichen hierfür ist auch, dass das Konzept des relevanten Mark-

<sup>74</sup> WERDEN, 5 Geo. Mason L. Rev. 363-386 (1997); eine vorzügliche Darstellung der Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen findet sich in VEIT, AJP 1999, 1272-1275 m.w.H.; siehe auch BAKER/WU, 19 E.C.L.R. 277 f. (2000).

<sup>75</sup> Ausführlich VEIT, AJP 1999, 1272-1275; implizit gl.M. RAASS/KUMMER, AJP 2000, 360.

<sup>76</sup> So insbesondere RAASS/KUMMER, AJP 2000, 360-362; FAULL/NIKPAY, 44 ¶1.130; siehe auch VEIT, AJP 2000, 1273 und 1274.

<sup>77</sup> So jedenfalls WERDEN/FROEB, 84; siehe auch VEIT, AJP 1999, 1273 f.; zu den Schwächen des dem Logit-Modells zugrunde liegenden Annahmen (wie etwa diejenige der

tes Eingang in den Wortlaut der schweizerischen kartellrechtlichen Erlasse gefunden hat (z.B. Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 KG, Art. 7 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 2 Bst. b sowie Art. 11 Abs. 1 Bst. d bis f und Art. 11 Abs. 3 VKU).

Man wird deshalb in näherer Zukunft nicht darum herumkommen, weiter mit dem als unvollkommen erkannten Instrument der Marktabgrenzung zu leben. Auch die vorliegende Arbeit unterwirft sich dieser Notwendigkeit. Allerdings ist einerseits zu fordern, dass die Definition des Marktes – soweit möglich – in ökonomisch konsistenter Weise vorgenommen wird.<sup>78</sup> Andererseits muss man sich ständig bewusst zu sein, dass das „normative Konzept“<sup>79</sup> des relevanten Marktes keine eigenständige Aussagekraft hat.<sup>80</sup> Mit der Marktabgrenzung allein ist noch kein endgültiges Urteil über die Wettbewerbsverhältnisse gefällt. In diesem Lichte ist insbesondere die momentan mit viel Verve geführte Diskussion dar-

zum Marktanteil proportionalen Substitutionskraft einzelner Produkte siehe BISHOP/WALKER, 364 f. ¶10.28-10.30; WU, 3 f.).

<sup>78</sup> Siehe auch HARBORD/VON GRAEVENITZ, 21 E.C.L.R. 152 FN 6: „Fishwick (1986) is not alone in suggesting that market definition may be neither a necessary nor a useful step in competition policy investigations. We broadly concur. However, since all competition authorities feel that they must define relevant antitrust markets, it is important that this is done coherently“; FISHER, 19/2 Quart. J. Bus. Econ. 13 (1982).

<sup>79</sup> HOPPMANN, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, 508.

<sup>80</sup> Ähnlich HARBORD/VON GRAEVENITZ, 21 E.C.L.R. 152, 152 FN 6 und passim (2000) m.w.H.; siehe auch FAULL/NIKPAY, 50 ¶1.144 f.

über, ob eine Marke einen Markt darstellen könne,<sup>81</sup> aus ökonomischer Sicht mit Unbehagen zu beurteilen. Dies gilt zumal in Anbetracht dessen, dass Markenartikel differenzierte Produkte darstellen, die (wie vorn ausgeführt)<sup>82</sup> durch mehrere Qualitätskontinua gekennzeichnet sind, weshalb eine Marktabgrenzung hier tendenziell ohnehin arbiträre Züge hat. Wird in solchen Fällen der Markt möglichst eng abgegrenzt, um auf einen hohen Marktanteil (bzw. einen solchen von 100%) und damit auf Marktbeherrschung erkennen zu können, dann wird dem Konzept des relevanten Marktes eine Aussagekraft zugemutet, die es ökonomisch nicht hat.<sup>83</sup>

Im folgenden werden die gebräuchlichsten ökonomischen Ansätze zur Abgrenzung des sachlich und des räumlich relevanten Marktes beschrieben.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu GRONER, *recht* 2002, 67; ZÄCH, *SIWR* V/2, 150-154; dagegen: DIETRICH/SAURER, *sic!* 2001, 593-611.

<sup>82</sup> Vorn, S. 22 f.

<sup>83</sup> SCHMALENSEE, 127 *U. Pa. L. Rev.* 1004-1016 (1979); vgl. auch FISHER, 19/2 *Quart. J. Bus. Econ.* 16 f. (1982).



## **B. Sachlich relevanter Markt**

### **I. Nachfragerbezogene Sichtweise**

Der verbreitetste Weg, den relevanten Markt zu bestimmen, besteht darin, danach zu fragen, mit welchen Gütern das untersuchte Produkt aus Sicht der Nachfrager austauschbar ist.

#### **1. Kreuz-Preiselastizität**

##### *a) Einleitung*

Eine Methode, die Austauschbarkeit aus Nachfragersicht zu bestimmen, besteht im Rückgriff auf die Kreuz-Preiselastizität, d.h. in der Frage, in welchem Masse die Nachfrager bei einer Preiserhöhung des Produkts A zu Produkt B wechseln.<sup>84</sup>

Dieser Ansatz ist nur beschränkt praktikabel, da kein Konsens darüber besteht, welche absolute Höhe die Kreuz-Preiselastizität erreichen muss, damit ein bestimmtes Produkt mit dem untersuchten Produkt als austauschbar betrachtet werden kann.<sup>85</sup> Eine Kreuz-Preiselastizität von 2.03 legt nach SCHERER/ROSS nahe, die beiden untersuchten Produkte demselben relevanten Markt zuzurechnen, eine solche von 0.75 hingegen, dass beide Produkte unterschiedlichen relevanten Märkten zuzuordnen sind.<sup>86</sup>

##### *b) Nachteile der Kreuz-Preiselastizität*

Zum Nachteil, dass die Kreuz-Preiselastizität für sich alleine keine operationablen Kriterien zur Marktabgrenzung liefert, kommen weitere Defizienzen. Diese werden, da sie v.a. im Gefolge des „Erlasses“ der amerikanischen Horizontal Merger Guidelines moniert wurden, bei den Erörterungen zum SSNIP-

<sup>84</sup> SCHERER/ROSS, 183; CARLTON/PERLOFF, 615.

<sup>85</sup> KEYTE, 63 Antitrust L.J. 729 (1995); WERDEN, 76 Marq. L. Rev. 123, 197-209 (1992).

<sup>86</sup> SCHERER/ROSS, 183, siehe auch 75 FN 55; vgl. auch LANDES/POSNER, 94 Harv. L. Rev. 958 (1981).

Tests behandelt.<sup>87</sup> Es sind dies u.a.: das Oligopol-Problem<sup>88</sup>, die Schwierigkeiten, das erforderliche empirische Material zu beschaffen,<sup>89</sup> die Fokussierung auf den Preis als einzigen Wettbewerbsparameter<sup>90</sup> und das Problem der verzerrten Resultate bei Branchen mit differenzierten Produkten<sup>91</sup>.

c) *Mythos vollständiger Austauschbarkeit*<sup>92</sup>

Eingegangen werden soll im vorliegenden Zusammenhang auf ein anderes, allgemeines Problem. Wir haben eben gesehen, dass eine Kreuz-Preiselastizität von 2.03 genügen soll, um eine hinreichende Austauschbarkeit darzutun. Dieser Umstand zeigt, dass zwei Produkte nicht erst dann demselben Markt angehören, wenn sie miteinander vollkommen austauschbar sind; dies entgegen einer verbreiteten Ansicht, die dem sog. „Mythos vollständiger Austauschbarkeit“<sup>93</sup> nachlebt. Dass es Verbraucher gibt, die bei einer Preissteigerung nicht auf andere Produkte ausweichen, ist somit bis zu einem gewissen Grade für die Marktabgrenzung irrelevant. Dies mag zunächst erstaunen, lässt sich aber wie folgt erklären:

Auszugehen ist vom Befund, dass es marginale und inframarginale Verbraucher gibt. **Marginale Verbraucher** sind Verbraucher, deren Reservationspreis<sup>94</sup> nahe beim tatsächlich verlangten Preis liegt bzw. diesem entspricht. Dies hat zur Folge, dass der Reservationspreis dieser Verbraucher schon bei geringfügigen Preiserhöhungen unter den tatsächlich verlangten Preis zu liegen kommt, die marginalen Verbraucher mit anderen Worten das betreffende Produkt nicht mehr nachfragen bzw. auf das nächstbeste Substitut ausweichen. Demgegenüber liegt der Reservationspreis bei **inframarginalen Verbrauchern**<sup>95</sup> deutlich über dem aktuell verlangten Preis. Solche Verbraucher reagieren deshalb wesentlich weni-

<sup>87</sup> Für weitere Mängel siehe STEGEMANN, Z. Wirtsch. Sozialwissen., 152-163 (1974).

<sup>88</sup> Siehe hinten, S. 32.

<sup>89</sup> Siehe hinten, S. 35.

<sup>90</sup> STEGEMANN, Z. Wirtsch. Sozialwissen., 156 (1974).

<sup>91</sup> Siehe hinten, S. 35 ff.

<sup>92</sup> BAKER/WU, 19 E.C.L.R 275 (1998).

<sup>93</sup> BAKER/WU, 19 E.C.L.R 275 (1998).

<sup>94</sup> Zum Begriff siehe vorn, S. 8.

<sup>95</sup> Von COMANOR/KIRKWOOD auch „intramarginal consumers“ genannt (COMANOR/KIRKWOOD, 34 f.).

ger empfindlich auf Preissteigerungen.<sup>96</sup> Hersteller berücksichtigen nun bei der Entscheidung darüber, ob sie den Preis eines ihrer Produkte anheben wollen, ausschliesslich das Verhalten der marginalen Verbraucher.<sup>97</sup> Aus diesem Grund „schützt“ die Bereitschaft einer genügend grossen Anzahl marginaler Verbraucher, im Falle einer Preiserhöhung auf andere Produkte auszuweichen, auch die inframarginalen Verbraucher vor Preiserhöhungen.<sup>98</sup>

Diese Zusammenhänge haben ihre Bedeutung auch dort, wo Güter nicht einmal sondern mehrfach eingekauft werden. Ein Beispiel sind sog. „Must Stock“-Produkte, die ein Händler führen muss, will er, dass gewisse Kunden sein Geschäft aufsuchen. Von „Must Stock“-Produkten wird z.T. behauptet, dass ein Händler bei solchen Gütern allfälligen Erhöhungen z.B. des Grosshandelspreises gegenüber „hilflos ausgeliefert sei“. Diese Argumentation übersieht, dass der Händler seine Bestellungen nicht ganz einstellen muss, sondern seine Käufe zugunsten anderer Produkte verringern kann (denen er dann z.B. eine grössere Regalfläche einräumt).<sup>99</sup>

## 2. Der SSNIP-Test

### a) Allgemeines

Verwandt mit der Kreuz-Preiselastizität ist der SSNIP-Test. Ihm liegt die Idee zugrunde, dass der relevante Markt etwas ist, das profitabel monopolisiert werden könnte.<sup>100</sup> Mit anderen Worten soll ermittelt werden, welche Güter sich zusammen profitabel monopolisieren liessen. Diese Güter bilden zusammen den relevanten Markt.<sup>101</sup> Der SSNIP-Test, dient dazu, diese Gütern ausfindig zu machen. Er wird in den vom US-amerikanischen Departement of Justice (DOJ) und von

<sup>96</sup> Zum Begriff der marginalen und inframarginalen Verbraucher siehe auch hinten, S. 87 ff.

<sup>97</sup> Siehe auch SPENCE, 66 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings 407-414 (1976).

<sup>98</sup> MAISEL, 72 Geo. L.J. 39, 49 (1983); KEYTE, 63 Antitrust L.J. 740-746 (1995) m.w.H.; BAKER/WU, 19 E.C.L.R 276 (1998); siehe auch RIDYARD/BISHOP/KLASS, 71-75.

<sup>99</sup> Siehe BAKER/WU, 19 E.C.L.R 276 (1998).

<sup>100</sup> SCHMALENSEE, 1 J. Econ. Perspect. 47 (1987): „something that could profitably be monopolized“.

<sup>101</sup> WHITE, Computer Industry, 2.

der FTC am 2. April 1992 veröffentlichten Horizontal Merger Guidelines (im folgenden 1992 Horizontal Merger Guidelines) wie folgt umschrieben:<sup>102</sup>

“A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a ‘small but significant and nontransitory’ increase in price [SSNIP], assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is no bigger than necessary to satisfy this test.”<sup>103</sup>

und:

“In attempting to determine objectively the effect of a ‘small but significant and nontransitory’ increase in price, the Agency, in most contexts, will use a price increase of five percent lasting for the foreseeable future. However, what constitutes a ‘small but significant and nontransitory’ increase in price will depend on the nature of the industry, and the Agency at times may use a price increase that is larger or smaller than five percent.”<sup>104</sup>

Etwas einfacher formuliert wird danach gefragt, was geschähe, wenn das untersuchte Unternehmen seine Preise um z.B. 5% auf ein Jahr hinaus erhöhen würde. Wäre die hypothetische Preiserhöhung von 5% oder mehr nicht gewinnmaximierend, da die Nachfrager in zu hohem Masse auf andere Produkte auswichen, wird das sog. Next Best Substitute (NBS) in die Untersuchung mit einbezogen und geprüft, ob eine hypothetische Preiserhöhung von 5% bei beiden Produkten für das erste Unternehmen gewinnmaximierend wäre. Wäre sie das, so wird angenommen, dass beide Produkte zusammen den relevanten Markt bilden. Wäre sie es nicht, so werden so lange weitere NBS in die Analyse mit einbezogen, bis die

<sup>102</sup> Siehe hierzu statt aller: HARBORD/VON GRAEVENITZ 21 E.C.L.R. 151 (2000).

<sup>103</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Ziff. 1.0 57 Fed. Reg. 41554 (Sept. 10, 1992) (andere Quellen: 4 Trade Reg. Rep. [CCH] 13,200; Internet: [http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz\\_book/toc.html](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/toc.html); <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>).

<sup>104</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines Ziff. 1.11.

hypothetische Preiserhöhung für das untersuchte Unternehmen gewinnmaximierend wäre.<sup>105</sup>

Der so formulierte SSNIP-Test unterscheidet sich von der Kreuz-Preiselastizität v.a. durch zwei Eigenschaften: Einerseits durch die Idee, dass der relevante Markt eine Reihe von Gütern ist, die sich zusammengenommen erfolgreich monopolisieren lassen, und andererseits durch das Vorhandensein einer numerischen Grenze von 5%.

Der SSNIP-Test ist von Kritik nicht verschont geblieben. Moniert wird u.a. folgendes:<sup>106</sup>

b) „*Cellophane Fallacy*“

Wird beim SSNIP-Test nicht von den (hypothetischen) kompetitiven sondern den aktuell verlangten Preisen ausgegangen, wird der relevante Markt im Falle eines Monopolisten zu weit abgegrenzt, da entferntere Substitute fälschlicherweise als nahe beurteilt werden.

Dies ist die berühmte „*Cellophane Fallacy*“<sup>107</sup>, die sich dadurch erklärt, dass ein Monopolist bereits den Preis verlangt, der seinen Gewinn maximiert.<sup>108</sup> Eine hypothetische Preiserhöhung hat damit definitionsgemäss eine Gewinnverminderung zur Folge. Wird dieser Umstand missachtet, dann werden nach den auf den Seiten 29 ff. dargelegten Regeln des SSNIP-Tests (fälschlicherweise) so lange weitere NBS in den Test mit einbezogen, bis die hypothetische Preiserhöhung wieder gewinnmaximierend ist. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass hiermit die Substituierbarkeit der betreffenden NBS mit dem untersuchten Erzeugnis

<sup>105</sup> Vgl. hierzu statt vieler: MCELROY, 11 Rev. Ind. Organ. 513 f. (1996) und Horizontal Merger Guidelines Ziff. 1.11.; siehe auch ABl. 1997 C 372/7 Rz 15-19, Marktabgrenzungsbekanntmachung.

<sup>106</sup> Siehe im übrigen: MCELROY, 11 Rev. Ind. Organ. 514-527 (1996); STIGLER/SHERWIN, 28 J.L. & Econ. 582 f., insbesondere 582 FN 31 (1985); GLASNER/STOCKUM, 109 –130.

<sup>107</sup> Benannt nach dem Du Pont-Fall (United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 [1955]).

<sup>108</sup> Vgl. hierzu vorn, S. 9 ff.

des Monopolisten überschätzt und der relevante Markt demzufolge zu weit abgegrenzt wird.<sup>109</sup>

Die „Cellophane Fallacy“ lässt sich nach dem Gesagten nur vermeiden, wenn nicht auf die tatsächlichen sondern die (hypothetischen) kompetitiven Preise abgestellt wird.<sup>110</sup> Das aber heisst konkret, dass vor der Durchführung des SSNIP-Tests zunächst die kompetitiven Preise ermittelt werden müssen. Dies dürfte indessen in der Praxis häufig schwierig sein.<sup>111</sup> Überdies handelt man sich mit dem Rückgriff auf die hypothetischen kompetitiven Preise die Defizienzen des Modells der vollkommenen Konkurrenz ein.

Das Problem der Cellophane Fallacy stellt sich insbesondere in Fällen, wo untersucht werden soll, ob ein bestimmtes Unternehmen hic et nunc marktbeherrschend ist, also v.a. in Fällen des Art. 7 KG.<sup>112</sup>

### c) *Das Oligopol-Problem*

Eine gewisse Verwandtschaft mit der „Cellophane Fallacy“ weist das sog. Oligopol-Problem auf, welches von HARBORD/VON GRAEVENITZ beschrieben wurde: Gehen wir davon aus, dass zwei Hersteller (X und Y) perfekt homogene, d.h. perfekt miteinander austauschbare, Güter (z.B. Tafelsalz) zu denselben Kosten produzieren. Beruhen die aktuellen Preise von X und Y auf einem Cournot-Gleichgewicht<sup>113</sup>, so sind zwei relevante Märkte zu bilden: „Tafelsalz von X“ und

<sup>109</sup> BAKER/BISHOP, 11-15 ¶2.25-2.38; HARBORD/VON GRAEVENITZ 21 E.C.L.R. 151 f. (2000); SCHMALENSEE, 1 (2) J. Econ. Perspect. 47 f. (1987); BAKER/WU, 19 E.C.L.R. 276 f. (1998); STIGLER/SHERWIN, 28 J.L. & Econ. 583 (1985); vgl. auch SCHERRER/ROSS, 178 f.; LANDES/POSNER, 94 Harv. L. Rev., 960 f. (1981); AMANN, 139 f. FN 608; zum „geschichtlichen Kontext“ siehe hierzu statt vieler: HOVENKAMP, 132 f. § 3.8e, 103-107 §§ 3.4b f.

<sup>110</sup> Vgl. etwa ABl. 1997 C 371/7 Rz 19, Marktabgrenzungsbekanntmachung; BAKER/BISHOP, 17 f. ¶3.4-3.8.

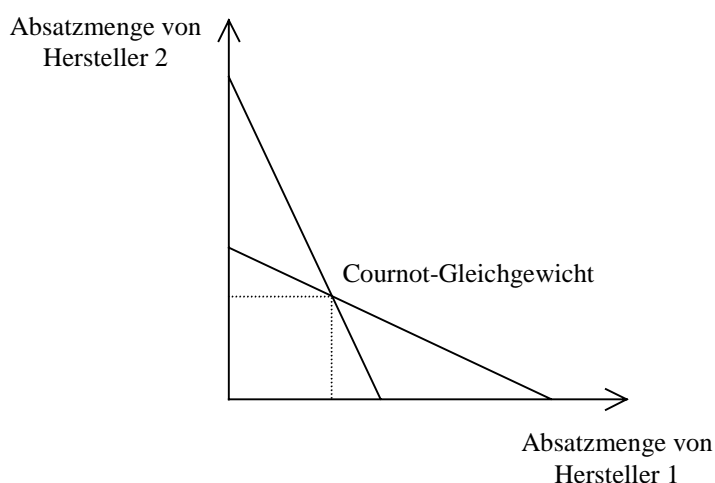
<sup>111</sup> Vgl. BAKER/BISHOP, 27-29 ¶3.41-3.46.

<sup>112</sup> Vgl. hierzu WHITE, Computer Industry, 1-5 (1999).

<sup>113</sup> Das Cournot-Modell, das sich als einstufiges Spiel beschreiben lässt, geht auf den französischen Mathematiker Augustin Cournot zurück. Es kann kurz wie folgt dargestellt werden: Cournot-Konkurrenten konkurrieren über den Wettbewerbsparameter der Absatzmenge (Output). Klassischerweise wird von einem Duopol in einem Markt mit vollständig homogenen Gütern ausgegangen (diese Annahme ist indessen nicht not-

„Tafelsalz von Y“. Anderes gilt, wenn die beiden Unternehmen Bertrand-Konkurrenten<sup>114</sup> sind. Diesfalls bildet „Tafelsalz von X und Y“ den sachlich relevanten Markt.<sup>115</sup>

wendig), in dem beide Hersteller ihre Absatzmenge so festsetzen, dass sie bei gegebener Absatzmenge des anderen Herstellers profitmaximierend ist. Diese „Mengenkonkurrenz“ führt dazu, dass der Gleichgewichtspreis im Cournot-Modell immer über den Grenzkosten liegt. Graphisch lässt sich das Cournot-Gleichgewicht wie folgt darstellen:



Für weitere Ausführungen sei verwiesen auf: CARLTON/PERLOFF, 157-166, TIROLE, 218-221, 225-228; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, 102-108; BISHOP/WALKER, 29-32 ¶2.32-2.35.

<sup>114</sup> Das Bertrand-Modell, das sich ebenfalls als einstufiges Spiel beschreiben lässt, geht auf den französischen Mathematiker Joseph Bertrand zurück. Bertrand-Konkurrenten konkurrieren über den Wettbewerbsparameter des Preises. Auch im Bertrand-Modell wird von einem Markt mit homogenen Gütern ausgegangen, wobei diejenige Firma, die den tieferen Preis für das Produkt verlangt, jeweils die gesamte Nachfrage des Marktes auf sich zieht. Diese Annahme hat zur Folge, dass der Gleichgewichtspreis exakt den Grenzkosten entspricht.

Für weitere Ausführungen sei verwiesen auf: CARLTON/PERLOFF, 166-168; TIROLE, 210 f. und 211 f.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, 109; BISHOP/WALKER, 32 f. ¶2.36-2.38.  
<sup>115</sup> HARBORD/VON GRAEVENITZ 21 E.C.L.R. 152-154 (2000); HARBORD/VON GRAEVENITZ untersuchen das Problem zusätzlich unter dem Blickwinkel, welchem Ziel die Marktabgrenzung dient (der Ermittlung, ob ein Unternehmen über **Markt-** oder über **Monopol-**macht verfügt). Die hier vorgestellten Ergebnisse gehen mit der wohl herrschenden Lehre (siehe etwa GRIMES, 67 Antitrust L.J. 579 [1999]; SCHEFFMANN/SPILLER, 30 J.L. & Econ. 127 [1987]) davon aus, dass die Marktabgrenzung ersteren Zweck verfolgt (dazu HARBORD/VON GRAEVENITZ 21 E.C.L.R. 152 [2000]).

*d) Vertikale Strukturen mit Monopolen*

Ebenfalls irreführend ist der SSNIP-Test in Fällen, in denen ein monopolistischer Hersteller sein Produkt über einen Händler vertreibt, der ebenfalls Monopolist ist. Probleme ergeben sich hier, weil es der SSNIP-Test nicht erlaubt, den Umstand mit in die Betrachtung zu ziehen, dass der Grosshandelspreis kein Ergebnis von Wettbewerb auf Grosshandelsstufe ist, sondern bloss widerspiegelt, in welchem Verhältnis Hersteller und Händler den Monopolgewinn unter sich aufteilen: Kann der Händler den Hersteller zwingen, ihm das Produkt zu einem Preis zu verkaufen, der gerade die Grenzkosten des letzteren deckt, so gelangt man anhand des SSNIP-Tests zum Schluss, dass der Händler, nicht aber der Hersteller Monopolist ist. Entsprechendes gilt, wenn der Hersteller den Grosshandelspreis so hoch ansetzen kann, dass er den ganzen Monopolgewinn vereinnahmt.<sup>116</sup>

Solche Fehler lassen sich nur dann vermeiden, wenn dem SSNIP-Test ein vertikal integrierter Hersteller zugrunde gelegt wird, d.h. in einem ersten Schritt angenommen wird, dass Hersteller und Händler ein einziges Unternehmen bilden.<sup>117</sup>

*e) Unterschiedliche Ergebnisse je nach Segmentierung der Substitute*

Zudem lässt der SSNIP-Test, je nachdem wie die NBS untereinander segmentiert werden, die Wettbewerbswirkungen ausser Betracht, die mehrere unvollkommene Substitute in ihrer Gesamtheit zu erzeugen vermögen. So kann es u.U. sein, dass unvollkommene Substitute einzeln zwar keinen erheblichen, gemeinsam jedoch einen beträchtlichen Wettbewerbsdruck gegenüber einem bestimmten Produkt erzeugen.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> Ausführlich HARBORD/VON GRAEVENITZ 21 E.C.L.R. 154-157 (2000).

<sup>117</sup> HARBORD/VON GRAEVENITZ 21 E.C.L.R. 156 (2000).

<sup>118</sup> KEYTE, 63 Antitrust L.J. 702 (1995); für Kreuz-Preiselastizitäten: STEGEMANN, Z. Wirtsch. Sozialwissen., 156 (1974).



f) *Willkürliche Grenze von 5%*

Überdies wird (zurecht) kritisiert, dass die 5%-Grenze willkürlich<sup>119</sup> und ausserdem zu tief<sup>120</sup> sei.

g) *Fehlendes empirisches Material*

Der in der Praxis wohl entscheidende Nachteil des SSNIP-Tests besteht darin, dass er die Kenntnis von Daten voraussetzt, die (zumindest in der Schweiz) in den meisten Fällen entweder gar nicht erhältlich oder nur schwer zu erheben sind.<sup>121</sup> Zusätzlich stellt sich das Problem, dass die empirische Datenbasis gross genug sein muss, um zu verhindern, dass die marginalen bzw. inframarginalen Verbraucher übervertreten sind. Ob es möglich ist, im Rahmen von kartellrechtlichen Verfahren empirische Erhebungen durchzuführen, die diesen Anforderungen genügen, erscheint äusserst fraglich.<sup>122</sup>

Diese Defizite verstärken sich, wenn nicht von den aktuellen sondern – wie erforderlich – den (hypothetischen) kompetitiven Marktpreisen ausgegangen wird.<sup>123</sup>

h) *Verzerrte Resultate bei Märkten mit differenzierten Produkten*

Ein weiterer Nachteil des SSNIP-Tests besteht darin, dass er im Hinblick auf die sachliche Marktabgrenzung zu verzerrten Resultaten bei differenzierten Produkten führt.<sup>124</sup>

<sup>119</sup> SCHERER/ROSS, 180; GLASNER/STOCKUM, 109. Dies wird denn auch offen eingeräumt: Professor Lawrence J. White, der als Chief Economist der Antitrust Division des DOJ an der Ausarbeitung der Merger Guidelines 1982 massgeblich beteiligt war, antwortete auf die Frage eines Studenten, weshalb die Grenze 5% sei: “Weil der Mensch fünf Finger an der Hand hat. Wären es sieben Finger, wäre die Schwelle 7%”.

<sup>120</sup> KEYTE, 63 Antitrust L.J. 729-748 (1995).

<sup>121</sup> Vgl. auch STIGLER/SHERWIN, 28 J.L. & Econ. 582 (1985); RPW 2001/2, 243-246 Rz 26-42, Vertrieb von Werbematerialien; KRAUSKOPF, Praxis zu Art. 5 und 7 KG, 49; siehe auch zu praktischen Problemen der Kundenbefragung: GLASNER/STOCKUM, 123-127.

<sup>122</sup> Vgl. auch GLASNER/STOCKUM, 124-126.

<sup>123</sup> HARBORD/VON GRAEVENITZ 21 E.C.L.R. 152-154 (2000); kritisch auch LANDES/POSNER, 94 Harv. L. Rev. 941 (1981).

Der eine Grund ist, dass sich der SSNIP-Test auf einen einzigen Wettbewerbsparameter konzentriert: den Preis.<sup>125</sup> Nun sind aber bei differenzierten Produkten nicht-preisliche, d.h. qualitative, Wettbewerbsparameter wie etwa Design, Zusammensetzung, Service etc. ebenso entscheidend. Das Wesen differenzierter Produkte besteht ja gerade darin, dass sie ein Paket aus Preis und Qualität bilden. Ein Beispiel ist die Automobilindustrie, wo Hersteller nicht nur über den Preis konkurrieren, sondern ihre Modelle im Hinblick auf Design, Technik, Ausstattung etc. ständig anpassen müssen. Tun sie letzteres nicht, verlieren sie über kurz oder lang Umsätze (d.h. Marktanteile) an ihre Konkurrenten.<sup>126</sup> Nicht-preisliche Wettbewerbsparameter werden nun durch den SSNIP-Test nicht nur ignoriert, sondern der SSNIP-Test verkehrt deren Existenz u.U. gar in ihr Gegenteil: Je mehr nicht-preisliche, d.h. qualitative, Aktionsparameter im Wettbewerb eine Rolle spielen, je weniger also der Preis als Aktionsparameter von Bedeutung ist, desto mehr suggeriert der SSNIP-Test, dass die auf das untersuchte Unternehmen einwirkenden Wettbewerbskräfte schwach sind und der relevante Markt deshalb eng abzugrenzen ist. Kurz: Mit der dem SSNIP-Test inhärenten Reduktion des Fokus auf den Preis als einzigen Wettbewerbsparameter werden die Wettbewerbskräfte, denen das betroffene Unternehmen ausgesetzt ist, falsch eingeschätzt: Der relevante Markt wird unrichtig abgegrenzt.<sup>127</sup>

Der andere Grund ist, dass differenzierte Produkte durch Qualitätskontinua geprägt sind. Hier führt der SSNIP-Test im Verbund mit der dem Instrument der Marktabgrenzung eigenen „In-or-Out-Dichotomy“ dazu, dass in diesen Kontinua in relativ arbiträrer Weise Grenzen gezogen werden, die so in der Realität nicht bestehen.<sup>128</sup> Hiergegen könnte im Hinblick auf die Rechtsanwendung entgegnet werden, dass es zu den Eigenheiten des Rechts gehöre, dass es Kontinua diskontinuierlich aufteile.<sup>129</sup> Dieser Einwand ist grundsätzlich richtig, allerdings besteht

<sup>124</sup> Vgl. auch KEYTE, 63 Antitrust L.J. 699, 731-734 (1995).

<sup>125</sup> Vgl. auch PORTER, 33 UWLA L.Rev. 29 (2001); KANTZENBACH/KRÜGER, WuW 1990, 472 f.; STEGEMANN, Z. Wirtsch. Sozialwissen., 156 (1974); zum Problem des Qualitätswettbewerbs und der Produktdifferenzierung siehe ausführlicher hinten, S. 53 f.

<sup>126</sup> Siehe hierzu ausführlicher hinten, S. 53 f.

<sup>127</sup> KEYTE, 63 Antitrust L.J. 746 (1995).

<sup>128</sup> KEYTE, 63 Antitrust L.J. 697-748 (1995); vgl. auch BAKER, 42 Antitrust Bull. 183-190 (1997); BAKER/WU, 19 E.C.L.R. 277 (1998); SCHMALENSEE, 95 Harv. L. Rev. 1799 f. (1982); vgl. auch S. 22 f.

<sup>129</sup> Vgl. zu diesem Phänomen ZÄCH, SIWR V/2, 150.

das Problem darin, dass in der Praxis den Produkten, die nicht dem einmal definierten Markt angehören, vielfach nur geringe disziplinierende Wirkung zugebilligt wird. Mit anderen Worten besteht die Gefahr, dass im zweiten Schritt der wettbewerblichen Untersuchung „vergessen“ wird, die mit der Marktabgrenzung einhergehenden Verzerrungen in der Abbildung der wettbewerblichen Verhältnisse wieder zu korrigieren.

Zur Behebung der hier monierten Defizienzen ist vorgeschlagen worden, bei Branchen mit stark differenzierten Produkten eine Preiserhöhung in der Höhe von 20% anstelle einer solchen von 5% zugrunde zu legen.<sup>130</sup> Damit wird das Problem zwar entschärft nicht jedoch im Kerne gelöst.

Angeregt worden ist auch, im Sinne eines Starting Point das Augenmerk auf den Verwendungszweck zu richten und anhand des Bedarfsmarktkonzepts<sup>131</sup> zu untersuchen, welche Güter aus Sicht der Verbraucher dieselben oder im wesentlichen ähnliche Gebrauchsmöglichkeiten haben.<sup>132</sup>

#### *i) Schlussfolgerungen*

Die vorangegangenen Ausführungen zeigen, dass der SSNIP-Test mit manchen theoretischen und praktischen Mängeln behaftet ist. Natürlich könnte eingewendet werden, dass die geschilderten Mängel in der Praxis eben „mitgedacht“ würden, dass der SSNIP-Test auf differenzierte Produkte eben nicht angewendet werde usw. und der SSNIP-Test deshalb trotzdem ein brauchbares Instrument der kartellrechtlichen Untersuchung darstelle. Fraglich ist allerdings, ob vom SSNIP-Test viel übrig bleibt, wenn alle seine Mängel „mitgedacht“ und berücksichtigt werden, wenn er nicht auf Branchen mit differenzierten Produkten (die wohl die überwiegende Mehrzahl der untersuchten Fälle darstellen dürften) angewandt wird etc.

<sup>130</sup> Vgl. KEYTE, 63 Antitrust L.J. 701 (1995); vgl. auch RPW 1997/2, 191 f. Rz 85-87, Publicitas – Gasser – Tschudi Druck.

<sup>131</sup> Siehe hierzu, S. 38 f.

<sup>132</sup> KEYTE, 63 Antitrust L.J. 746 (1995).

### 3. Bedarfsmarktkonzept

Eine zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes häufig verwendete Methode ist das sog. Bedarfsmarktkonzept.<sup>133</sup> Zum selben sachlich relevanten Markt gehören nach diesem Konzept Produkte, welche denselben Verwendungszweck erfüllen. Massgebend sind hierbei die Verbrauchsgewohnheiten und nicht die objektive Beschaffenheit der Güter.<sup>134</sup> Mit diesem Konzept weitgehend identisch ist die im US-Kartellrecht verwendete Methode der „Reasonable Interchangeability“<sup>135</sup>.

Das Bedarfsmarktkonzept wäre (wie bereits angetönt) an und für sich ein taugliches Instrument, um zumindest teilweise die Unzulänglichkeiten auszumerzen, die Marktabgrenzungsmethoden wie der Kreuz-Preiselastizität oder dem SSNIP-Test aufgrund ihrer einseitigen Fokussierung auf den Preis als Wettbewerbsparameter inhärent sind. Denn mit ihm könnten die disziplinierenden Kräfte, dem das untersuchte Unternehmen aufgrund der Bedeutung nicht-preislicher Wettbewerbsparameter ausgesetzt ist, berücksichtigt werden. Seine Crux liegt jedoch darin, dass der Begriff des Verwendungszwecks im Einzelfall fast beliebig eng bzw. weit gefasst werden kann. Damit fehlt es an einem Massstab, der uns Hinweise darauf geben könnte, wann nicht-preisliche Wettbewerbsparameter genügend disziplinierend auf das untersuchte Unternehmen einwirken.<sup>136</sup> Auch ein Rückgriff auf die erwähnten Verbrauchsgewohnheiten bzw. den „verständigen Verbraucher“ hilft hier nicht, sind doch diese beiden Begriffe ebenso unbestimmt wie derjenige des Verwendungszwecks (Begriffe wie „der verständige Verbraucher“ sind vielmehr irreführend, geht es ja im Rahmen der Marktabgrenzung

<sup>133</sup> Andere Bezeichnungen: Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit, Konzept der funktionalen Austauschbarkeit.

<sup>134</sup> Siehe etwa Marktabgrenzungsbekanntmachung, ABl. 1997 C 372/10 Rz 36; SCHRÖTER, in: VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN, Artikel 85 Absatz 1 Rz 103; vgl. auch EuGH, 9. 11. 1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3508 f. Rz 48-50, Michelin/Kommission; das Bedarfsmarktkonzept geht zurück auf ARNDT und ABBOTT (ARNDT, 39 f.; ABBOTT, Quality and Competition, 82 f.; ABBOTT, Economics and the Modern World, 466 f.).

<sup>135</sup> United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 394-404 (1955).

<sup>136</sup> Ähnlich wohl ABBOTT, Quality and Competition, 83 f. ABBOTT, Economics and the Modern World, 467.

nicht darum, zu bestimmen, was „vernünftig“ ist, sondern darum, wie die Marktteilnehmer **tatsächlich** handeln)<sup>137</sup>.

Ein weiterer Nachteil des Bedarfsmarktkonzepts besteht darin, dass sich mit ihm die Wettbewerbskräfte, die aus der Angebotsumstellungsflexibilität herrühren, nicht einfangen lassen.

Trotz seiner Schwächen hat das Bedarfsmarktkonzept in den westlichen Kartellrechtsjurisdiktionen Furore gemacht.<sup>138</sup> Ein Grund hierfür dürfte sein, dass es (auf den ersten Blick) anschaulich und einleuchtend wirkt.

## II. Anbieterbezogene Sichtweise

### 1. Einleitung

Die bisher vorgestellten Konzepte fragen alle danach, ob verschiedene Produkte aus Sicht der Nachfrager miteinander austauschbar sind. Die Kräfte, die von der Nachfragesubstituierbarkeit ausgehen, haben in vielen Fällen die stärkste Wirkung auf die Wettbewerbsintensität.

### 2. Angebotsumstellungsflexibilität

Aber auch Unternehmen, die Güter herstellen, die aus Sicht der Abnehmer nicht miteinander substituierbar sind, können einander unter Wettbewerbsdruck setzen, wenn sie – wie es die Europäische Kommission in ihrer Marktabgrenzungsbekanntmachung ausgedrückt hat – in der Lage sind „to switch production to the relevant products and market them in the short term<sup>[...]</sup> **without incurring significant additional costs or risks** in response to small and permanent changes in relative prices“<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> Gl.M. wohl TRAUGOTT, WuW 1998, 936 f.

<sup>138</sup> Vgl. etwa Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU; Abschnitt 6 Ziff. 1 Form CO; *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 394-404 (1955).

<sup>139</sup> Marktabgrenzungsbekanntmachung, ABl. 1997 C 372/8 Rz 20 (Hervorhebung durch den Verfasser); die deutsche Fassung lautet spricht von **spürbaren** Zusatzkosten bzw. Risiken; zum Konzept der Angebotsumstellungsflexibilität siehe auch SCHERER/ROSS,

In ihrer bereits erwähnten Marktabgrenzungsbekanntmachung führt die Europäische Kommission als Beispiel die Papierbranche an:

„Gewöhnlich werden sehr unterschiedliche Papiersorten mit besonderen Eigenschaften angeboten, von normalem Schreibpapier bis hin zu hochwertigem Papier, beispielsweise für Kunstdrucke. Von der Nachfrageseite her sind nicht alle Papierqualitäten für einen gegebenen Verwendungszweck geeignet – ein Kunstband oder ein hochwertiges Buch lässt sich nicht auf qualitativ einfachem Papier drucken. Papierfabriken aber sind in der Lage, unterschiedliche Qualitäten herzustellen, und die Produktion lässt sich mit vernachlässigbar geringen Kosten und in kürzester Frist umstellen. Treten beim Vertrieb keine besonderen Probleme auf, so können die Papierhersteller somit in bezug auf Bestellung verschiedener Güteklassen in Wettbewerb zueinander treten, vor allem, wenn die Lieferfristen genügend Zeit für die Anpassung der Produktionspläne lassen. Unter diesen Umständen würde die Europäische Kommission nicht für Papier unterschiedlicher Beschaffenheit und unterschiedlichen Verwendungszwecks jeweils einen gesonderten Markt abgrenzen. Die verschiedenen Papierqualitäten gehören alle zu ein und demselben relevanten Markt, und die entsprechenden Umsatzzahlen gehen in die Schätzungen des Gesamtwerts des Marktes beziehungsweise des Marktumfangs ein“<sup>140</sup>.

Ein anderes Beispiel sind Schuhe verschiedener Größen.<sup>141</sup>

Die Europäische Kommission ist nicht die einzige Wettbewerbsbehörde, welche die Angebotsumstellungsflexibilität bei der Marktabgrenzung benutzt. Auch die bereits erwähnten Horizontal Merger Guidelines der FTC und des DOJ verwenden es. Ein Unterschied zum Ansatz der Europäischen Kommission besteht allerdings darin, dass die US-amerikanischen Behörden den weiter oben beschriebene SSNIP-Test analog anwenden. Gefragt wird damit danach, ob die Angebotsumstellung in Reaktion auf eine hypothetische Preiserhöhung von 5% erfolgen würde. Dabei dürfen keine erheblichen sunk costs entstehen.

76; BAKER/WU, 275; RIDYARD/BISHOP/KLASS, 60-62; AREEDA/HOVENKAMP/SOLOW, 151, ¶530a; FAULL/NIKPAY, 47 f. ¶1.140.

Die „Gretchenfrage“ bei der Anwendung des Konzepts der Angebotsumstellungsflexibilität ist diejenige nach den „significant additional costs or risks“.<sup>142</sup> Die Marktabgrenzungsbekanntmachung der Europäischen Kommission gibt diesbezüglich wenig Konkretisierungshilfen. Die Horizontal Merger Guidelines der FTC und des DOJ fragen danach, ob die betreffenden Kosten beim erhöhten Preis innerhalb eines Jahres seit Umstellung wieder amortisiert werden können.<sup>143</sup>

### **III. Industriekonzept**

Ein weiteres Konzept zur Abgrenzung des relevanten Marktes stellt das Industriekonzept dar. Dieses stellt ab auf die technisch-physikalische Homogenität, vielfach konkretisiert anhand sog. Standard Industrial Classifications, wie sie etwa das US-amerikanischen Census Bureau verwendet.<sup>144</sup> Das Industriekonzept wird heute kaum noch als taugliches Instrument zur Abgrenzung des relevanten Marktes angesehen, dies v.a., weil es die Nachfrage- und Angebotssubstitution ausser Acht lässt.<sup>145</sup>

<sup>140</sup> Marktabgrenzungsbekanntmachung, ABl. 1997 C 372/8 Rz 22.

<sup>141</sup> BAKER/WU, 19 E.C.L.R 275 (1998); RIDYARD/BISHOP/KLASS, 58 f.

<sup>142</sup> BAKER/WU, 19 E.C.L.R 275 (1998); siehe auch die Ausführungen von RIDYARD/BISHOP/KLASS, 60-62.

<sup>143</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines, Ziff. 1.32.

<sup>144</sup> Ausführlicher MASKE, 131 m.w.H.

<sup>145</sup> Vgl. etwa SCHERER/ROSS, 74-79; siehe auch MASKE, 131.

## **C. Räumlich relevanter Markt**

### **I. Allgemeines**

Die meisten der vorhin genannten Konzepte lassen sich auch zur Bestimmung des räumlich relevanten Marktes verwenden:

#### **1. Nachfragerbezogene Sichtweise**

Beim Konzept der Kreuz-Preiselastizität wird danach gefragt, auf welche Anbieter der Güter des sachliche relevanten Marktes die Nachfrager bei Preiserhöhungen im untersuchten Gebiet in räumlicher Hinsicht ausweichen würden.

Dasselbe gilt für den SSNIP-Test. Hier werden so lange Anbieter aus anderen Gebieten in die hypothetische Preiserhöhung mit einbezogen, bis diese profitabel wäre.

Keine Verwendung findet das Bedarfsmarktkonzept bei der Bestimmung des räumlich relevanten Marktes.

#### **2. Anbieterbezogene Sichtweise**

Auch das Konzept der Angebotsumstellungsflexibilität lässt sich zur Abgrenzung der räumlich relevanten Marktes gebrauchen. Gefragt wird dabei danach, ob eine Preiserhöhung im untersuchten Gebiet zur Folge hätte, dass Anbieter aus anderen Gebieten ihr Produkt im untersuchten Gebiet anbieten würden.

### **II. Parallele Preisveränderungen**

STIGLER/SHERWIN haben im Hinblick auf die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes vorgeschlagen, zu untersuchen, ob sich die Preise an verschiedenen Orten innerhalb eines untersuchten Raumes in ähnlicher Weise verändern oder nicht. Verändern sich die Preise an verschiedenen untersuchten Orten parallel, so gehören diese Orte demselben räumlich relevanten Markt an. Tun sie dies nicht, so gehören sie verschiedenen räumlich relevanten Märkten an, es sei denn die



Unterschiede seien auf Veränderungen der Transportkosten zurückzuführen. Grundidee dieses Konzepts ist die Überlegung, dass innerhalb desselben räumlich relevanten Markts der Wettbewerb dafür sorgt, dass sich die Preise an den einzelnen Orten mehr oder weniger parallel verändern.<sup>146</sup>

Das von STIGLER/SHERWIN vorgeschlagene Konzept hat den Vorteil, dass es sich auf leichter verfügbares Datenmaterial abstützt als z.B. dasjenige, das für den SSNIP-Test benötigt wird, da lediglich Preise, die in der Vergangenheit tatsächlich verlangt wurden, miteinander verglichen werden müssen.

Die (im übrigen auch von STIGLER/SHERWIN erkannten) Nachteile bestehen u.a. darin, dass u.U. zahlreiche Sonderfaktoren aus den Preisen herauszufiltern sind und dass die Ergebnisse auf Zufälligkeiten hin überprüft werden müssen.<sup>147</sup> Auch ist denkbar, dass z.B. ein Hersteller in seinem Absatzgebiet über eine gewisse Marktmacht verfügt, die es ihm erlaubt, die Preise auf das Niveau der umliegenden Gebiete anzuheben. Diesfalls wird man aus einem einheitlichen Preisniveau fälschlicherweise ableiten, dass die betreffenden Gebiete zusammen einen einzigen räumlich relevanten Markt bilden.<sup>148</sup>

<sup>146</sup> STIGLER/SHERWIN, 28 J.L. & Econ. 555-558 (1985).

<sup>147</sup> Vgl. STIGLER/SHERWIN, 28 J.L. & Econ. 572 f. (1985); KASERMAN/ZEISEL, 41 Antitrust Bull. 673 f. (1996).

<sup>148</sup> Vgl. MASKE, 141; siehe dagegen STIGLER/SHERWIN, 28 J.L. & Econ. 558 (1985).

## D. Berechnung des Marktanteils von Hersteller und Händler

Bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sind naturgemäss verschiedene Vertriebsstufen betroffen. Damit stellt sich die Frage, welches der für die Berechnung des Marktanteils des Herstellers bzw. Händlers relevante Markt ist bzw. wie dieser zu ermitteln ist.

### I. Marktanteil des Herstellers

Bei der Berechnung des Marktanteils des Herstellers ist grundsätzlich auf den Markt abzustellen, auf dem dieser seine Güter veräussert, d.h. der Markt, auf dem sich Hersteller und Wiederverkäufer gegenüberstehen. Zu beachten ist dabei jedoch, dass sich die Nachfrage des Händlers von derjenigen des Endverbrauchers ableitet. Denn der Händler verbraucht die von ihm abgenommenen Waren ja nicht, sondern er kauft sie, um sie anschliessend an seine Abnehmer weiter zu veräussern. Das Nachfrageverhalten eines Wiederverkäufers richtet sich demnach nach den spezifischen Präferenzen und Bedürfnissen seiner Abnehmer (bzw. wenn diese ebenfalls Händler sind, nach den Präferenzen deren Abnehmer, d.h. letztlich der Endverbraucher). Dieses **abgeleitete Nachfrageverhalten der Händler** hat zur Folge, dass der sachlich relevante Markt in der Regel nach Massgabe der Präferenzen der Endverbraucher abgegrenzt werden muss.<sup>149</sup>

Eine andere Sichtweise würde dazu führen, dass die Märkte unterschiedlich abgegrenzt würden, je nachdem, welche Vertriebsform gerade beurteilt wird. Eine solche Aufteilung der Märkte je nach Vertriebssystem ginge indessen an der wirtschaftlichen Realität vorbei, da die verschiedenen Vertriebsformen ja miteinander in Wettbewerb stehen.<sup>150</sup> Dies gilt verstärkt in Anbetracht des Um-

<sup>149</sup> ABl. 2000 C 291/18 Rz 91, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; RPW 2001/3, 555 Rz 13, Amedis AGF/F. Uhlmann-Eyraud SA; DIETRICH/SAURER, sic! 2001, 602-604; IMMENGA, sic! 2002, 375; im Ergebnis gleich: ZR 98 (1999) Nr. 38, 169 f. E. 3; RPW 1999/2, 329 f. E. II.3.b) Handelsgericht des Kantons St. Gallen: Belieferung mit „Nintendo“-Videokonsolen; dagegen: RPW 2000/3 485, E. 5.b)aa), Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 i.S. R.H. AG gegen A. AG; ZÄCH, SIWR V/2, 150-152 m.w.N.; KIENER, 116 f.; GRONER, recht 2002, 66.

<sup>150</sup> Vgl. auch ABl. 2000 C 291/18 Rz 91, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

stands, dass Hersteller und Händler zunehmend versuchen, mit Hilfe informationstechnologischer Neuerungen den Vertrieb effizienter zu organisieren. Die mit solchen Neuerungen einhergehende intensivierete Zusammenarbeit zwischen Herstellern und Händlern bewirkt, dass die Existenzfähigkeit der Glieder einer Lieferkette immer stärker von der Fähigkeit der gesamten Kette abhängt, im Wettbewerb gegenüber den anderen Ketten zu bestehen. Wesentlich ist somit die Fähigkeit eines **ganzen** Vertriebssystems, auf den Endverbrauchermärkten bestehen zu können.<sup>151</sup> Diese Zusammenhänge zeigen, dass ein isoliertes Abstellen auf die Perspektive eines Zwischenglieds dieser Kette (unter Ausserachtlassen der Sicht der Endverbraucher) den wirtschaftlichen Realitäten nicht gerecht wird.<sup>152</sup>

Anderes gilt indessen für den räumlich relevanten Markt. Hier ist der räumlich relevante Markt aus Sicht des Händlers abzugrenzen, da die räumlichen Präferenzen der Endverbraucher diesbezüglich in der Regel keine Rolle spielen.<sup>153</sup>

## II. Marktanteil des Händlers

Was die Berechnung des Marktanteils des Händlers anbelangt kommen grundsätzlich zwei Märkte in Betracht: Der Absatzmarkt einerseits und der Beschaffungsmarkt andererseits. Ersterer betrifft die Frage der Angebotsmacht, zweiterer diejenige der Nachfragemacht.<sup>154</sup> Welcher Anteil im Einzelfall massgebend ist, hängt davon ab, welcher Markt in casu untersucht wird. Bei der Bestimmung der sachlichen Dimension des Beschaffungsmarktes ist wiederum wie bereits erwähnt zu beachten, dass die Sicht des Händlers durch die Präferenzen der End-

<sup>151</sup> Grünbuch über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, KOM(96), 5 Rz 16; DIETRICH/SAURER, sic! 2001, 595.

<sup>152</sup> A.M. ZÄCH, SIWR V/2, 148 f., der sich allerdings hierbei allerdings weniger auf genuin ökonomische Argumente stützt, sondern auf Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU. Weiter ist zu beachten, dass die Auslegung ZÄCHS wohl auch durch den Umstand motiviert ist, den relevanten Markt möglichst eng zu definieren, um die praktische Bedeutung von Art. 7 KG zu vergrössern (vgl. ZÄCH, SIWR V/2, 141-145).

<sup>153</sup> Vgl. auch ABl. 2000 C 291/18 Rz 91, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; a.M. IMMENGA, sic! 2002, 375 f.

<sup>154</sup> Nach Art. 3 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2790/1999 soll im Hinblick auf die 30%-Schwelle bei der Bestimmung des Marktanteils bei Alleinbelieferungsverpflichtungen „der Anteil des Käufers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen einkauft“, massgebend sein (siehe auch ABl. 2000 C 291/18 Rz 92, Leitlinien für vertikale Beschränkungen).

verbraucher bestimmt wird, da dieser sein Angebot an deren Bedürfnissen ausrichten muss.<sup>155</sup>

<sup>155</sup> Vgl. auch ABl. 2000 C 291/18 Rz 91, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

# 3. KAPITEL: ÖKONOMISCHE BEURTEILUNG VON ALLEINVERTRIEBSVERTRÄGEN

## A. Einleitung

Im folgenden wird dargestellt, welches die wohlfahrtsteigernden (B.) und welches die wohlfahrtsschädlichen Auswirkungen (C.) von Alleinvertriebsverträgen sind.<sup>156</sup> Da sich die ökonomische Literatur in aller Regel nicht mit dem Thema „Alleinvertriebsvertrag“ sondern mit dem Thema „vertikale Wettbewerbsbeschränkungen“ befasst, gehen die folgenden Ausführungen insoweit allgemein auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen ein, als dies für die ökonomische Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen bzw. die in ihnen vorkommenden Klauseln (Gebietsabsprachen, Markenzwang, Mindest- und Höchstpreisabsprachen) von Interesse ist.

Vorauszuschicken ist im übrigen folgendes: Während früher vertikale Wettbewerbsbeschränkungen entweder generell als positiv (so insbesondere von „Vertretern“ der sog. Chicago-School)<sup>157</sup> oder negativ beurteilt wurden<sup>158</sup>, haben neuere Arbeiten (v.a. solche der sog. Post-Chicago-Bewegung) zutage gebracht, dass eine derart einfache Sichtweise der Komplexität der ökonomischen Realität nicht gerecht wird. Vermehrt wird heute darauf hingewiesen, dass eine Beurteilung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen nur im Hinblick auf den Einzelfall erfolgen kann:<sup>159</sup>

„A favourable or negative a priori predisposition with respect to vertical restraints can no longer be supported by economic analysis. This implies that *per se* approaches to vertical restraints cannot be maintained. The assessment of the competition impact of vertical agree-

<sup>156</sup> In systematischer Hinsicht ist anzumerken, dass sich z.T. keine eindeutige Einordnung des einen oder anderen Erklärungsversuchs vornehmen lässt.

<sup>157</sup> Siehe hierzu die Hinweise in FN 260.

<sup>158</sup> Vgl. etwa COMANOR, 81 Harvard Law Review 1419-1438 (1968).

<sup>159</sup> Vgl. TIROLE, 186; LEVER/NEUBAUER, 21 E.C.L.R. 8 (2000); KAY, 34 Europ. Econ. Rev. 560 f. (1990); OECD, Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements, 11 f.; DOBSON/WATERSON, S. v; CARLTON/PERLOFF, 407-410; HOVENKAMP, 458 §11.3c; BESANKO/PERRY, 12 Int. J. Ind. Org. 324 f. (1994).

ments has now to be largely dependent on the economic analysis of the case.“<sup>160</sup>

Ebenfalls an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass sich nicht losgelöst vom Einzelfall bestimmen lässt, ob absoluter bzw. relativer Gebietsschutz<sup>161</sup> vom Gesichtspunkt der sozialen Wohlfahrt vorteilhaft ist bzw. ob relativer Gebietsschutz absolutem unter Wohlfahrtsaspekten vorzuziehen ist. Die Unterscheidung zwischen absolutem und relativem Gebietsschutz ist eine Eigenheit des Rechts der EG,<sup>162</sup> die z.B. im amerikanischen Recht keine Entsprechung hat und in der ökonomische Literatur bislang wenig Beachtung und Resonanz fand. Wenn Öko-

<sup>160</sup> REY/CABALLERO-SANZ, 4.

<sup>161</sup> **Relativer** Gebietsschutz liegt vor, wenn nur **aktive** Verkäufe untersagt sind. Unter aktiven Verkäufen ist gemäss den Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission folgendes zu verstehen:

*„‘Aktiver‘ Verkauf bedeutet die aktive Ansprache individueller Kunden in einem Gebiet oder individueller Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. ausschliesslich einem anderen Vertriebshändler zugewiesen wurde, z.B. mittels Direktversand von Briefen oder persönlichen Besuchs; oder die aktive Ansprache einer bestimmten Kundengruppe oder von Kunden in einem bestimmten Gebiet, die bzw. das ausschliesslich einem anderen Vertriebshändler zugewiesen wurde, mittels Werbung in den Medien oder anderer Verkaufsförderungsmaßnahmen, welche sich speziell an die fragliche Kundengruppe oder speziell an die Kunden in dem fraglichen Gebiet richten; oder die Errichtung eines Lagers oder einer Vertriebsstätte in einem Gebiet, das ausschliesslich einem anderen Vertriebshändler zugewiesen wurde.“* (ABl. 2000 C 291/12 Rz 50, Leitlinien für vertikale Beschränkungen)

**Absoluter** Gebietsschutz liegt vor, wenn neben aktiven auch **passive** Verkäufe vertraglich untersagt sind. Unter passiven Verkäufen ist nach den Leitlinien der Europäischen Kommission dabei folgendes zu verstehen:

*„‘Passiver‘ Verkauf bedeutet die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen individueller Kunden, d.h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden. Allgemeine Werbe- oder Verkaufsförderungsmaßnahmen in den Medien oder im Internet, die Kunden oder Kundengruppen in Gebieten erreichen, die einem anderen Vertriebshändler ausschliesslich zugewiesen sind, die aber eine vernünftige Alternative zur Ansprache von Kunden- oder Kundengruppen, z. B. im eigenen Gebiet oder in Gebieten, die keinem Vertriebshändler zugewiesen sind, darstellen, sind ‚passive‘ Verkäufe.“* (ABl. 2000 C 291/12 Rz 50, Leitlinien für vertikale Beschränkungen)

<sup>162</sup> FAULL/NIKPAY, 481 ¶7.147: „a peculiarity of EC competition law“; siehe auch hinten S. 158 ff.

nomen von Gebietsschutz reden, dann ist hiermit in aller Regel absoluter Gebietsschutz gemeint. Der Grund für die etwas stiefmütterliche Behandlung des relativen Gebietsschutzes in der Ökonomie liegt wohl darin, dass relativer Gebietsschutz (d.h. die Möglichkeit der Vornahme passiver Parallelimporte) je nach Branche und Einzelfall vollkommen unterschiedliche Auswirkungen haben kann: So können passive Parallelimporte als Lieferquelle bedeutungslos sein, wenn die Lagerhaltung und Belieferung mit Mitteln moderner Informationstechnologie geführt wird (z.B. im Wege der Abbuchung/Bestellung direkt ab Kassenterminal des Händlers). In anderen Fällen, wie etwa dem weiter hinten beschriebenen Distillers-Fall<sup>163</sup>, können passive Parallelimporte ein ganzes Vertriebssystem zerschlagen.<sup>164</sup> Wenn im folgenden von Gebietsschutz die Rede ist, dann ist hiermit generell absoluter Gebietsschutz gemeint.

<sup>163</sup> Siehe hierzu hinten, S. 108 f.

<sup>164</sup> OECD, *Franchising Agreements – Economic Assessment of Competition Law Provisions Applicable to Franchising*, 299; OECD, *Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements*, 159 f.

## B. Wohlfahrtssteigernde Auswirkungen

### I. Intensivierung des Interbrand-Wettbewerbs<sup>165</sup>

#### 1. Allgemeines

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wie Gebietsschutzabsprachen und Preisbindungen der zweiten Hand beschränken den Intrabrand-Wettbewerb. Zu ihrer Rechtfertigung wird häufig darauf hingewiesen, dass sie den Interbrand-Wettbewerb intensivieren können, indem sie dem Vertrieb eines Produktes entgegenstehende Hindernisse beseitigen:<sup>166</sup> So lassen sich mit vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen Free-Riding-,<sup>167</sup> Investitionsschutz-,<sup>168</sup> Quality-Certification-,<sup>169</sup> Transaktionskosten-<sup>170</sup> und andere Probleme lösen, können vertikale Wettbewerbsbeschränkungen den Händlern die notwendigen Anreize für die Vermarktung von Produkten geben,<sup>171</sup> die Händler zur Intensivierung ihrer Verkaufsbemühungen anstacheln<sup>172</sup> und die Opportunitätskosten der Verbraucher senken<sup>173</sup>. Zumal Hersteller, die nicht über die Finanzmittel oder das Know-how verfügen, um ihre Produkte erfolgreich zu vermarkten, können sich durch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen das Know-how der Händler zunutze machen und sich damit Zugang zu den Endverbrauchern verschaffen. All dies führt letztendlich dazu, dass sich Produkte neu oder besser auf dem Markt etablieren lassen können und die Auswahlmöglichkeiten der Endverbraucher vergrößert werden, eben: der Interbrand-Wettbewerb intensiviert wird. Diese Intensivierung überwiegt nach einem Teil der Meinungen die aus der Beschränkung des Intrabrand-Wettbewerbs herrührenden Wirkungen. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen sind

<sup>165</sup> Als **Interbrand-Wettbewerb** wird der Wettbewerb zwischen verschiedenen Herstellern bzw. Brands bezeichnet. Demgegenüber wird der Wettbewerb zwischen den Produkten derselben Brand als **Intrabrand-Wettbewerb** bezeichnet (statt aller: ZÄCH, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 27).

<sup>166</sup> 1995 VERTICAL RESTRAINTS GUIDELINES OF THE NATIONAL ASSOCIATION OF ATTORNEYS GENERAL, ¶3.2A.

<sup>167</sup> Hinten, S. 62 ff.

<sup>168</sup> Hinten, S. 110 ff. S. 116.

<sup>169</sup> Hinten, S. 117 ff. und

<sup>170</sup> Hinten, S. 132 ff.

<sup>171</sup> Hinten, S. 124 ff.

<sup>172</sup> Hinten, S. 140 ff.

<sup>173</sup> Hinten, S. 128 f.



nach dieser Argumentation per saldo wettbewerbsintensivierend.<sup>174</sup> Ein bekanntes Beispiel ist der Fernsehhersteller GTE Sylvania Inc., der seinen Marktanteil nach der Implementierung von Gebietsschutzabreden innert dreier Jahre von 2% auf 5% steigerte.<sup>175</sup>

Gegen diese Argumentation wurden verschiedene Einwände geltend gemacht:

## 2. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und Produktdifferenzierung

### a) Der Einwand *COMANORS*

COMANOR hat den wohl schwerwiegendsten Einwand erhoben. Er argumentierte, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen zu einer Produktdifferenzierung führen, welche die Intensität des Interbrand-(Preis-)Wettbewerbs schwächt:

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen verfolgen nach COMANOR vielfach den Zweck, dem Image eines Produktes beim Publikum schärfere Konturen zu verleihen. Das eigene Produkt soll stärker ins Bewusstsein der Nachfrager rücken und sich von den konkurrierenden Produkten abheben. Erstrebt wird mit anderen Worten eine „Brand Differentiation“. Mit steigender Produktdifferenzierung verstärkt sich nach COMANOR auch die Markentreue (Brand Loyalty) der Abnehmer, und damit einher geht eine Verminderung der Kreuz-Preiselastizität der Nachfrage. Hersteller und Händler werden damit gemäss COMANOR unabhä-

<sup>174</sup> Zu dieser Argumentation vgl. etwa: CARLTON/PERLOFF, 408; BORK, *The Antitrust Paradox*, 290; *Continental T.V., Inc., et. al. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 47-75 (1977); EuGH, 8. 6. 1982, Rs. 258/78, Slg. 1982, 2069 Rz 56-58, Nungesser/Kommission, ABl. 2000 C 291/25 f. Rz 119 Ziff. 2 und Ziff. 10, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

<sup>175</sup> *Continental T.V. Inc, et al. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 38 f. (1977); vgl. auch die im Gefolge von u.a. vertikalen Gebietsabsprachen erfolgten Marktanteilssteigerungen von Monsanto im Bereich Getreideherbizide von 15% (1968) auf 28% (1972) und Sojabohnenherbizide von 3% (1968) auf 19% (1972) (WARREN-BOULTON, 368-370, 377-383; *Monsanto Company v. Spray-Rite Service Corporation*, 465 U.S. 752, 755-757 [1984]).

ger in der Festsetzung ihrer Preise. Der Preisdruck im Interbrand-Wettbewerb reduziert sich.<sup>176</sup>

b) *Argumente gegen den Einwand COMANORS*

aa) *Einleitung*

US-amerikanische Kartellrechtler und der Supreme Court haben sich mit dem beschriebenen „Widerspruch“<sup>177</sup>, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen einerseits die Etablierung neuer Produkte auf einem Markt fördern (was herkömmlicherweise mit einer Intensivierung des Interbrand-Wettbewerbs assoziiert wird), gleichzeitig jedoch den Grad an Produktdifferenzierung erhöhen (was gemeinhin mit einer Schwächung des Interbrand-Wettbewerbs gleichgesetzt wird), schwer getan. Allgemein herrscht eine gewisse Ratlosigkeit.<sup>178</sup>

<sup>176</sup> COMANOR, 81 Harv. L. Rev. 1422-1427 (1968); GRIMES, 64 Antitrust L.J. 94-96 (1995); SULLIVAN/GRIMES, § 6.4b 322 f.; vgl. auch BOWMAN, 22 U. Chi. L. Rev. 835, 849 (1955) und BOWMAN, 25 J. Bus. U. Chi. 143 f., 146-155 (1952), der hieraus allerdings nicht die Schlussfolgerung gezogen hat, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wettbewerbspolitisch generell unerwünscht seien.

<sup>177</sup> Selbst COMANOR scheint es mit seinem Einwand nicht ganz wohl gewesen zu sein: „Active rivalry thereby serves as a further incentive for the firm to achieve effective differentiation. Business policies which promote differentiation are often a form of inter-firm rivalry at the same time that they serve to limit the development of price competition“ (COMANOR, 81 Harv. L. Rev. 1426 [1968]). Interessant ist auch, dass COMANOR seinen Einwand in späteren Schriften nicht mehr wiederholt hat.

<sup>178</sup> Vgl. neben den nachfolgend wiedergegebenen Erklärungsbemühungen etwa WHITE, 26 Antitrust Bull. 343 f. (1981); die etwas resignierten Erwägungen in AREEDA, Vol. VIII, 171 ¶1612c2 sowie die Argumentation des Supreme Court in *Continental T.V., Inc., et. al. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 56 FN 25 (1977): „Professor Comanor argues that the promotional activities encouraged by vertical restrictions result in product differentiation and, therefore, a decrease in interbrand competition. This argument is flawed by its necessary assumption that a large part of the promotional efforts resulting from vertical restrictions will not convey socially desirable information about product availability, price, quality, and services. Nor is it clear that a per se rule would result in anything more than a shift to less efficient methods of obtaining the same promotional effects“. Vgl. auch ABl. 2000 C 291/25 f. Rz 116 Ziff. 10, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

*bb) Preis- und Qualitätswettbewerb*

Der Einwand COMANORS ist v.a. eine Folge der Schwierigkeit, die Rolle der Produktdifferenzierung im Wettbewerb zu erfassen. Wenn auch die vorliegende Arbeit diesbezüglich keine endgültige Antwort liefern kann, so ist doch folgendes festzuhalten:

Fragen wir uns zunächst, was denn Wettbewerb überhaupt ist. Wettbewerb kann als „action of endeavouring to gain what another endeavours to gain at the same time“<sup>179</sup> verstanden werden. Gewonnen werden sollen dabei Kunden bzw. Umsätze. Dies scheint indessen nicht das Wettbewerbsverständnis zu sein, das dem Einwand COMANORS in seiner Substanz zugrunde liegt. Vielmehr wird man den Eindruck nicht los, dass hier Wettbewerb (unausgesprochen) mit dem Zustand der vollkommenen Konkurrenz gleichgesetzt wird. Diese von COMANOR vorgenommene Gleichsetzung von vollkommener Konkurrenz und Wettbewerb ist allerdings unrichtig:

Denn einmal beschreibt das Modell der vollkommenen Konkurrenz nicht den dynamischen Prozess „Wettbewerb“ sondern einen Gleichgewichtszustand. Dieser Gleichgewichtszustand schliesst jegliche Wettbewerbshandlung von vornherein aus: Die Anbieter im Modell der vollkommenen Konkurrenz sind „Price Takers“, verkaufen eine vollkommen homogene „Commodity“, mit anderen Worten: sind zur wettbewerblichen Tatenlosigkeit verurteilt.<sup>180</sup> Eine Folge dieses Umstands ist, dass uns das Modell der vollkommenen Konkurrenz keine Auskunft darüber erteilen kann, **wie** seine Gleichgewichtszustände entstehen: die grosse Zahl der Anbieter, die Homogenität der Produkte, die Kostensymmetrien etc.<sup>181</sup> Das alles aber heisst, dass das statische Gleichgewichtsmodell der vollkommenen Konkurrenz ein wenig geeigneter Massstab ist, wenn es darum geht, die mit dem Wettbewerb verbundenen Veränderungen (wie etwa die Schaffung eines Brand-Images etc.) zu beurteilen.

<sup>179</sup> HAYEK, Individualism and Economic Order, 96, JOHNSON zitierend.

<sup>180</sup> Locus classicus für diesen Befund ist HAYEK, Individualism and Economic Order, 96: „[...] ‚perfect‘ competition means indeed the absence of all competitive activities“.

<sup>181</sup> Der Realität näher kommt hier die sog. evolutorische Ökonomik, die Produkte, Kostenfunktionen etc. nicht als gegeben sondern als wandelbar betrachtet, worauf hier indessen nicht eingegangen werden soll.

Das wird besonders deutlich, wenn wir uns vor Augen halten, dass Unternehmen im Kampf um die Kunden neben dem Preis nicht-preisliche Wettbewerbsparameter ins Spiel bringen. Den Kunden wird ein ganzes „Package“ bestehend aus Preis- und Qualitätsparametern angeboten (wobei der Begriff der Qualität weit zu verstehen ist und auch Aspekte wie Design, Service, Werbung etc. umfasst). Nehmen wir als Beispiel die bereits früher in ähnlichem Zusammenhang<sup>182</sup> erwähnte Automobilbranche: Hier versuchen Hersteller, Kunden zu gewinnen, indem sie einerseits über den Preis konkurrieren und andererseits ihre Modelle ständig weiterentwickeln, sie sparsamer, komfortabler, designmässig moderner etc. machen und dies durch Werbung dem Publikum kommunizieren. Ein Hersteller, der sich einseitig auf den Preiswettbewerb fokussiert, wird über kurz oder lang Umsätze (d.h. Marktanteile) an seine Konkurrenten verlieren<sup>183</sup> und schliesslich ganz aus dem Markt ausscheiden. Auf diesen Umstand, nämlich dass nicht-preislichen Parametern im Wettbewerb eine grosse Rolle zukommt, wurde von seiten der Ökonomen bereits früh aufmerksam gemacht. So etwa hat SCHUMPETER folgendes festgehalten:

„This kind of competition [sc. Qualitätswettbewerb] is as much more effective than the other [sc. Preiswettbewerb] as a bombardment is in comparison with forcing a door, and so much more important that it becomes a matter of comparative indifference whether competition in

<sup>182</sup> Vorn, S. 36 f.

<sup>183</sup> Vgl. folgende Ausschnitte aus dem Economist vom 30. Januar 2003, „The party’s over“, wo die gegenwärtige Krise von Fiat u.a. wie folgt begründet wird:

*“In hindsight, Fiat committed several sins. From 1995 to 2001 it spent only \$4.5 billion on research and development in its car business. Rivals such as Renault and Mercedes spent more than twice as much, while Volkswagen invested more than \$20 billion in R&D. The result was a series of gaping holes in Fiat’s product lines. The company will have gone over 18 months without a single new model by the time it finally unveils some in June.*

*[...] Fiat was slow to raise the quality of its products. This kept the public wary of buying anything other than a cute, cheap small car from it. And for this reason it was never able to prosper in the American market, where its name came to stand for “Fix It Again Tony”. Eventually it withdrew from America [...].”*

the ordinary sense [sc. Preiswettbewerb] functions more or less promptly.”<sup>184</sup>

Das alles heisst, dass COMANORS Einwand, wonach vertikale Wettbewerbsbeschränkungen den Grad der Produktdifferenzierung erhöhen und damit den Interbrand-Wettbewerb beschränken, von einem unrealistischen und unvollständigen Wettbewerbsverständnis ausgeht und deshalb kein Argument gegen die wettbewerbspolitische Wünschbarkeit von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sein kann. Der Umstand, dass durch Produktdifferenzierungen der Preiswettbewerb u.U. geschwächt wird, bedeutet nicht, dass der Interbrand-Wettbewerb (als Ganzes) reduziert wird. Mit in die Betrachtung einbezogen werden muss mit anderen Worten auch der mit Produktdifferenzierungen einhergehende Qualitätswettbewerb.

### cc) *Dynamische Effizienz*

Der Einwand COMANORS ist auch insoweit unbefriedigend, als er sich stark auf Aspekte statischer Effizienz konzentriert und solche der dynamischen Effizienz weitgehend vernachlässigt. Gerade im Falle von Produktdifferenzierungen ist eine statische Output/Preis-Betrachtungsweise unangebracht. Denn Produktdifferenzierungen (handelt es sich hierbei nun um Qualitätsverbesserungen im engeren Sinne oder um die Schaffung eines Brand-Image) befriedigen tendenziell neue Bedürfnisse bzw. erhöhen den Reservationspreis und vergrössern damit die soziale Wohlfahrt.<sup>185</sup> Zu bedenken ist ausserdem, dass Innovationen, wie sie etwa Qualitätsverbesserungen darstellen, zwangsläufig Produktdifferenzierungen zur Folge haben. Produktdifferenzierung dem Grundsatz nach als etwas Unerwünschtes anzusehen hiesse in solchen Fällen, bei der Anwendung des Kartell-

<sup>184</sup> SCHUMPETER, 84 f.; gegen die Tendenz, Preiswettbewerb als Haupt- wenn nicht gar einzige Form des Wettbewerbs zu betrachten vgl. auch die lesenswerte Abhandlung von BAUMOL (BAUMOL, passim, insbesondere 1-16, 153); GINSBURG, 38 Antitrust Bull. 83-111 (1993); ABBOTT, Quality and Competition, 95-123; vgl. auch vorn, S. 36 f.

<sup>185</sup> Vorn, S. 11 f.

rechts in Kauf zu nehmen, dass Innovationen, einer der Hauptmotoren des Wachstums, behindert werden.<sup>186</sup>

Dem dürfte auch COMANOR (zumindest im Hinblick auf „klassische“ Produktinnovationen) zugestimmt haben, als er einräumte, dass Produktdifferenzierung nicht sozial schädlich sein müsse, wenn sie auf "superior skill, foresight, and industry"<sup>187</sup> beruhe, und offen liess, ob im Falle des Eintritts neuer Wettbewerber oder der Einführung neuer Produkte nicht doch von einem Per-se-Verbot vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen abgesehen werden sollte<sup>188</sup>. Diese von COMANOR vorgenommene Relativierung der These der Schädlichkeit der Produktdifferenzierung geht in die richtige Richtung, sie ist indessen in ihrer Zaghaftheit abzulehnen:

Einerseits stört an der COMANOR'schen Auffassung, dass sie suggeriert, dass es zwischen realen und unrealen Produktdifferenzierungen zu unterscheiden gelte, dass Vermarktungsbemühungen, welche nicht zu „richtigen“ Produktverbesserungen führten, sondern „bloss“ ein „trendiges“ Brand-Image förderten, sozial unerwünscht seien.<sup>189</sup> Dies ist ökonomisch gesehen unrichtig. Einmal ist der Umstand, dass Werbung einer Brand „Snob-Appeal“ verleiht, nicht negativ zu bewerten, da der betreffende Verbraucher aus dem Kauf und Besitz einer solchen Ware ökonomisch gesehen einen Nutzen (Utility)<sup>190</sup> zieht. Ob dieser Nutzen auf „handfesten“ Qualitätsunterschieden oder auf sozialem Prestige beruht ist dabei ökonomisch irrelevant. Weiter ist auch zu beachten, dass Brands infolge ihrer Qualitätsgarantie-Funktion für Verbraucher ganz allgemein wichtige Orientierungshilfen darstellen. Für einen Verbraucher kann es günstiger sein, mehr für ein unter einer bestimmten Brand vertriebenes Gut zu bezahlen, wenn er hiermit die Kosten spart, die mit der Suche nach einem billigeren, aber qualitativ gleichwertigen Gut einhergehen.<sup>191</sup>

<sup>186</sup> Ähnlich wie hier AREEDA, Vol. VIII, 170 ¶1612c2 und 173 f. ¶1612e; siehe auch BAKER, 42 Antitrust Bull. 178 (1997), der allerdings andere Schlussfolgerungen zieht (siehe hierzu BAKER, 42 Antitrust Bull. 190-196 [1997]).

<sup>187</sup> COMANOR, 81 Harv. L. Rev. 1424 (1968).

<sup>188</sup> COMANOR, 81 Harv. L. Rev. 1437 f. (1968).

<sup>189</sup> COMANOR, 81 Harv. L. Rev. 1424 (1968); vgl. auch GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 822-828 (1992) und AREEDA, Vol. VIII, 168 f. ¶1612c

<sup>190</sup> Zum Begriff vgl. etwa COOTER/ULEN, 18-20; FEHL/OBERENDER, 305-336.

<sup>191</sup> AREEDA, Vol. VIII, 170 f. ¶1612c.

Andererseits impliziert COMANORS Auffassung, dass staatliche Behörden darüber entscheiden müssten, ob die durch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen bewirkte Produktdifferenzierung sozial wünschbar ist oder nicht. Abgesehen davon, dass nicht klar ist, nach welchen Kriterien solche Entscheidungen zu fällen wären, ist folgendes zu bedenken: Auszugehen ist vom Umstand, dass Produktdifferenzierungen häufig innovatorischer Natur sind und Innovationen ihrerseits einen wesentlichen Teil zum (erwünschten) Wachstum der Wirtschaft beitragen. Dies wiederum heisst, dass behördliche Entscheidungen betreffend die Wünschbar- bzw. Zulässigkeit von Produktdifferenzierungen tendenziell erhebliche Auswirkungen auf die soziale Wohlfahrt haben werden. Das aber wiederum bedeutet, dass auch die negativen Folgen von Fehlentscheidungen grösser ausfallen werden. Dies muss zur Zurückhaltung gegenüber Interventionen in das Marktgeschehen mahnen. Die Literatur hat diesbezüglich zurecht folgendes zu bedenken gegeben:

“We may doubt that antitrust judges or juries will choose the amount of dealer services that maximizes consumer welfare more often than the manufacturer himself”.<sup>192</sup>

#### *dd) Monopolistische Konkurrenz*

Auch im Lichte der CHAMBERLIN'schen Theorie der monopolistischen Konkurrenz vermag COMANORS Einwand nicht zu überzeugen. Weshalb?

Auszugehen ist vom Befund, dass es in der Realität wohl keinen Markt gibt, der einem der beiden Idealtypen „reine Konkurrenz“<sup>193</sup> oder „reines Monopol“ entspricht. CHAMBERLIN zog aus dieser (an sich banalen) Feststellung den Schluss, dass es irreführend sei, ausschliesslich in einer der beiden Kategorien zu denken:

<sup>192</sup> AREEDA, Vol. VIII, 174 ¶1612e.

<sup>193</sup> Ein Wort zur Terminologie: CHAMBERLIN unterschied zwischen “Perfect Competition” (vollkommene Konkurrenz) und “Pure Competition” (reine Konkurrenz). Reine Konkurrenz unterscheidet sich von vollkommener dadurch, dass sie lediglich das Fehlen eines Monopols annimmt und die anderen Annahmen der vollkommenen Konkurrenz (siehe hierzu vorn S. 6) vernachlässigt (CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, 6).

„Between the two extremes [sc. reines Monopol und reine Konkurrenz] there are all gradations, but both elements are always present, and must always be recognized. To discard either competition or monopoly is to falsify the result, and in a measure which may be far out of proportion to the apparent importance of the neglected factor.

Hence the theory of pure competition falls short as an explanation of prices when the product is (even slightly) differentiated. By eliminating monopoly elements (i.e., by regarding the product as homogeneous) it ignores the upward force which they exert, and indicates an equilibrium price which is below the true norm.“<sup>194</sup>

Dieser Ansatz hatte nun im Hinblick auf das Problem der Produktdifferenzierung wichtige wohlfahrtstheoretische Konsequenzen:

Gemeinhin wird zwar eingestanden, dass die dem Referenzmodell der „vollkommenen Konkurrenz“ zugrunde liegenden Annahmen wie z.B. die vollständige Information von Anbieter- und Nachfragerseite, das Fehlen von Transaktionskosten etc. in der wirtschaftlichen Wirklichkeit nie erfüllt sind. Trotzdem schwingt das Modell der vollkommenen Konkurrenz in der Wettbewerbspolitik in mehr oder minder starker Form mit und zwar in dem Sinne, dass „vollkommene Konkurrenz“ in der Realität zwar nie zu erreichen sei, dass es aber gelte, diesem Zustand möglichst nahe zu kommen.<sup>195</sup> Von den beiden Polen „vollkommene Konkurrenz“ und „vollkommenes Monopol“ wird mit anderen Worten gemeinhin der erstere als tendenziell erstrebenswert der zweite hingegen als unerwünscht beurteilt.<sup>196</sup>

<sup>194</sup> CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, 63 f.

<sup>195</sup> Vgl. etwa CLARK, 30 *Amer. Econ. Rev.* 241 (1940); HOVENKAMP, 79 §3.1a: „marginal cost, or competitive pricing is an important goal of the antitrust laws“; REY/CABALLERO-SANZ, 10; kritisch ABBOTT, *Quality and Competition*, 11, 19 f.; die Haltung z.B. BORKS zu dieser Frage ist widersprüchlich; einerseits finden sich Passagen, in denen auf das Modell der vollkommenen Konkurrenz zurückgegriffen wird (z.B. BORK, *The Antitrust Paradox*, 97) und andererseits Stellen, in denen BORK das Modell der vollkommenen Konkurrenz als Ziel des Kartellrechts blank ablehnt (z.B. BORK, *The Antitrust Paradox*, 59, 92).

<sup>196</sup> CHAMBERLIN, 40 *Amer. Econ. Rev.* – *AEA Papers and Proceedings* 85 (1950).



Diese verbreitete (wenn auch nie so deutlich formulierte) Haltung kritisierte CHAMBERLIN 1950 wie folgt:

„Let us proceed at once to the proposition that monopoly is necessarily a part of the welfare norm. In abstract terms it seems to follow very directly from the recognition that human beings are individuals, diverse in their tastes and desires [...]. Insofar as demand has any force as a guide to production, one would expect entrepreneurs to appeal to them in diverse ways, and thus to render the output of the economy correspondingly heterogeneous [...]. And since what people want – an elaborate system of consumers’ preferences – is the starting point in welfare economics, their wants for a heterogeneous product would seem to be as fundamental as anything could be. Heterogeneity as between producers is synonymous with the presence of monopoly; therefore monopoly is necessarily a part of the welfare ideal.“<sup>197</sup>

Aus der Erhebung der Produkteheterogenität (und damit der Produktdifferenzierung) zu einem Teil des Wohlfahrtsideals folgte CHAMBERLIN, dass der Umstand, dass im sog. CHAMBERLIN’schen Gleichgewicht der Preis über den Grenzkosten liege, wohlfahrtstheoretisch unbedenklich sei. Denn Wohlfahrtsziel sei nicht das Erreichen der Modellannahmen der reinen Konkurrenz sondern die Befriedigung unterschiedlicher Bedürfnisse.<sup>198</sup>

Im Hinblick auf den Einwand COMANORS heisst dies, dass die mit der Produktdifferenzierung einhergehende Verminderung des Preiswettbewerbs grundsätzlich kein Argument für die Schädlichkeit vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen ist.

CHAMBERLINS Denkanstösse haben eine Reihe von Arbeiten über das wohlfahrtstheoretisch wünschbare Ausmass von Produktdifferenzierung angeregt. In einigen Modellen wurde dargetan, dass monopolistische Konkurrenz eine zu grosse oder zu kleine Varietät (im Hinblick auf die verschiedenen Brands) zur

<sup>197</sup> CHAMBERLIN, 40 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings 86, siehe auch 92 (1950) sowie CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, 214 f., 204 f. Ähnliches wurde auch von SCHUMPETER vertreten (SCHUMPETER, 81-86, 87-106).

<sup>198</sup> CHAMBERLIN, 40 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings 89.

Folge haben kann.<sup>199</sup> Die betreffenden Modelle zeigen indessen auch, dass die Antwort auf die Frage, ob Produktdifferenzierung wohlfahrtstheoretisch wünschbar ist oder nicht, von den Umständen des Einzelfalls abhängt und nicht aufgrund schematischer Regeln beantwortet werden kann. Mit anderen Worten ist es nicht ohne weiteres möglich, sozial schädliche von sozial erwünschten Produktdifferenzierungen zu trennen.<sup>200</sup> Dies muss – wie bereits im Rahmen der dynamischen Effizienz ausgeführt –<sup>201</sup> aufgrund des Risikos von Fehlentscheidungen zur Zurückhaltung in das Marktgeschehen mahnen.

#### ee) Schlussfolgerung

Schlussfolgernd kann festgehalten werden, dass man sich von der Vorstellung verabschieden muss, dass Produktdifferenzierung grundsätzlich als etwas wettbewerbspolitisch Unerwünschtes anzusehen ist.<sup>202</sup> **Produktdifferenzierung** ist ein **Mittel des Wettbewerbs**.<sup>203</sup> Das Argument COMANORS, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen Produktdifferenzierung förderten und deshalb für unzulässig zu erklären seien, ist aus diesem Grund abzulehnen.

### 3. Grössere Wichtigkeit des Interbrand- gegenüber dem Intrabrand-Wettbewerb?

Der beschriebene Einwand COMANORS ist nicht der einzige geblieben, der gegen die Argumentation, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen per saldo wett-

<sup>199</sup> LANCASTER, 65 Amer. Econ. Rev. 567-585 (1975); SALOP, 10 Bell J. Econ. 141-156 (1979); DIXIT/STIGLITZ, 67 Amer. Econ. Rev. 297-308 (1977); SPENCE, 66 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings 407-414 (1976); PETTINGILL, 69 Amer. Econ. Rev. 957-960 (1979); KOENKER/PERRY, 12 BELL J. Econ. 217-231 (1981); siehe auch TIROLE, 287-300 m.w.H.; einen gut verständlichen Einstieg in die Materie bieten CARLTON/PERLOFF, 210-226.

<sup>200</sup> Vgl. LANCASTER, 65 Amer. Econ. Rev. 584 (1975); SPENCE, 66 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings 413 (1976); a.M. wohl KOENKER/PERRY, 12 BELL J. Econ. 227 f. (1981).

<sup>201</sup> Vorn, S. 56 f.

<sup>202</sup> Vgl. auch WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 981 f. (1979); WILLIAMSON, The Economic Institutions of Capitalism, 184-189.

<sup>203</sup> Vgl. auch RPW 1999/2, 235 Rz 90, Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit.

bewerbsintensivierend seien, weil sie den Interbrand-Wettbewerb verstärkten, vorgebracht wurde.

Moniert wurde auch, dass diese Sichtweise ohne weiteres davon ausgehe, dass dem Intra-brand-Wettbewerb eine gegenüber dem Interbrand-Wettbewerb zweitrangige Rolle zukomme, was jedoch nicht zutreffe.<sup>204</sup>

In dieselbe Richtung geht der Einwand, dass ein grosser Teil des Endverkaufspreises den Gross- und Detailhändlern zufliesst (in den USA ca. ein Drittel), dem Intra-brand-Wettbewerb deshalb eine wichtige Bedeutung komme.<sup>205</sup>

Beide Einwände sind nicht von vornherein abzulehnen. Dem Intra-brand-Wettbewerb kann in der ökonomischen Analyse nicht per se jede Bedeutung abgesprochen werden. Man denke etwa an den Preiswettbewerb und Innovationen auf der Händlerstufe.<sup>206</sup> Allerdings ist folgendes festzuhalten:

Einmal ist darauf hinzuweisen, dass die Beschränkung von Intra-brand-Wettbewerb nach vorherrschender Meinung nur dann problematisch ist wenn eines der

<sup>204</sup> GRIMES, 64 Antitrust L.J. 95 f. (1995); GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 848-850 (1992). GRIMES dürfte mit seiner Auffassung jedoch im Widerspruch zur herrschenden Meinung in den USA (insbesondere zur Rechtsprechung des Supreme Courts) stehen: „Interbrand competition [...] is the primary concern of antitrust law“ (Continental T.V., Inc., et. al. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 51 FN 19 [1977]; Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717, 724 [1988]).

Ähnlich wie der US-amerikanische Supreme Court äussern sich die Leitlinien für vertikale Beschränkungen: ABl. 2000 C 291/25 Rz 119 Ziff. 2, Leitlinien für vertikale Beschränkungen. In die Richtung von GRIMES geht dagegen der EuGH: „Der Wettbewerb zwischen Herstellern mag zwar im allgemeinen augenfälliger in Erscheinung treten als der zwischen Verteilern von Erzeugnissen einer und derselben Marke. Dies bedeutet aber nicht, dass eine Vereinbarung, die den Wettbewerb zwischen solchen Verteilern beschränkt, schon deswegen nicht unter das Verbot des Artikel 85 Absatz 1 fiele, weil sie den Wettbewerb zwischen Herstellern möglicherweise verstärkt“ (EuGH, 13. 7. 1966, verb. Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 390, Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH/Kommission).

<sup>205</sup> Vgl. STEINER, 36 Antitrust Bull. 195 (1991); GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 850 (1992); ähnlich der EuGH im Consten-Grundig/Kommission-Urteil: „Wegen des erheblichen Anteils der Vertriebskosten am Gesamtgestehungspreis erscheint es wichtig, dass auch der Wettbewerb zwischen den Händlern gefördert wird“ (EuGH, 13. 7. 1966, verb. Rs. 56 und 58/64, 391 f., Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH/Kommission).

<sup>206</sup> Vgl. auch IMMENGA, sic! 2002, 375.

an der Absprache beteiligten Unternehmen marktmächtig ist bzw. die Intensität des Interbrand-Wettbewerbs nicht genügend ist.<sup>207</sup>

Zu beachten sind sodann Aspekte der dynamischen Effizienz: Interbrand-Wettbewerb spielt sich in vielen Fällen auch über nicht-preisliche Wettbewerbsparameter ab, Wettbewerbsparameter also, die im Rahmen der dynamischen Effizienz eine hervorragende Bedeutung haben.<sup>208</sup> Dagegen geht es beim Intrabrand-Wettbewerb vorrangig um Preis- und nicht um Qualitätswettbewerb. Eine Fokussierung der Wettbewerbspolitik auf den Intrabrand-Wettbewerb handelt sich somit tendenziell die Nachteile einer statischen Betrachtungsweise ein und vernachlässigt darob die wichtigere dynamische Effizienz, die typischerweise vom Interbrand-Wettbewerb herrührt.<sup>209</sup> Insbesondere aus letzterem Grund wird dem Interbrand-Wettbewerb in vielen Fällen langfristig die weitaus wichtigere Rolle zukommen als dem Intrabrand-Wettbewerb.

## **II. Free-Riding-Probleme (Trittbrettfahrerprobleme)<sup>210</sup>**

Ein häufig zur Rechtfertigung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen vorgebrachtes Argument ist das Free-Riding-Argument. Free-Riding-Probleme entstehen, wenn ein Unternehmen von den Handlungen eines anderen profitiert ohne dafür etwas zu bezahlen. Trittbrettfahrerprobleme können sowohl auf Händler- wie auch auf Herstellerstufe entstehen.

<sup>207</sup> Siehe hierzu hinten, S. 153 ff.

<sup>208</sup> Siehe hierzu vorn, S. 55 ff.

<sup>209</sup> A.M. wohl IMMENGA, sic! 2002, 374-377.

<sup>210</sup> Die Begriffe „Free-Riding-Problem“ und „Trittbrettfahrer-Problem“ werden im folgenden synonym verwendet.

## 1. „Klassische“ Free-Riding-Probleme auf Händlerstufe<sup>211</sup>

### a) Das Problem

Die „Entdeckung“ des Free-Riding-Problems auf Händlerstufe wird allgemein TELSER zugeschrieben.<sup>212</sup> Noch heute beherrscht es die Diskussion über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen,<sup>213</sup> obwohl seine praktische Relevanz verschiedentlich bezweifelt wurde.<sup>214</sup>

Auf Stufe der Händler entstehen Free-Riding-Probleme, wenn sich ein Händler die Marktpflege eines anderen Händlers zunutze macht:<sup>215</sup>

<sup>211</sup> Das „klassische“ Free-Riding-Problem auf Händlerstufe wird auch „(Tangible)-Service-Free-Riding-Problem“ genannt, wenn es in Beziehung zum Gütesiegel-Trittbrettfahren (hierzu S. 109 ff.) gestellt wird: vgl. etwa MARVEL/McCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 346, 358 (1984).

<sup>212</sup> Vgl. etwa: GRIMES, 21 Sw. U. L. Rev. 1295 (1992); IACOBUCCI, 19 World Competition 73 f. (1995); WINTER, 108 Quart. J. Econ. 62 (1993); MONTANGIE, 21 E.C.L.R. 270 FN 4 (2000). Dies ist genau besehen falsch. So etwa haben z.B. schon BOWMAN und YAMEY auf das Free-Riding-Problem hingewiesen (BOWMAN, 22 U. Chi. L. Rev. 835 f. und 840-843 [1955]; siehe auch BOWMAN, 25 J. Bus. U. Chi., 144, 151 f. [1952]; YAMEY, The Economics of Resale Price Maintenance, 52-56).

<sup>213</sup> Vgl. etwa ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 1-3, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 1-4, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“; GYSELEN, 21 C.M.L.Rev., 647-668 (1984); LEVER/NEUBAUER, 21 E.C.L.R., 19 f. (2000); CARLTON/PERLOFF, 398 FN 12; MONTANGIE, 21 E.C.L.R. 270 (2000); VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, 235 f.; GLASOW, 97-99; BUTZ/KLEIT, 44 J.L. & Econ. 132 f., 145-155 (2001); GLOOR/STAEHELIN, FS Zäch, 307 f.

<sup>214</sup> Vgl. etwa: COMANOR, 5 Rev. Ind. Organ. 103 f. (1990); COMANOR, Introduction 12; LAFFERTY/LANDE/KIRKWOOD, Introduction and Overview, in: LAFFERTY/LANDE/KIRKWOOD, 27-29; GRIMES, 80 Cal. L. Rev., 841 (1992); ORNSTEIN/HANSSSENS, 34 The J. Ind. Econ. 2 (1987); KLEIN/MURPHY, 31 J.L. & Econ. 267 (1988); HILKE, 32 World Competition 86-91 (1988); MUELLER/GEITHMAN, 73 Rev. Econ. Statist. 301-308 (1991) im Hinblick auf den Sealy-Fall (United States v. Sealy, Inc., 388 U.S. 350 [1967]); für die statische Relevanz IPPOLITO, 34 J.L. & Econ. 282-291 (1991); TELSER, 33 J.L. & Econ. 410 (1990).

<sup>215</sup> TELSER, 3 J.L. & Econ. 91 (1960); siehe auch COMANOR, 98 Harv. L. Rev., 994, 1000 (1985); POSNER, Economic Analysis of Law, 319; siehe auch ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 1, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“ und (weniger deutlich) ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 1, Leitlinien für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen.

Der erfolgreiche Verkauf bestimmter Produkte, namentlich neuer, dauerhafter und/oder technisch komplizierter und hochwertiger Güter (wie Computer, Automobile etc.) erfordert von den Händlern die Erbringung besonderer Anstrengungen zur Verkaufsförderung wie etwa Presale-Dienstleistungen in Form von Beratung, Demonstration und die Einrichtung geeigneter Verkaufsräumlichkeiten.<sup>216</sup> Zu denken ist aber auch an Aftersale-Dienstleistungen wie Garantieleistungen.<sup>217</sup> Nehmen wir nun an, dass einige Händler solche Anstrengungen zur Verkaufsförderung unternehmen, um die Kunden zum Kauf des Produkt zu bewegen. Um die Kosten dieser Beratungsleistungen zu decken, verlangen sie für das Produkt einen höheren Preis. Andere Händler ziehen es hingegen vor, diese Leistungen nicht zu erbringen und dafür einen niedrigeren Preis einzufordern. Die meisten Kunden werden sich nun bei den erstgenannten Händlern beraten lassen und das Produkt anschliessend zum billigeren Preis bei den anderen Händlern erwerben. Damit profitieren letztere von den Leistungen der erstgenannten Händler, ohne hierfür bezahlen zu müssen:<sup>218</sup>

„[...] the retailers who do not provide the special services get a free ride at the expense of those who have convinced consumers to buy the product.”<sup>219</sup>

Folge dieses Free-Riding-Problems ist, dass keiner der Händler (oder nur noch ein geringer Teil) Verkaufsanstrengungen unternimmt, weil er seinen Konkur-

<sup>216</sup> TELSER, 3 J.L. & Econ. 89-92 (1960); siehe schon BOWMAN, 22 U. Chi. L. Rev. 840-843 (1955); SCHERER, 52 Antitrust L.J. 705 (1983); MARVEL, 63 Antitrust L.J., 60 (1994); CARLTON/PERLOFF, 402; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, 235; IACOBUCCI, 19 World Competition, 74 f. (1995); WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 978 FN 89 (1979); CARLTON/PERLOFF, 402; ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 1, Leitlinien für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen; ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 1, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“; ABl. 1998 C 365/12 Ziff. III.3.1, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen (Konkrete Vorschläge im Anschluss an das Grünbuch).

<sup>217</sup> Siehe etwa AREEDA, Vol. VIII, 158 ¶1611f.

<sup>218</sup> Vgl. statt aller: TELSER, 3 J.L. & Econ. 91 (1960) und CARLTON/PERLOFF, 401-403. Von einem anderen (und im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht verwendeten) Free-Riding-Begriff scheinen KLEIN/MURPHY auszugehen. Nach ihnen soll nicht der konkurrierende Tiefpreishändler der Free-Rider sein, sondern der Verbraucher, der die Serviceleistungen des einen (teureren) Händlers in Anspruch nimmt und das Produkt beim Discounter kauft (KLEIN/MURPHY, 31 J.L. & Econ. 288 f. [1988]).

<sup>219</sup> TELSER, 3 J.L. & Econ. 91 (1960).

renten keinen „Free Ride“ gewähren will, und/oder weil er hofft, einen solchen von Dritten zu erhalten, und/oder weil er befürchtet, infolge des Free-Ridings seiner Konkurrenten die infolge der Erbringung der Verkaufsanstrengungen anfallenden Kosten mit seinen Einkünften nicht mehr decken zu können. Die Verbraucher werden damit nicht mehr mit den erwähnten Dienstleistungen versorgt.<sup>220</sup> Wird das betreffende Produkt unter einer einheitlichen Brand (wie z.B. einer Marke) vertrieben, so kann Free-Riding auch zu einer Schädigung der Brand insgesamt führen, wenn einer der beteiligten Händler die Qualität seiner Dienstleistungen senkt, um Kosten zu sparen.<sup>221</sup>

Free-Riding-Probleme werden insbesondere in Fällen des sog. „**Cream-Skimming**“<sup>222</sup> die Bereitschaft des jeweiligen Händlers, die vom Hersteller erwünschten Dienstleistungen zu erbringen, beschränken. Gemeint ist folgendes: Bei gewissen Produkten ist der Verkaufsaufwand nicht bei allen Kunden gleich gross. Einige Kunden kaufen das betreffende Produkt regelmässig (und u.U. in grossen Mengen), haben eine hohe Markentreue (Brand-Loyalty) und verursachen infolgedessen geringe Verkaufskosten. Diese Kunden sind die sog. „Cream“ des jeweiligen Absatzgebietes. Andere Kunden kaufen das Produkt in weniger grossen Mengen, eher selten und bedürfen darüber hinaus der regelmässigen Bearbeitung (Werbung etc.). Ein Händler, der nach dem Willen des Herstellers neben der Cream auch die „schwierigeren Kunden“ bedienen soll, wird nun die betreffenden Marktbearbeitungskosten nur amortisieren, wenn er die betreffenden Ausgaben durch die Gewinne, die er bei der „Cream“ macht, decken kann. Unter Händlern wird im Regelfall nun nicht der Wettbewerb um die „schwierigen“ Kunden entbrennen sondern um die „Cream“. Die gründliche Bearbeitung des Marktes wird unter diesem „Cream-Skimming“ leiden.<sup>223</sup>

<sup>220</sup> Vgl. etwa TELSER, 3 J.L. & Econ. 91 (1960); AREEDA, Vol. VIII, 151, ¶1611b.

<sup>221</sup> TELSER, 33 J.L. & Econ. 409 f. (1990); CARLTON/PERLOFF, 402 f.

<sup>222</sup> TRAVERS/WRIGHT, 75 Harv. L. Rev. 811 (1962); eine ähnliche Form des „Cream-Skimming“ wird von GOLDBERG beschrieben: Bietet der Hersteller eine ganze Produktlinie an, so werden sich einzelne Produkte hieraus besser verkaufen als andere. Der Händler hat damit einen starken Anreiz, nur die „Cream“ (d.h. die gut verkäuflichen Produkte) zu verkaufen, während der Hersteller ein Interesse hat, dass der Händler die gesamte Linie vermarktet (GOLDBERG, 79 Nw. U. L. Rev., 756 [1984]).

<sup>223</sup> TRAVERS/WRIGHT, 75 Harv. L. Rev. 811 (1962); siehe auch AREEDA, Vol. VIII, 222-227 ¶1616f.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass Free-Riding-Probleme dann nicht entstehen, wenn es dem betreffenden Händler ohne weiteres möglich ist, seine Dienstleistungen separat zu verkaufen.<sup>224</sup> Dies wird tendenziell bei After-sale-Dienstleistungen wie Service oder der Hilfe bei der Benutzung eines komplexen Softwarepakets der Fall sein, wo der High-Service-Händler sagen kann „We’ll be delighted to help – for \$30 per hour“<sup>225</sup>.<sup>226</sup> Unmöglich wird der separate Verkauf v.a. in Fällen des sog. „vorbereitenden Kundendienstes“<sup>227</sup> sein. Zwar gibt es Beispiele von Händlern in New York, die ihren Kunden für die Erbringung von Beratungsleistungen eine Gebühr auferlegten, die im Fall eines Kaufs des betreffenden Guts meistens zurückerstattet wurde.<sup>228</sup> Allerdings dürfte es sich hierbei wohl um eine Ausnahmeerscheinung handeln.

Free-Riding-Probleme entstehen überdies definitionsgemäss dann nicht, wenn ein „Free Ride“ nach der Art der Dienstleistung nicht möglich ist, wie etwa bei Freihaus-Lieferungen.<sup>229</sup>

Free-Riding-Probleme werden häufig als Rechtfertigungsgrund für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen angerufen. Zu beachten ist indes zweierlei:

1. Einmal haben nicht alle Dienstleistungen, die von Händlern infolge der Auferlegung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen erbracht werden und den Absatz des Herstellers vergrössern, auch eine Maximierung der sozialen Wohlfahrt zur Folge. Dieses Problem war Gegenstand eines Disputs zwischen Vertretern der Chicago- und Harvard-School, welcher der Übersichtlichkeit halber weiter hinten beschrieben wird.<sup>230</sup>

<sup>224</sup> TELSER, 3 J.L. & Econ. 92 (1960); AREEDA, Vol. VIII, 157 f. ¶1611f.; ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 1, Leitlinien für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen; ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 1, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“.

<sup>225</sup> SCHERER/ROSS, 551.

<sup>226</sup> Strikter die Europäische Kommission: ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 1, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

<sup>227</sup> Vgl. ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 1, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“.

<sup>228</sup> SCHERER/ROSS, 555.

<sup>229</sup> AREEDA, Vol. VIII, 158 ¶1611f.

<sup>230</sup> Hinten S. 72 ff.



2. Weiter muss das Free-Riding einen bestimmten Umfang annehmen, um die Erbringung der betreffenden Dienstleistungen in Frage zu stellen. Auf dieses Problem wird ebenfalls weiter hinten eingegangen.<sup>231</sup>

*b) Lösungsmöglichkeiten*

*aa) Gebietsschutz*

Free-Riding-Probleme können u.a. durch die Vereinbarung von Gebietsschutz vermieden werden.<sup>232</sup> Ob dabei ein absoluter oder bloss ein relativer Gebietsschutz notwendig ist, ist (wie immer) im Einzelfall zu entscheiden. U.a. in Fällen, wo Cream-Skimming-Probleme eine Rolle spielen, kann sich ein absoluter Gebietsschutz aufdrängen, da dem marktbearbeitenden Händler ansonsten die Existenzgrundlage entzogen wird bzw. er sich nicht zu einer Konzentration seiner Verkaufsbemühungen auf sein Vertragsgebiet anhalten lässt.<sup>233</sup>

*bb) Vertikale Mindestpreisbindung*

Auch Preisbindungen der zweiten Hand können Free-Riding-Probleme lösen. Sie wirken einem Free-Riding jedoch weniger direkt als Gebietsschutzabsprachen entgegen, da es dem einzelnen Händler unbenommen bleibt, von den Werbeanstrengungen anderer Händler in seinem Absatzgebiet zu profitieren.<sup>234</sup> Dieser Umstand mag dazu führen, dass Gebietsschutzabsprachen das geeignetere Mittel zur Lösung von Free-Riding-Problemen sind. Zu beachten ist allerdings, dass Händler bei Gebietsschutz infolge des Fehlens von Intra-brand-Wettbewerb u.U.

<sup>231</sup> Hinten, S. 96 ff.

<sup>232</sup> Vgl. etwa CARLTON/PERLOFF, 403 f.; WHITE, 26 Antitrust Bull. 332 (1981); ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 1, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 1, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“.

<sup>233</sup> TRAVERS/WRIGHT, 75 Harv. L. Rev. 811 (1962).

<sup>234</sup> Vgl. etwa CARLTON/PERLOFF, 403 f.; WHITE, 26 Antitrust Bull. 332 (1981); TELSER 3 J.L. & Econ. 92 (1960); KATZ, Handbook of Industrial Organization I, 683; siehe auch ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 1, Leitlinien für vertikale Beschränkungen und ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 1, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“, wo Preisbindungen der zweiten Hand nicht als Mittel zur Lösung von Free-Riding-Problemen erwähnt werden.

einen weniger grossen Anreiz zur Erbringung der Dienstleistungen haben als bei Preisbindungen der zweiten Hand.<sup>235</sup>

Was die wettbewerbspolitische Wünschbarkeit vertikaler Mindestpreisabsprachen anbelangt wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass diese den Wettbewerb stärker beeinträchtigen als etwa Gebietsschutzabsprachen. Paradigmatisch ist die folgende Meinungsäusserung der Europäischen Kommission:

„Üblicherweise wird davon ausgegangen, dass Preisbindung im Einzelhandel stärker beschränkend wirkt als andere vertikale Beschränkungen. Wo sie Effizienzgewinne zeitigt, lässt sie sich oftmals durch weniger wettbewerbsverzerrende Beschränkungen mit ähnlichen positiven Auswirkungen ersetzen. Dem entspricht auch die gegenwärtige Politik in den meisten Ländern; während in der Regel strikt gegen Preisbindung vorgegangen wird, wird Alleinvertrieb, bei Vorliegen bestimmter Bedingungen auf dem Markt, zugelassen.“<sup>236</sup>

In dieselbe Richtung geht auch der US-amerikanische Supreme Court, der vertikale Mindestpreisabsprachen als per se verboten<sup>237</sup> vertikale nicht-preisliche Absprachen jedoch unter einer Rule of Reason beurteilt.<sup>238</sup>

In der ökonomischen Literatur lässt sich für diese absolute Haltung wenig Unterstützung finden.<sup>239</sup> Im Gegenteil wird z.T. die Meinung vertreten, dass Gebietsschutz die Tendenz habe, Wettbewerb stärker zu beschränken als Preisbindungen der zweiten Hand. So wird etwa argumentiert, dass Gebietsschutz einem Händler (intra-brand-mässig gesprochen) eine monopolähnliche Stellung verschafft, während vertikale Mindestpreisabsprachen auch Wettbewerb über nicht-

<sup>235</sup> COMANOR, 62 N.Y.U. L. Rev. 1160 (1987); SCHERER/ROSS, 560.

<sup>236</sup> ABl. 1998 C 365/14 Ziff. III.4. 4. Spiegelstrich, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen (Konkrete Vorschläge im Anschluss an das Grünbuch).

<sup>237</sup> Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company, 220 U.S. 373, 399-409 (1911). Das Verbot wird jedoch durch die sog. Colgate-Praxis in seiner praktischen Bedeutung stark eingeschränkt (vgl. etwa POSNER, Antitrust Law, 2. Aufl., 178-180).

<sup>238</sup> Continental T.V., Inc. et al. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 47-58 (1977).

<sup>239</sup> SCHERER/ROSS, 560; OECD, Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements, 163; OECD, Franchising Agreements – Economic Assessment of Compe-

preisliche Intra-brand-Parameter zulassen wie etwa Service, Einrichtung des Verkaufslokals etc.<sup>240</sup> Weiter wird die Ansicht vertreten, dass Systeme der Preisbindung der zweiten Hand beim Aufkommen neuer effizienterer Wettbewerber schneller zusammenbrechen als Vertriebssysteme, im Rahmen derer Gebietschutzabsprachen praktiziert werden.<sup>241</sup>

cc) *Selektiver Vertrieb/Fachhandelsbindung*<sup>242</sup>

Ein weiteres Mittel, um Free-Riding-Probleme zu lösen, stellt die Errichtung eines selektiven Vertriebssystems dar.<sup>243</sup>

dd) *Direktzahlungen*

Fraglich ist, ob Direktzahlungen des Herstellers an den Händler das Free-Riding-Problem ebenso effizient zu lösen vermögen, wie vertikale Wettbewerbsbeschränkungen.<sup>244</sup> Empirisches Material hierzu ist kaum vorhanden.<sup>245</sup>

Nach konventionellen wettbewerbspolitischen Vorstellungen haben Direktzahlungen gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen den Vorteil, weniger stark in die Wettbewerbsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer einzugreifen.

Zugunsten von Direktzahlungen wird darüber hinaus von einem Teil der Lehre argumentiert, dass der Hersteller nicht wie bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen überprüfen muss, ob seine Händler die von ihm gewünschten Dienstleistungen erbringen, sondern seine Direktzahlungen davon abhängig machen kann,

tition Law Provisions Applicable to Franchising, 303 f.; VAN DEN BERGH, 41; anders wohl WATERSON, 19 RAND J. Econ. 294 (1988).

<sup>240</sup> Vgl. etwa AREEDA, Vol. VIII, 153 ¶1161c; SCHERER/ROSS, 560; COMANOR, 62 N.Y.U. L. Rev. 1160 (1987); siehe auch MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 351 und 353 f. (1984).

<sup>241</sup> STEINER, 30 Antitrust Bull. 190-192 (1985); SCHERER/ROSS, 560.

<sup>242</sup> Die beiden Begriffe werden im folgenden als Synonyme verwendet.

<sup>243</sup> Vgl. auch BERGAU, ELR HSG 2000, 309.

<sup>244</sup> So schon BOWMAN, 22 U. Chi. L. Rev., 841 f. (1955); siehe auch CARLTON/PERLOFF, 404 f.

<sup>245</sup> STEINER, 36 Antitrust Bull. 389 (1991); relativierend hierzu: GRIMES, 80 Cal. L. Rev., 853 (1992) mit Bezug auf STEINER, 60 Antitrust L.J., 55-57 (1991).

dass der einzelne Händler beweist, dass er die betreffenden Dienstleistungen erbracht hat. Direktzahlungen können nach diesem Teil der Lehre damit auf Herstellerseite z.B. die Überwachungskosten senken.<sup>246</sup> In der Literatur wird hingegen auch die gegenteilige Ansicht vertreten, nämlich, dass Direktzahlungen den Nachteil hätten, dass der Hersteller die Leistungen des Händlers beobachten und messen muss. Die hiermit verbundenen Kosten seien höher als die Überwachungskosten bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen.<sup>247</sup>

Zugunsten von Direktzahlungen wird überdies vorgebracht, dass sie auf Seiten des Händlers die sunk costs<sup>248</sup> vermindern und damit dessen Bereitschaft fördern, das betreffende Produkt zu vertreiben.<sup>249</sup> Zu bedenken ist allerdings, dass sich der Hersteller diesen Vorteil damit erkaufen muss, dass er selbst die sunk costs übernimmt, womit auch gleichzeitig die Vorteile von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Direktzahlungen offenbar werden: Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wie etwa Alleinvertriebsverträge sind insbesondere für kleine Hersteller, die über wenig Finanzmittel verfügen, ein geeignetes Marketinginstrument,<sup>250</sup> da sie es erlauben, Kosten und Risiko des Vertriebs auf einen Dritten abzuwälzen, der mit den Eigenheiten und Anforderungen der Vermarktung in der Regel besser vertraut ist.<sup>251</sup> Direktzahlungen laufen diesem Bestreben des Herstellers zuwider.

Gerade im europäischen Kontext ist ausserdem zu beachten, dass der Vertrieb national und regional unterschiedlichen Marktgegebenheiten angepasst werden muss. Dabei werden die mit den lokalen Gegebenheiten (z.B. sprachlichen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Besonderheiten) vertrauten Händler – im Gegensatz zum Hersteller – häufig über das Know-how verfügen, das notwendig ist, um ein

<sup>246</sup> STEINER, 36 Antitrust Bull. 386 (1991).

<sup>247</sup> TELSER, 3 J.L. & Econ. 94 (1960); BORK, The Antitrust Paradox, 290; in eine ähnliche Richtung gehen CARLTON/PERLOFF, 405.

<sup>248</sup> Sunk costs sind Investitionen, die bei einem Marktaustritt unwiederbringlich verloren gehen.

<sup>249</sup> STEINER, 36 Antitrust Bull. 397 (1991).

<sup>250</sup> STEINER, 36 Antitrust Bull. 392 (1991).

<sup>251</sup> Vgl. hierzu auch PRESTON, 30 Law & Contemp. Probs. 512 (1965); TRAVERS/WRIGHT, 75 Harv. L. Rev. 834 (1962); CARLTON/PERLOFF, 404 f.; zum transaktionskostenökonomischen Hintergrund dieses Aspekts siehe hinten, S. 134 ff.

Produkt in einer bestimmten Region erfolgreich zu vermarkten.<sup>252</sup> Alleinvertriebsverträge sind hier ein probates Instrument des Herstellers, um in den Genuss dieses Know-hows zu kommen.<sup>253</sup> Demgegenüber implizieren Direktzahlungen (u.a. aus Gründen der Kostenkontrolle) tendenziell eine genauere Festlegung des Vermarktungskonzepts durch den Hersteller und setzen damit ein erhebliches Marketing-Know-how auf dessen Seite voraus (das u.U. ja gerade nicht vorhanden ist).<sup>254</sup>

Damit verbunden ist ein weiterer Nachteil von Direktzahlungen: Händler stehen bei Direktzahlungen nicht unter demselben Druck, effizient zu wirtschaften, wie bei Alleinvertriebsverträgen. Denn bei ersteren werden ihnen die Aufwendungen erstattet, bei letzteren müssen sie ihre Aufwendungen aus den eigenen Mitteln finanzieren.

*ee) Übernahme der Marktbearbeitung durch den Hersteller?*

Zweifelhaft ist, ob die beschriebenen Free-Riding-Probleme vermieden werden können, indem der Hersteller die Marktbearbeitung selbst übernimmt und die entstehenden Kosten im Grosshandelspreis berücksichtigt.

Hiergegen spricht einmal, dass dies praktisch bedeuten würde, dass der Hersteller ein eigenes Filialnetz aufbauen, d.h. vorwärtsintegrieren, müsste, da Werbemaßnahmen und Presale-Dienstleistungen wie Vorführungen etc. typischerweise in einer Verkaufsstätte erbracht werden. Zwar sind Fälle denkbar, wo der Hersteller z.B. eine eigene „Boutique“ in einem Laden aufbauen und Produktdemonstrationen durch eigene Angestellte vornehmen lassen kann.<sup>255</sup> Beide Wege dürften

<sup>252</sup> Vgl. etwa auch Erw. 5 VO (EWG) Nr. 1983/83; ABl. 1980 L 383/16 Rz 27, Hennessey-Henkel; ABl. 1970 L 242/26 Rz 7, Omega.

<sup>253</sup> Vgl. hierzu auch PRESTON, 30 Law & Contemp. Probs. 512 (1965); TRAVERS/WRIGHT, 75 Harv. L. Rev. 834 (1962); CARLTON/PERLOFF, 404 f.; BRENNAN, 45 Antitrust Bull. 482 FN 34 (2000); MALUEG/SCHWARTZ, 37 J. Int. Econ. 193 (1994).

<sup>254</sup> Wohl a.M. sind CARLTON/PERLOFF, 404, die „cooperative advertising, in which the manufacturer agrees to pay some of the distributors' advertising costs“ als gangbaren Weg ansehen.

<sup>255</sup> KLEIN/MURPHY, 31 J.L. & Econ. 292 (1988).

jedoch in vielen Fällen wegen der damit einhergehenden höheren Transaktionskosten die ineffizientere Lösung darstellen.<sup>256</sup>

Weiter ist gerade im europäischen Kontext wie bereits an anderer Stelle erwähnt zu beachten, dass der Händler vielfach besser mit den lokalen Eigenheiten seines Marktes vertraut ist als der Hersteller. In solchen Konstellationen sind vertikale Wettbewerbsbeschränkungen ein geeignetes Mittel des Herstellers, um sich dieses Know-hows zunutze zu machen.<sup>257</sup>

#### *ff) Herstellerseitige Werbung*

Aus grundsätzlich denselben Überlegungen dürfte die herstellerseitige Werbung vielfach keinen gangbaren Weg darstellen.<sup>258</sup>

#### *gg) Rückkaufvereinbarungen*

Fraglich ist, ob Rückkaufvereinbarungen Free-Riding-Probleme zu lösen vermögen.<sup>259</sup> Dies ist wohl selten der Fall, da solche Vereinbarungen die u.U. bedeutenden Werbeausgaben nicht berühren.

#### *c) Wohlfahrtstheoretische Betrachtung: der Streit Chicago – Harvard*

Welche Bedeutung hat nun das Free-Riding-Argument im Hinblick auf die soziale Wohlfahrt? Diese Frage hat Proponenten der sog. Chicago-School (so v.a. BORK, POSNER und EASTERBROOK) und solche der sog. Harvard-School (SCHERER und COMANOR) im Hinblick auf die Preisbindung der zweiten Hand

<sup>256</sup> Vgl. im einzelnen hinten, S. 134 f.

<sup>257</sup> Vgl. hierzu auch PRESTON, 30 Law & Contemp. Probs. 512 (1965); TRAVERS/WRIGHT, 75 Harv. L. Rev. 834 (1962); CARLTON/PERLOFF, 404 f.; WHITE, 26 Antitrust Bull. 333 (1981); zum transaktionskostenökonomischen Hintergrund dieses Aspekts siehe hinten, S. 134 ff.

<sup>258</sup> Zum transaktionskostenökonomischen Hintergrund dieses Aspekts siehe hinten, S. 134 ff.; a.M. wohl GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 840 f. (1992).

<sup>259</sup> Vgl. GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 840 f. (1992).

während der siebziger und achtziger Jahre beschäftigt<sup>260</sup>. Diese Diskussion soll nachfolgend detaillierter dargestellt werden. Das hier besprochene Modell wurde für vertikale Mindestpreisabsprachen entwickelt. Es herrscht jedoch Einigkeit, dass es auch im Hinblick auf andere vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wie etwa Gebietsabsprachen *cum grano salis* Gültigkeit hat.<sup>261</sup>

*aa) Die Position von Chicago*

*aaa) Die Ausgangslage des Modells*

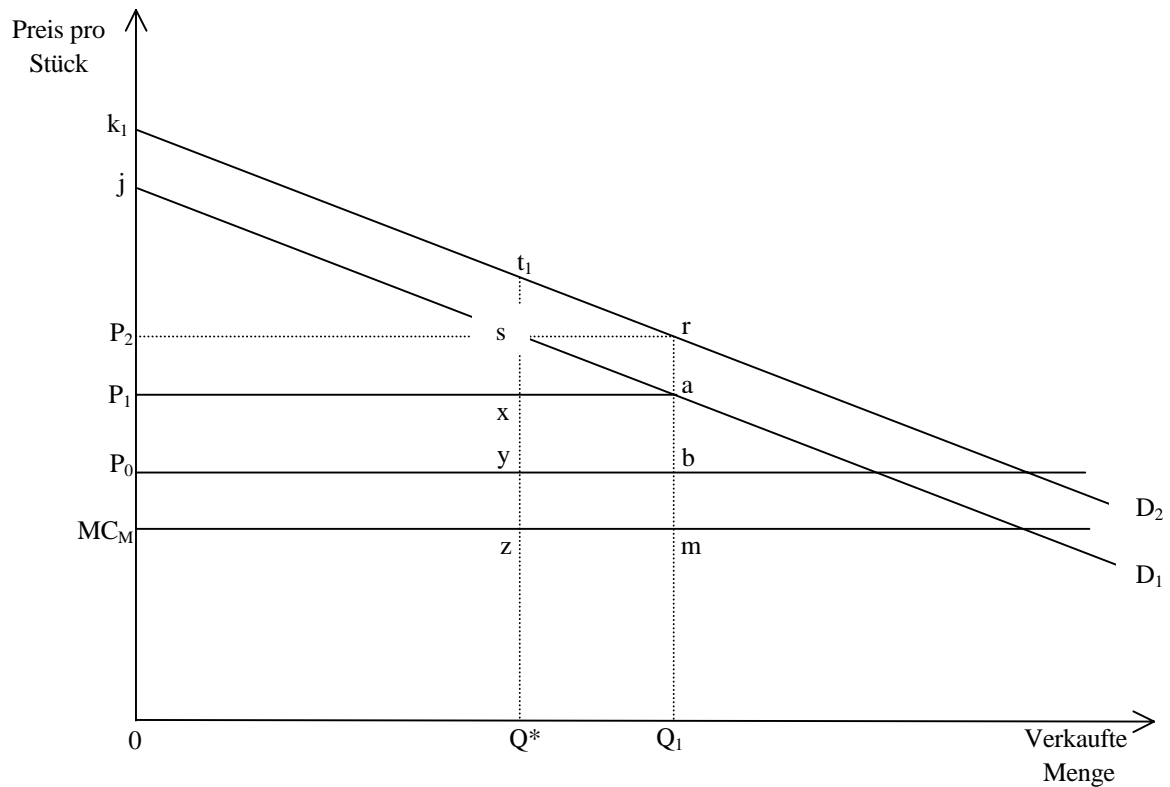
Ausgangspunkt des mit Abbildung 4<sup>262</sup> und Abbildung 5 illustrierten Modells sind folgende Annahmen:

<sup>260</sup> Neben dem Free-Riding-Argument haben BORK, POSNER und EASTERBROOK andere Argumente für die wohlfahrtssteigernde Wirkung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen angeführt. BORK etwa rechtfertigte vertikale Wettbewerbsbeschränkungen v.a. mit dem Argument, dass kein Hersteller vertikale Wettbewerbsbeschränkungen auferlege, wenn er sich davon nicht eine Steigerung seines Absatzes erhoffe (BORK, 75 Yale L.J. 403-405 [1966]; BORK, 76 Yale L.J. 731 f. [1967]; BORK, The Antitrust Paradox, 290 f., 297 f.; siehe hierzu die Kritik von DOBSON/WATERSON, 13-15 sowie einen empirischen Gegenbeweis in ORNSTEIN/HANSSSENS, 36 The J. Ind. Econ. 4-16 [1987]). Bezüglich dieser Ansätze soll es mit einem Verweis auf die entsprechenden Arbeiten sein Bewenden haben: BORK, 75 Yale L.J. 373-475 (1966); BORK, 76 Yale L.J. 731-743 (1967), BORK, Resale Price Maintenance and Consumer Welfare, 77 Yale L.J. 950-964 (1968) und BORK, The Antitrust Paradox, 280-298 (kritisch hierzu: GOULD/YAMEY, 76 Yale L.J. 722-730 [1967]; GOULD/YAMEY, 77 Yale L.J. 936-949 [1968]); POSNER, Antitrust Law – An Economic Perspective, 1. Aufl., 147-167; POSNER, 45 U. Chi. L. Rev. 1-20 (1977); POSNER, Economic Analysis of Law, 320-322; POSNER, 48 U. Chi. L. Rev. 6-26 (1981); EASTERBROOK, 53 Antitrust L.J. 145-149 (1984).

<sup>261</sup> Vgl. etwa COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 984 (1985); SCHERER/ROSS, 544; BORK, The Antitrust Paradox, 288-291. Dies trifft indessen nicht durchwegs zu, siehe hierzu S. 79.

<sup>262</sup> Entnommen aus: SCHERER/ROSS, 545, Figure 15.1; vgl. auch SCHERER, 52 Antitrust L.J. 699 Figure 2 (1983); TELSER, 3 J.L. & Econ. 90 (1960); POSNER, Economic Analysis of Law, 321 Figure 10.2.

Abbildung 4: Wohlfahrtsneutrale vertikale Mindestpreisabsprache



Ein monopolistischer Hersteller vertreibt ein Produkt über Händler, die untereinander in vollkommener Konkurrenz stehen. Die Nachfragekurve für dieses Produkt ist  $D_1$ . Die Grenzkosten des Herstellers sind durch die Gerade  $MC_M$  beschrieben. Der Preis, zu dem der Hersteller sein Produkt an die Händler verkauft, beträgt  $P_0$ . Die Händler haben Kosten in der Höhe der Differenz zwischen  $P_1$  und  $P_0$  pro verkauftem Stück. Das Bestehen vollkommener Konkurrenz hat zur Folge, dass sich der Endverkaufspreis bei  $P_1$  einpendelt (die Händler erzielen somit mit dem Verkauf keinen Gewinn). Das dem Modell zugrunde liegende Free-Riding-Problem führt dazu, dass die Händler aus der Sicht des Herstellers zu wenig verkaufsfördernde Dienstleistungen (wie etwa Werbung, Beratung, Vorführung, Home Delivery Services, die ansprechende Gestaltung von Verkaufsräumlichkeiten etc.) erbringen.



Der Hersteller der betreffenden Produkte ist mit diesem Umstand unzufrieden und auferlegt seinen Händlern deshalb eine vertikale Mindestpreisbindung. Der damit festgesetzte Mindestverkaufspreis ( $P_2$ ) ist höher als der frühere Endverkaufspreis ( $P_1$ ).

Grundsätzlich hätte nun die Preiserhöhung von  $P_1$  auf  $P_2$  zur Folge, dass die Nachfrage von  $Q_1$  auf  $Q^*$  fiele und dem Hersteller ein Verlust in der Höhe des Rechtecks  $yzbm$  entstünde, weshalb die Auferlegung der vertikalen Mindestpreisbindung aus Sicht des Herstellers nicht lohnend wäre.<sup>263</sup>

Das hier beschriebene Modell geht jedoch von der Annahme aus, dass die Händler bei der Auferlegung einer vertikalen Mindestpreisbindung den ihnen aus der Differenz ( $P_2 - P_1$ ) zufließenden Ertrag für die Verkaufsförderung (in Form von Werbung, Dienstleistungen etc.) aufwenden (im folgenden: **Annahme 1**).

Dies wiederum führt nach dem hier besprochenen Modell dazu, dass die Nachfrage steigt (im folgenden: **Annahme 2**).

Graphisch dargestellt geschieht dies in der Weise, dass sich die Nachfragekurve **parallel** von  $D_1$  nach  $D_2$  (im Falle von Abbildung 4) bzw. (in im Falle von Abbildung 6) nach  $D_3$  **verschiebt** (im folgenden: **Annahme 3**).<sup>264</sup> Je nachdem, wie weit sich die Nachfragekurve nach rechts verschiebt, wirkt sich die Auferlegung der vertikalen Mindestpreisbindung steigernd, mindernd oder neutral auf die soziale Wohlfahrt aus.

Eine weitere Annahme besteht darin, dass alle Händler dieselben Kosten haben (im folgenden: **Annahme 4**).

Im folgenden werden diese Annahmen und ihre Auswirkungen näher erläutert und diskutiert.<sup>265</sup>

<sup>263</sup> So z.B. YAMEY, The Economics of Resale Price Maintenance, 49.

<sup>264</sup> Vorliegend wird, der Darstellung SCHERER/ROSS' folgend, der Einfachheit halber nicht auf das Problem der Grenzerlöse des monopolistischen Herstellers eingegangen. Ein Modell, das dieses Problem ebenfalls behandelt, findet sich in COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 992-998 (1985).

<sup>265</sup> Grundsätzlich werden Annahmen nicht näher begründet (sonst wären sie ja keine Annahmen). Bei der Entwicklung und Beschreibung ökonomischer Modelle gilt dieser

*bbb) Annahme 1*

Annahme 1, wonach die Auferlegung vertikaler Mindestpreisbindungen zu einer Steigerung der Verkaufsanstrengungen der Händler führe, ist unterschiedlich begründet worden:

*(1) Einfachste These*

Die einfachste These geht davon aus, dass die Händler auf Dauer keine supranormalen Gewinne erzielen können, woraus folgt, dass die gesamte Differenz zwischen ursprünglichem und nun gebundenem Endverkaufspreis für zusätzliche Aufwendungen zur Verkaufsförderung ausgegeben wird.<sup>266</sup> Diese Annahme wiederum ist eine Folge davon, dass das hier beschriebene Modell davon ausgeht, dass auf Händlerstufe vollkommene Konkurrenz herrscht.<sup>267</sup> Wenn sie dies auch nicht immer offenlegten, haben sich v.a. Vertreter der sog. Chicago-School an diesem Sinnzusammenhang orientiert und argumentiert, dass sich der Wettbewerb nach Auferlegung der Preisbindung der zweiten Hand nicht mehr über die Preise sondern über die Dienstleistungen abspiele<sup>268</sup>:

„[...] retailers are forced to compete by providing special services with the product and not by reducing the retail price.“<sup>269</sup>

oder in den Worten POSNERS:

„[...] intrabrand competition is not reduced; it is simply changed from intrabrand price competition to intrabrand service competition.“<sup>270</sup>

Grundsatz jedoch nur eingeschränkt. Denn eines der zentralen Probleme der Formulierung von ökonomischen Modellen besteht darin, realistische Annahmen zu treffen, aufgrund derer wirtschaftliches Verhalten beschrieben werden kann. Die Realitätsnähe der getroffenen Annahmen muss deshalb in jedem Modell begründet werden (siehe hierzu auch COASE 4 *Economica* 386 [1937] [JOAN ROBINSON zitierend]; REY/STIGLITZ, 26 *RAND J. Econ.* 443-445 [1995]).

<sup>266</sup> Vgl. SCHERER/ROSS, 543 f.; AREEDA, Vol. VIII, 152 ¶1611c.

<sup>267</sup> TELSER, 3 *J.L. & Econ.* 90 FN 5 (1960); SCHERER/ROSS, 542 f.

<sup>268</sup> TELSER, 3 *J.L. & Econ.* 91 f. (1960); ähnlich MARVEL, 63 *Antitrust L.J.* 64 (1994): „[...] once attractive margins are offered through RPM, dealers will compete for those margins in ways that work to the manufacturer’s interest“.

<sup>269</sup> TELSER, 3 *J.L. & Econ.* 92 (1960); ähnlich: COMANOR, 98 *Harv. L. Rev.* 994 (1985).

Diese These bietet mehrere Angriffsflächen:

*(1.1) Annahme der vollkommenen Konkurrenz auf Händlerstufe*

Eine rührt vom Rückgriff auf das Referenzmodell der vollkommenen Konkurrenz her, das wie bereits erwähnt<sup>271</sup> viele der in der Realität relevanten Marktfaktoren ausblendet (Intransparenz, Transaktionskosten, Marktzutrittsschranken, Produktdifferenzierung, Skaleneffekte etc.).

Zwar hat z.B. EASTERBROOK die Auffassung vertreten, dass die Händlerstufe durch annähernd vollkommene Konkurrenz gekennzeichnet sei.<sup>272</sup> Diese Ansicht trifft indessen nicht durchwegs zu. In der Literatur wird denn auch die Ansicht vertreten, dass Händler in manchen Fällen über eine gewisse Marktmacht verfügen. Zur Begründung wird angeführt, dass die Eintrittsschranken z.T. nicht so niedrig seien wie von Vertretern der Chicago-School angenommen. Weiter wird darauf hingewiesen, dass Vorteile von bereits im Markt tätigen Händlern in Form von besseren Lokalitäten, Erfahrung und Reputation und hohe Marktaustrittskosten (sunk costs) Neueintritte in einem erfolgversprechenden grösseren Umfang schwierig machen können. Zudem wird geltend gemacht, dass die Verbraucher nur beschränkt in der Lage bzw. willens sind, räumlich auszuweichen (Argument der räumlichen Differenzierung der Händler). Schliesslich wird die Ansicht vertreten, dass Händler im Hinblick z.B. auf örtliche Lage, Ausstattung (z.B. mit Parkplätzen), Ambiente, Sortiment, Verkaufspersonal etc. differenziert sind.<sup>273</sup>

Wird angenommen, dass Händler keine „vollkommenen Konkurrenten“ sind, fehlt eine Erklärung, weshalb solche Händler gezwungen („forced“) sind, mitei-

<sup>270</sup> POSNER, *Economic Analysis of Law*, 322; vorsichtiger AREEDA, Vol. VIII, 152 ¶1161c.

<sup>271</sup> Vorn, S. 15.

<sup>272</sup> Vgl. etwa EASTERBROOK, der (ohne empirischen Nachweis) festhält: „[...] retailing is about as close to an atomistic market as you can get.“ (EASTERBROOK, 53 *Antitrust L.J.* 141 [1984]).

<sup>273</sup> DOBSON/WATERSON, 26-37 *m.w.H.*; vgl. auch WATERSON, 19 *RAND J. Econ.* 295 (1988); COMANOR, 21 *Sw. U. L. Rev.* 1278-1280 (1992); BOWMAN, 25 *J. Bus. U. Chi.*, 146-155 (1952); HEFLEBOWER, 47 *Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings* 276 f. (1957).

inander in Dienstleistungswettbewerb zu treten bzw. weshalb sich der Preis automatisch in einen Dienstleistungswettbewerb „umwandelt“.

(1.2) *Der Einwand von KLEIN/MURPHY*

Mit dem eben Ausgeführten hängt ein weiterer, insbesondere von KLEIN/MURPHY vorgebrachter, Einwand zusammen, nämlich, dass vertikale Mindestpreisbindungen für sich alleine keinen direkten Anreiz für die Händler schaffen, die vom Hersteller gewünschten Dienstleistungen zu erbringen.<sup>274</sup> Vielmehr bestehe die Gefahr, dass einzelne Händler einfach den nun höheren Preis vereinnahmten und trotzdem auf die Erbringung (zumindest eines Teils) der gewünschten Dienstleistungen verzichteten.<sup>275</sup> Dies sei insbesondere in Fällen möglich, in denen der Kunde vor dem Kauf nicht erkennen kann, ob die betreffenden Dienstleistungen erbracht wurden. So müssen z.B. gewisse Biersorten gekühlt zwischengelagert werden, da sie bei Raumtemperaturen rasch verderben. Ob dies geschehen ist, kann der Endverbraucher erst nach getätigtem Kauf beurteilen.<sup>276</sup>

(2) *DORFMAN/STEINER-Theorem*

Eine andere – von SCHERER und ROSS aufgeworfene – These greift auf das sog. DORFMAN/STEINER-Theorem<sup>277</sup> zurück, welches von der folgenden profitmaximierenden Beziehung zwischen Aufwendungen für die Absatzförderung und den erfolgten Verkäufen ausgeht:<sup>278</sup>

<sup>274</sup> KLEIN/MURPHY, 31 J.L. & Econ. 266 und 285 (1988); ähnlich schon YAMEY, Introduction, 14.

<sup>275</sup> Vgl. auch STEINER, 36 Antitrust Bull. 386 (1991).

<sup>276</sup> Das Beispiel stammt von KLEIN/MURPHY (KLEIN/MURPHY, 31 J.L. & Econ. 266 und 280 f. [1988]). Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch KLEIN/MURPHY von der Annahme vollkommener Konkurrenz ausgehen.

<sup>277</sup> DORFMAN/STEINER, 44 Amer. Econ. Rev. 826-836 (1954).

<sup>278</sup> Siehe hierzu SCHERER/ROSS, 543 FN 3;

$$\left( \frac{A}{S} \right) = E_A \left( \frac{P - MC}{P} \right)$$

$E_A$  drückt die Elastizität der Menge der Güter im Verhältnis der Änderung der Aufwendungen für Verkaufsförderung aus. Mit anderen Worten:  $E_A$  ist der Quotient, der Auskunft darüber gibt, welche Steigerung der Verkäufe sich durch eine Erhöhung der Ausgaben für die Verkaufsförderung erzielen lässt.  $A$  sind die Aufwendungen des Händlers für die Verkaufsförderung,  $S$  die vom Händler getätigten Verkäufe.  $P$  ist der Endverkaufspreis.  $MC$  sind die Grenzkosten.  $(P - MC) / P$  ist die Spanne zwischen dem Endverkaufspreis und den Grenzkosten, die nicht durch Verkaufsanstrengungen entstehen. Vertikale Mindestpreisabsprachen vergrößern  $(P - MC)$ .<sup>279</sup>

Die hier beschriebene These geht mit anderen Worten davon aus, dass die Händler umso mehr Aufwendungen für Verkaufsanstrengungen machen werden, je mehr Güter in Reaktion auf solche Anstrengungen verkauft werden.<sup>280</sup> Allfällige supra-normale Gewinne werden dabei jedoch nur dann reduziert, wenn sie neue Händler zum Markteintritt veranlassen.<sup>281</sup>

Auch der Rückgriff auf das DORFMAN/STEINER-Theorem vermag nur begrenzt zu erklären, weshalb die Einführung einer Preisbindung der zweiten Hand eine Steigerung der Verkaufsanstrengungen zur Folge haben soll. Die entscheidende Variable des erwähnten Theorems ist  $E_A$ , deren Grösse wohl häufig nicht bekannt sein dürfte.

### (3) Unterschiede zwischen Gebietsschutz und vertikaler Mindestpreisbindung

Das hier besprochene Modell gilt nach verbreiteter Ansicht *cum grano salis* auch für Gebietsschutzabsprachen.<sup>282</sup> Im Rahmen von Annahme 1 zeigt sich jedoch,

<sup>279</sup> SCHERER/ROSS, 543 FN 3.

<sup>280</sup> SCHERER/ROSS, 543 FN 3; SCHERER, 52 Antitrust L.J. 696 (1983).

<sup>281</sup> SCHERER/ROSS, 543 FN 3.

<sup>282</sup> Vgl. etwa COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 984 (1985); SCHERER/ROSS, 544; BORK, The Antitrust Paradox, 288-291.

dass das dies nur bedingt richtig ist: Gebietsabsprachen führen dazu, dass jeder Händler in seinem Vertragsgebiet ein (Intrabrand-)Monopol erhält. Das heisst aber auch, dass auf Händlerstufe im Vertragsgebiet keine vollkommene Konkurrenz herrscht. Damit akzentuiert sich das beschriebene Begründungsdefizit von Annahme 1. Hier kann – sieht man einmal vom DORFMAN/STEINER-Theorem ab – nur Interbrand-Wettbewerb den Händler zur Erbringung von Dienstleistungen veranlassen.<sup>283</sup> Dieser besteht jedoch gemäss den Modellannahmen nicht, da wir es mit einem monopolistischen Hersteller zu tun haben.

#### (4) *Schlussfolgerung*

Schlussfolgernd lässt sich festhalten, dass sich Annahme 1 (geht man vom Fehlen wirksamen Wettbewerbs bzw. vom Bestehen von Marktmacht auf Hersteller- oder Händlerebene aus) im Modell ohne zusätzliche Annahmen theoretisch nicht ohne weiteres begründen lässt.

Dies heisst jedoch nicht, dass Annahme 1 unzutreffend ist. Praktisch dürfte es häufig so sein, dass sich Händler im Gegenzug zur Einräumung von Gebietschutz bzw. vertikalen Mindestpreisabreden vertraglich zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten und diese auch einhalten. Denn ansonsten ist schwer vorstellbar, weshalb sich der Hersteller zur Einräumung etwa von Gebietsschutz bereit erklären würde bzw. diesen nicht wieder entziehen würde, wenn die Händler ihren vertraglichen Pflichten nicht nachkämen. BORK hat diesen Umstand wie folgt zum Ausdruck gebracht:

„No manufacturer will desire r.p.m. [resale price maintenance] for the mere purpose of giving his resellers a greater-than-competitive return. The extra return would be money out of his pocket and we may safely assume that manufacturers are rarely moved to engage in that variety of philanthropy. The manufacturer who imposes r.p.m., therefore, must be attempting to purchase something for it. What he gets is usu-

<sup>283</sup> AREEDA, Vol. VIII, 152 f. ¶1161c; vgl. auch COMANOR, 62 N.Y.U. L. Rev. 1160 (1987).

ally increased activity by the reseller in providing information, promotional services, and the like.<sup>284</sup>

Anders gewendet ist Annahme 1 unvollständig und muss durch die Annahme ergänzt werden, dass dem Hersteller genügend vertragliche Hilfsmittel zur Verfügung stehen, um die Erbringung der gewünschten Dienstleistungen tatsächlich zu erzwingen.

### ccc) Annahme 2

Eine weitere Annahme des „Chicago-Modells“ besagt, dass die Nachfrage infolge der Auferlegung der vertikalen Mindestpreisbindung steigt. „Anstieg der Nachfrage“ ist dabei nicht gleichzusetzen mit Steigerung der Stückzahl verkaufter Produkte: Im Fall von Abbildung 4 und Abbildung 5 steigt der Absatz des Produktes **gemessen** an der **Stückzahl nicht**. Vielmehr verändern die zusätzlichen Verkaufsanstrengungen der Händler die **Zusammensetzung** bzw. die **Qualität** des Produktes als Ganzes. Verkauft wird nun nicht mehr nur das Produkt als solches sondern ein ganzes Produkt- und Dienstleistungspaket. Dieses besteht aus dem Produkt selbst sowie (neu) den von den Händlern ergriffenen Verkaufsförderungsmaßnahmen (wie beispielsweise Werbung) und den von ihnen erbrachten Dienstleistungen. Im mit Abbildung 6 illustrierten Fall erhöht sich auch die **Stückzahl** der abgesetzten Produkte.<sup>285</sup>

### ddd) Annahme 3

Eine weitere Annahme des hier beschriebenen Modells besteht darin, dass sich die Nachfragekurve in Abbildung 4 und Abbildung 5 sowie Abbildung 6 durch die Erbringung zusätzlicher Dienstleistungen dergestalt verschiebt, dass  $D_1$  und  $D_2$  bzw.  $D_3$  zueinander parallel verlaufen.<sup>286</sup> Eine parallele Verschiebung der Nachfragekurve bedeutet, dass sich der Reservationspreis **aller** Verbraucher

<sup>284</sup> BORK, 76 Yale L.J. 731 (1967); ähnlich die Überlegungen von BOWMAN, 22 U. Chi. L. Rev. 835 f. (1955).

<sup>285</sup> Vgl. zu diesem Problem: BORK, 76 Yale L.J. 733 f. (1967); COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 989 (1985).

<sup>286</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 997 (1985).

erhöht. Mit anderen Worten halten **alle** Verbraucher das Produkt zusammen mit den zusätzlichen Verkaufsdienstleistungen der Händler für wertvoller als ohne diese und sind aus diesem Grunde bereit, für das Produkt mehr zu zahlen.<sup>287</sup> Hintergrund dieser Annahme ist die Auffassung, wonach jede Steigerung des Absatzes des Herstellers eine gesteigerte Befriedigung der Bedürfnisse aller Verbraucher widerspiegelt;<sup>288</sup> eine Überlegung, die nicht immer zutrifft, da sie übersieht, dass der Hersteller bei der Entscheidung darüber, ob und inwieweit die Qualität bzw. die Verkaufsdienstleistungen verändert werden sollen, um den Absatz zu erhöhen, nur auf das Verhalten der marginalen Verbraucher Rücksicht nimmt.<sup>289</sup> Auf diesen von Vertretern der Harvard-School monierten Punkt wird weiter hinten eingegangen.<sup>290</sup>

Vorerst soll gezeigt werden, welches die Folgen der (parallelen) Verschiebung der Nachfragekurve von  $D_1$  nach  $D_2$  bzw.  $D_3$  auf die soziale Wohlfahrt sind.

Halten wir uns zu diesem Zweck Abbildung 5<sup>291</sup> vor Augen, welche mit Abbildung 4 identisch ist, jedoch um zwei schraffierte Flächen ergänzt wurde:

<sup>287</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 997 (1985).

<sup>288</sup> BORK, 75 Yale L.J. 375 (1966), siehe auch 75 Yale L.J. 404 (1966); vgl. hierzu SCHERER, 52 Antitrust L.J. 697 f. (1983); COMANOR/KIRKWOOD, 33 f.

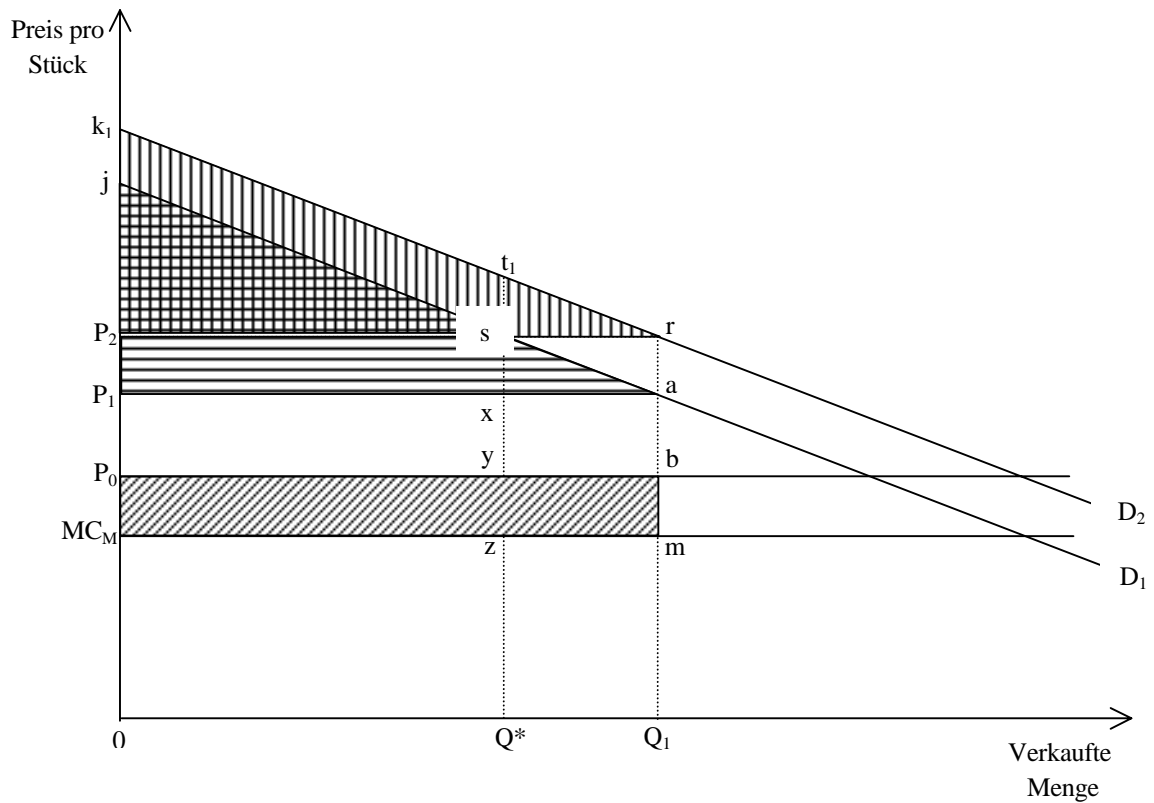
<sup>289</sup> Siehe hierzu einlässlich hinten, S. 87 ff.





<sup>290</sup> Hinten, S. 86 ff.

<sup>291</sup> Entnommen aus: SCHERER/ROSS, 545, Figure 15.1; vgl. auch TELSER, 3 J.L. & Econ. 90 (1960).



Abbildung 5: Wohlfahrtsneutrale vertikale Mindestpreisabsprache



-  Konsumentenrente vor Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung
-  Konsumentenrente nach Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung
-  Konsumentenrente, die von der vertikalen Mindestpreisbindung unberührt bleibt
-  Herstellerrente vor und nach Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung

Die Auswirkungen der vertikalen Mindestpreisbindung auf die soziale Wohlfahrt bestimmen sich nach der Grösse der Summe von Konsumenten- und Herstellerrente. Vorliegend hat die Einführung der Mindestpreisbindung keinen Einfluss auf die Höhe der Herstellerrente sondern bloss einen auf diejenige der Konsumentenrente. Diese wird vorliegend durch die Fläche der Dreiecke  $jaP_1$  (vor

Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung) bzw.  $k_1rP_2$  (**nach** Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung) beschrieben.<sup>292</sup> Wie sich Abbildung 5 entnehmen lässt, hat die vertikale Mindestpreisbindung zur Folge, dass die Konsumentenrente in der Höhe des Vierecks  $P_2saP_1$  entfällt, jedoch den Verbrauchern neu eine Konsumentenrente in der Höhe des Vierecks  $k_1rsj$  zufließt. Von der Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung unberührt bleibt die durch das Dreieck  $jsP_2$  widerspiegelte Konsumentenrente.

Unter den in Abbildung 5 getroffenen Annahmen sind die Flächen  $jaP_1$  und  $kgP_2$  gleich gross.<sup>293</sup> Der durch die vertikale Mindestpreisbindung entstehende Verlust und Zuwachs der Konsumentenrente wiegen sich gegenseitig auf. Ebenso bleibt die Herstellerrente gleich gross. Damit ist die vertikale Mindestpreisbindung wohlfahrtsneutral.

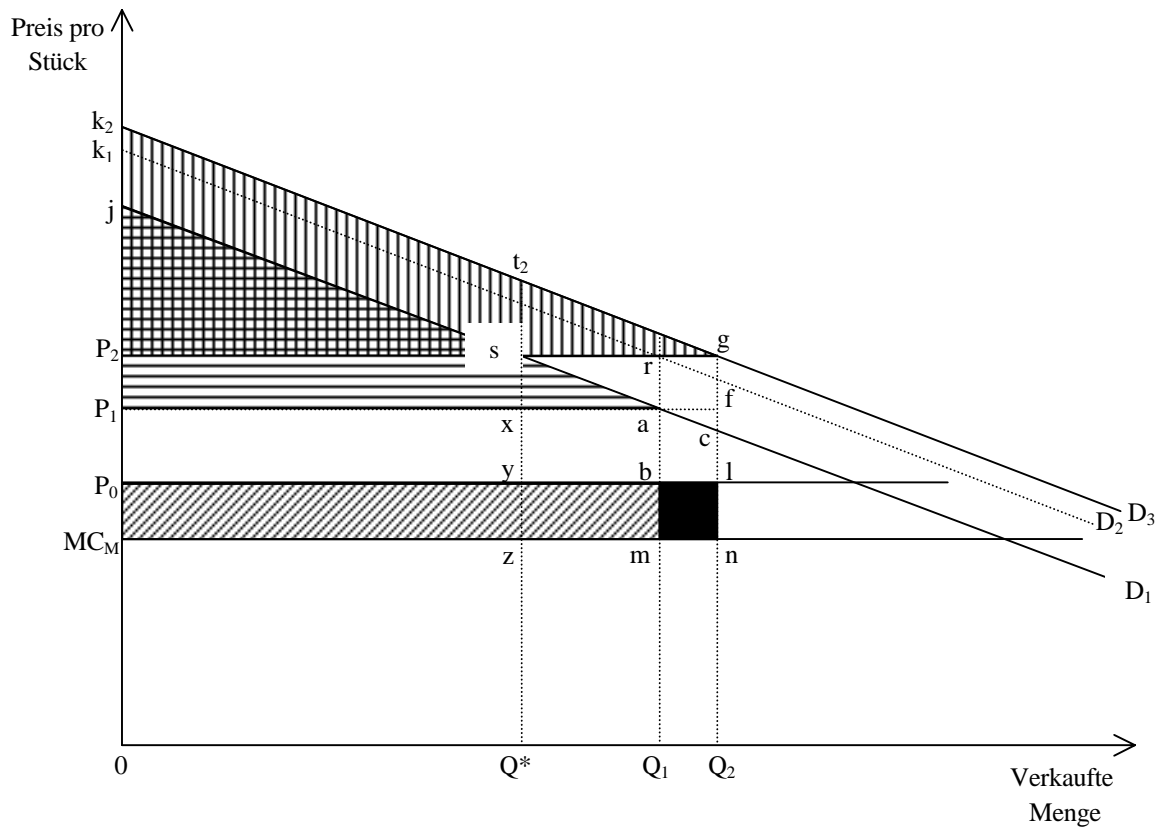
Betrachten wir nun den in Abbildung 6<sup>294</sup> (Seite 85) dargestellten Fall. Hier verschiebt sich die Nachfragekurve nicht auf  $D_2$  sondern auf  $D_3$ , d.h. seitens der Händler werden nicht nur mehr Dienstleistungen erbracht sondern es erhöht sich auch die Stückzahl der abgesetzten Produkte.






<sup>292</sup> Siehe hierzu auch vorn, Abbildung 1, S. 7 ff.

<sup>293</sup> Beweis: Da  $P_2g = P_1a$  und  $P_2k_1 = jP_1 = ra$  ist  $k_1gP_2 = jaP_1$  (SCHERER/ROSS, 545 FN 7).

<sup>294</sup> Entnommen aus: SCHERER/ROSS, 545 Figure 15.2; vgl. auch COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 993 (1985); POSNER, Economic Analysis of Law, 321 Figure 10.2.

Abbildung 6: Wohlfahrtssteigernde vertikale Mindestpreisabsprache



-  Konsumentenrente vor Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung
-  Konsumentenrente nach Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung
-  Konsumentenrente, die von der vertikalen Mindestpreisbindung unberührt bleibt
-  Herstellerrente vor Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung
-  Zusätzliche Herstellerrente nach Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung

Die Fläche des Dreiecks  $k_2gP_2$  ist nun grösser als diejenige von  $jaP_1$ .<sup>295</sup> Nach dem vorhin Gesagten bedeutet dies, dass den Verbrauchern aus der betreffenden vertikalen Mindestpreisbindung per saldo eine höhere Konsumentenrente zufließt: Den Verbrauchern geht die Konsumentenrente in der Höhe des Vierecks  $P_2saP_1$  verloren, gleichzeitig hat die vertikale Mindestpreisbindung das Entstehen einer zusätzlichen Konsumentenrente in der Höhe von  $k_2gsj$  zur Folge. Zudem vergrößert sich auch die Herstellerrente: Wie aus Abbildung 6 hervorgeht, führt die vertikale Mindestpreisbindung zu einer Steigerung des Absatzes von  $Q_1$  auf  $Q_2$ . Die Herstellerrente vergrößert sich damit vom Viereck  $MC_M P_0bm$  auf das Viereck  $MC_M P_0ln$  und hat damit eine zusätzliche Herstellerrente in der Höhe des schwarzen Vierecks  $mbln$  zur Folge<sup>296</sup>. Damit maximiert die vertikale Mindestpreisbindung die soziale Wohlfahrt.

Abbildung 5 und Abbildung 6 machen deutlich, dass das Ausmass der Auswirkungen auf die soziale Wohlfahrt primär von zwei Faktoren abhängt: nämlich erstens von der Höhe der Differenz zwischen  $P_1$  und  $P_2$  und zweitens davon, wie weit sich die Nachfragekurve nach rechts verschiebt, d.h. wie gross der Abstand zwischen  $D_1$  und  $D_2$  ist. Je nachdem ist die betreffende vertikale Mindestpreisbindung wohlfahrtsneutral, -mindernd oder -steigernd.<sup>297</sup>

#### eee) Annahme 4

Das dargestellte Modell setzt überdies voraus, dass alle Händler dieselben Kosten haben. Ob diese Annahme realistisch ist, ist indessen fraglich.<sup>298</sup>

#### fff) Wettbewerbspolitische Schlussfolgerungen

Anhänger des hier beschriebenen Modells neigen der Forderung zu, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere Gebietsschutzabsprachen und vertikalen Mindestpreisbindungen, per se zulässig sein sollten.<sup>299</sup>

<sup>295</sup> Beweis: Da  $P_2g > P_1a$  und  $P_2k_2 > jP_1$  ist  $k_2gP_2 > jaP_1$ .

<sup>296</sup> Differenz zwischen Grosshandelspreis  $P_0$  und den Herstellungskosten  $MC_M$ .

<sup>297</sup> Zum Ganzen: SCHERER/ROSS, 545.

<sup>298</sup> SHARP, 3(3) Contemp. Pol. Issues 41 (1985).

*bb) Die Kritik der sog. Harvard-School: marginale und inframarginale Verbraucher*

Wie bereits angetönt stellten Vertreter der sog. Harvard-School (u.a. COMANOR) die Annahme, dass die Nachfragekurven  $D_1$ ,  $D_2$  bzw.  $D_3$  zueinander parallel verlaufen, in Frage. Sie wiesen darauf hin, dass die einzelnen Verbraucher die von den Händlern unternommenen Verkaufsanstrengungen unterschiedlich hoch wertschätzen.<sup>300</sup> Damit einher ging die Feststellung, dass die Interessen des Herstellers und die Gesamtinteressen der Gesellschaft nicht in jedem Fall deckungsgleich sind.<sup>301</sup>

*aaa) Unterscheidung zwischen marginalen und inframarginalen Verbrauchern*

*(1) Allgemeines*

Ausgangspunkt war dabei die Beobachtung von SPENCE, dass Hersteller bei der Entscheidung über die Festsetzung der Qualität ihrer Produkte (wozu auch die im Rahmen des Verkaufs erfolgenden Dienstleistungen des Händlers zählen) nur die Präferenzen der marginalen Verbraucher berücksichtigen.<sup>302</sup> Denn marginale Verbraucher<sup>303</sup> reagieren zufolge des Umstands, dass ihr Reservationspreis relativ nahe beim aktuell verlangten Preis liegt, empfindlich auf Produktverbesserungen bzw. -änderungen, da diese das Verhältnis zwischen Reservationspreis und tatsächlich verlangtem Preis ändern.

Im Hinblick auf das vorliegende Problem heisst dies folgendes: Nehmen wir an, dass ein marginaler Verbraucher ein Produkt zunächst für weniger wert hält, als es tatsächlich kostet ( $P_1$ ), und es deshalb nicht nachfragt. Nehmen wir weiter an, dass sich der Reservationspreis dieses Verbrauchers, wenn der Händler Dienstleistungen wie Demonstration, Beratung etc. erbringt, dermassen steigern lässt, dass er die Höhe des neuen Verkaufspreises  $P_2$  (der zur Deckung der Kosten für

<sup>299</sup> Siehe etwa BORK, 75 Yale L.J. 404 (1966); POSNER, 48 U. Chi. L. Rev. 6-26 (1981).

<sup>300</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 988-1002 (1985); SCHERER/ROSS, 546-548; SCHERER, 52 Antitrust L.J. 700 FN 23 (1983).

<sup>301</sup> Vgl. COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 990-992 (1985).

<sup>302</sup> SPENCE, 6 BELL J. Econ. 417-429 (1975).

<sup>303</sup> Zum Begriff siehe auch vorn, S. 28.

die zusätzlich erbrachten Dienstleistungen notwendig ist) erreicht bzw. überschreitet. Diesfalls wird der marginale Verbraucher das Produkt nun nachfragen bzw. grössere Mengen davon beziehen. Selbstverständlich ist auch das umgekehrte Szenario möglich, nämlich dass die marginalen Verbraucher die betreffende Qualitätsänderung nicht in dem Umfange wertschätzen, wie der Preis erhöht wird, und deshalb das Produkt nicht mehr bzw. in geringeren Mengen nachfragen.<sup>304</sup>

Demgegenüber sprechen inframarginale Verbraucher<sup>305</sup> weniger stark auf Preiserhöhungen im Gefolge von Produktverbesserungen- bzw. -änderungen an, da sie das betreffende Produkt ohnehin für wertvoller halten, als es momentan kostet. Selbst im Falle, wo sie der Meinung sind, dass eine Änderung der Qualität (z.B. durch die Erbringung zusätzlicher Leistungen seitens der Händler) eine zusätzliche Preissteigerung nicht rechtfertige, fragen sie das Produkt in derselben Menge nach, sofern der Reservationspreis nicht infolge der Preiserhöhung überschritten wird.<sup>306</sup>

Ein Hersteller, der darüber beschliesst, in welchem Umfange Händler durch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen dazu angehalten werden sollen, zusätzliche Dienstleistungen zu erbringen, fällt diese Entscheidung nach dem Gesagten wie bereits eingangs erwähnt **allein** aufgrund der zu erwartenden Reaktionen der marginalen Verbraucher: Wenn sich durch die Erbringung zusätzlicher Dienstleistungen mehr marginale Verbraucher anziehen lassen als abwandern bzw. die marginalen Verbraucher das Produkt per saldo in grösseren Mengen nachfragen, lohnt es sich für den Hersteller, den Händlern die betreffenden vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen aufzuerlegen. Dies gilt – und das ist vorliegend entscheidend – unabhängig von den Präferenzen der inframarginalen Verbraucher, da diese das betreffende Produkt ohnehin nachfragen, solange der erhöhte Verkaufspreis ( $P_2$ ) deren Reservationspreis nicht überschreitet.<sup>307</sup>

<sup>304</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 991 (1985).

<sup>305</sup> Von COMANOR/KIRKWOOD auch „inframarginal consumers“ genannt (COMANOR/KIRKWOOD, 34 f.).

<sup>306</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 991 (1985); siehe dazu auch das Beispiel in AREEDA, Vol. VIII, 166 ¶1612b FN 4.

<sup>307</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 991 (1985); COMANOR/KIRKWOOD, 34; so auch schon WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 966 (1979).

Dieser Befund hat nun wesentliche Auswirkungen auf die Aussage, wonach ein Verhalten, das aus Sicht des Herstellers gewinnbringend ist, auch die soziale Wohlfahrt erhöht. Da zwischen marginalen und inframarginalen Verbraucher zu unterscheiden ist, und der Hersteller seine Entscheidungen nur nach dem Verhalten der ersteren Gruppe richtet, um seinen Gewinn zu maximieren, ist die Annahme, dass die Interessen des Herstellers mit den Interessen **aller** Verbraucher deckungsgleich seien, unrichtig.<sup>308</sup>

Als Beispiel des Erörterten kann folgender Fall dienen: Die in Frage stehenden zusätzlichen Dienstleistungen, zu deren Erbringung die Händler durch die Auferlegung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen veranlasst werden sollen, sind Informationen darüber, wie ein bestimmtes Produkt sachgemäss benutzt wird. Die Verbraucher des betreffenden Produkts bilden zwei Gruppen: Die erste Gruppe kennt die sachgemässe Gebrauchsweise eines Produktes nicht und hält das Produkt (ohne zusätzliche Gebrauchsinformationen) deshalb für weniger wert als die zweite Gruppe, die bereits dessen korrekte Gebrauchsweise kennt und deshalb keine zusätzlichen Informationen mehr benötigt. Angenommen sei nun, dass die erste Gruppe aus marginalen, die zweite Gruppe hingegen aus inframarginalen Verbrauchern besteht. Da die marginalen Verbraucher bereit sind, einen höheren Preis für das Produkt zu zahlen, wenn zusätzlich Informationen über dessen Gebrauchsweise erbracht werden, ist es für den **Hersteller** im Vergleich zur Ausgangslage lohnender, den Händlern vertikale Wettbewerbsbeschränkungen aufzuerlegen. Gleichzeitig erleiden die inframarginalen Verbraucher, welche die zusätzlich angebotenen Informationen ja nicht benötigen, einen Verlust in der Höhe der Preiserhöhung.

<sup>308</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 990-992 (1985); COMANOR/KIRKWOOD, 34; vgl. zum Ganzen auch REY/CABALLERO-SANZ, 14; Continental T.V., Inc., et. al. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 56 (1977); ABl. 1998 C 365/12 Ziff. III.3.2, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen (Konkrete Vorschläge im Anschluss an das Grünbuch).

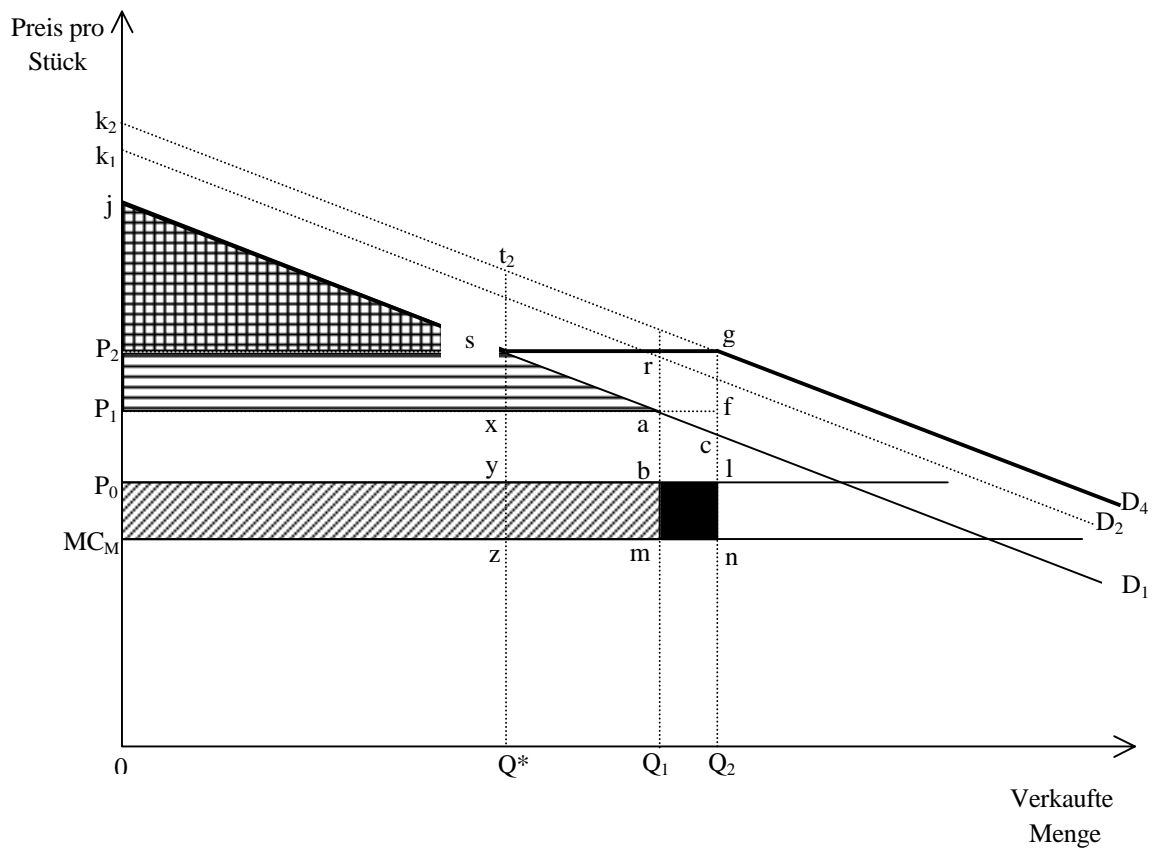
*(2) Graphische Darstellung*






Eine graphische Darstellung eines Extremfalls (Abbildung 7)<sup>309</sup> mag hilfreich sein:

<sup>309</sup> Nach: COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 996 (1985); siehe auch SCHERER/ROSS, 547 Figure 15.3; SCHERER, 52 Antitrust L.J. 700 FN 23 (1983).



Abbildung 7: Wohlfahrtsmindernde vertikale Mindestpreisabsprache



-  Konsumentenrente vor Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung
-  Konsumentenrente nach Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung
-  Konsumentenrente, die von der vertikalen Mindestpreisbindung unberührt bleibt
-  Herstellerrente vor Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung
-  Zusätzliche Herstellerrente nach Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung

Gehen wir von den der Abbildung 6 zugrunde liegenden Verhältnissen aus, nehmen jedoch an, das betreffende Produkt werde von marginalen und inframarginalen Verbrauchern nachgefragt:

Die Preise, zu denen die inframarginalen Verbraucher das Produkt nachfragen, seien die Punkte auf der Strecke  $js$ , diejenigen, zu welchen die marginalen Verbraucher es nachfragen, die Punkte auf der Strecke  $sc$ .<sup>310</sup> Wie bereits dargelegt verändert sich das Nachfrageverhalten der inframarginalen Verbraucher infolge der Erbringung zusätzlicher Dienstleistungen seitens der Händler nicht. Damit verschiebt sich auch deren Nachfragekurve nicht.<sup>311</sup> Anders verhält es sich mit den marginalen Verbrauchern: Vor der Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung wird deren Nachfrageverhalten durch die Punkte auf der Linie  $sc$  beschrieben. Mit der Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung verschiebt sich die Nachfragekurve der marginalen Verbraucher von  $cD_1$  auf  $gD_4$ .<sup>312</sup> Die Nachfragekurve, die das Verhalten aller Verbraucher nach Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung beschreibt, ist nach dem Gesagten  $jsgD_4$ .<sup>313</sup>

Was den Einfluss der vertikalen Mindestpreisbindung auf die soziale Wohlfahrt anbelangt gilt damit folgendes: Vor der Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung hat die Konsumentenrente die durch das Dreieck  $jaP_1$  beschriebene Höhe, nachher diejenige des Dreiecks  $jsP_2$ . Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass im von Abbildung 7 beschriebenen Fall die Konsumentenrente durch die Einführung der vertikalen Mindestpreisbindung verringert wird.<sup>314</sup> Dieser Verlust wird auch nicht durch die zusätzliche Herstellerrente  $mbln$  aufgewogen. Damit hat die vertikale Mindestpreisabsprache eine Verminderung der sozialen Wohlfahrt zur Folge.<sup>315</sup>

<sup>310</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 997 (1985).

<sup>311</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 997 (1985).

<sup>312</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 997 (1985).

<sup>313</sup> Zum Ganzen: COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 997 f. (1985).

<sup>314</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 998 (1985).

<sup>315</sup> Vgl. auch SCHERER/ROSS, 546.

*bbb) Die beiden wichtigsten Faktoren zur Bestimmung der Auswirkungen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen*

Das zu Abbildung 7 Ausgeführte macht deutlich, dass die Auswirkungen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen auf die soziale Wohlfahrt v.a. davon abhängen, ob der Zuwachs der Konsumentenrente auf Seiten der marginalen Verbraucher deren Verringerung auf seiten der inframarginalen Verbraucher überwiegt. Ob dies der Fall ist, hängt von zwei Faktoren ab:<sup>316</sup>

**Erstens** ist entscheidend, wie gross die beiden Gruppen sind. Ist das in Frage stehende Produkt bereits gut auf dem Markt eingeführt, dürfte die Zahl der inframarginalen Verbraucher diejenige der marginalen überwiegen. Diesfalls führen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen tendenziell zu einer Verringerung der sozialen Wohlfahrt.<sup>317</sup>

**Zweitens** ist massgebend, wie gross der Unterschied der Werteinschätzung des Produktes beider Gruppen ist, d.h. um wieviel die marginalen Verbraucher das Produkt (ohne die zusätzlichen Dienstleistungen) für weniger wert als die inframarginalen Verbraucher halten.<sup>318</sup> Wo diese Unterschiede gross sind, ist die Nachfrage unelastisch. In diesen Fällen kann der Hersteller die Preise beträchtlich erhöhen, ohne dass er fürchten muss, dass die inframarginalen Verbraucher das Produkt nicht mehr oder in einer geringeren Menge nachfragen. Auf der anderen Seite führen in Fällen, wo die Nachfrage elastisch ist, schon kleine Preiserhöhungen dazu, dass die (vorher inframarginalen und nun) marginalen Verbraucher das Produkt nicht mehr bzw. in kleineren Mengen nachfragen.<sup>319</sup> Dies kann nicht nur bei hoher Eigenelastizität der Fall sein sondern auch, wenn die Verbraucher schnell auf Produkte anderer Hersteller ausweichen.<sup>320</sup>

<sup>316</sup> Siehe hierzu auch GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 848 (1992).

<sup>317</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 999 (1985).

<sup>318</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 999 f. (1985).

<sup>319</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 1000 (1985).

<sup>320</sup> REY/CABALLERO-SANZ, 14.

*ccc) Märkte, in denen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen tendenziell nicht vorkommen*

Letzteres führte COMANOR zur These, dass in Märkten, wo die Nachfrage sehr elastisch (d.h. die Zahl der marginalen Verbraucher gross) ist, zusätzliche Dienstleistungen nur dann erbracht werden, wenn alle oder zumindest die meisten Verbraucher diese trotz des dadurch erhöhten Preises nachfragen. Mit anderen Worten: Je elastischer die Nachfrage ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein Hersteller zusätzlich übermässige Dienstleistungen fördert bzw. zu diesem Zweck vertikale Wettbewerbsbeschränkungen einsetzt. Gegenteiliges gilt für den Fall einer unelastischen Nachfrage.<sup>321</sup>

*ddd) Wettbewerbspolitische Schlussfolgerungen*

Vertreter der Harvard-School haben aus den ausgeführten Überlegungen im wesentlichen eine wettbewerbspolitische Schlussfolgerung gezogen: Sie stellten die u.a. von BORK verfochtene These in Frage, wonach vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gar keinem anderen Zweck als der Effizienzsteigerung dienen könnten, und forderten statt dessen, dass den Umständen des Einzelfalls stärkere Beachtung zu schenken sei.<sup>322</sup>

COMANOR unterschied zwischen

1. Fällen, wo das betreffende Produkt gut auf einem Markt eingeführt ist, und
2. Fällen, in denen Produkte neu in einem Markt eingeführt werden sollen, bzw. Fällen des Marktzutritts neuer Anbieter.

Bei der ersten Kategorie sind vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nach COMANOR tendenziell wohlfahrtsmindernd, bei der zweiten hingegen tendenziell nicht.<sup>323</sup>

Zu etwas anderen Schlussfolgerungen gelangte SCHERER:

<sup>321</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 1000 (1985).

<sup>322</sup> Vgl. SCHERER/ROSS, 548.

<sup>323</sup> COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 1001 f. (1985).

„[...] vertical restraints are very complex matters. Such restraints can improve efficiency or they can degrade it. [...]

From my own observation, I would say that those cases in which vertical restraints tend to increase efficiency, or are neutral, probably outnumber by a very substantial margin those cases in which vertical restraints are efficiency reducing.“<sup>324</sup>

Ausgehend hiervon formulierte SCHERER folgende Faustregeln:

1. In Branchen, wo auf Herstellerebene eine hohe Konzentration zu verzeichnen ist, ist es wahrscheinlicher, dass sich alle Hersteller zu einer Hochpreispolitik zusammenfinden und infolgedessen die Auswahl an Niedrigpreisangeboten eingeschränkt wird. Wenn dies geschieht, ist es eher möglich, dass die Effizienz vermindert wird.<sup>325</sup>
2. Weiter sind Effizienzverluste denkbar, wenn eine Hochpreispolitik den Markteintritt neuer Händler fördert ohne gleichzeitig zu einer Ausweitung der Nachfrage zu führen. Die hiermit einhergehende Reduktion der Verkaufsumsätze und der Verlust von Economies of Scale kann „Large Scale/Low Price“-Händlern die Existenzgrundlage entziehen. Solche Szenarien sind v.a. bei vertikalen Mindestpreisabsprachen denkbar.<sup>326</sup>
3. Wenn vertikale Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund von Free-Riding-Problemen eingeführt werden, sind sie tendenziell effizienzsteigernd. Wahrscheinlich ist dies insbesondere bei komplizierten Waren. Weniger häufig sind nach SCHERER Free-Riding-Probleme bei wiederholt erworbenen Gütern und solchen, die (z.B. infolge herstellerseitiger Werbung) ein starkes Brandimage haben und deshalb geringerer Werbeanstrengungen des Händlers bedürfen.<sup>327</sup>

<sup>324</sup> SCHERER, 52 Antitrust L.J. 704 (1983).

<sup>325</sup> SCHERER, 52 Antitrust L.J. 704 (1983); vgl. hierzu auch hinten, S. 178 ff.

<sup>326</sup> SCHERER, 52 Antitrust L.J. 704 f. (1983); vgl. auch KRUEGER, 64 Amer. Econ. Rev. 301 (1974); siehe auch hinten, S. 198 ff.

<sup>327</sup> SCHERER, 52 Antitrust L.J. 705 (1983).

Die von SCHERER aufgestellten Faustregeln vermögen den rechtsanwendenden Behörden zumindest Hinweise zu geben, in welche Richtung die Sachverhaltsermittlung zu gehen hat. Allerdings entbinden auch sie nicht davon, die Auswirkungen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelfall zu untersuchen.

*cc) Die Kritik an der Kritik der Harvard-School*

Die beschriebene Kritik der Harvard-School am „Chicago-Modell“ sah sich ihrerseits der Kritik ausgesetzt.

Als irrig beanstandet wurde etwa die Annahme, dass der Grosshandelspreis  $P_0$  vom Hersteller bei Einführung der Preisbindung der zweiten Hand nicht gesenkt wird bzw. dass die Kosten der zusätzlichen Verkaufsanstrengungen seitens der Händler vollständig auf die Verbraucher überwältzt werden.<sup>328</sup>

Zu bedenken gegeben wurde überdies, dass die von SCHERER und COMANOR entwickelten Modelle in der Praxis nicht verwendbar seien, da Gerichte nicht über die Informationen verfügen, um die Menge der marginalen und inframarginalen Verbraucher zu schätzen.<sup>329</sup>

*d) Wann erreicht Free-Riding einen Umfang, der vertikale Wettbewerbsbeschränkungen notwendig macht?*

*aa) Einleitung*

Die vorhergehenden Ausführungen haben die wohlfahrtstheoretischen Auswirkungen von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen u.a. unter dem Aspekt der marginalen und inframarginalen Verbraucher beleuchtet.

<sup>328</sup> Zur Begründung siehe im einzelnen: MARVEL, 63 Antitrust L.J. 68 f. (1994); siehe auch MARVEL/MCCAFFERTY, 28 J.L. & Econ. 370 f. (1985) (dagegen wiederum LEFFLER, 28 J.L. & Econ. 383 [1985] und COMANOR, 98 Harv. L.Rev. 995 [1985] in dessen Modell der Grosshandelspreis gar steigt); vgl. auch (allerdings in anderem Zusammenhang) GOULD/PRESTON, 32 *Economica* 310 f. (1965).

<sup>329</sup> POSNER, *Antitrust Law*, 2. Aufl., 176; AREEDA, Vol. VIII, 173 f. ¶1612e.

Dies ist jedoch nicht der einzige massgebende Aspekt. Ein anderer betrifft die Frage, wann Free-Riding ein Ausmass erreicht, das überhaupt die Auferlegung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen notwendig macht.<sup>330</sup>

Zur Beantwortung dieser Frage mag es nützlich sein, sich vor Augen zu halten, dass sich Free-Riding-Probleme ökonomisch auch als positive externe Effekte beschreiben lassen. Was sind externe Effekte? Externe Effekte sind Einflüsse, die durch die Aktivität einer Wirtschaftseinheit auf andere Wirtschaftseinheiten ausgeübt werden, ohne dass diese Einflüsse über einen Preismechanismus, d.h. über marktgemässige Austauschbeziehungen, gesteuert werden. Anders gewendet: Die Wirtschaftseinheit, welche die Kosten trägt, ist nicht identisch mit derjenigen, die den vollen Nutzen empfängt. Unterschieden wird dabei zwischen positiven und negativen externen Effekten: bei positiven externen Effekten werden die betroffenen Wirtschaftseinheiten durch die Aktivität einer anderen begünstigt, bei negativen erleiden sie einen Nachteil. Ein Beispiel für positive externe Effekte ist (wie erwähnt) Free-Riding. Das klassische Beispiel für negative der Fall, wo ein Fabrikant die Luft verschmutzt, ohne für den hierdurch entstehenden Schaden bezahlen zu müssen.

In der ökonomischen Theorie gilt nun der Satz, dass unter bestimmten Voraussetzungen (wie etwa dem Bestehen vollkommener Konkurrenz) ein Konkurrenzgleichgewicht gleichbedeutend mit der effizienten Faktorallokation ist. Zu diesen Voraussetzungen gehört die Abwesenheit externer Effekte.<sup>331</sup> Das bedeutet u.a.: Externe Effekte sind nach dem besagten Satz unerwünscht, da sie zu einer ineffizienten Faktorallokation führen und damit die soziale Wohlfahrt vermindern.

<sup>330</sup> Vgl. ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 1, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“; vgl. auch ABl. 1998 C 365/12, Ziff. III.3.1., Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen (Konkrete Vorschläge im Anschluss an das Grünbuch); COMANOR, Introduction, 14 f.

<sup>331</sup> SCHLIEPER, Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Band 2, 530 Stichwort „Externe Effekte“; GABLER Wirtschafts-Lexikon, Band I, Spalte 1710, Stichwort „Externe Effekte“.

*bb) Wünschbarkeit der Abwesenheit externer Effekte?*

Konsequent zu Ende gedacht könnte dieser Umstand in der wettbewerbspolitischen Forderung münden, externe Effekte nach Möglichkeit zu eliminieren. Ein solches Postulat ist jedoch nicht sinnvoll:

Erstens ist Free-Riding eine sozial vielfach akzeptierte Erscheinung:

„My neighbors do not compensate me for the satisfaction my garden brings them. Their free ride on my garden reduces the likelihood that I will spend enough on gardening to maximize the satisfaction of all who benefit from it and would be willing to pay for it. An entrepreneur who first ‘invents’ the self-service supermarket receives none of the benefits accruing to his imitators and their customers; they free ride on the innovator’s genius and risk-taking expenditures. Were free riders made to pay the innovator for the benefits received, the incentives for creating such beneficial innovations would be greater. As these simple cases illustrate, free riding on the positive externalities created by others is everywhere, and society does little to eliminate it.“<sup>332</sup>

Die beschriebene gesellschaftliche Gleichgültigkeit gegenüber gewissen Formen des Free-Ridings hat verschiedene Gründe:

- a) Einmal stehen in manchen Fällen die zur Verhinderung von Free-Riding notwendigen Aufwendungen in keinem vernünftigen Verhältnis zu den zu erwartenden Vorteilen.<sup>333</sup>
- b) Überdies können die Anreize beispielsweise zur Entwicklung von Innovationen trotz positiver externer Effekte genügend gross sein.<sup>334</sup>

Drittens ist auf folgendes Dilemma hinzuweisen: Einerseits kann Free-Riding dazu führen, dass z.B. ein Erfinder die Kosten seiner Innovationen nicht amortisieren kann, und damit letztlich den Anreiz zur Schaffung von Innovationen be-

<sup>332</sup> AREEDA, Vol. VIII, 180 ¶1613b; siehe auch CARLTON/PERLOFF, 82.

<sup>333</sup> AREEDA, Vol. VIII, 180 f. ¶1613b.

<sup>334</sup> AREEDA, Vol. VIII, 181 ¶1613b.



seitigen, was unter Aspekten der dynamischen Effizienz problematisch ist. Andererseits führen die mit der Verhinderung des Free-Ridings einhergehenden Kostensteigerungen (z.B. infolge Transaktionskosten) dazu, dass von den betreffenden Innovationen kein oder weniger Gebrauch gemacht wird, als dies gerade aus Gesichtspunkten der dynamischen Effizienz erwünscht wäre.<sup>335</sup>

Zur Lösung dieses Dilemmas ist für den Fall von Erfindungen vorgeschlagen worden, dem jeweiligen Erfinder einer Innovation deren Wert zu erstatten und der Allgemeinheit gleichzeitig den unentgeltlichen Gebrauch zu gewähren. Diese Lösung wäre indessen mit viel Aufwand verbunden und wird u.a. deshalb in der Praxis selten gewählt.<sup>336</sup>

Einen anderen Weg hat der Gesetzgeber im Patent- und Urheberrecht eingeschlagen: Dem Erfinder/Urheber wird für eine beschränkte Zeit ein Ausschliesslichkeitsrecht gewährt.<sup>337</sup> Diese Lösung berücksichtigt indessen die je nach Erfindung erheblich unterschiedlichen Entwicklungskosten nicht. Für die Erteilung des Patentrechts ist es mit anderen Worten nicht relevant, ob die betreffende Entwicklung teuer oder billig war. Zudem lässt diese Lösung ausser Acht, ob im Einzelfall die Innovation ohne die Gewährung des Ausschliesslichkeitsrechts unterbliebe bzw. ob imitatorisches Verhalten wahrscheinlich ist.<sup>338</sup>

### cc) *Ergebnis und Schlussfolgerungen*

Die obigen Ausführungen zeigen, dass nicht jedes noch so geringe Free-Riding-Problem vertikale Wettbewerbsbeschränkungen notwendig macht. Ungeklärt ist indessen, wo die Grenze zu ziehen ist.

<sup>335</sup> AREEDA, Vol. VIII, 181 ¶1613b; vgl. auch das Brückenbeispiel von AREEDA, „Yet another model [...] is a bridge across a river; to simplify, assume that the bridge is ample for all conceivable traffic and that its life is unaffected by use. Because the marginal resource cost of using the bridge is zero, the reduction in usage that would result from a toll would impair consumer welfare.“ (AREEDA, Vol. VIII, 181 ¶1613b).

<sup>336</sup> AREEDA, Vol. VIII, 181 ¶1613b.

<sup>337</sup> AREEDA, Vol. VIII, 181 ¶1613b; zur ökonomischen Fundierung dieses Ansatzes siehe statt vieler SCHERER/ROSS, 622-624.

<sup>338</sup> Vgl. auch AREEDA, Vol. VIII, 181 f. ¶1613b; eine weitergehende Diskussion der Probleme beispielsweise des Patentschutzes findet sich in SCHERER/ROSS, 624-630.

Ein u.U. gangbarer Weg dürfte in der Beantwortung der folgenden Frage liegen: Unterbleibt der Vertrieb in der angestrebten Form, wenn die betreffenden Wettbewerbsbeschränkungen verboten werden? Wenn ja, so sind die betreffenden Wettbewerbsbeschränkungen notwendig, sofern kein Mittel vorhanden ist, das den Wettbewerb weniger beschränkt und mit derselben Sicherheit zum gleichen Ziel führt.

Hinweise, ob dies der Fall ist, kann neben einer Abklärung der Erwartungshaltung der an der Absprache beteiligten Parteien auch die Untersuchung der Frage geben, ob das Free-Riding wirklich „free“ ist, d.h. ob allfällige konkurrierende Händler tatsächlich ohne weiteres von den Anstrengungen des betreffenden Händlers profitieren können, ohne selbst bedeutsame Ausgaben tätigen zu müssen. Überdies mag es sein, dass sich der Händler dadurch, dass er als erster auf dem Markt auftritt, den Ruf eines Pioniers erwirbt und dadurch so grosse Reputationsvorteile erringt (sog. First-Mover-Vorteil),<sup>339</sup> dass der hierdurch erreichte Vorsprung vor der Konkurrenz nach einer Anlaufphase die Free-Riding-Probleme aufwiegt.<sup>340</sup>

#### e) *Schlussfolgerungen*

In Anbetracht des Ausgeführten dürften vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (insbesondere Gebietsschutzabsprachen) zumal bei folgenden Produkten der Beseitigung von Free-Riding-Problemen dienen und die soziale Wohlfahrt maximieren:

##### 1. komplexe oder technische Waren,

<sup>339</sup> Siehe hierzu auch SCHMALENSEE, 72 Amer. Econ. Rev. 349-365 (1982); BOND/LEAN, Sales, Promotion, and Product Differentiation in Two Prescription Drug Markets, passim; BOND/LEAN, Consumer Preference, Advertising and Sales: On the Advantage from Early Entry, passim; SCHERER/ROSS, 572-592 m.w.H.; interessant ist auch eine empirische Studie von AGARWAL/GORT, 44 J.L. & Econ. 161-177 (2001), die gezeigt haben, dass die Zeitspanne zwischen Innovation und Nachahmung im Zeitraum von 1887–1986 von durchschnittlich 33 auf 3.4 Jahre gesunken ist. Dies könnte nahelegen, dass First-Mover-Vorteile u.U. an Bedeutung verloren haben, eine These, die allerdings insbesondere im Hinblick auf Brand-Image-First-Mover-Vorteile genauerer Untersuchung bedürfte.

2. Waren, die tendenziell einmalig und nicht wiederholt erworben werden,
3. Waren, bei denen die Produktkenntnis der Verbraucher relativ begrenzt ist,<sup>341</sup>
4. Waren, bei denen Preis- und Qualitätsvergleiche vor dem Kauf schwierig sind (sog. Experience Products),
5. Waren, die auch nach dem Kauf/Verbrauch schwierig zu beurteilen sind (sog. Credence Products),
6. Waren, die ein unscharfes oder schwaches Markenimage haben,
7. Waren, die sich auf dem Markt noch nicht durchgesetzt haben.<sup>342</sup>

Zu denken ist dabei einmal an den Fall, dass das betreffende Produkt neu eingeführt, neu in einem bestimmten geographischen Markt vermarktet oder ein bis anhin geringer Marktanteil vergrößert werden soll. Free-Riding-Probleme sind – wie die obige Aufzählung zeigt – indessen nicht auf Vermarktungsschwierigkeiten in einer Anlaufzeit beschränkt. Sie können auch bei der Einführung von Nachfolgemodellen oder verbesserten Produkten etablierter Hersteller<sup>343</sup> auftreten oder infolge der Eigenschaften des betreffenden Produkts auch nach einer Anlaufzeit bestehen bleiben.<sup>344</sup>

Anzumerken ist, dass Free-Riding-Probleme nach einer gewissen Zeit wegfallen können, so etwa, wenn das Publikum mit den Eigenschaften des Produktes vertraut geworden ist, oder das betreffende Erzeugnis ein scharfes Image gewonnen hat.<sup>345</sup>

<sup>340</sup> Analoge Überlegungen zum Patentrechtsschutz finden sich bei SCHERER/ROSS, 626-628.

<sup>341</sup> Vgl. auch COMANOR, 98 Harv. L. Rev. 1001 f. (1985); SCHERER, 52 Antitrust L.J. 705 (1983) und vorn, S. 94 f.

<sup>342</sup> Vgl. auch Grünbuch über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, KOM(96) 721 endg., 29 (Tabelle 2); DOBSON/WATERSON, 56; ABl. 2000 C 291/34 Rz 174, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; SCHERER/ROSS, 551 f.

<sup>343</sup> Vgl. das Beispiel der Einführung einer neuen Sorte von Getreide- und Sojabohnenherbiziden durch Monsanto bei WARREN-BOULTON, 368-370, 377-383; Monsanto Company v. Spray-Rite Service Corporation, 465 U.S. 752, 755-757 [1984]); wohl a.M. AREEDA, Vol. VIII, 230 ¶1617a3.

<sup>344</sup> Vgl. auch Continental T.V., Inc., et. al. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 55, 58 FN 29 (1977) und die Fallstudie von KATZ, 27 J. Ind. Econ. 85-95 (1978).

<sup>345</sup> Vgl. etwa BOWMAN, 22 U. Chi. L. Rev., 843 (1955); SCHERER, 52 Antitrust L.J. 705 (1983); SCHERER/ROSS, 552 f.

Tendenziell wohlfahrtsschädigend sind vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Gesagten umgekehrt bei Waren, die keines der oben aufgeführten Merkmale haben, insbesondere wenn es sich dabei um billige Waren handelt<sup>346</sup>.

In diesem Zusammenhang wird die Auffassung vertreten, dass insbesondere vertikale Gebietsschutzabsprachen bei „Mars-Schokoriegel[n], Nivea-Deos, Ferienerreisen, Möbelstücke[n], Bürobedarf, Swatch-Uhren, Zeitschriften“<sup>347</sup>, „Pharmaprodukte[n], Parfums, Zigaretten, Kleider[n], Schuhe[n], Film- und Fotokameras, High-Tech-Geräte[n]“<sup>348</sup> etc. verwendet werden, um diese Produkte in der Schweiz zu überhöhten Preisen zu verkaufen, ohne dass sich dies z.B. durch Free-Riding-Probleme rechtfertigen liesse.<sup>349</sup> Inwiefern dieser Vorwurf zutrifft, ist schwer zu beurteilen, da soweit ersichtlich aussagekräftige empirische Studien fehlen. Zu erinnern ist allerdings daran, dass viele der genannten Güter Merkmale der auf Seite 100 f. aufgeführten Produkte haben. Gerade auch Erzeugnisse wie beispielsweise Nivea-Crèmen und –Deodorants bedürfen regelmässig umfangreicher Werbemassnahmen, insbesondere anlässlich der (immer wieder erfolgenden) Einführung neuer Produktlinien. Festzuhalten ist auch, dass gerade bei Produkten, die unter einer Brand an Endverbraucher vertrieben werden, auch nach einer Anlaufphase Werbemassnahmen notwendig und deshalb Free-Riding-Probleme akut bleiben können.<sup>350</sup>

## 2. „Klassische“ Free-Riding-Probleme auf Herstellerstufe

### a) *Das Problem*

Free-Riding-Probleme können nicht nur auf Händler- sondern auch auf Herstellerstufe entstehen.

<sup>346</sup> Hierzu SCHERER/ROSS, 551: „[...] the free-riding argument applies mainly for purchases of reasonably high value. The consumer who secures from her friendly local hardware store a ten-minute demonstration of a \$1.79 potato peeler’s merits and then makes a special trip to the discount house to buy one is a candidate for something other than center stage in economic theory of shopping behavior“.

<sup>347</sup> ZÄCH, Weltwoche vom 4. April 2002, Nr. 14, S. 21.

<sup>348</sup> ZÄCH, FS Jaeger, 376.

<sup>349</sup> Vgl. ZÄCH, FS Jaeger, 376 f.; ZÄCH, Weltwoche vom 4. April 2002, Nr. 14, S. 21.

<sup>350</sup> Siehe auch die Fallstudie von KATZ, 27 J. Ind. Econ. 85-95 (1978).

Zu denken ist an den Fall, dass ein Hersteller Werbemaßnahmen in den Räumlichkeiten des Händlers finanziert (Inneneinrichtung aus auserlesenen Materialien, gut ausgebildetes und exklusiv gekleidetes Verkaufspersonal etc.). Durch diese Maßnahmen werden auch Kunden der Wettbewerber des Herstellers angezogen, welche in der Folge jedoch u.U. nicht die Produkte des erstgenannten Herstellers sondern diejenigen seiner Konkurrenten kaufen.<sup>351</sup> Letztgenannte erhalten somit durch die Werbemaßnahmen des erstgenannten Herstellers einen „Free Ride“.

Gleiches gilt, wenn ein Hersteller Personal seines Händlers ausbildet oder ihm Know-how überträgt und die hierdurch erlangten Fertigkeiten bzw. das so erlangte Know-how vom Händler auch für den Vertrieb von Erzeugnissen anderer Hersteller verwendet werden können.<sup>352</sup>

Ein weiteres Beispiel ist der Fall, in dem ein Hersteller seinem Händler eine Liste potentieller Kunden übermittelt und der Händler diese Kunden auch mit Produkten konkurrierender Hersteller umwirbt bzw. beliefert.<sup>353</sup>

In all‘ diesen Fällen erhalten die konkurrierenden Hersteller einen „Free Ride“ und können die daraus resultierenden Kostenvorteile z.B. in tieferen Preisen ummünzen. Dies kann wie beim Free-Riding-Problem auf Händlerstufe die Folge haben, dass keiner der Hersteller (oder nur noch ein geringer Teil) die genannten Maßnahmen zur Absatzförderung trifft, weil er seinen Konkurrenten keinen „Free Ride“ gewähren will, und/oder weil er hofft, einen solchen von Dritten zu erhalten, und/oder weil er befürchtet, infolge des Free-Ridings seiner Konkurrenten die anfallenden Kosten mit seinen Einkünften nicht mehr decken zu können.<sup>354</sup>

<sup>351</sup> Vgl. MARVEL, 25 J.L. & Econ. 7-11 (1982); ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 1, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; KATZ, Handbook of Industrial Organization I, 696; DOBSON/WATERSON, 16; CARLTON/PERLOFF, 405.

<sup>352</sup> Vgl. MARVEL, 25 J.L. & Econ. 7-11 (1982); ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 1, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; DOBSON/WATERSON, 16; CARLTON/PERLOFF, 405.

<sup>353</sup> CARLTON/PERLOFF, 405.

<sup>354</sup> Vgl. CARLTON/PERLOFF, 405.

Wie beim Free-Riding-Problem auf Händlerstufe entstehen die genannten Probleme dann nicht, wenn es dem betreffenden Hersteller ohne weiteres möglich ist, seine Dienstleistungen separat an den Händler zu verkaufen.

*b) Lösungsmöglichkeiten*

*aa) Markenzwang und Mindestabnahmepflichten*

Free-Riding-Probleme der geschilderten Art können u.a. durch Markenzwang gelöst werden.<sup>355</sup> Unter Markenzwang ist dabei die Pflicht zu verstehen, neben dem oder den Produkten eines bestimmten Herstellers keine Erzeugnisse anderer Hersteller zu vertreiben.<sup>356</sup> Ähnliche Wirkungen wie Markenzwang können Mindestabnahmepflichten haben, da sie – je nach Höhe der abzunehmenden Menge – die Möglichkeit des Händlers einschränken, gleichzeitig Produkte anderer Hersteller zu vertreiben.

*bb) Nachvertragliche Wettbewerbsverbote*

Geht es um den Schutz von Know-how, so kann sich u.U. auch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot aufdrängen.<sup>357</sup>

*c) Marginale und inframarginale Verbraucher*

Wie beim Free-Riding auf Händlerstufe können die genannten vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen (sc. Markenzwang, Mindestabnahmepflichten und nachvertragliche Wettbewerbsverbote) auch wenn sie Free-Riding-Probleme auf Her-

<sup>355</sup> MARVEL, 25 J.L. & Econ. 6-11 (1982); HEIDE/DUTTA/BERGEN, 41 J.L. & Econ. 390 (1998); DOBSON/WATERSON, 16 f.; CARLTON/PERLOFF, 405; KATZ, Handbook of Industrial Organization I, 697; ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 1, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 1, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“.

<sup>356</sup> Zum geringfügig anderen Begriff der Leitlinien für vertikale Beschränkungen siehe: ABl. 2000 C 291/21 Rz 106, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

<sup>357</sup> CARLTON/PERLOFF, 405; ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 1, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 1, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“.

stellerebene beseitigen, die soziale Wohlfahrt mindern, wenn hiermit nur die Bedürfnisse der marginalen, nicht jedoch aller Verbraucher zusammen, berücksichtigt werden. Diesbezüglich können die zum Free-Riding-Problem auf Händlerstufe gemachten Überlegungen analog Geltung beanspruchen.<sup>358</sup>

d) *Notwendigkeit*

Wie beim Free-Riding auf Händlerstufe muss auch das Free-Riding auf Herstellerstufe einen bestimmten Umfang annehmen und kann mit der Zeit entfallen. Im Hinblick auf die damit entstehende Frage, wann Free-Riding die genannten vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen notwendig macht, kann analog das zum Free-Riding-Problem auf Händlerstufe Ausgeführte verwiesen werden.<sup>359</sup>

Entscheidend ist somit, ob die vom Hersteller ergriffenen Massnahmen unterbleiben würden, wenn den Beteiligten die Auferlegung der Wettbewerbsbeschränkungen untersagt wäre. Ist dies der Fall, so rechtfertigt das betreffende Free-Riding-Problem die Wettbewerbsbeschränkungen (sofern kein Mittel vorhanden ist, das den Wettbewerb weniger beschränkt und mit derselben Sicherheit zum Ziel führt). Was Free-Riding im Hinblick auf Know-how anbetrifft, kann zusätzlich auch die in der Gruppenfreistellungsverordnung der EG für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen verwendete Definition des Begriffs Know-how beigezogen werden. Danach ist Know-how

„eine Gesamtheit nicht patentierter praktischer Kenntnisse, die der Lieferant durch Erfahrung und Erprobung gewonnen hat und die geheim, wesentlich und identifiziert sind; hierbei bedeutet ‚geheim‘, dass das Know-how als Gesamtheit oder in der genauen Gestaltung und Zusammensetzung seiner Bestandteile nicht allgemein bekannt und nicht leicht zugänglich ist; ‚wesentlich‘ bedeutet, dass das Know-how Kenntnisse umfasst, die für den Käufer zum Zwecke der Verwendung, des Verkaufs oder des Weiterverkaufs der Vertragswaren oder -dienstleistungen unerlässlich sind; ‚identifiziert‘ bedeutet, dass das Know-how umfassend genug beschrieben ist, so dass überprüft

<sup>358</sup> Siehe hierzu vorn, S. 87 ff.

<sup>359</sup> Siehe hierzu vorn, S. 96 ff.

werden kann, ob es die Merkmale ‚geheim‘ und ‚wesentlich‘ erfüllt.<sup>360</sup>

Erfüllt das in Frage stehende Know-how diese Voraussetzungen, so dürften die Free-Riding-Probleme ein Ausmass haben, das die Auferlegung der genannten vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen notwendig macht.

#### e) *Schlussfolgerungen*

Im Hinblick auf die Frage, bei welchen Produkten die Beseitigung von Free-Riding-Problemen auf Herstellerstufe die soziale Wohlfahrt maximiert, kann sinn-gemäss auf frühere Ausführungen verwiesen werden.<sup>361</sup>

### 3. Unterschiedliche Werbestrategien in verschiedenen Märkten

Eine Variante des Free-Riding-Problems stellt das Problem der unterschiedlichen Werbestrategien in verschiedenen Märkten dar.

#### a) *Tragung der Werbekosten durch den Händler bzw. den Hersteller*

##### aa) *Das Problem*

Es gibt Fälle, in denen der Hersteller den überwiegenden Teil der Werbung in seinen angestammten Märkten selbst finanziert und es in den übrigen Gebieten seinen Händlern (vielfach Alleinvertriebshändlern) überlässt, die Werbung zu übernehmen (d.h. insbesondere: für deren Kosten aufzukommen). Gründe dafür können Grössenvorteile oder die bessere Vertrautheit mit den lokalen Marktverhältnissen sein.<sup>362</sup> Die Verfolgung von je nach Gebiet unterschiedlichen Werbestrategien hat u.U. unterschiedliche Grosshandelspreise zur Folge: In den Grosshandelspreisen der Waren, die für den Verkauf in die angestammten Märkte bestimmt sind, sind die Werbeaufwendungen des Herstellers bereits miteinberech-

<sup>360</sup> Art. 1 Bst. f VO (EG) Nr. 2790/1999.

<sup>361</sup> Vorn, S. 100 ff.

<sup>362</sup> Vgl. hierzu auch PRESTON, 30 Law & Contemp. Probs. 512 (1965); TRAVERS/WRIGHT, 75 Harv. L. Rev. 834 (1962); CARLTON/PERLOFF, 404 f.



net. Anders ist dies bei den Waren, die für den Wiederverkauf in den anderen Märkten bestimmt sind. Hier sind die Grosshandelspreise niedriger, da die Händler ja die Werbung selbst finanzieren müssen. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass für letztgenannte Händler ein starker Anreiz besteht, Parallelimporte in Gebiete vorzunehmen, in denen der Hersteller die Werbung betreibt.

*bb) Lösungsmöglichkeiten*

Bei Verhältnissen wie den geschilderten ist es u.U. geboten, Händlern zu verbieten, die Vertragswaren in die angestammten Märkte des Herstellers zu reimportieren, um ein Trittbrettfahren mit Bezug auf die Werbeaufwendungen des Herstellers zu verhindern. Probates Mittel hierzu sind Gebietsschutzabsprachen.<sup>363</sup>

*b) Hohe Werbeaufwendungen im neu zu erschliessendem Markt*

*aa) Das Problem*

Ähnliches gilt, wenn ein Produkt in einem Markt neu eingeführt wird bzw. dessen geringer Marktanteil gesteigert werden soll, während es z.B. im Heimmarkt bereits gut etabliert ist. In solchen Fällen können im Vergleich zum Markt, wo das Produkt bereits gut etabliert ist, hohe Werbeaufwendungen notwendig sein. Diese hohen Marktbearbeitungskosten werden in der Regel zur Folge haben, dass die Preise im betreffenden Markt höher angesetzt werden müssen. In solchen Fällen haben nun die Händler von Gebieten, wo das betreffende Produkt gut eingeführt ist, einen starken Anreiz, Parallelexporte vorzunehmen und auf diese Weise auf den Werbeanstrengungen des betreffenden Alleinvertriebshändlers Trittbrett zu fahren.

<sup>363</sup> ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 3, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“.

*bb) Lösungsmöglichkeiten*

Wiederum sind Gebietsschutzabsprachen ein geeignetes und u.U. notwendiges Mittel, um das geschilderte Free-Riding zu verhindern.<sup>364</sup>

Ein bekanntes Beispiel ist der *Distillers*-Fall. Die DCL-Gruppe produzierte und vertrieb u.a. Whisky. Der Vertrieb erfolgte im Vereinigten Königreich direkt über den Grosshandel und in den kontinentaleuropäischen Ländern über Alleinvertriebshändler.<sup>365</sup> Schottischer Whisky war im Vereinigten Königreich 1976 ein gut eingeführtes Getränk (ca. 50% Marktanteil)<sup>366</sup>. Der Markt des Vereinigten Königreichs hatte die Marktphase der „Sättigung“ erreicht. Die kontinentaleuropäischen Märkte waren hingegen Wachstumsmärkte, wo schottischer Whisky mit alteingeführten und beliebten inländischen Erzeugnissen konkurrierte. Der Marktanteil von schottischem Whisky war in diesen Staaten bescheiden (3 – 9%),<sup>367</sup> was erhebliche Werbeanstrengungen notwendig machte. Dies wiederum führte dazu, dass die Grossistenpreise der Distillers-Produkte in den kontinentaleuropäischen Ländern erheblich höher als im Vereinigten Königreich angesetzt werden mussten.<sup>368</sup> Um zu verhindern, dass Parallelimporte aus dem Vereinigten Königreich das kontinentaleuropäische Vertriebsnetz zerschlugen, führte die DCL-Gruppe einen Gebietsschutz ein.<sup>369, 370</sup>

<sup>364</sup> ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff 2, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; siehe im übrigen vorn, S. 67.

<sup>365</sup> ABl. 1978 L 50/17, The Distillers Company Limited – Verkaufs- und Preisbedingungen; EuGH, 10. 7. 1980, Rs. 30/78, Slg. 1980, 2231 f., Distillers Company/Kommission.

<sup>366</sup> ABl. 1978 L 50/23, The Distillers Company Limited – Verkaufs- und Preisbedingungen; EuGH, 10. 7. 1980, Rs. 30/78, Slg. 1980, 2231, Distillers Company/Kommission.

<sup>367</sup> EuGH, 10. 7. 1980, Rs. 30/78, Slg. 1980, 2239, Distillers Company/Kommission; Rs. 30/78, Slg. 1980, 2284 f., Schlussanträge des Generalanwalts Warner; eine Ausnahme bestand bezüglich Belgien, in dem schottischer Whisky einen Anteil von 36% hatte.

<sup>368</sup> Vgl. EuGH, 10. 7. 1980, Rs. 30/78, Slg. 1980, 2247, Distillers Company/Kommission.

<sup>369</sup> ABl. 1978 L 50/18 f., The Distillers Company Limited – Verkaufs- und Preisbedingungen.

<sup>370</sup> Der geschilderte Gebietsschutz wurde von der Europäischen Kommission u.a. wegen des Fehlens einer Anmeldung zur Freistellung gemäss Art. 85 Abs. 3 EWGV als mit Art. 85 EWGV unvereinbar beurteilt und verboten (ABl. 1978 L 50/28 Ziff. 2.2.2. sowie S. 30, The Distillers Company Limited – Verkaufs- und Preisbedingungen). Der EuGH schützte die Entscheidung der Europäischen Kommission (EuGH, 10. 7. 1980, Rs. 30/78, Slg. 1980, 2264 Rz 24, 2265 Rz 28 f., 2266, Distillers Company/Kommission).

#### 4. Probleme im Zusammenhang mit Wechselkursschwankungen

##### a) *Das Problem*

Free-Riding-Probleme können im internationalen Handel auch durch Wechselkursschwankungen entstehen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Herstellungs- im Verhältnis zu den Vertriebskosten klein sind. Am besten kann dies anhand eines Beispiels gezeigt werden: Ein Produkt wird in Frankreich hergestellt und in Frankreich und den USA vertrieben. Im Laufe der Zeit gewinnt der US-Dollar gegenüber dem französischen Franc drastisch an Wert. Dies hat zur Folge, dass die Werbung in den USA im Verhältnis zu derjenigen in Frankreich teurer wird, der amerikanische Händler deshalb im Verhältnis zum französischen grössere Werbeausgaben hat. Ist der Anteil der Werbeausgaben am Endverkaufspreis gross, wird der französische Händler einen grossen Anreiz haben, Parallelexporte in die USA vorzunehmen und auf diese Weise auf den Werbebemühungen des amerikanischen Kollegen Trittbrett zu fahren.<sup>371</sup>

##### b) *Lösungsmöglichkeiten*

###### aa) *Gebietsschutzabsprachen*

Zur Lösung des beschriebenen Problems bieten sich v.a. Gebietsschutzabsprachen an. Je nach Höhe der Wechselkursschwankungen kann dabei ein absoluter Gebietsschutz notwendig sein.<sup>372</sup>

###### bb) *Vertikale Mindestpreisbindung*

Preisbindungen der zweiten Hand können die Anreize zum Free-Riding beseitigen und damit mittelbar Trittbrettfahren verhindern. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Händler verpflichtet werden, bei Parallelexporten in fremde Gebiete die jeweils dort geltenden Preise einzuhalten.

sion). Die Europäische Kommission stellte allerdings später einen modifizierten Gebietsschutz für eine Dauer von drei Jahren frei (ABl. 1983 C 245/3 Rz 11 f., The Distillers Company p.l.c.).

<sup>371</sup> Ausführlich CARLTON/PERLOFF, 570-575; LEXECON, 8 f.

<sup>372</sup> Siehe im übrigen auch vorn, S. 67.

cc) *Andere Lösungsmöglichkeiten*

Für weitere Lösungsmöglichkeiten sei auf frühere Ausführungen verwiesen.<sup>373</sup>

### III. Investitionsschutzproblem

#### 1. Das Problem

a) *Allgemeines*

Eine gewisse Nähe zum Free-Riding-Problem hat das sog. Investitionsschutzproblem. Was ist darunter zu verstehen?

Der erfolgreiche Vertrieb bestimmter Waren verlangt zum Teil grössere Investitionen z.B. für Werbung, Beratung, Vorführung, ganz allgemein Kundendienst und eine ausreichende Lagerhaltung, welche die kontinuierliche Befriedigung der Nachfrage nach den Vertragswaren gewährleistet.

Dies gilt in besonderem Masse für Fälle, in denen ein Hersteller in einen bis anhin nicht bedienten Markt neu eintreten, ein neues Produkt auf den Markt bringen oder seine bis anhin schwache Marktposition ausbauen will, jedoch auch in Fällen, wo z.B. Nachfolgemodelle oder verbesserte Versionen eines bestimmten Produktes auf den Markt gebracht werden sollen.<sup>374</sup> Speziell in den Fällen des Markteintritts neuer Hersteller sind zum Teil erhebliche Hürden zu überwinden: Die betreffenden Märkte werden meist schon von etablierten Herstellern bedient, deren Erzeugnisse bei den Verbrauchern gut eingeführt sind und die über ein gut funktionierendes Händlernetz verfügen. Der neue Hersteller muss eine neue Nachfrage nach seinen Produkten schaffen und gleichzeitig seinen Konkurrenten Marktanteile abnehmen. Unerlässliche Voraussetzung hierfür ist der Aufbau eines zuverlässigen Vertriebsnetzes.<sup>375</sup>

<sup>373</sup> Siehe vorn, S. 71 ff.

<sup>374</sup> Siehe hierzu auch die einschränkenden Ausführungen von AREEDA, Vol. VIII, 230 1617a3, die wohl so allgemein nicht gelten können.

<sup>375</sup> Siehe AREEDA, Vol. VIII, 227 f. ¶1617a; AB1. 2000 C 291/23 Rz 116 f. Ziff. 4 und 2, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

Ein solches Unterfangen macht in der Regel „Anlaufinvestitionen“<sup>376</sup> notwendig, die produktspezifisch sind; d.h. die Investitionen dienen ausschliesslich oder überwiegend der Vermarktung des betreffenden Produkts und sind im Zusammenhang mit anderen Erzeugnissen ganz oder grösstenteils nutzlos. Zu denken ist an Aufwendungen für Werbung, Beratung und Kundendienst, an Ausrüstungsgegenstände (wie Reparaturgeräte), die nur oder vorwiegend im Zusammenhang mit dem betreffenden Produkt verwendet werden können, oder Aufwendungen für eine ausreichende Lagerhaltung, die eine kontinuierliche Befriedigung der Nachfrage gewährleistet.<sup>377</sup> Einen grösseren Umfang dürften solche Investitionen wie bei Fällen des Free-Riding-Problems v.a. bei folgenden Waren erreichen.<sup>378</sup>

1. komplexe oder technische Waren,
2. Waren, die tendenziell einmalig und nicht wiederholt erworben werden,
3. Waren, bei denen die Produktekenntnis der Verbraucher relativ begrenzt ist,
4. Waren, bei denen Preis- und Qualitätsvergleiche vor dem Kauf schwierig sind (sog. Experience Products),
5. Waren, die auch nach dem Kauf/Verbrauch schwierig zu beurteilen sind (sog. Credence Products),
6. Waren, die ein unscharfes oder schwaches Markenimage haben,
7. Waren, die sich auf dem Markt (noch nicht) durchgesetzt haben.<sup>379</sup>

Produktspezifische Investitionen haben für das sie tätigende Unternehmen den Nachteil, dass sie unwiederbringlich verloren gehen, wenn das Geschäftsprojekt infolge Misserfolgs aufgegeben werden muss, etwa weil das Investitionsgut nicht

<sup>376</sup> ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 2, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 2, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“.

<sup>377</sup> Vgl. ABl. 2000 C 291/23 f. Rz 116 Ziff. 4, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; ABl. 1999 C 270/27 Rz 108 Ziff. 5, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“; vgl. auch ABl. 1980 L 383/16 Rz 27, Hennessy-Henkell; ABl. 1970 L 242/26 f. Rz 7, Omega; ABl. 1985 L 369/4 Rz 20 und 22, Ivoclar (Alleinvertriebssysteme mit quantitativen Zulassungskriterien); vgl. auch ABl. 1978 L 70/75 Ziff. III. A. 1., Campari (Lizenzvertrag).

<sup>378</sup> Siehe hierzu vorn, S. 100 f.

<sup>379</sup> Vgl. auch Grünbuch über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, KOM(96) 721 endg., 29 (Tabelle 2, nach Rz 86); DOBSON/WATERSON, 56; ABl. 2000 C 291/34 Rz 174, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

oder nur unter grossem Verlust veräussert werden kann.<sup>380</sup> Ökonomisch ausgedrückt stellen solche Investitionen „sunk costs“ dar. Im Verbund mit dem Umstand, dass sich Akzeptanz und Erfolg eines neuen Produktes bei der Kundschaft nie vorhersehen lassen, bewirkt die Irreversibilität produktespezifischer Investitionen, dass sie – sofern es sich um Investitionen handelt, deren Kosten sich nicht kurzfristig wieder hereinholen lassen – nur dann getätigt werden, wenn die „Gewinnerwartungen die irreversiblen Marktzutrittsaufwendungen bei weitem übersteigen“<sup>381</sup>. Voraussetzung hierfür ist, dass dem investierenden Unternehmen ein Investitionsschutz gewährt wird, der es ihm erlaubt, seine Investitionen zu amortisieren.<sup>382</sup>

Hinzu mag in gewissen Fällen kommen, dass der Händler, der diese Investitionen auf sich nimmt, u.U. genötigt ist, in einer Übergangsphase höhere Preise zu verlangen, als dies die Händler in den Märkten tun, in welchen das Produkt bereits eingeführt ist. In solchen Fällen besteht für letztgenannte Händler ein starker Anreiz, Importe in den Markt des erstgenannten Händlers vorzunehmen.<sup>383</sup>

Investitionsschutzprobleme können nicht nur auf Händler- sondern auch auf Herstellerstufe entstehen. Ein Beispiel für letzteres ist der Fall, in dem ein Hersteller Know-how auf den Händler überträgt oder Investitionen an Grundstücken oder Räumlichkeiten des Händlers vornimmt.<sup>384</sup>

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das geschilderte Problem Verwandtschaft mit dem Free-Riding-Problem haben kann. So etwa, wenn Händler ohne entsprechende Eigenleistung von den Investitionen des mit der Markteroberung betrauten Händlers profitieren (klassisches Beispiel sind Werbeanstrengungen). Free-Riding-Probleme geben jedoch nicht immer den Ausschlag. Dies zeigt das Beispiel der Pflicht zur ausreichenden Lagerhaltung: Bei solchen Leistungen ist ein Free Riding grundsätzlich nicht möglich. Hier geht es v.a.

<sup>380</sup> Vgl. auch ABl. 1999 C 270/27 Rz 108 Ziff. 5, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“.

<sup>381</sup> Grünbuch über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, KOM(96) 721 endg., 26 Rz 81; vgl. auch TELSER, 3 J.L. & Econ. 89 (1960).

<sup>382</sup> Vgl. auch TRAVERS/WRIGHT, 75 Harv. L. Rev. 806-809 (1962).

<sup>383</sup> ABl. 2000 C 291/23 Rz 116 Ziff. 2, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 840 f. (1992); siehe auch vorn, S. 107 f.

<sup>384</sup> Vgl. ABl. 1999 C 270/27 Rz 108 Ziff. 6 und 7, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“

darum, dem Händler ein gewisses Mindestabsatzvolumen zu sichern, das es ihm ermöglicht, die entstandenen Kosten zu amortisieren.<sup>385</sup>

#### b) *Asymmetrische Investitionen*

Ein zusätzliches Problem (das sog. „Hold-Up-Problem“<sup>386</sup>/Problem der „Geiselnahme“<sup>387</sup>) entsteht, wenn die Investitionen asymmetrisch sind: Tätigt die eine Partei verhältnismässig höhere produktspezifische Investitionen, so hat sie einen höheren Amortisationsbedarf. Fehlt ein vertraglicher Investitionsschutz, so begibt sich die Partei mit den höheren Investitionen in ein Abhängigkeitsverhältnis zur Partei mit den geringeren Investitionen. Letzterer fällt es dann leichter, einseitig zu ihren Gunsten Vertragsänderungen durchsetzen.<sup>388</sup>

## 2. Lösungsmöglichkeiten

Die Antwort auf die Frage, wie derartige Investitionsschutzprobleme zu lösen sind, hängt davon ab, **wessen** Investitionen geschützt werden sollen:

<sup>385</sup> Vgl. AREEDA, Vol. VIII, 227 f. ¶1617a.

<sup>386</sup> ABl. 1999 C 270/27 Rz 108 Ziff. 5-7, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“.

<sup>387</sup> ABl. 1998 C 365/13, Ziff. III.3.4., Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen (Konkrete Vorschläge im Anschluss an das Grünbuch); siehe auch GLOOR/STAEHELIN, FS Zäch, 308.

<sup>388</sup> Bildhaft spricht die Europäische Kommission davon, dass „der Investor [nach Vorahme der Investitionen wird] in gewissem Masse zum Gefangenen der anderen Seite“ wird, ABl. 1998 C 365/13, Ziff. III.3.4., Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen (Konkrete Vorschläge im Anschluss an das Grünbuch); ABl. 1999 C 270/27 Rz 108 Ziff. 5-7, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“; vgl. schon BORK, 75 Yale L.J. 402 (1966) und KATZ, Handbook of Industrial Organization I, 698.

a) *Schutz der Investitionen des Händlers*

aa) *Gebietsschutz*

Sollen Investitionen des **Händlers** geschützt werden, bietet sich v.a. die Einräumung eines Gebietsschutzes zugunsten des Händlers an (u.U. auch nur für eine Anlaufphase, innerhalb derer die Investitionen amortisiert werden können)<sup>389, 390</sup>. Wie beim klassischen Free-Riding-Problem können u.a. Cream-Skimming-Probleme einen absoluten Gebietsschutz notwendig machen.<sup>391</sup>

bb) *Vertikale Mindestpreisbindung*

Weniger geeignet sind vertikale Mindestpreisbindungen. Im Gegensatz etwa zu Gebietsschutzabsprachen, die dem Händler im Vertragsgebiet sozusagen ein (Intrabrand-)Monopol verschaffen und damit einen gewissen Mindestumsatz und -erlös garantieren, der seinerseits eine Amortisation der Investitionen erlaubt, können vertikale Mindestpreisabreden für sich alleine nicht verhindern, dass der Hersteller andere Händler im Vertragsgebiet bezeichnet, welche Umsätze an sich ziehen.<sup>392</sup>

cc) *Mindestliefermengen*

Nach Auffassung der Europäischen Kommission sollen anstelle von Gebietsschutzabsprachen auch Mindestliefermengen einen gangbaren Weg darstellen, um Hold-up-Probleme zu lösen.<sup>393</sup> Dies leuchtet nicht ganz ein: Denn Mindestliefermengen halten den Hersteller nicht davon ab, Konkurrenten des betreffenden Händlers zu beliefern, welche ihrerseits durch Lieferungen in das Vertragsgebiet des Händlers verhindern, dass jener seine Investitionen amortisieren kann.

<sup>389</sup> Siehe auch Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/25 Rz 119 Ziff. 9.

<sup>390</sup> Für eine Fallstudie in der Getränkeindustrie siehe KATZ, 27 J. Ind. Econ. 85-95 (1978).

<sup>391</sup> Vgl. vorn, S. 67.

<sup>392</sup> AREEDA, Vol. VIII, 18 ¶1601 Ziff. 13; 229 ¶1617a3; MATHEWSON/WINTER, 19 RAND J. ECON. 300 (1988).

<sup>393</sup> ABl. 2000 C 291/42 Rz 212, Leitlinien für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen.



*dd) Selektiver Vertrieb*

Eine weitere Möglichkeit stellt der selektive Vertrieb dar. Wie bei Mindestliefermengen ist indessen zu beachten, dass selektive Vertriebssysteme mit rein qualitativen Aufnahmekriterien (d.h. solche, welche die Zahl der Vertriebshändler nicht begrenzen) den Händlern u.U. keine Amortisation ihrer Kosten erlauben. Hier wird vielfach ein selektiver Vertrieb mit quantitativen Aufnahmekriterien notwendig sein.

*ee) Andere Lösungsmöglichkeiten*

Wie beim Free-Riding-Problem ist fraglich, ob neben den genannten Absprachen auch andere Vorgehensweisen (Direktzahlungen des Herstellers, Übernahme der Marktbearbeitung durch den Hersteller, herstellerseitige Werbung und Rückkaufsvereinbarungen) zur Verfügung stehen. Diesbezüglich kann analog auf frühere Ausführungen verwiesen werden.<sup>394</sup>

*b) Schutz der Investitionen des Herstellers*

Soll die Amortisation der Marktbearbeitungskosten des **Herstellers** gesichert werden, so kann der Investitionsschutz durch Markenzwang, Mindestabnahmepflichten und/oder Wettbewerbsverbote (u.U. auch nachvertragliche) zulasten des Händlers gewährleistet werden.<sup>395</sup>

*c) Schutz der Investitionen von Händler und Hersteller*

Sollen Investitionen sowohl des Händlers als auch des Herstellers geschützt werden, so ist eine Kombination der erwähnten Wettbewerbsbeschränkungen in Betracht zu ziehen. Zu denken ist etwa an Gebietsschutz zulasten des Herstellers in Kombination mit Markenzwang zulasten des Händlers.

<sup>394</sup> Zu Direktzahlungen des Herstellers siehe vorn, S. 69 ff.; zur Übernahme der Marktbearbeitung durch den Hersteller siehe S. 71; zur herstellerseitigen Werbung siehe S. 72; zu Rückkaufsvereinbarungen siehe S. 72.

<sup>395</sup> Vgl. auch DOBSON/WATERSON, 17.

## IV. Schutz des Herstellers bei der Erschliessung neuer Märkte

Eine Variante des Investitionsschutzproblems kann bei der Erschliessung neuer Märkte entstehen:

### 1. Das Problem

Es gibt Fälle, wo ein Hersteller neue Produkte auf dem Zielmarkt zu einem tieferen als dem üblichen Preis anbieten muss, um Marktanteile und Umsätze von Konkurrenten an sich zu ziehen. Hier werden Händler und Hersteller die Kosten der Produkteinführung unter sich aufteilen müssen, indem der Händler Investitionen in die Marktbearbeitung tätigt und der Hersteller dem Händler die Vertragswaren zu einem niedrigeren als dem üblichen Grosshandelspreis verkauft. In einer solchen Lage ist die Versuchung des Händlers natürlich gross, die Wiederverkäufer anderer Vertragsgebiete mit tiefpreisigen Angeboten zu konkurrenzieren und darob die Marktpflege des ihm zugewiesenen Gebiets zu vernachlässigen. Der Hersteller geht in diesen Fällen seiner Investitionen (in Form niedrigerer Grosshandelspreise) verloren. Ist es ihm nicht möglich, solche Parallelexporte zumindest in der kritischen Anlaufphase zu verhindern, wird er entweder auf die Erschliessung des neuen Marktes verzichten oder die erwähnten Ermässigungen auf die Grosshandelspreise nicht gewähren. Letzteres wird den Händler dann u.U. davon abhalten, die Markteinführung des Produktes zu übernehmen.<sup>396</sup> Beide Konstellationen sind aus Sicht der sozialen Wohlfahrt negativ zu bewerten.

### 2. Lösungsmöglichkeiten

Die beschriebenen Probleme können v.a. durch Gebietsschutzabsprachen gelöst werden.<sup>397</sup> Preisbindungen der zweiten Hand (mit Ausnahme eines bestimmungslandabhängigen Dual-Pricings) sind hier weniger geeignet, da sie Parallelexporte nicht verhindern können.

<sup>396</sup> TRAVERS/WRIGHT, 75 Harv. L. Rev. 818 (1962).

<sup>397</sup> TRAVERS/WRIGHT, 75 Harv. L. Rev. 818 (1962).

## V. Quality Certification

### 1. Allgemeines

Verwandtschaft mit dem „klassischen“ Free-Riding-Problem im Sinne TELSERS hat das sog. Gütesiegel-Trittbrettfahrer-Problem, das erstmals einlässlich von MARVEL/MCCAFFERTY beschrieben wurde.<sup>398</sup> Die genannten Autoren stiessen sich am Umstand, dass das Free-Riding-Problem im Sinne TELSERS in einigen Fällen keine befriedigende Erklärung für die Existenz von vertikalen Mindestpreisbindungen liefert, so etwa wenn Leistungen wie Beratung und Service (sog. „Tangible Services“) für den Absatz eines Produktes nicht notwendig sind.

Ausgangspunkt der Überlegungen von MARVEL/MCCAFFERTY war die Erkenntnis, dass sich die Funktion des Handels nicht auf die blosse Lagerung der zu verkaufenden Erzeugnisse beschränkt. Vielmehr erbringen Händler v.a. folgende zwei Dienstleistungen: Erstens machen sie ihrer Kundschaft Produkte erhältlich, zweitens – und das ist im vorliegenden Zusammenhang entscheidend – bescheiden sie ihrer Kundschaft dadurch, dass sie ein bestimmtes Produkt in ihr Sortiment aufnehmen, dass dessen Qualität bzw. „Stylishness“<sup>399</sup> derjenigen ihres übrigen Sortiments entspricht.<sup>400</sup>

Es gibt nun Branchen, in denen bestimmte Einzelhändler bei den Abnehmern den Ruf haben, nur qualitativ „gute“ bzw. „modische“ („stylish“)<sup>401</sup> Erzeugnisse zu führen (sog. „gute“ Händler bzw. „High-Priced Elite Retailers“<sup>402</sup>).<sup>403</sup> Dieses Renommée kann verschiedene Ursachen haben: Im Vordergrund dürfte in den meisten Fällen ein Sortiment aus erlesenen Produkten stehen, zu denken ist aber auch an eine exklusive Geschäftslage, Verkaufspersonal von ausgesuchter Höflichkeit, eine edle innenarchitektonische Ausstattung etc.

<sup>398</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 346-359 (1984); vgl. auch LAFFERTY/LANDE/KIRKWOOD, Introduction and Overview, in: LAFFERTY/LANDE/KIRKWOOD, 34-36.

<sup>399</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 350 (1984).

<sup>400</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 348, 349 (1984).

<sup>401</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 350 (1984).

<sup>402</sup> AREEDA, Vol. VIII, 13 ¶1601 Ziff. 4.

<sup>403</sup> Vgl. ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 4, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“; MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 348 (1984).

Kunden eines solchen „guten“ Händlers werden in der Regel – ob zu Recht oder Unrecht bleibe dahingestellt –<sup>404</sup> davon ausgehen, dass dieser sein Sortiment mit besonderer Fachkunde aussucht und neue Waren bzw. Brands erst nach eingehender Prüfung von Qualität, Reputation, „Stylishness“ etc. in sein Angebot aufnimmt, und u.a. deshalb willens sein, für die betreffenden Produkte einen höheren Preis zu bezahlen.<sup>405</sup> Die Aufnahme einer Brand in das Sortiment des „High-Priced Elite Retailers“ erfüllt somit die Aufgabe eines Gütesiegels, d.h. durch die Aufnahme in sein Angebot sendet der betreffende Händler die Information aus, dass das betreffende Gut qualitativ hochstehend bzw. „stylish“ sei.

## 2. Free-Riding-Probleme (Quality-Certification-Problem i.e.S./Gütesiegel-Trittbrettfahren)

### a) Das Problem

Bürgt nun die „Brand“ eines Herstellers für die gleichbleibende Qualität seiner Produkte, egal bei welchem Händler sie gekauft werden,<sup>406</sup> informieren sich die Kunden – so die Erklärung von MARVEL/MCCAFFERTY – über das Angebot der „guten“ Händler, um zu erfahren, welche Brands bzw. welche der unter einer bestimmten Brand vertriebenen Produkte „gut“ sind. Danach gehen sie zu einem Discounter und erwerben das betreffende Produkt zu einem günstigeren Preis. Die Discounter profitieren damit ohne Eigenleistung von der „Erteilung“ des Gütesiegels durch die „guten“ Händler, mit anderen Worten: Sie erhalten einen „Free Ride“.

Dieses Free-Riding mag die „guten“ Händler veranlassen, sich zu weigern, ein Produkt in ihr Sortiment aufzunehmen bzw. es darin weiterzuführen, wenn es gleichzeitig von Discountern zu tieferen Preisen vertrieben wird, und zwar aus folgendem Grund:

Das „Erteilen“ des beschriebenen Gütesiegels für eine Brand kann Kosten verursachen: Zu erwähnen sind insbesondere Kosten, die durch die erstmalige Aus-

<sup>404</sup> Siehe auch AREEDA, Vol. VIII, 13 ¶1601 Ziff. 4.

<sup>405</sup> AREEDA, Vol. VIII, 13 ¶1601 Ziff. 4; MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 348 (1984).

<sup>406</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 348 (1984).

wahl und Prüfung der betreffenden Produkte bzw. Brands entstehen. Daneben kann aber auch der Zwang, Qualität bzw. „Stylishness“ laufend zu überwachen, Überwachungskosten verursachen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass es sich bei den erwähnten Kosten um fixe Kosten handelt: Für die Aufnahme jedes zusätzlichen Produkts muss der Händler einen Betrag investieren, dessen Höhe vom zukünftigen Absatz unabhängig ist.<sup>407</sup> Hinzu kommen Kosten, die etwa aus der exklusiven Geschäftslage und der anspruchsvollen Geschäftsausstattung herrühren. Auch hierbei handelt es sich um fixe Kosten.

„Gute“ Händler mögen nun befürchten, dass der mit dem gleichzeitigen Vertrieb über Discounter einhergehende Preissenkungsdruck es nicht mehr erlaubt, die erwähnten Kosten zu decken, die durch die Prüfung ihres Sortiments,<sup>408</sup> die exklusive Geschäftslage, edle Inneneinrichtung etc. entstehen, und deshalb die Aufnahme des betreffenden Produktes in ihr Sortiment verweigern. Zu denken ist weiter an das oben<sup>409</sup> beschriebene Phänomen, dass sich Händler bei Free-Riding-Problemen weigern, im Zusammenhang mit einem bestimmten Produkt Dienstleistungen zu erbringen, weil sie ihren Konkurrenten keinen „Free Ride“ gewähren wollen und/oder weil sie hoffen, einen solchen von Dritten zu erhalten.

Das beschriebene Free-Riding-Problem ist insbesondere bei Produkten akut, die nur gelegentlich nachgefragt werden oder bei denen die Erteilung des Gütesiegels nach kurzer Zeit seinen Wert verliert.<sup>410</sup>

#### b) Lösungsmöglichkeiten

Das beschriebene Free-Riding-Problem kann auf verschiedene Arten gelöst werden: Alleinbelieferungspflichten, vertikale Mindestpreisbindungen oder selektive Vertriebssysteme.

MARVEL/MCCAFFERTY erachten von allen diesen Möglichkeiten vertikale Mindestpreisbindungen als das für den **Hersteller** profitabelste Mittel.<sup>411</sup> Dagegen

<sup>407</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 350 (1984).

<sup>408</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 348 (1984).

<sup>409</sup> Vorn, S. 64.

<sup>410</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 355 (1984).

<sup>411</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 354 (1984).

spricht allerdings, dass vertikale Mindestpreisbindungen für sich alleine nicht verhindern können, dass das Produkt auch in Geschäften mit schlechtem Ruf verkauft wird.<sup>412</sup>

Ausschliesslichkeitsabsprachen wie Alleinbelieferungspflichten und selektive Vertriebsbindungen haben im von MARVEL/MCCAFFERTY untersuchten Modell den Nachteil, potentielle Verkaufsstellen zu eliminieren. Dadurch wird die Erhältlichkeit des Produktes und damit auch dessen Absatz verringert.<sup>413</sup> Demgegenüber bewirken vertikale Mindestpreisabsprachen nach MARVEL/MCCAFFERTY zwar einerseits, dass der Absatz infolge der Preiserhöhungen sinkt. Andererseits befähigen sie „gute“ Händler, neu in den Markt einzutreten, was die Erhältlichkeit des Produktes und damit auch dessen Absatz tendenziell steigert. Welche der beiden Wirkungen per saldo überwiegt, hängt davon ab, ob die durch die „guten“ Händler erfolgenden zusätzlichen Verkäufe den Umsatzverlust wettmachen, der durch die Preissteigerung verursacht wird.<sup>414</sup>

MARVEL/MCCAFFERTY vertreten die Auffassung, dass das Gütesiegel-Trittbrettfahrer-Problem in vielen Fällen, wo das Free-Riding-Argument TELSERS versagt, eine taugliche Erklärung für die Existenz von vertikalen Mindestpreisbindungen liefert. Diese Ansicht suchen MARVEL/MCCAFFERTY zu unterstützen, indem sie sich auf die Argumentation des stellvertretenden Marketingleiters des Porzellanhersteller Lenox im Fall Lenox/FTC berufen, der zur Rechtfertigung eines selektiven Vertriebssystems im Verbund mit einer vertikalen Mindestpreisbindung folgendes anführte:

„... [W]e would lose our identity as being a prestige product if every conceivable type of retail outlet were to carry our ... line, and the good accounts that we now have ... would completely lose interest ...“<sup>415</sup>

Offensichtlich ging es in diesem Fall dem Hersteller (zumindest nicht primär) darum, die Erbringung von Dienstleistungen wie Beratung etc. sicherzustellen.

<sup>412</sup> STEINER, 30 Antitrust Bull., 188 (1985); siehe auch RUFFNER, Neue Wettbewerbstheorie, 185.

<sup>413</sup> Siehe zu dieser Annahme: MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 351 und 353 f. (1984).

<sup>414</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 353 f. (1984)

<sup>415</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 357 (1984).

Vielmehr sollte sichergestellt werden, dass Lenox-Erzeugnisse ausschliesslich in Geschäften angeboten würden, die über ein qualitativ hochstehendes Porzellan-Sortiment verfügten.<sup>416</sup>

c) *Kritik*

Mangels aussagekräftiger empirischer Erhebungen ist offen, wie häufig Gütesiegel-Trittbrettfahrer-Probleme einen derart bedeutenden Umfang annehmen, dass sich die Auferlegung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigt.<sup>417</sup> Die Literatur hat diesbezüglich (zurecht) die Frage gestellt, „how many consumers shop in elite stores to learn which brands they carry, only to make purchases from discounters“<sup>418</sup>.

### 3. Gefährdung des Rufs des übrigen Sortiments

a) *Das Problem*

Die Weigerung der „High-Priced Elite Retailers“, ein Produkt in ihr Sortiment aufzunehmen, das gleichzeitig von Discountern vertrieben wird, muss jedoch nicht im Gütesiegel-Trittbrettfahren begründet sein. Es kann auch einen anderen Grund haben:

Es gibt Produkte, die beim Publikum den Ruf eines qualitativ exklusiven Erzeugnisses (meist in Form eines gewissen Snob-Appeals) geniessen müssen, um gekauft zu werden. Dieser Ruf entsteht natürlich nicht von allein. Vielmehr bedarf es hierzu insbesondere bei neuen Produkten oder solchen mit einem unscharfen Image eines sorgfältigen Marketings. Wird die falsche Strategie gewählt, besteht die Gefahr, dass dem Produkt „für immer“ der Makel eines „billigen“ d.h. „schlechten“ Produktes anhftet. Dieses Risiko besteht nun insbesondere dann, wenn das Produkt von allem Anfang an auch durch Discounter „zu Schleuder-

<sup>416</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 357 f. (1984).

<sup>417</sup> AREEDA, Vol. VIII, 13 ¶1601 Ziff. 4; siehe auch COMANOR, 62 N.Y.U. L. Rev. 1158 (1987); a.M.: LAFFERTY/LANDE/KIRKWOOD, Introduction and Overview, in: LAFFERTY/LANDE/KIRKWOOD, 34-36.

<sup>418</sup> AREEDA, Vol. VIII, 13 f. ¶1601 Ziff. 4; siehe auch SCHERER/ROSS, 552.

preisen verramscht“ wird. „High-Priced Elite Retailers“ werden diesen Umstand bei der Entscheidung darüber, ob sie das betreffende Produkt ins Sortiment aufnehmen wollen, in Betracht ziehen müssen, da dessen Aufnahme die Schädigung des Image des übrigen Sortiments nach sich ziehen kann.

Aus Herstellersicht wiederum bewirkt dies ein vitales Interesse an einer – zumindest in der Anlaufphase – ausschliesslichen Vermarktung des Produktes über „gute“ Händler. Ist dies nicht möglich, ist es u.U. aussichtslos, das zu einer erfolgreichen Vermarktung notwendige Image eines „guten“ bzw. modischen Erzeugnisses zu schaffen.<sup>419</sup>

#### b) Lösungsmöglichkeiten

Die beschriebenen Probleme können generell durch selektive Vertriebssysteme oder Alleinvertriebsverträge verhindert werden.<sup>420</sup> Theoretisch wären auch andere Wege denkbar, die keine Wettbewerbsbeschränkungen zur Folge haben, wie z.B. herstellereitige Werbekampagnen. Solche haben aus Verbrauchersicht indessen den Nachteil, dass Hersteller im Gegensatz zum Händler keine unabhängiges Werturteil über die Qualität ihrer Produkte abgeben können.<sup>421</sup>

Fraglich ist, ob auch vertikale Mindestpreisbindungen die geschilderten Probleme vermeiden können,<sup>422</sup> da sie für sich alleine nicht zu verhindern vermögen, dass die preisgebundenen Produkte auch von Discountern vertrieben werden, Händlern also, die beim Publikum u.U. den Ruf haben, auch Produkte minderer Qualität zu verkaufen. Mit anderen Worten: Vertikale Mindestpreisbindungen verhindern gegebenenfalls nicht, dass das Image des Produktes durch den gleichzeitigen Vertrieb durch Discounter Schaden erleidet.

<sup>419</sup> Vgl. ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 4, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“; MARVEL/McCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 348 (1984).

<sup>420</sup> Vgl. ABl. 1999 C 270/26 Rz 108 Ziff. 4, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“.

<sup>421</sup> MARVEL/McCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 350 (1984); vgl. jedoch hinten S. 202 f.

<sup>422</sup> MARVEL/McCAFFERTY, 15 RAND J. Econ. 346-359 (1984).



## VI. Schaffung und Erhaltung eines Brandimage

### 1. Das Problem

Einen gewissen Zusammenhang mit dem Gütesiegel-Trittbrettfahrer-Problem hat das folgende Problem:

Vorgebracht wird zum Teil, dass die von Discountern vorgenommenen Preissenkungen das Image gewisser Produkte schädigen und dadurch einen Absatzrückgang bewirken können. Bei diesen Produkten, so die Argumentation, dient der Preis als Qualitätskennzeichen: Je höher der Preis desto höher die Qualität. Das Nachfrageverhalten ist damit invers (die Nachfragekurve rückwärts geneigt)<sup>423</sup>. Als Beispiele werden Modeartikel<sup>424</sup>, Kosmetika<sup>425</sup> und Spirituosen<sup>426</sup> genannt.

### 2. Lösungsmöglichkeiten

Dieses Problem lässt sich insbesondere durch vertikale Mindestpreisbindungen beheben.<sup>427</sup> Andere, allerdings weniger unmittelbar wirkende, Methoden sind Gebietsschutzabsprachen oder selektive Vertriebssysteme.

### 3. Kritik

Die geschilderte These vermag – solange sie als einzige Rechtfertigungsmöglichkeit in Betracht kommt – nicht recht einzuleuchten. Denn der Hersteller kann den Wiederverkaufspreis ja einfach so hoch ansetzen, dass die Händler das Gut zu dem vom Hersteller anvisierten Preis verkaufen müssen, wollen sie einen Gewinn erwirtschaften.<sup>428</sup> Anderes gilt allerdings, wenn zusätzlich Free-Riding-, Investitionsschutz- oder andere Probleme eine Rolle spielen.

<sup>423</sup> „Backward-sloping“: HOLLANDER, 82.

<sup>424</sup> Vgl. SCHERER/ROSS, 554.

<sup>425</sup> Vgl. HOLLANDER, 82.

<sup>426</sup> Vgl. HOLLANDER, 82.

<sup>427</sup> AREEDA, Vol. VIII, 12 ¶1601 Ziff. 3.

<sup>428</sup> Vgl. BOWMAN, 25 J. Bus. U. Chi. 151 (1952); siehe auch BOWMAN, 22 U. Chi. L. Rev. 834 f. (1955).

Ausserdem ist einzuwenden, dass bei einem inversen Nachfrageverhalten nicht der aktuell von Verbraucher bezahlte Preis, sondern der nach Verbraucherbewusstsein „normale“ Preis massgebend ist. Discounter wirken sich demnach sogar umsatzsteigernd aus, wenn die Verbraucher das Gefühl haben, ein Gut zu einem tieferen als dem üblichen Preis zu erwerben.<sup>429</sup> Dagegen ist wiederum einzuwenden, dass Discounter das Image vom hohen Preis (d.h. der hohen Qualität) mit der Zeit zerstören können.

## VII. Schaffung eines Anreizes für die Vermarktung von Produkten (Anreizargument)

### 1. Das Problem

Händler können immer nur eine begrenzte Auswahl an Produkten an Lager halten und vertreiben. Denn die Regalfläche und die Kapazität zur Erbringung von Pre- und Aftersale-Dienstleistungen eines jeden Händlers ist begrenzt.<sup>430</sup> Zufolge dieser Umstände werden Händler nur diejenigen Produkte vertreiben, die besonders gewinnträchtig sind, d.h. insbesondere folgende zwei Arten von Produkten:

1. Produkte, die auf Kunden eine grosse Anziehungskraft ausüben (z.B. Produkte, die unter einer „berühmten Marke“ vertrieben werden, wie etwa „Coca Cola“). Solche Produkte wird der Händler nur schon deshalb vertreiben müssen, da ansonsten die Endverbraucher seinen Laden nicht aufsuchen.<sup>431</sup>
2. Produkte, die eine hohe Gewinnmarge aufweisen.<sup>432</sup>

Während Hersteller von Produkten wie „Coca Cola“ in der Regel keine grossen Schwierigkeiten haben werden, Händler zu finden, die ihre Produkte vertreiben,

<sup>429</sup> HOLLANDER, 82.

<sup>430</sup> SHAFFER zitiert eine im Chicago Tribune von 1988 aufgeführte Statistik, wonach im Zeitraum vom 1978 bis 1987 die Zahl der durchschnittlich von einem Laden angebotenen Güter von 11'800 auf 20'000 anstieg. Demgegenüber wuchs die Zahl der jährlich neu eingeführten Produkte von 2'600 auf 10'200 im Jahr 1987 (SHAFFER, 22 RAND J. Econ. 120 [1991]); CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, 121.

<sup>431</sup> Vgl. auch STEINER, 45 Antitrust Bull., 729 (2000).

<sup>432</sup> Vgl. auch CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, 121 f.

sind andere Hersteller, sofern sie ihre Produkte nicht über ein eigenes Filialnetz absetzen können, wohl häufig „Bettler im Büro des Händlers“.<sup>433</sup> Sie müssen ihm den Vertrieb ihrer Produkte schmackhaft machen. Bezeichnenderweise haben Untersuchungen zutage gebracht, dass die Margen der Händler bei Produkten mit starkem Brand-Image (und grossen Werbebudgets) kleiner sind als bei solchen mit schwachem Brandimage.<sup>434</sup>

## 2. Lösungsmöglichkeiten

### a) Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen

Eine relativ weit verbreitete Ansicht geht nun dahin, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere vertikale Gebietsschutz- und Mindestpreisabsprachen, dazu dienen, die Bereitschaft des Händlers zu kaufen, seine Regalfläche für ein bestimmtes Produkt zur Verfügung zu stellen, die notwendige Werbung zu betreiben, die erforderlichen Kundendienstleistungen zu erbringen und sich ganz allgemein mit dem notwendigen Enthusiasmus der Vermarktung zu widmen, indem ihm durch die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen eine gesicherte Wiederverkaufsmarge bzw. ein gewisses Mindestumsatzvolumen gewährt wird.<sup>435</sup>

Dieser Mechanismus ist v.a. für Preisbindungen der zweiten Hand anhand von Fallstudien dargestellt worden: Verschiedene Hersteller, die ursprünglich kleine Marktanteile hatten, benutzten Preisbindungen der zweiten Hand, um damit die

<sup>433</sup> HEFLEBOWER, 47 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings 279 (1957) („beggar at the retailer’s office“); COMANOR, Introduction, 23 f.

<sup>434</sup> STEINER, 45 Antitrust Bull. 729-734 (2000).

<sup>435</sup> Vgl. etwa CHAMBERLIN, The Theory of Monopolistic Competition, 122; MARVEL, 63 Antitrust L.J. 66 (1994); PRESTON, 30 Law & Contemp. Probs. 511 (1965); GOLDBERG, 79 Nw. U. L. Rev. 739-745 (1984); SCHERER/ROSS, 558; vgl. auch Continental T.V., Inc., et. al. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 55 (1977); kritisch: AREEDA, Vol. VIII, 198-201 ¶1614d; GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 830-832, 832-836 (1992). Vgl. auch für das Recht der EG: Erw. 5 f. VO (EWG) Nr. 1983/83; ABl. 1980 L 383/16 Rz 27, Hennessy-Henkell; ABl. 1995 L 272/31 Rz 96, BASF Lacke + Farben AG und Accinauto S.A.; ABl. 1970 L 242/26 f. Rz 7, Omega.

Händler zum Vertrieb der Waren zu bewegen und konnten so ihre Marktanteile erhöhen.<sup>436</sup>

b) *Andere Lösungsmöglichkeiten*

Fraglich ist, ob eine valable Alternative für den Hersteller darin besteht, dass dieser die Bekanntheit seines Produktes durch eigene Werbemassnahme erhöht und damit die Händler dazu „zwingt“, seine Produkte im Sortiment zu führen. Dies könnte jedenfalls die Tatsache nahelegen, dass – wie eben erwähnt – die Händlermarge bei Produkten mit starkem Brand-Image und grossen Werbebudgets klein ist. Der Erfolg einer solchen Strategie scheint zumindest bei neu einzuführenden Produkten zweifelhaft: Einmal dürften immense Werbebudgets die Finanzkraft vieler Newcomer übersteigen. Zudem scheint zweifelhaft, ob Werbung ohne gleichzeitiges „Shelfing“ ausreicht, um den Bekanntheitsgrad eines Produktes bei den Endverbrauchern signifikant zu erhöhen.

Andere Möglichkeiten, die Bereitschaft zum „Shelfing“ und „Promoting“ zu „erkaufen“ bestehen darin, dem Händler ein günstiges Darlehen zu gewähren, Vorführgeräte zur Verfügung zu stellen, Direktzahlungen an ihn zu machen, etc. Diese Möglichkeiten sind nach konventionellen kartellrechtlichen Vorstellungen zwar weniger wettbewerbsbeschränkend, vermögen jedoch in verschiedenen Fällen keine valable Handlungsalternative zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen darzustellen. Zur Begründung sei auf frühere Ausführungen verwiesen.<sup>437</sup>

Im Hinblick auf Direktzahlungen, mit denen der Hersteller beim Händler Regelflächen „mietet“, wurde von SHAFFER in einem Modell, in denen Hersteller, die zueinander in vollkommener Konkurrenz stehen und ihre Produkte an zwei differenzierte Händler verkaufen, gezeigt, dass Direktzahlungen Preissteigerungen zur Folge haben und die soziale Wohlfahrt in einem stärkeren Ausmass als Preisbindungen der zweiten Hand senken.<sup>438</sup>

<sup>436</sup> Vgl. das Fallbeispiel in: BOWMAN, 25 J. Bus. U. Chi. 149 f. (1952).

<sup>437</sup> Vgl. vorn, S. 69 ff.

<sup>438</sup> SHAFFER, 22 RAND J. Econ. 124-135 (1991).

### 3. Kritik

Die Literatur hat das Anreizargument kritisiert:

Einmal ist moniert worden, dass es bis zu einem gewissen Grade verlangt, dass die betreffenden Händler über eine gewisse Marktmacht verfügen. Dies vorausgesetzt stellt sich die Frage, weshalb das Kartellrecht den Händlern quasi die Legitimation dafür erteilen soll, diese Marktmacht auszuüben, um supra-kompetitive Renten einzustreichen.<sup>439</sup> Dieser Einwand ist bis zu einem gewissen Grad berechtigt. Allerdings übersieht er, dass die Weigerung eines Händlers zum „Shelfing“ und „Promoting“ primär nicht auf Marktmacht, sondern auf seinen begrenzten Ressourcen beruhen kann.

Weiter ist darauf hingewiesen worden, dass, falls ein Hersteller mit der Strategie, die Vertriebsbereitschaft des Händlers durch Auferlegung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen zu erkaufen, erfolgreich ist, dieser Erfolg andere Hersteller dazu bewegen kann, es dem ersten Hersteller gleichzutun und den Händlern ebenfalls vertikale Wettbewerbsbeschränkungen „einzuräumen“. Dieses imitative Verhalten hat – so die Argumentation – zwei Wirkungen: Einmal wird der Effekt der Verkaufsanstrengungen pro Produkt schwächer, da der Händler einem Kunden in der Regel immer nur ein Produkt verkaufen kann. Ausserdem besteht die Gefahr, dass der Interbrand-Wettbewerb zwischen den einzelnen Herstellern an Intensität abnimmt, gleichzeitig die Preise branchenweit steigen und infolgedessen der Absatz der einzelnen Hersteller zurückgeht.<sup>440</sup> Wettbewerbspolitisch unerwünscht ist solcherlei, da es diesfalls zu einer Verringerung des Outputs und einer Erhöhung der Preise (und damit einer Verminderung der sozialen Wohlfahrt) kommt.<sup>441</sup>

<sup>439</sup> Siehe AREEDA, Vol. VIII, 198-200 ¶1614d.

<sup>440</sup> BOWMAN, 25 J. Bus. U. Chi. 149 f. (1952); GOULD/YAMEY, 76 Yale L.J. 722 f. (1967); siehe auch SCHERER/ROSS, 555 FN 42.

<sup>441</sup> Schliesslich ist geltend gemacht worden, dass die durch Preisbindungen der zweiten Hand erkaufte Werbeanstrengungen von Händlern das Informationsgefälle zwischen Händlern und Abnehmern ausnutzen können. Nach dieser Ansicht besteht damit die Gefahr, dass Händler ihren Kunden qualitativ minderwertige Waren als höherwertig verkaufen. Auf dieses – kartellrechtlich irrelevante – Argument wird weiter hinten eingegangen: S. 202 f.

Insgesamt ist das Anreizargument schwer zu beurteilen. Einerseits können vertikale Wettbewerbsbeschränkungen der genannten Art für einen Hersteller der einzige realistische Weg sein, um die Bereitschaft des Händlers zum „Shelfing“ und „Promoting“ zu erkaufen, und dem Hersteller damit den Weg in den Markt zu ebnen. In solchen Fällen ermöglichen sie die Einführung neuer Produkte, was aus Gesichtspunkten der dynamischen Effizienz grundsätzlich positiv zu würdigen ist.<sup>442</sup> Andererseits kann der aus eben dieser Motivation erfolgende weitverbreitete Gebrauch von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen die erstrebten Wirkungen gerade vereiteln und darüber hinaus zu einer Erhöhung der Preise und einer Verringerung des branchenweiten Outputs führen<sup>443</sup>. Hier wird wohl nur eine Analyse des Einzelfalls zeigen, ob vertikale Wettbewerbsbeschränkungen *in concreto* die erstere oder zweite Wirkung haben.

## VIII. Opportunitätskostenargument

### 1. Das Problem

WINTER hat in einem Modell darauf hingewiesen, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen Opportunitätskosten senken können. WINTER ging dabei von folgenden drei Feststellungen aus:

1. Beim Erwerb eines Produktes entstehen dem Verbraucher Opportunitätskosten. Deren wichtigstes Beispiel sind Zeitkosten. Händler können diese Kosten durch ihre Dienstleistungen senken: kompetentes Personal, breites Sortiment, ausreichende Lagerhaltung, übersichtliche Platzierung der Produkte etc.
2. Händler sind aufgrund ihrer unterschiedlichen örtlichen Lage und des Umstands, dass es die Verbraucher Zeit kostet, die verschiedenen Geschäfte aufzusuchen, differenziert.
3. Nicht alle Verbraucher haben dieselben Opportunitätskosten. So etwa haben gut bezahlte Anwälte und Berater, die ihren Kunden Honorare auf

<sup>442</sup> Siehe oben, 55 ff.

<sup>443</sup> Zu beachten sind diesbezüglich auch die von REY/STIGLITZ (hinten, S. 179 ff.) beschriebenen Mechanismen.

Stundenbasis verrechnen,<sup>444</sup> höhere Opportunitätskosten als z.B. ein Pensionär. Diejenigen Kunden, die beim Kauf des Produktes zwischen den Händlern „switchen“, sind diejenigen, welche niedrige Zeitkosten haben. Händler werden deshalb im Wettbewerb eine Kombination von Wettbewerbsparametern<sup>445</sup> auswählen, bei welcher der Preis eine dominante und nicht-preisliche Wettbewerbsparameter eine untergeordnete Rolle einnehmen. So etwa wird ein günstiger Preis offeriert, aber z.B. auf die Schulung des Personals verzichtet, kein breites Sortiment geführt, die Ware platzsparend aber unübersichtlich „aufgetürmt“, nur eine Kasse eingerichtet etc.<sup>446</sup>

Letzteres führt dazu, dass der von den Händlern verwendete „mix of competitive instruments“ Verbraucher mit hohen Opportunitätskosten vernachlässigt und dem Hersteller die entsprechenden Absätze verloren gehen.<sup>447</sup>

## 2. Lösungsmöglichkeiten

Das Problem, dass der von Händlern verwendete „mix of competitive instruments“ Verbraucher mit hohen Opportunitätskosten vernachlässigt, lässt sich durch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen lösen. Als solche kommen Gebietschutzabsprachen und Preisbindungen der zweiten Hand in Betracht.<sup>448</sup> Beide sind geeignet, den Händler dazu anzuhalten, Dienstleistungen zu erbringen, welche die Opportunitätskosten der Verbraucher senken.

## 3. Kritik

Das von WINTER vorgestellte Modell beschäftigt sich vorwiegend mit der Bewältigung von sog. Principal-Agent-Problemen<sup>449</sup>. Diese Sichtweise ist im kar-

<sup>444</sup> „High-priced lawyers and other consultants who bill clients on an hourly basis“ (WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 977 [1979]).

<sup>445</sup> „Mix of competitive instruments“ (WINTER, 108 Quart. J. Econ. 62 [1993]).

<sup>446</sup> WINTER, 108 Quart. J. Econ. 62 (1993).

<sup>447</sup> WINTER, 108 Quart. J. Econ. 63-69 (1993).

<sup>448</sup> Vgl. auch WINTER, 108 Quart. J. Econ. 63-69 (1993).

<sup>449</sup> Als Principal-Agent-Probleme werden Konstellationen bezeichnet, in denen der Principal (hier: der Hersteller) einen Agent (hier: den Händler) „anstellt“, um bestimmte Handlungen vorzunehmen (hier: Waren an Endverbraucher zu verkaufen). Das Problem

tellrechtlichen Kontext nur bedingt hilfreich. Denn ihr Fokus liegt nicht auf der sozialen Wohlfahrt sondern auf der Frage, wie der Hersteller seinen Gewinn maximieren kann. Wie bereits im Rahmen des Free-Riding-Problems gezeigt wurde, maximieren indessen nicht alle Verhaltensweisen, welche die Herstellerrente vergrößern auch die soziale Wohlfahrt.<sup>450</sup>

## IX. Transaktionskostenprobleme

### 1. Einleitung

Ein weiterer Grund für die Auferlegung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen wird im Bestreben des Herstellers gesehen, Transaktionskosten zu senken. Unter Transaktionskosten ist dabei folgendes verstehen:

COASE, den „Entdecker“ der Transaktionskosten, beschäftigte die Frage, was ein Unternehmen veranlasst, bestimmte Transaktionen unternehmensintern (d.h. in Form der Eigenproduktion) und andere über den Markt abzuwickeln.<sup>451</sup>

Die Antwort fand COASE in der Existenz der Transaktionskosten. COASE erkannte, dass der Gebrauch des Preismechanismus mit Kosten verbunden ist („there is a cost of using the price mechanism“<sup>452</sup>).<sup>453</sup> Diese Kosten rühren aus der mehr oder weniger kostspieligen Informationssuche und -verarbeitung der relevanten Marktdaten (wie etwa den Preisen), den Kosten bei der Aushandlung, Kontrolle und Durchsetzung von Verträgen und den Anpassungskosten bei langfristigen Verträgen zufolge veränderter Bedürfnisse her. Aber auch die unternehmensinterne Produktion ist nicht kostenlos: Es fallen interne Organisationskosten an.<sup>454</sup>

besteht dabei darin, dass der Principal den Agent bei der Vornahme der betreffenden Handlungen nicht vollständig kontrollieren kann. Eine Übersicht über verschiedene im Zusammenhang mit Vertikalabsprachen entwickelten Modellen gibt HOCH CLASSEN, 103-113.

<sup>450</sup> Siehe hierzu vorn, S. 87 ff.; vgl. auch WINTER, 108 Quart. J. Econ. 71 (1993).

<sup>451</sup> COASE, 4 *Economica* 386-389 (1937).

<sup>452</sup> COASE, 4 *Economica* 390 (1937).

<sup>453</sup> COASE, 4 *Economica* 390 (1937); RUFFNER, *Neue Wettbewerbstheorie*, 169.

<sup>454</sup> COASE, 4 *Economica* 390 f. (1937); RUFFNER, *Neue Wettbewerbstheorie*, 169.



Ausgehend von diesem Umstand beantwortete COASE die Frage, wann Unternehmen sich zur Deckung ihrer Bedürfnisse für den Bezug über den Markt und wann sie sich für die Eigenproduktion entscheiden, wie folgt: Unternehmen führen eine bestimmte Transaktion dann selbst (d.h. unternehmensintern) aus, wenn die dabei anfallenden Kosten geringer sind als wenn die betreffende Transaktion über den Markt abgewickelt wird<sup>455</sup> (beispielsweise weil die unternehmensinternen Transaktionen besser überschau- und kontrollierbar sind).

Damit stellt sich eine zweite Frage, nämlich die nach der Grösse des Unternehmens. Weshalb übernimmt ein bestimmtes Unternehmen eine bestimmte Anzahl von Transaktionen und nicht eine Transaktion mehr oder weniger?<sup>456</sup> Die Antwort ist darin zu suchen, dass die unternehmensinternen Koordinationsschwierigkeiten mit der Zahl der Transaktionen wachsen. Je grösser ein Unternehmen wird, um so grösser werden auch die Organisationsprobleme und Managementkosten. Die Gründe hierfür sind vielfältig: Zunahme der räumlichen Ausdehnung und Heterogenität, wachsende Wahrscheinlichkeit unternehmerischer Fehlentscheidungen, etc.<sup>457</sup>

Dies vorausgesetzt lässt sich das Marktgeschehen auch „als eine spezielle Version des Marginalprinzips und volkswirtschaftliches Optimierungsproblem“<sup>458</sup> beschreiben: Unternehmen übernehmen so viele Transaktionen und koordinieren diese, bis die Kosten einer zusätzlichen unternehmensintern koordinierten Transaktion mit den Kosten ihrer Koordination durch den Preismechanismus übereinstimmen.<sup>459</sup>

Die Anwendung des Transaktionskostenansatzes im COASE'schen Sinne auf das Problem der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen scheint zunächst keine Antwort auf die Frage geben zu können, ob vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wettbewerbspolitisch wünschbar sind oder nicht. COASE ging es ja darum, zu zeigen, weshalb gewisse Transaktionen innerhalb des Unternehmens selbst orga-

<sup>455</sup> COASE, 4 *Economica* 392 (1937); RUFFNER, *Neue Wettbewerbstheorie*, 169.

<sup>456</sup> COASE, 4 *Economica* 393 f. (1937).

<sup>457</sup> COASE, 4 *Economica* 394-403 (1937); RUFFNER, *Neue Wettbewerbstheorie*, 169; SCHMIDTCHEN, FS Hoppmann, 152; CARLTON/PERLOFF, 378 f. für den Fall der vertikalen Integration.

<sup>458</sup> RUFFNER, *Neue Wettbewerbstheorie*, 169.

<sup>459</sup> RUFFNER, *Neue Wettbewerbstheorie*, 169.

nisiert bzw. über den Markt bezogen werden. Demgegenüber interessiert im Rahmen der vorliegenden Arbeit primär die Frage, weshalb es zur Erreichung bestimmter Vertriebsziele nicht ausreicht, den Vertrieb im Rahmen normaler Austauschbeziehungen zu organisieren, sondern dies nur durch die Auferlegung von Wettbewerbsbeschränkungen erreicht werden kann. Diesen Schritt vollzog später WILLIAMSON.

## 2. Die Transaktionskostenanalyse von WILLIAMSON

### a) *Das Problem*<sup>460</sup>

WILLIAMSON ging aus vom Befund, dass Verbraucher nur unvollkommen informiert sind und die Beschaffung der relevanten Marktinformationen Kosten verursacht.<sup>461</sup>

Ein Hersteller, der ein Gut erfolgreich vermarkten will, das sich durch bestimmte Qualitätsmerkmale von anderen Gütern abhebt (d.h. von diesen differenziert ist), hat infolgedessen v.a. folgende Probleme zu bewältigen: Einmal muss er den potentiellen Kunden die Qualitätsmerkmale seines Produktes zur Kenntnis bringen. Weiter muss er dafür besorgt sein, dass die Art des Vertriebes das Bestehen der betreffenden Qualitätsmerkmale auch tatsächlich gewährleistet. Dies bedingt insbesondere die Gewähr für die zuverlässige Erbringung von Dienstleistungen wie Werbung, Montage, Reparaturservice etc. durch die Händler. Denn ansonsten leidet das Image des Produkts. Schliesslich muss die Vertriebsstruktur die genannten Aufgaben möglichst kostengünstig erfüllen.<sup>462</sup>

Das Bedürfnis nach den erwähnten, durch die Händler zu erbringenden Dienstleistungen ist dabei je nach Verbraucher und Produkt unterschiedlich hoch. Handelt es sich z.B. um ein Produkt, dessen Inbetriebnahme und Instandhaltung gewisse Kenntnisse oder Fertigkeiten voraussetzt, so haben v.a. zwei Arten von Kunden

<sup>460</sup> Die Darstellung folgt im wesentlichen WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 953-993 (1979) sowie WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, 183-189, der seine Überlegungen anhand des vom US-amerikanischen Supreme Court entschiedenen Falles *United States v. Arnold Schwinn & Co. et al.*, 388 U.S. 365 (1967) entwickelt hat.

<sup>461</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 975 f. (1979).

<sup>462</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 975 f. (1979).

ein erhöhtes Bedürfnis nach Dienstleistungen: (1) diejenigen, die nicht über die Fertigkeiten verfügen, um das Produkt ohne weiteres in Betrieb zu nehmen oder instand zu halten, und (2) diejenigen, die hierzu zwar fähig sind, jedoch hohe (Zeit-)Opportunitätskosten haben wie z.B. die bereits an anderer Stelle erwähnten gut bezahlten Anwälte und Berater, die Honorare nach Zeitaufwand verrechnen (Opportunitätskostenproblem)<sup>463 464</sup>.

Bei unbeschränktem Wettbewerb werden die Händler nun in vielen Fällen nur über den Preis konkurrieren und u.U. auf die Erbringung von Dienstleistungen der genannten Art verzichten. Ursache hierfür können z.B. Free-Riding-, Investitionsschutzprobleme etc. sein.

*b) Lösungsmöglichkeiten*

*aa) Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen*

Die geschilderten Probleme können durch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wie Gebietsabsprachen, Preisbindungen der zweiten Hand und Fachhandelsbindungen gelöst werden. Mit ihnen können Händler dazu anzuhalten werden, potentiellen Kunden mittels Erbringung von Dienstleistungen die Qualitätsmerkmale des Produktes einerseits zur Kenntnis bringen und andererseits das Bestehen der versprochenen Qualitätsmerkmale auch tatsächlich zu gewährleisten. So befähigt beispielsweise Gebietsschutz den Händler, einen Mindestumsatz zu tätigen, der es ihm ermöglicht, das vom Hersteller gewünschte Mass an Werbung und Dienstleistungen zu erbringen. Dasselbe gilt u.U. für Preisbindungen der zweiten Hand und Fachhandelsbindungen.

Die genannten vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sind darüber hinaus – und das ist im vorliegendem Zusammenhang entscheidend – in solchen Fällen transaktionskostenökonomisch gesehen u.U. günstiger als alternative Formen des Vertriebs.

<sup>463</sup> Siehe hierzu vorn, S. 128 ff.

<sup>464</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 977 (1979); WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, 185 f.

*bb) Normale Lieferbeziehungen*

Gegenüber normalen Lieferbeziehungen haben vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wie insbesondere Gebietsabsprachen den Vorteil, dass sich mit ihnen die Verkaufsanstrengungen bündeln lassen. Ohne Gebietsschutz besteht die Gefahr, dass eine konzentrierte und gründliche Bearbeitung des Marktes unterbleibt, u.a. weil verschiedene Händler z.B. dieselben Gebiete gleichzeitig bearbeiten.<sup>465</sup> Dies gilt insbesondere in Fällen, wo Cream-Skimming-Probleme eine Rolle spielen.<sup>466</sup>

*cc) Aufbau eines eigenen Filialnetzes*

Gegenüber der Vorwärtsintegration (d.h. der Errichtung eines Filialnetzes durch den Hersteller) sind vertikale Wettbewerbsbeschränkungen aus folgenden Gründen transaktionskostenökonomisch betrachtet günstiger:

Auszugehen ist vom Umstand, dass ein Hersteller meist nur seine eigenen Erzeugnisse über das eigene Filialnetz vertreiben kann. Denn einmal werden die Konkurrenten Bedenken haben, einen ihrer Wettbewerber als Händler zu beliefern, weil sie fürchten müssen, dass dessen Angestellte ihre Produkte gegenüber der Kundschaft herabsetzen. Ausserdem kann die Erbringung von Dienstleistungen wie Vorführung, Montage, Reparatur, etc. u.U. die Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen erfordern. Weiter dürfte der Vertrieb häufig spezielles Fachwissen verlangen. Eine Vorwärtsintegration würde den Hersteller zu einem Engagement in Bereichen ausserhalb seiner Kernkompetenzen zwingen und damit zu Tätigkeiten, welche es nicht so effizient wie Händler erbringen könnte.<sup>467</sup>

Darüber hinaus hat ein Single- gegenüber einem Multibrand-Vertrieb verschiedene Nachteile: Einmal ist es im Gegensatz zum Multibrand-Vertrieb naturgemäss nicht möglich, den Produkten des Herstellers „at least equal prominence with competing brands“<sup>468</sup> zu geben. Je nach Branche werden auch die Kunden aufgrund der Vergleichsmöglichkeiten den Gang in ein Multibrand-Geschäft vor-

<sup>465</sup> WHITE, 26 Antitrust Bull. 334 (1981); siehe auch S. 128 ff.

<sup>466</sup> Siehe hierzu vorn, S. 65.

<sup>467</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 979 f. (1979); WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, 187; siehe auch PRESTON, 30 Law & Contemp. Probs. 512 (1965).

<sup>468</sup> *United States v. Arnold Schwinn & Co. et al.*, 388 U.S. 365, 370 (1967).

ziehen.<sup>469</sup> Weiter ist es möglich, dass sich mit einem Multibrand-Vertrieb Verbundvorteile erzielen lassen. Dies kann so weit gehen, dass der bereits erwähnte „Break-Even-Point“ nur mit einem Multibrand-Geschäft zu erreichen ist.<sup>470</sup>

Doch selbst wenn diese Probleme im Einzelfall nicht bestehen, bleibt die Frage, ob der vorwärtsintegrierende Hersteller seinen Angestellten genügend Anreize bieten kann, um dieselben Verkaufsergebnisse zu erreichen, wie sie von einem selbständig erwerbstätigen Händler erzielt wird. Zu bedenken ist, dass z.B. bürokratische Strukturen in Unternehmen Hindernisse für eine herausragende Performance darstellen können.<sup>471</sup>

All dies mündet in der Schlussfolgerung, dass eine Vorwärtsintegration hohe Kosten mit sich bringen kann, Kosten, die so hoch sind, dass der Vertrieb vergleichsweise unwirtschaftlich wird.<sup>472</sup> Entsprechend können insbesondere Alleinvertriebsverträge ein Mittel zur Senkung von Transaktionskosten sein. Denn der Aufbau und Unterhalt eines eigenen Filialnetzes ist in den beschriebenen Fällen im Vergleich zur Bereitstellung der entsprechenden Vertriebsleistungen durch ein drittes Unternehmen kostspieliger.<sup>473</sup>

*dd) Nebeneinander verschiedener Vertriebsformen?*

Eingewendet werden könnte natürlich, dass es den Verbrauchern überlassen bleiben soll, zu wählen, ob sie das Produkt bei einem Händler erwerben wollen, welcher Werbung und Dienstleistungen erbringt, oder bei einem Discounter, der

<sup>469</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 979 f. (1979); WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, 187; siehe auch PRESTON, 30 *Law & Contemp. Probs.* 512 (1965).

<sup>470</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 978 f. (1979); WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, 186 f.; vgl. auch PANZAR/WILLIG, 71 *Amer. Econ. Rev.* 268-272 (1981); COMANOR, *Introduction*, 23; COMANOR, 62 *N.Y.U. L. Rev.* 1154 (1987); siehe auch COMANOR/FRECH, 75 *Amer. Econ. Rev.* 540 (1985); RUFFNER, *Neue Wettbewerbstheorie*, 185.

<sup>471</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 980 (1979); WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, 188; CARLTON/PERLOFF, 380: „[...] an employee on a fixed salary may work less hard than an owner of a subcontracting firm“; vgl. auch SCHWINTOWSKY, 25-27; *ABl.* 1988 L 332/41 Rz 24 f., *ServiceMaster*; *ABl.* 1976 L 28/27 Rz 40, *SABA*.

<sup>472</sup> CARLTON/PERLOFF, 378 f.; SHAFFER, 22 *RAND J. Econ.* 123 (1991).

<sup>473</sup> Siehe auch RUFFNER, *Neue Wettbewerbstheorie*, 183.

diese Dienstleistungen nicht erbringt.<sup>474</sup> Diesem Einwand ist folgendes entgegen zu halten:

Erstens kann ein Nebeneinander von Geschäften, welche die vom Hersteller gewünschten Leistungen erbringen, und Billiganbietern, welche auf die Erbringung solcher Dienstleistungen generell verzichten, dazu führen, dass das Qualitätsimage leidet. Zu denken ist an den Fall, in dem z.B. ein Discountgeschäft das vom Hersteller gelieferte Produkt vor Verkauf fehlerhaft zusammensetzt. Berücksichtigt man das Problem der unvollkommenen Information der Verbraucher, ist nicht auszuschliessen, dass die enttäuschten Käufer des betreffenden Produktes dessen Fehler nicht dem Discounter sondern dem Hersteller bzw. dem Produkt selbst anlasten. Die aus solchen Vorkommnissen resultierende unvorteilhafte Mund-zu-Mund-Propaganda kann dem Hersteller dann (ungerechtfertigterweise) schaden.<sup>475</sup>

Zweitens ist daran zu erinnern, dass – wie erwähnt – u.U. nur die Einräumung eines Gebietsschutzes die einzelnen Händler befähigt, umsatzmässig den „Break-Even-Point“ zu erreichen oder dass die einzelnen Händler ohne Einräumung eines Gebietsschutzes nicht bereit sind, die vom Hersteller gewünschten Leistungen zu erbringen (Anreizargument)<sup>476</sup> oder dass Free-Riding-Probleme sie daran hindern.<sup>477</sup> Natürlich ist es denkbar, dass das Vertriebssystem durch einen bestimmten Anteil an Discountverkäufen nicht in nennenswertem Ausmass gefähr-

<sup>474</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 978 (1979); WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, 186.

<sup>475</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 978 f. (1979); WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, 186 f. Dies kann als Variante des von AKERLOF beschriebenen Lemon-Problems gesehen werden, bei dem es kurz gesagt um folgendes geht: Es gibt Fälle, wo die Anbieter über die von ihnen angebotenen Produkte besser als die Nachfrager informiert sind. Hier werden die Nachfrager – infolge des Risikos, ein qualitativ schlechtes Produkt zu kaufen (eine Lemon eben) – nur einen Preis zu zahlen bereit sein, der einen Abschlag für das Risiko enthält, dass das gekaufte Produkt qualitativ minderwertig ist. Dieser Preis liegt indessen unter dem Minimalpreis, zu dem ein Anbieter ein qualitativ hochstehendes Produkt anzubieten bereit ist. Aus diesem Grund kommt kein Markt für qualitativ hochstehende Produkte zustande (siehe hierzu ausführlich: AKERLOF, 84 Quart. J. Econ. 488-500 [1970]).

<sup>476</sup> Siehe vorn, S. 124.

<sup>477</sup> Siehe vorn, S. 63 ff.

det wird. Diese „Toleranzzone“ wird jedoch durch die eben genannten Gegebenheiten beschränkt.<sup>478</sup>

Drittens sind die Kosten für eine Durchsetzung der vertraglich vereinbarten Vertriebsmodalitäten in einem gemischten Vertriebssystem wohl höher.<sup>479</sup>

*c) Effizienzvermutung zugunsten vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen*

Ausgehend von den beschriebenen Überlegungen vertrat WILLIAMSON die Auffassung, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen vermutungsweise transaktionskostenökonomisch gerechtfertigt seien.<sup>480</sup>

*d) Wohlfahrtstheoretische Betrachtung*

Zusätzlich legte WILLIAMSON dar, dass ein Verbot vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen zu Wohlfahrtsverlusten führen würde. Das betreffende Modell ist in Abbildung 8<sup>481</sup> veranschaulicht:

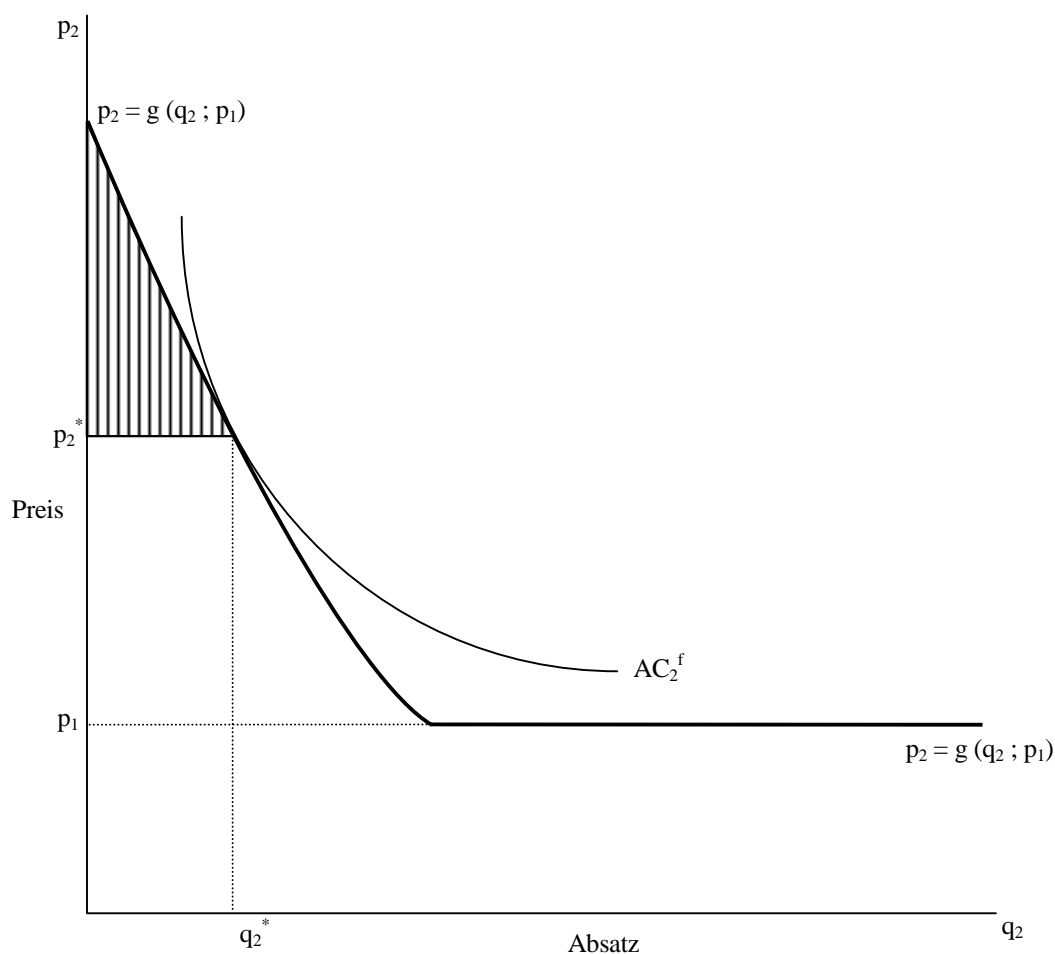
<sup>478</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 978 f. (1979); WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, 186 f.

<sup>479</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 978 f. (1979); WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, 186 f.

<sup>480</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 958 (1979).

<sup>481</sup> Nach: WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 981 (1979); siehe auch WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, 188.

**Abbildung 8: Steigerung der Wohlfahrt durch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen**



Konsumentenrente infolge der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Modell beruht auf folgenden Annahmen: Die Nachfragekurve nach einem (von seinen Konkurrenzprodukten differenzierten) Erzeugnis  $x$  sei  $p_2$  wobei  $p_2 = g(q_2; p_1)$  (dargestellt durch die fett gezeichnete Kurve, welche durch die fein ausgezogene Kurve  $AC_2^f$  berührt wird). Der Preis für Produkte, die von den Wettbewerbern hergestellt werden, betrage  $p_1$ . Die durchschnittlichen Kosten für den Verkauf pro Erzeugnis  $x$  seien die Punkte auf der Kurve  $AC_2^f$ . Ohne vertikale



Wettbewerbsbeschränkungen würde das Vertriebsnetz, über welches das Erzeugnis  $x$  angeboten wird, zusammenbrechen.<sup>482</sup>

Unter diesen Annahmen gilt folgendes: Der Preis, zu dem das Erzeugnis  $x$  verkauft wird, beträgt  $p_2^*$ . Die Menge der zu diesem Preis abgesetzten Erzeugnisse beträgt  $q_2^*$ . Die Händler machen keinen Gewinn, sondern können gerade ihre Kosten decken, da sich die Kurven  $p_2$  und  $AC_2^f$  nicht überschneiden sondern bloss berühren. Die Höhe der hierdurch entstehenden Konsumentenrente ist durch die schraffierte Fläche wiedergegeben. Werden nun die dem Vertriebsnetz für das Produkt  $x$  zugrunde liegenden Wettbewerbsbeschränkungen verboten, bricht dieses gemäss obiger Annahme zusammen. Damit ist auch das Erzeugnis  $x$  nicht mehr erhältlich, was einen Wohlfahrtsverlust in der Höhe der schraffierten Fläche zur Folge hat.<sup>483</sup>

### 3. Grössenvorteile beim Vertrieb

#### a) Das Problem

Ebenfalls als Transaktionskostenproblem kann der Umstand begriffen werden, dass beim Vertrieb gewisser Produkte markante Grössenvorteile (z.B. Economies of Scale) erzielbar sind. So etwa, wenn der Vertrieb mit hohen Fixkosten verbunden ist. Je mehr Händler in den Markt eintreten, desto teurer wird der Vertrieb pro verkauftem Stück. Daneben sind auch andere Grössenvorteile denkbar, so etwa Einsparungen beim Transport.<sup>484</sup>

<sup>482</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 980 f. (1979); WILLIAMSON, The Economic Institutions of Capitalism, 188.

<sup>483</sup> WILLIAMSON, 127 U. Pa. L. Rev. 980 f. (1979); WILLIAMSON, The Economic Institutions of Capitalism, 188.

<sup>484</sup> ABl. 2000 C 291/34 Rz 174, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

b) *Lösungsmöglichkeiten*

Probleme der genannten Art können durch Gebietsschutz, Querbezugsverbote, Mindestabnahmepflichten oder Markenzwang gelöst werden.<sup>485</sup>

## **X. Maximierung der Händleranstrengungen**

### **1. Allgemeines**

a) *Das Problem*

Die Einräumung von Gebietsschutz bzw. die Auferlegung von Preisbindungen der zweiten Hand vermag zwar u.U. zu gewährleisten, dass ein Händler den Vertrieb eines Produktes übernimmt. Hingegen stellt ein Gebietsschutz bzw. eine Preisbindung der zweiten Hand nicht in allen Fällen sicher, dass sich der Händler der Vermarktung des betreffenden Gutes auch tatsächlich mit vollen Kräften widmet.

b) *Lösungsmöglichkeiten*

Ein Weg, den Händler mittelbar zur Maximierung seiner Verkaufsanstrengungen zu zwingen, besteht darin, ihm einen Markenzwang aufzuerlegen. Ein Händler dessen wirtschaftliche Existenz vom Erfolg einer einzigen Marke abhängt, wird sich – so die Argumentation – mit grösserem Enthusiasmus der Marktbearbeitung der betreffenden Produkte widmen und seine Verkaufsbemühungen tatsächlich auf das ihm zugewiesene Gebiet zu konzentrieren.<sup>486</sup>

<sup>485</sup> ABl. 2000 C 291/24 Rz 116 Ziff. 6, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; ABl. 1999 C 270/27 Rz 108 Ziff. 8, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“; ABl. 1985 L 369/4 Rz 20 Bst. a, Ivoclar; vgl. auch Erw. 5 VO (EWG) Nr. 1983/83; ABl. 1997 L 47/19 Rz 70, Novalliance/Systemform; siehe auch das Modell in Abbildung 9.

<sup>486</sup> DOBSON/WATERSON, 17; ABl. 2000 C 291/25 Rz 119 Ziff. 6, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; SCHERER/ROSS, 563 f., 558 f.

Anstelle von Markenzwang können auch Pflichten treten, welche faktisch einem Markenzwang gleichkommen. Ein Beispiel sind Mindestabnahmepflichten.<sup>487</sup>

## 2. „Entry-Limitation-and-Forcing-of-Sales“-Modell

### a) *Das Problem*

In Zusammenhang mit dem eben Gesagten steht ein von WHITE vorgestelltes Modell, das in Abbildung 9 wiedergegeben ist.<sup>488</sup>

<sup>487</sup> ABl. 2000 C 291/25 Rz 119 Ziff. 6, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

<sup>488</sup> Siehe WHITE, 26 Antitrust Bull. 335 Figure 2 (1981).

**Abbildung 9: Absatz eines monopolistischen Konkurrenten mit und ohne Wettbewerbsbeschränkungen**

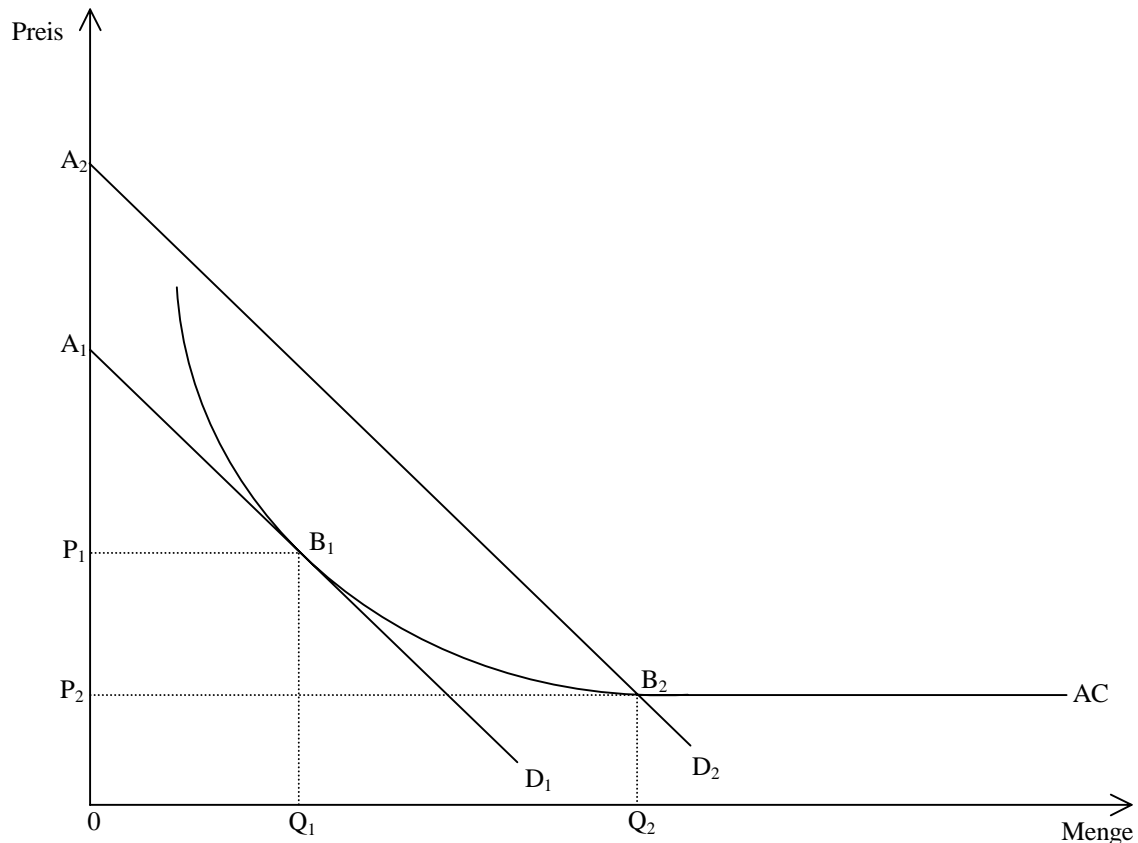


Abbildung 9 zeigt die Nachfrage- und Kostenkurve, der sich ein einzelner Händler, der ein monopolistischer Konkurrent im Sinne CHAMBERLINS ist, gegenüber sieht: Die durchschnittlichen Kosten (inkl. eines normalen Gewinns) für den Verkauf pro Stück eines Produktes eines bestimmten Herstellers sind die Punkte auf der Kurve  $AC$ . Die Nachfragekurve pendelt sich langfristig auf der Tangente  $D_1$  ein (CHAMBERLIN'sches Gleichgewicht). Dies ist wie folgt begründet: Liegt die Nachfragekurve rechts von  $D_1$ , werden die hieraus resultierenden supranormalen Gewinne infolge des (hier angenommenen) Fehlens von Marktzutrittschranken so lange neue Händler zum Markteintritt veranlassen, bis sich die durchschnittliche Absatzmenge eines jeden Händlers auf  $Q_1$  reduziert hat, die

Nachfragekurve somit wieder auf  $D_1$  zu liegen kommt. Liegt die Nachfragekurve links von  $D_1$ , werden so lange Händler den Markt verlassen, bis die Absatzmenge jedes einzelnen Händlers wieder auf  $Q_1$  gestiegen ist.<sup>489</sup> Jeder Händler verkauft somit im langfristigen Gleichgewicht die Menge  $Q_1$ , wobei der Preis pro Stück  $P_1$  beträgt. Wie aus dem Verlauf der Kurve  $AC$  ersichtlich ist, ist  $P_1$  nicht der tiefstmögliche Preis und  $Q_1$  nicht die grösstmögliche Absatzmenge, zu dem ein einzelner Händler verkaufen könnte. Anders gewendet: Die Händler verkaufen die Produkte in zu niedrigen Mengen zu zu hohen Preisen.<sup>490</sup>

b) *Lösungsmöglichkeiten*

Eine Möglichkeit des Herstellers, dieses Problem zu beseitigen, besteht nun darin, die Zahl seiner Händler dergestalt zu reduzieren, dass sie unter die Anzahl zu liegen kommt, die sich beim freien Spiel der Marktkräfte ergeben würde. Der Hersteller wird dies tun, indem er seinen Händlern einen Gebietsschutz einräumt und ihnen im Gegenzug einen Markenzwang oder Mindestabnahmepflichten auferlegt. Die Folge davon ist, dass der einzelne Händler eine grössere Menge von Produkten absetzen muss und sich seine Nachfragekurve nach  $D_2$  verschiebt. Wie aus Abbildung 9 ersichtlich ist, sinkt der Preis auf  $P_2$  und steigt die abgesetzte Menge auf  $Q_2$  an.<sup>491</sup> Aus Abbildung 9 lässt sich ebenfalls ableiten, dass die soziale Wohlfahrt maximiert wird, da die Fläche des Dreiecks  $P_2B_2A_2$  grösser als diejenige des Dreiecks  $P_1B_1A_1$  ist.<sup>492</sup>

<sup>489</sup> WHITE, 26 Antitrust Bull. 335 (1981).

<sup>490</sup> WHITE, 26 Antitrust Bull. 334-336 (1981). Hingewiesen sei darauf, dass REY/STIGLITZ in einem Modell, das von anderen Annahmen ausgeht, zu anderen Ergebnissen kommen (hinten, S. 181).

<sup>491</sup> WHITE, 26 Antitrust Bull. 336 (1981); siehe auch ABl. 2000 C 291/25 Rz 119 Ziff. 6, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; in eine ähnliche Richtung wie das Modell von WHITE geht ein Modell von SASS/GISSER (SASS/GISSER, 32 J.L. & Econ. 384-396 [1989]).

<sup>492</sup> Zu beachten indessen, dass ein Teil der Vergrösserung des Dreiecks  $P_2B_2A_2$  auf den (wohlfahrtsneutralen) Umstand zurückzuführen ist, dass die Zahl der Händler reduziert wird und damit der Umsatz pro Händler steigt.

## XI. Double-Marginalization-Probleme

### 1. Das Problem

Es gibt Fälle, wo sowohl Hersteller wie auch Händler<sup>493</sup> über Marktmacht verfügen. In solchen Fällen setzen Hersteller und Händler den Grosshandelspreis bzw. den Endverkaufspreis je über ihren Grenzkosten an (daher: Double-Marginalization). Aus dieser Double-Marginalization ergibt sich ein Endverbraucherpreis, der letztlich höher ist als der gewinnmaximierende Preis, den Hersteller und Händler gegenüber den Konsumenten verlangen würden, wenn sie zusammen ein einziges (vertikal integriertes) Unternehmen bildeten. Dies impliziert, dass sowohl der Hersteller als der Händler bei der Double-Marginalization eine Absatz- und damit Gewinneinbusse hinnehmen müssen. Würden Hersteller und Händler ihre Preise in der Weise festsetzen, dass der Endverkaufspreis demjenigen eines vertikal integrierten Unternehmens entspräche, würden nicht nur Hersteller und Händler einen grösseren Gewinn erzielen sondern auch die Konsumenten niedrigere Preise zahlen. Die Double-Marginalization läuft damit den Interessen aller Beteiligten zuwider.<sup>494</sup>

### 2. Lösungsmöglichkeiten

Das Double-Marginalization-Problem kann auf verschiedene Arten gelöst werden:<sup>495</sup>

<sup>493</sup> SPENGLER schilderte das Problem anhand eines Modells, in dem die Waren über drei Marktstufen (Hersteller, Grosshändler, Detailhändler) veräussert werden (siehe hierzu SPENGLER, 58 J. Polit. Economy 347-351 [1950]). Dieses Modell kann indessen auch auf zwei Marktstufen reduziert werden.

<sup>494</sup> SPENGLER, 58 J. Polit. Economy 347-351. Die praktische Relevanz des Double-Marginalization-Problems ist bislang wenig geklärt: vgl. WEST, 16 Rev. Ind. Org. 407-414 (2000); für geringe praktische Relevanz (ohne weiteren Nachweis) PEEPERKORN, 23 E.C.L.R. 41 (2002).

<sup>495</sup> Siehe zum Ganzen: REY/CABALLERO-SANZ, 12 f.; Grünbuch über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, KOM(96) 721 endg., 18 Rz 58.

a) *Höchstpreisabsprachen*

Die einfachste Lösung besteht darin, dass der Hersteller mit dem Wiederverkäufer einen Höchstendverkaufspreis vereinbart.<sup>496</sup> Bei der Vereinbarung des Höchstendverkaufspreises wird der marktmächtige Wiederverkäufer seine Interessen wahren, indem er im Gegenzug auf einem tieferen Grosshandelspreis besteht.<sup>497</sup>

Diese Lösung hat den Nachteil, dass der Wiederverkäufer z.B. auf Kostenerhöhungen nicht mit einer Erhöhung der Endverkaufspreise reagieren kann, ohne seine Vereinbarung mit dem Hersteller zu ändern.<sup>498</sup>

b) *Zweiteilige Preislisten*

Eine zweite Möglichkeit besteht darin, dass zweiteilige Preislisten erstellt werden, in denen ein Grossistenpreis und eine Provision festgesetzt werden. Die Höhe des Grossistenpreises entspricht der Höhe der Kosten des Herstellers. Zusätzlich vereinbart der Hersteller mit dem Wiederverkäufer eine Provision pro verkaufte Einheit.<sup>499</sup>

Der Nachteil dieser Lösung besteht darin, dass sie einen erheblichen Verwaltungsaufwand und eine enge Zusammenarbeit zwischen Hersteller und Wiederverkäufer erfordert. Bezeichnenderweise wird sie v.a. im Rahmen von Franchisesystemen diskutiert.

Ihr Vorteil ist darin zusehen, dass der Wiederverkäufer in der Gestaltung seiner Preise freier bleibt als bei einer reinen Höchstpreisbindung.<sup>500</sup> Zudem besteht für den Wiederverkäufer ein grösserer Anreiz, mehr Waren zu verkaufen.

<sup>496</sup> NEVEN/PAPANDROPOULOS/SEABRIGHT, 27 f.; ABl. 2000 C 291/25 Rz 119 Ziff. 6, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

<sup>497</sup> Vgl. auch IACOBUCCI, *World Competition*, 1995, 90; SCHERER/ROSS, 558.

<sup>498</sup> REY/CABALLERO-SANZ, 12 f.

<sup>499</sup> Vgl. auch IACOBUCCI, *World Competition*, 1995, 90 f. und NEVEN/PAPANDROPOULOS/SEABRIGHT, 28.

<sup>500</sup> REY/CABALLERO-SANZ, 12 f.

c) *Mindestabnahmepflichten*

Ein dritter Weg besteht darin, dass der Hersteller den Wiederverkäufer verpflichtet, gewisse Mindestmengen abzunehmen. Damit wird der Wiederverkäufer mittelbar gezwungen, die Endverkaufspreise zu senken.<sup>501</sup>

Der Vorteil von Mindestabnahmepflichten besteht darin, dass der Wiederverkäufer in der Gestaltung seiner Preise freier bleibt als bei einer reinen Höchstpreisbindung. Zudem besteht für den Wiederverkäufer – im Vergleich zu einer reinen Höchstpreisbindung – u.U. ein grösserer Anreiz, mehr Waren zu verkaufen.

d) *Vertikale Integration*

Eine vierte Möglichkeit besteht in der Durchführung eines vertikalen Zusammenschlusses.<sup>502</sup> Diese Variante kann indessen gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen transaktionskostenökonomische Nachteile<sup>503</sup> haben.<sup>504</sup>

## **XII. Das Modell von REY/TIROLE**

Neuere Arbeiten, die allerdings praktisch nicht unmittelbar verwertbar scheinen, haben vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Mittel zur Bewältigung von Marktunsicherheiten diskutiert.<sup>505</sup> Ein Beispiel ist ein von REY/TIROLE<sup>506</sup> entwickeltes spieltheoretisches Modell, dessen Ergebnisse zwar nicht unmittelbar in wettbewerbspolitische Empfehlungen umgemünzt werden können, das hier aber, weil es grossen Nachhall in der ökonomischen Lehre gefunden hat, kurz skizziert werden soll.

<sup>501</sup> REY/CABALLERO-SANZ, 12; DOBSON/WATERSON, 15; BLAIR/LOPATKA, 66 Antitrust L.J. 556 (1998).

<sup>502</sup> So wohl SPENGLER, 58 J. Polit. Economy 347, 351 f., der nicht deutlich gemacht hat, ob mit dem Begriff der vertikalen Integration nur ein Zusammenschluss oder auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gemeint sind.

<sup>503</sup> Für Beispiele siehe vorn, S. 134 f.

<sup>504</sup> BLAIR/LOPATKA, 66 Antitrust L.J. 555 (1998).

<sup>505</sup> Neben dem nachfolgend beschriebenen Modell von REY/TIROLE siehe z.B. auch DENECKERE/MARVEL/PECK, 111 Quart. J. Econ. 885-912 (1996); DENECKERE/MARVEL/PECK, 87 Amer. Econ. Rev. 619-640 (1997).

<sup>506</sup> Siehe auch TIROLE, 170-181.



REY/TIROLE stellen in ihrem Modell dar, welche Auswirkungen das Bestehen (a) von (unbeschränktem) Wettbewerb, (b) von Gebietsschutzabsprachen und (c) von Preisbindungen der zweiten Hand auf die soziale Wohlfahrt und die Herstellerrente haben. Sie unterscheiden dabei mehrere Varianten: Unsicherheiten betreffend (1) die Nachfrage und (2) die Vertriebskosten einerseits und (3) Risikoscheu bzw. (4) -neutralität auf Seiten der Händler andererseits.

Das Modell geht von einem monopolistischen Hersteller und zwei räumlich differenzierten Händlern aus<sup>507</sup> und zeigt, dass soziale Wohlfahrt und Herstellerrente in den obengenannten vier Varianten unterschiedlich hoch sind:

Bei Unsicherheiten betreffend die **Nachfrage** haben Preisbindungen der zweiten Hand und unbeschränkter Wettbewerb denselben Einfluss auf soziale Wohlfahrt und Herstellerrente, und zwar unabhängig davon, ob die Händler risikoneutral oder -scheu sind. Demgegenüber führen Gebietsabsprachen gegenüber der Variante „Wettbewerb“ zu einer Verminderung der sozialen Wohlfahrt (wiederum unbeachtlich des Umstands, ob die Händler risikoneutral oder -scheu sind), während der Herstellergewinn bei risikoneutralen Händlern grösser und bei risikoscheuen Händlern kleiner als im Falle unbeschränkten Wettbewerbs ist.<sup>508</sup>

Bei Unsicherheiten hinsichtlich der **Vertriebskosten** führt unbeschränkter Wettbewerb zu grösserer sozialer Wohlfahrt als Gebietsschutzabsprachen, wobei letztere sich auf die soziale Wohlfahrt immer noch günstiger auswirken als vertikale Mindestpreisabsprachen. Dabei macht es in allen drei Konstellationen keinen Unterschied, ob die Händler risikoneutral oder -scheu sind. Anders präsentiert sich die „Rangordnung“ im Hinblick auf die Herstellerrente. Bei risikoneutralen Händlern führen Gebietsschutzabsprachen zu grösseren Herstellerrenten, gefolgt von den Varianten „Wettbewerb“ und „Preisbindung der zweiten Hand“ (in dieser Reihenfolge). Bei risikoscheuen Händlern führt unbeschränkter Wettbewerb infolge seiner „Versicherungswirkung“, die den Händlern bei Änderungen der Vertriebskosten eine Anpassung ihres Preises erlaubt, zur höchsten Herstellerrente, während die Einräumung von Gebietsschutz für den Hersteller weniger

<sup>507</sup> Zu den einzelnen Annahmen des Modells siehe REY/TIROLE, 76 Amer. Econ. Rev. 921-924 sowie 924-936 für Abwandlungen (1986).

<sup>508</sup> REY/TIROLE, 76 Amer. Econ. Rev. 924-936 (1986).

vorteilhaft aber immer noch einträglicher als eine Preisbindung zweiter Hand ist.<sup>509</sup>

### **XIII. Unzureichende Kapitalversorgung**

#### **1. Das Problem**

Die Bereitstellung von Kapital z.B. durch Banken oder allgemein Kapitalmärkte kann unzureichend sein, wenn die Kenntnisse der betreffenden Kapitalgeber unvollständig oder die Grundlagen zur Sicherung eines Darlehens für diese Kapitalgeber unzureichend sind. Händler oder Hersteller können demgegenüber bessere Informationen haben oder über Mittel verfügen, um die Grundlagen für eine zusätzliche Sicherung eines Darlehens zu schaffen.<sup>510</sup>

#### **2. Lösungsmöglichkeiten**

Wettbewerbsbeschränkungen können in solchen Fällen dazu beitragen, eine ausreichende Kapitalversorgung zu gewährleisten. So kann der Hersteller, der einem Händler ein Darlehen gewährt, dieses sichern, indem er dem Händler Markenzwang oder eine Mindestabnahmepflicht auferlegt. Umgekehrt kann der Händler ein Darlehen an den Hersteller mit einer Alleinbelieferungspflicht sichern.<sup>511</sup> Praktische Beispiele für ersteren Fall finden sich v.a. in Alleinbezugsverträgen für Bier.

### **XIV. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Mittel der Vertragsdurchsetzung?**

KLEIN/MURPHY haben vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Mittel der Vertragsdurchsetzung erklärt.

<sup>509</sup> REY/TIROLE, 76 *Amer. Econ. Rev.* 924-936 (1986).

<sup>510</sup> ABl. 2000 C 291/24 Rz 119 Ziff. 7, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; ABl. 1999 C 270/27 Rz 108 Ziff. 9, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“.

<sup>511</sup> ABl. 2000 C 291/24 Rz 119 Ziff. 7, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; ABl. 1999 C 270/27 Rz 108 Ziff. 9, Entwurf „Leitlinien über vertikale Beschränkungen“.

## 1. Sicherstellung der Durchführung von Verkaufsförderungsmassnahmen durch den Händler

### a) *Das Problem*

Ausgangspunkt dieses Erklärungsversuchs ist die Überlegung, dass Verträge unvollständig und schwer durchsetzbar sind: Konventionelle Methoden der Vertragsredigierung und -durchsetzung können nach KLEIN/MURPHY nicht garantieren, dass Händler die vom Hersteller gewünschten Dienstleistungen zufriedenstellend erbringen. So etwa soll es nicht möglich bzw. finanziell nicht tragbar sein, einen Vertrag zu redigieren, der erschöpfend alle Pflichten umschreibt, bzw. einen Vertrag mittels des staatlichen Vollstreckungsinstrumentariums vollständig durchzusetzen. Überdies geben KLEIN/MURPHY zu bedenken, dass ein Hersteller die Qualität der Dienstleistungen, welche ein Händler erbringt, zwar beobachten kann, jedoch unfähig ist, dessen „Performance“ derart genau zu messen, dass er in der Lage ist, z.B. einen durch Vertragsverletzung entstandenen Schaden vor Gericht zu beweisen.<sup>512</sup>

### b) *Lösungsmöglichkeiten*

In dieser Situation bieten sich nun nach KLEIN/MURPHY vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wie Gebietsschutz und Preisbindungen der zweiten Hand an. Auszugehen ist vom Befund, dass Gebietsschutz und vertikale Mindestpreisbindungen dem Händler die Erzielung einer supra-kompetitiven Rente ermöglichen. Diese kann nun vom Hersteller als Belohnung eingesetzt werden: Der Hersteller beliefert die Händler im – zumindest stillschweigenden – Übereinkommen, dass diese die von ihm gewünschten Dienstleistungen erbringen. Im Gegenzug erhalten die Händler durch den Verkauf der preisgebundenen Güter eine supra-kompetitive Rente. Sobald einer der Händler seinen Pflichten nun nicht mehr oder nur noch in ungenügendem Ausmass nachkommt – so die Abmachung –, wird der Liefervertrag gekündigt (und damit die Rente wieder entzogen). Hierdurch kann eine Art private Vertragsdurchsetzung geschaffen werden,<sup>513</sup> deren Wirksamkeit dadurch gesteigert wird, dass die durch Preis- und Gebietsabsprachen veränder-

<sup>512</sup> KLEIN/MURPHY, 31 J.L. & Econ. 267 f. (1988).

<sup>513</sup> KLEIN/MURPHY, 31 J.L. & Econ. 266-280, 285 (1988).

ten Nachfrageelastizitäten die Anreize zum „Schummeln“ (Cheating) seitens der Händler verringern.<sup>514</sup>

c) *Kritik*

Der Versuch, Gebietsabsprachen und Preisbindungen der zweiten Hand als vertragliche Vollstreckungsmechanismen zu deuten, vermag – auf der Grundlage des schweizerischen Vertragsrechts – nicht gänzlich zu überzeugen.<sup>515</sup>

Einmal ergibt sich ein Widerspruch daraus, dass Verträge nach Auffassung von KLEIN/MURPHY unvollständig sind, das von ihnen vorgeschlagene Vollstreckungssystem jedoch genau vollständige Verträge voraussetzt, d.h. Verträge, in denen die einzelnen Pflichten vollständig enthalten sind. Vertragsrechtlich betrachtet stellt der von KLEIN/MURPHY vorgeschlagene Mechanismus eine vertragliche Kündigungsregelung dar, welche dem Hersteller ein einseitiges Kündigungsrecht im Falle einer Vertragsverletzung seitens des Händlers gibt. Die Feststellung, dass eine Vertragsverletzung vorliegt, setzt den zumindest normativen Konsens der Vertragsparteien über das Bestehen einer entsprechenden Pflicht, die verletzt worden ist, voraus.

Gegen die hier vorgetragenen Überlegungen könnte eingewendet werden, dass – soweit Auftragsrecht anwendbar ist – die entsprechenden Lieferbeziehungen vom Hersteller unter Berufung auf Art. 404 OR jederzeit gekündigt werden können, es für eine Kündigung somit keiner Vertragsverletzung bedarf. Dieser Einwand ist grundsätzlich zutreffend. Allerdings beseitigt er das eigentliche Problem nicht, nämlich dass der von KLEIN/MURPHY vorgeschlagene Sanktionsmechanismus einen Konsens darüber voraussetzt, welche Leistungen der Händler im einzelnen erbringen soll.

Überdies ist nicht klar, weshalb der Hersteller dem Händler eine supra-kompetitive Rente „bezahlen“ soll, wenn er ihn ja ohnehin überwachen muss. Diesfalls wäre ein z.B. durch Konventionalstrafen abgesichertes System für den Hersteller günstiger. Der Umstand, dass insbesondere Discounter erfahrungsgemäss versuchen, preisgebundene Erzeugnisse trotz vertikaler Mindestpreisbindung zu tiefe-

<sup>514</sup> Siehe hierzu im einzelnen KLEIN/MURPHY, 31 J.L. & Econ. 267-280 (1988).

ren Preisen (und dafür ohne die Erbringung von Dienstleistungen) zu verkaufen, zeigt im übrigen, dass die Möglichkeit der Erlangung supra-kompetitive Renten für sich allein keinen genügenden Anreiz darstellt, um **alle** Händler zur Erbringung der vom Hersteller gewünschten Dienstleistungen anzuhalten und **alle** Händler vom „Schummeln“ abzuhalten.<sup>516</sup>

Schliesslich lässt der von KLEIN/MURPHY vertretene Ansatz Auswirkungen auf die soziale Wohlfahrt unberücksichtigt. Er kann keine Antwort auf die Frage geben, ob die betreffenden Dienstleistungen die soziale Wohlfahrt erhöhen oder nicht.

## 2. Sicherstellung der Umwerbung von marginalen Verbrauchern

Auch Markenzwang lässt sich nach KLEIN/MURPHY als Vollstreckungsmechanismus erklären:

### a) *Das Problem*

Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass es potentielle marginale Verbraucher<sup>517</sup> gibt, die ein Produkt mit einem Endverkaufspreis von z.B. CHF 50.— ohne Werbemassnahmen für CHF 40.— wert halten, mit Werbemassnahmen hingegen für CHF 50.—.<sup>518</sup> Nehmen wir nun an, dass die zusätzlichen Werbemassnahmen, die notwendig sind, um einen solchen potentiellen marginalen Verbraucher zum Kauf des betreffenden Produktes zu CHF 50.— zu überzeugen, pro verkauftem Produkt mehr kosten als die Differenz zwischen Endverkaufs- und Grosshandelspreis<sup>519</sup>. Diesfalls wird kein Händler die betreffenden Massnahmen finanzieren, es sei denn, der Hersteller senkt z.B. den Grosshandelspreis um den entsprechenden Betrag. Aus praktischen Gründen ist es nun nicht möglich, den entsprechenden Abschlag nur auf diejenigen Stücke zu gewähren, die infolge der Werbemassnahmen an die erwähnten marginalen Verbraucher verkauft werden. Des-

<sup>515</sup> A.M. für das US-amerikanische Recht: MURIS, 68 Antitrust L.J. 910 f. (2001).

<sup>516</sup> Ähnlich MARVEL, 63 Antitrust L.J. 65 (1994).

<sup>517</sup> Zum Begriff des marginalen Verbrauchers siehe S. 28 f. und 87 f.

<sup>518</sup> Es handelt sich hierbei um dieselbe Situation, die bereits auf S. 87 beschrieben wurde.

<sup>519</sup> KLEIN/MURPHY, 31 J.L. & Econ. 283 f. (1988).

halb muss der Abzug für die voraussichtlichen Werbekosten auf die gesamte Menge umgeschlagen werden, welche der Händler vom Hersteller bezieht. Ein Hersteller, der in eine solche Reduktion des Grosshandelspreises einwilligt, läuft allerdings Gefahr, dass der Händler die Produkte zu einem billigeren Grosshandelspreis bezieht, den betreffenden potentiellen marginalen Verbrauchern jedoch ein anderes Produkt verkauft, um hiermit die Kosten für die zusätzlichen Werbeaufwendungen einzusparen.<sup>520</sup> Wie bereits weiter vorn erwähnt kann der Hersteller nach Auffassung von KLEIN/MURPHY solches vertragswidriges Verhalten nur unter unverhältnismässigem Aufwand feststellen.

*b) Lösungsmöglichkeiten*

Eine mögliche Lösung des beschriebenen Problems besteht nach KLEIN/MURPHY in der Auferlegung von Markenzwang. Damit kann verhindert werden, dass der Händler potentiellen marginalen Verbrauchern ein anderes Produkt verkauft.<sup>521</sup>

*c) Kritik*

Die eben wiedergegebene Erklärung von Markenzwang erscheint plausibel. Was ihren Nutzen im Hinblick auf die Anwendung des Kartellrechts anbelangt ist allerdings festzuhalten, dass der vorgestellte Ansatz von KLEIN/MURPHY die Auswirkungen auf die soziale Wohlfahrt unberücksichtigt lässt.

<sup>520</sup> KLEIN/MURPHY, 31 J.L. & Econ. 285-287 (1988).

<sup>521</sup> KLEIN/MURPHY, 31 J.L. & Econ. 287 (1988).

## C. Wohlfahrtsschädliche Auswirkungen

### I. Einleitung

Schädliche Auswirkungen können vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, und damit auch Alleinvertriebsverträge, nach einer weit verbreiteten Meinung grundsätzlich nur dann haben, wenn die an ihnen beteiligten Unternehmen einzeln oder kollektiv<sup>522</sup> marktmächtig sind<sup>523</sup> bzw. kein genügender Interbrand-Wettbewerb herrscht<sup>524</sup>. Die auf den folgenden Seiten 162-204 beschriebenen Fälle, welche illustrieren, wann vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wohlfahrtsschädliche Auswirkungen haben können, sind alle im Grunde genommen nichts anderes als Variationen dieser Aussage.

#### 1. Vorliegen von Marktmacht

##### a) Allgemeines

Die Auffassung, wonach vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nur beim Vorliegen von Marktmacht wohlfahrtsschädliche Auswirkungen haben können, hat POSNER als Richter in einem seiner Urteile wie folgt begründet:

<sup>522</sup> Kritisch zur praktischen Häufigkeit dieses Falls STIEGER, sic! 2001, 97 FN 55; vgl. auch die Ausführungen auf S. 178 f.

<sup>523</sup> Vgl. DOBSON/WATERSON, 57; CABALLERO-SANZ, 41 und 42; BISHOP/WALKER, 169 ¶5.55; BISHOP/RIDYARD, 23 E.C.L.R. 35 (2002); NEVEN/PAPANDROPOULOS/SEABRIGHT, 33; LIEBELER, 30 UCLA L. Rev. 18 (1982); HAWK, 32 C.M.L.Rev. 975 (1995); EASTERBROOK, 60 Tex. L. Rev. 708 (1982); OVERSTREET/FISHER, 3 (3) Contemp. Pol. Issues 47 (1985); FAULL/NIKPAY, 43 ¶1.128; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 256 f.; HOFFET, Auslegung von Schlüsselbegriffen, 221; STOFFEL, in: SIWR V/2, 108. BORK hat demgegenüber die Auffassung vertreten, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen auch beim Vorliegen von erheblicher Marktmacht unschädlich seien (BORK, The Antitrust Paradox, 291-298).

<sup>524</sup> Vgl. neben den Nachweisen in FN 523: LEVER/NEUBAUER, 21 E.C.L.R. 22 (2000); Parallelimporte und Patentrecht – Bericht des Bundesrates vom 8. Mai 2000 in Beantwortung der Anfrage der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK) vom 24. Januar 2000 (<http://www.evd.admin.ch/de/dossiers/dossiers.asp>), 9; DIETRICH/SAURER, sic! 2001, 595-597, 601; STOFFEL, in: SIWR V/2, 110; VON WEIZSÄCKER, RPW 2000/3, 525.

„A firm that has no market power is unlikely to adopt policies that disserve its consumers; it cannot afford to. And if it blunders and does adopt such a policy, market retribution will be swift. Thus its mistakes do not seriously threaten consumer welfare, which is the objective that we are told should guide us in interpreting the Sherman Act.“<sup>525</sup>

b) *Schwierigkeiten des Marktmachtbegriffes*

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff der Marktmacht Schwierigkeiten bereitet. Ausgehend vom Referenzmodell der vollkommenen Konkurrenz ist Marktmacht nach klassischem ökonomischen Verständnis die Fähigkeit eines Unternehmens, seine Preise durch eine Einschränkung des Absatzes gewinnmaximierend über das kompetitive Niveau (d.h. die Grenzkosten) anzuheben bzw. dort zu halten.<sup>526</sup> Dieser Rückgriff auf das Referenzmodell der vollkommenen Konkurrenz bereitet zwei Probleme:<sup>527</sup>

Einmal entsprechen die meisten realen Märkte nicht dem Lehrbuchbeispiel der vollkommenen Konkurrenz sondern sind durch Produktdifferenzierungen gekennzeichnet, womit bei den meisten Unternehmen die Verkaufspreise über den Grenzkosten liegen dürften.<sup>528</sup> Eine unbesehene Anwendung der eingangs er-

<sup>525</sup> Valley Liquors v. Renfield Importers, 678 F.2d 742, 745 (7th Cir. 1982); siehe auch ähnlich Muenster Butane v. Stewart Co., 651 F.2d 292, 297 f. (5th Cir. 1981); United States v. Realty Multi-List, 629 F.2d 1351, 1370 (5th Cir. 1980); Ryko Manufacturing Co. v. Eden Services, 823 F.2d 1215, 1231 (8th Cir. 1987), cert. denied 484 U.S. 1026 (1988); Assam Drug Co., Inc. v. Miller Brewing Co., Inc. 798 F.2d 311, 316 (8th Cir. 1986); Hand v. Central Transport, Inc., 779 F.2d 8, 11 (6th Cir. 1985); Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc., 737 F.2d 698, 702 (7th Cir. 1984), cert. denied, 469 U.S. 1018 (1984); General Leaseways, Inc. v. National Truck Leasing Association, 744 F.2d 588, 596 (7th Cir. 1984); Morrison v. Murray Biscuit Company, 797 F.2d 1430, 1435 (7th Cir. 1986); Graphic Products Distributors, Inc. v. Itek Corp., 717 F.2d 1560, 1568 f. (11th Cir. 1983); AREEDA, Vol. VIII, 479-483 ¶1645b-c.

<sup>526</sup> Vgl. etwa TIROLE, 284; CARLTON/PERLOFF, 8.

<sup>527</sup> Das folgende gilt auch für den sog. Lerner-Index ( $L$ ) (LERNER, 1 Rev. Econ. Stud. 168-172 [1934]), der Marktmacht anhand des Verhältnisses zwischen der Differenz von Preis und Grenzkosten einerseits und dem Preis andererseits misst:  $L = (P - MC) / P = \theta / |\gamma|$  wobei  $P$  der aktuell verlangte Preis,  $MC$  die Grenzkosten,  $\theta$  der Marktmachtparameter und  $|\gamma|$  die Preiselastizität der Nachfrage ist (zu letzterem siehe RPW 2002/1, 93 f. Rz 7, Benzinmarkt Schweiz [Zeitraum 1993-2000]).

<sup>528</sup> Vgl. statt vieler: KLEIN/WILEY, 70 Antitrust L.J. 609 (2003).



wähnten Definition hätte deshalb zur Folge, dass zu viele Unternehmen für marktmächtig erkannt würden.<sup>529</sup> Dieses Problem ist seit längerem erkannt: Die Lehre vertritt die Auffassung, dass nicht jede noch so minime Fähigkeit, die Preise über das Grenzkostenniveau anzuheben, ausreichend ist, um auf Marktmacht zu erkennen.<sup>530</sup> Es werden folgende Wege vorgeschlagen, um dieses Problem zu lösen:

1. Der (wohl überwiegende) Teil der Lehre fordert das Vorliegen **erheblicher** Marktmacht.<sup>531</sup> Entscheidend ist damit nicht das Vorliegen von Marktmacht sondern deren Ausmass, wobei über das „wieviel“ Unklarheit besteht.
2. Ein anderer Teil verlangt das Vorliegen längerfristiger Marktmacht. Kurzfristige, erodierbare Marktmacht reicht demnach nicht aus.<sup>532</sup> Diese Forderung wird insbesondere im Zusammenhang mit Märkten erhoben, die durch dynamischen Innovationswettbewerb (wie etwa die Computerindustrie) gekennzeichnet sind. Es ist die Rede davon, dass ein SCHUMPETER'scher Wettbewerb **um Märkte** stattfindet und nicht ein statischer Output-/Preis-Wettbewerb **in Märkten**. Wettbewerb hat hier die Form einer Sequenz von Wettrennen, bei welchen Unternehmen neue Pro-

<sup>529</sup> Siehe hierzu etwa: SCHMALENSEE, 95 Harv. L. Rev. 1790 (1982); SCHMALENSEE, 127 U. Pa. L. Rev., 1005 f. (1979); MASON, 47 Yale L.J. 37 (1937); LANDES/POSNER, 94 Harv. L. Rev. 939 (1981); BISHOP/WALKER, 43 f. ¶3.04; KLEIN, Market Power in Aftermarkets, 61-64.

<sup>530</sup> KLEIN, Market Power in Aftermarkets, 61-64; EASTERBROOK, 60 Tex. L. Rev. 708 (1982); LANDES/POSNER, 94 Harv. L. Rev. 937 (1981); SCHMALENSEE, 95 Harv. L. Rev. 1790 (1982); KAPLOW, 95 Harv. L. Rev. 1818 (1982).

<sup>531</sup> “**Significant** market power”: NEVEN/PAPANDROPOULOS/SEABRIGHT, 33; DOBSON/WATERSON, 57; KLEIN, Market Power in Aftermarkets, 61-64; HAWK, 32 C.M.L.Rev. 975 (1995); EASTERBROOK, 60 Tex. L. Rev. 708 (1982); LANDES/POSNER, 94 Harv. L. Rev. 937 (1981); vgl. etwa auch Valley Liquors v. Renfield Importers, 678 F.2d 742, 745 (7th Cir. 1982); Muenster Butane v. Stewart Co. 651 F.2d 292, 298 (5th Cir. 1981); Graphic Products Distributors. Inc. v. Itek Corporation, 717 F.2d 1560, 1570 (11th Cir. 1983); “**important** market power”: SCHMALENSEE, 95 Harv. L. Rev. 1790 (1982).

<sup>532</sup> SCHMALENSEE, 127 U. Pa. L. Rev., 1005 f. (1979); SCHMALENSEE/EVANS, Be Nice to Your Rivals, 65; GALLINI/HOLLIS, 19 Int. Rev. Law Econ. 15 FN 38; ähnlich wohl ABl. 2000 C 291/24 Rz 119 Ziff. 1, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

dukte entwickeln und damit versuchen, bestehende Unternehmen zu verdrängen.<sup>533</sup> Auch hier besteht indessen keine klare Grenze.

3. Ein anderer Teil wiederum rechnet in die Grenzkosten einen angemessenen Gewinn mit ein.<sup>534</sup> Auch hier ist allerdings nicht klar, wann ein Gewinn „angemessen“ ist.
4. KLEIN/WILEY schliesslich schlagen vor, zwischen ökonomischer und kartellrechtlicher Marktmacht zu unterscheiden.<sup>535</sup> Für die Feststellung kartellrechtlicher Marktmacht soll dabei nicht – wie sonst üblich –<sup>536</sup> die Eigenpreiselastizität massgebend sein, sondern die Fähigkeit, des untersuchten Unternehmens, den Output und die Preise des relevanten Marktes zu beeinflussen.<sup>537</sup>

Auch wenn hinsichtlich der Frage nach dem erforderlichen „wieviel“ im einzelnen keine Gewissheit besteht, so ist doch keine Marktbeherrschung erforderlich.<sup>538</sup> Im Sinne einer Illustration kann auf die Praxis US-amerikanische Gerichte im Zusammenhang mit der Zulässigkeit nicht-preislicher vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen hingewiesen werden: Hier wird das Vorliegen von Marktmacht bei unter 25% Marktanteil in der Regel verneint, während deren Vorliegen ab 40% Marktanteil tendenziell bejaht wird. Diese Faustregel gilt insbesondere dann, wenn die Eintrittsschranken niedrig sind oder andere Wettbewerber grössere Anteile haben.<sup>539</sup> Die Beantwortung der Frage nach dem „wieviel“ an

<sup>533</sup> SCHMALENSEE/EVANS, NBER Working Paper No. 8268, passim.

<sup>534</sup> WHITE, 26 Antitrust Bull. 330 (1981); vgl. auch ABl. 2000 C 291/24 Rz 119 Ziff. 1, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

<sup>535</sup> “Market power in economics” und “market power in antitrust law”, KLEIN/WILEY, 70 Antitrust L.J. 624 (2003).

<sup>536</sup> Vgl. etwa BISHOP/WALKER, 48 ¶3.11 f.

<sup>537</sup> KLEIN/WILEY, 70 Antitrust L.J. 629-633 (2003); dagegen BAKER, 70 Antitrust L.J. 649 (2003), der diese Unterscheidung als “confusing” beurteilt.

<sup>538</sup> Vgl. LANDES/POSNER, 94 Harv. L. Rev. 937 (1981).

<sup>539</sup> HOVENKAMP, 481 §11.3b. Nach der Rechtsprechung unterer amerikanischer Gerichte muss der Kläger, um bei nicht-preislichen vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen eine Verletzung von § 1 Sherman Act darzutun, nachweisen, dass der Kläger über erhebliche Marktmacht verfügt. Die Praxis stellt dabei vorrangig auf den Marktanteil ab. Als für die Erbringung dieses Beweises **zu niedrig** beurteilt wurde der Marktanteil z.B. in folgenden Fällen: Donald B. Rice Tire Co. v. Michelin Tire Corp. 483 F. Supp. 750, 761 f. (D. Md. 1980) (7.9% bzw. 20-25%), aff’d per curiam, 638 F.2d 15 (4th Cir. 1981) cert.

Marktmacht, wird indessen letztlich immer eine Ermessensfrage sein, da Grenzen in einem Kontinuum gezogen werden müssen.<sup>540</sup>

Eine weitere Schwierigkeit des Marktmachtbegriffes, die sich aus dem Rückgriff auf das Referenzmodell der vollkommenen Konkurrenz ergibt, besteht darin, dass nicht-preisliche Wettbewerbsparameter wie z.B. Qualität aus der Betrachtung ausgeklammert werden. Wie bereits ausgeführt<sup>541</sup> sind indessen auch nicht-preisliche Wettbewerbsparameter bedeutsam und müssen deshalb ebenfalls berücksichtigt werden.

### c) *Caveat*

Im Sinne eines *caveat* sei angefügt, dass der Umstand, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, an denen keine marktmächtigen Unternehmen beteiligt sind, grundsätzlich keine wohlfahrtsschädigenden Wirkungen haben, nicht bedeutet, dass umgekehrt vertikale Wettbewerbsbeschränkungen beim Vorliegen von Marktmacht per se schädlich sind.<sup>542</sup> Zu erinnern ist daran, dass z.B. die im Rahmen des Free-Riding-Problems entwickelten Modelle<sup>543</sup> davon ausgehen, dass der Hersteller über ein Monopol verfügt, oder daran, dass das Double-Marginalization-Problem das Vorliegen von Marktmacht gerade voraussetzt.<sup>544</sup> Andere Rechtfertigungen für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen – wie etwa das

denied, 454 U.S. 864 (1981); Assam Drug Co., Inc. v. Miller Brewing Co., Inc., 624 F. Supp. 411, 414 f. (D.S.D. 1985) und 798 F.2d 311, 318 FN 17 (8th Cir. 1986) (19.1%); Manufacturer's Supply Company v. Minnesota Mining and Manufacturing Company, 688 F. Supp. 303, 307 f. (W.D. Mich. 1988) (25.8%); McDaniel v. Greensboro News Co., 1984-Trade Cas. ¶65792, 8, 10 f. (M.D.N.C. 1983) (43%); als **genügend hoch** in folgenden: Hydro Air (Conn.) v. Versa Technologies, 599 F. Supp. 1119, 1122 f. (D. Conn. 1984) (40%); Sherman v. British Leyland Motors, 601 F.2d 429, 450 FN 39 und 452 (9th Cir. 1979) (59%); Graphic Products Distributors. Inc. v. Itek Corporation, 717 F.2d 1560, 1570 f. (11th Cir. 1983) (70-75%); siehe auch die Übersicht in BANKS, 4-73-4-77.

<sup>540</sup> Vgl. auch RPW 2002/1, 96 Rz 16, Benzinmarkt Schweiz (Zeitraum 1993-2000); siehe hierzu ZÄCH, SIWR V/2, 167-171; ZÄCH; Schweizerisches Kartellrecht, 265-269 (Rz 454-460).

<sup>541</sup> Vorn, S. 53 ff.

<sup>542</sup> Hierzu statt vieler BISHOP/WALKER, 156-165 ¶5.36-5.48.

<sup>543</sup> Siehe hierzu vorn, S. 72 ff.

<sup>544</sup> Siehe hierzu vorn, S. 144 ff.

Transaktionskostenargument – können auch beim Vorliegen von Marktmacht Geltung haben.<sup>545</sup>

## 2. Kein genügender Interbrand-Wettbewerb

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen können wie bereits erwähnt auch dann wohlfahrtsschädigend sein, wenn der Interbrand-Wettbewerb nicht genügend ist. Dies ist einmal der Fall, wenn die beteiligten Unternehmen einzeln oder kollektiv marktmächtig sind. Dies kann indessen auch der Fall sein, wenn der Interbrand-Wettbewerb durch die kumulativen Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender vertikaler Vertriebsnetze beschränkt wird.

Die Begründung hierfür ist im wesentlichen dieselbe wie beim Vorliegen von Marktmacht: Wenn der Interbrand-Wettbewerb beschränkt ist, dann sind die Substitutionskräfte zwischen den verschiedenen Produkten geschwächt. Dies wiederum bedeutet, dass Händler und Hersteller Verhaltensweisen durchsetzen können, die bei genügend Interbrand-Wettbewerb eine Abwanderung der Nachfrager zu Konkurrenzprodukten zur Folge hätten.

Beispiele für Fälle, wo der Interbrand-Wettbewerb infolge der kumulativen Wirkungen von parallelen Vertriebsnetzen beschränkt ist, sind etwa: (1) das Modell von REY/STIGLITZ<sup>546</sup> und (2) die durch die kumulativen Wirkungen von Markenzwang bewirkte Marktverschliessung auf Herstellerebene.<sup>547</sup>

Wie im Falle der Marktmacht ist auch hier im Sinne eines *caveat* anzumerken, dass der Umstand ungenügenden Interbrand-Wettbewerbs nicht automatisch bedeutet, dass der betreffende Alleinvertriebsvertrag wohlfahrtsschädlich ist.

## 3. Gegenmeinungen

Die vorstehend geschilderte Ansicht ist nicht unwidersprochen geblieben. Nach einem Teil der Lehre erlauben es vertikale Wettbewerbsabreden (insbesondere

<sup>545</sup> Siehe hierzu vorn, S. 130 ff.

<sup>546</sup> Siehe hierzu, hinten, S. 179 ff.

<sup>547</sup> Siehe hierzu hinten, S. 184 ff.

Gebietsabsprachen) Herstellern selbst bei „genügend *Interbrand*-Wettbewerb“<sup>548</sup>, Kartell- bzw. Monopolrenten zu vereinnahmen.<sup>549</sup> Begründet werden könnte diese Ansicht damit, dass Absprachen betreffend die Verkaufspreise und Absatzgebiete besonders wichtige Wettbewerbsparameter betreffen.<sup>550</sup> Vorgebracht werden könnte weiter, dass Gebietsschutzabsprachen, insbesondere absoluter Gebietsschutz, zur Marktabschottung führen können<sup>551</sup> und dass dem Intra-brand-Wettbewerb aufgrund des erheblichen Anteils der Vertriebskosten am Endverkaufspreis erhebliche Bedeutung zukomme.<sup>552</sup>

Niederschlag finden Überlegungen dieser Art z.B. in der strengen Haltung der EG-Wettbewerbsbehörden gegenüber sog. Kernbeschränkungen („Hardcore Restrictions“)<sup>553</sup> wie absolutem Gebietsschutz<sup>554</sup> und Preisbindungen der zweiten

<sup>548</sup> ZÄCH, FS Jaeger, 377 (Hervorhebung im Original).

<sup>549</sup> ZÄCH, FS Jaeger, 377; ZÄCH, sic! 2000, 276 f. und 279 (im Grundsatz dagegen kongruent mit der hier vertretenen Ansicht: ZWEIFEL/ZÄCH, 48 Antitrust Bull., 273 (2003), wo von einem marktmächtigen Hersteller ausgegangen wird.); IMMENGA, sic! 2002, 374; MARKOVITS, 63 Tex. L. Rev. 79 f. (1984); siehe auch HANGARTNER, sic! 2002, 326. In eine ähnliche Richtung gehen MUELLER/GEITHMAN. Diese Autoren haben im Hinblick auf den Sealy-Fall (United States v. Sealy, Inc., 388 U.S. 350 [1967]) die Auffassung vertreten, dass Sealys Absatz nach der gerichtlich erzwungenen Aufgabe der Gebietsschutzabsprachen stieg und die Preise sanken. MUELLER/GEITHMAN schliesen hieraus, dass die Gebietsabsprachen die Marktmacht von Sealy steigerten (MUELLER/GEITHMAN, 73 Rev. Econ. Statist. 301-308 [1991]). Hiergegen hat ECKARD zurecht eingewendet, dass Sealys Gewinne nach der Aufgabe der Gebietsabsprache gestiegen seien, was die von MUELLER/GEITHMAN vertretene Marktmacht-Hypothese nicht stütze sondern nur zeige, dass die Einführung der Gebietsschutzabsprachen ein unternehmerischer Fehlentscheid gewesen sei (ECKARD, 76 Rev. Econ Statist. 586-589 [1994]).

<sup>550</sup> Vgl. ZÄCH, sic! 2000, 278.

<sup>551</sup> Vgl. ZÄCH, sic! 2000, 278; ZÄCH, FS Jaeger, 376; HILTY, sic! 2000, 234; 2. Begründungserwägung der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002, RPW 2002/2, 404: "Damit sollen insbesondere Praktiken von Unternehmen erfasst werden, welche den schweizerischen Markt gegen die ausländischen Märkte abschotten“.

<sup>552</sup> Vgl. etwa EuGH, 13. 7. 1966, verb. Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 391 f., Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH/Kommission; IMMENGA, sic! 2002, 374.

<sup>553</sup> Art. 4 VO (EG) Nr. 2790/1999; Art. 4 VO (EG) Nr. 1400/2002; zurecht kritisch zur ökonomischen Sinnhaftigkeit des Instituts der Kernbeschränkungen BISHOP/WALKER, 167 ¶5.51; VAN DEN BERGH, 37, 40 f.; KORAH, 19 E.C.L.R., 509 (1998); RILEY, 19 E.C.L.R. 491 f. (1998), VEROUDEN, 71 Antitrust L.J. 570 (2003).

<sup>554</sup> Zum Verbot absoluten Gebietsschutzes siehe etwa: EuGH, 13. 7. 1966, verb. Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 396-399, Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH/Kommission; EuGH, 8. 6. 1982, Rs. 257/78, Slg. 1982, 2070 Rz 61, Nungesser/Kommis-

Hand<sup>555</sup>, obwohl auch die Europäische Kommission verschiedentlich festgehalten hat, dass wohlfahrtsschädliche Auswirkungen von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich nur dann zu erwarten sind, wenn eines der beteiligten Unternehmen marktmächtig ist.<sup>556</sup> In dieselbe Richtung wie das Recht der EG geht die Bekanntmachung der schweizerischen Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, die u.a. Abreden betreffend die Festsetzung von Mindestverkaufspreisen und die Beschränkung des geographischen Absatzgebiets für dem Gegenstand nach erheblich erklärt.<sup>557</sup>

Diese Auffassung sowie die oben wiedergegebenen Argumente sind nach hier vertretener Ansicht nicht einleuchtend (es sei denn im Falle von Marktmacht auf Händlerstufe)<sup>558</sup>. Denn ein Hersteller, der genügend Interbrand-Wettbewerb ausgesetzt ist, hat definitionsgemäss grundsätzlich keine Möglichkeit, sich in einer

sion; EuGH, 24. 10. 1995, Rs. C-70/93, Slg. 1995-I 3468 Rz 19, 3473 f. Rz 37, Bayrische Motorenwerke; EuGH, 13. 1. 2004, T-67/01, Rz 85, JCB Service/Kommission; ABl. 1982 L 161/30 f. Rz 71, S. 9 Rz 7 f., Hasselblad; ABl. 1984 L 136/14 Rz 58, Polistil/Arbois; ABl. 1985 L 35/63 Rz 34, John Deere; ABl. 1985 L 376/26 Rz 58, Sperry New Holland; ABl. 1987 L 222/9 Rz 70, Tipp Ex; ABl. 1991 L 185/29 Rz 40, Gosme/Martell – DMP; ABl. 1994 L 378/51 Rz 71, Tretorn u.a.; ABl. 1980 L 377/21-22, Johnson & Johnson; ABl. 1987 L 222/30-31 Rz 16-23 sowie 32 Rz 30, Sandoz; ABl. 1990 L 21/77 Rz 56, Bayo-n-ox; ABl. 1980 L 383/15-17 Rz 23-35, Hennessy-Henkell; ABl. 1983 L 327/36 Rz 35, S. 36-39 Rz 35-46, Vertriebssystem der Ford Werke AG; ABl. 1997 L 47/19 Rz 72-74, Novalliance/Systemform; ABl. 1998 L 124/90 Rz 189, VW; Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 1. Bericht über die Entwicklung der Wettbewerbspolitik, Brüssel/Luxembourg 1972, Rz 46; 25. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1995) vom 10. 4. 1996, KOM(96) 126 endg., Rz 35; Grünbuch über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, KOM(96) 721 endg., 81 Rz 276; Art. 4 Bst. b 1. Spiegelstrich VO (EG) Nr. 2790/1999.

<sup>555</sup> Zum Verbot vertikaler Mindestpreisbindungen siehe etwa: ABl. 1980 L 383/16 Rz 28-30, Hennessy-Henkell; ABl. 1978 L 224/42-44 Rz 113-134, FEDETAB; ABl. 1977 L 16/11 f., Gerofabrik; ABl. 1973 L 293/42, Deutsche Philips GmbH; 1. Bericht über die Entwicklung der Wettbewerbspolitik (1971), Brüssel/Luxembourg 1971, Rz 55, Agfa-Gevaert; ABl. 1982 L 54/46 Rz 47-63, VBBB/VBVB; EuGH, 17. 1. 1984, verb. Rs. 43 und 63/82, Slg. 1984, 67-70 Rz 50-61, VBVB und VBBB/Kommission.

<sup>556</sup> Grünbuch zur EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen KOM(96) 721 endg., 21 Rz 65 f.; ABl. 1998 C 365/3 f. Ziff. I.2, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen (Konkrete Vorschläge im Anschluss an das Grünbuch).

<sup>557</sup> Ziff. 3 Bst. a und b der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002, RPW 2002/2, 405.

den Interessen seiner Nachfrager zuwiderlaufenden Weise zu verhalten, da diese diesfalls auf konkurrierende Produkte ausweichen werden. Haben weder Hersteller noch Händler Marktmacht, so können sie hieran auch nichts durch die Einführung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen ändern, da solche Absprachen die Substitutionsbeziehungen zu konkurrierenden Produkten prinzipiell nicht modifizieren.<sup>559</sup> Anderes gilt nur dann, wenn der Interbrand-Wettbewerb durch die kumulativen Wirkungen gleichartiger Vertriebsnetze beschränkt wird.<sup>560</sup> Dann aber ist der Interbrand-Wettbewerb auch nicht mehr „genügend“. Aus denselben Gründen ist nach hier vertretener Auffassung auch das Argument der Marktabschottung nicht einleuchtend. Hinzuweisen ist auch darauf, dass mit dem Begriff „Marktabschottung“ unrichtigerweise suggeriert wird, dass **relevante** Märkte abgeschottet werden. Dies ist indessen bei wirksamem Interbrand-Wettbewerb (und Fehlen von Marktmacht auf Händlerstufe) nicht der Fall.

Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission im Rahmen ihrer strengen Haltung gegenüber Gebietsschutzabsprachen immer wieder das Ziel der Integration des Europäischen Binnenmarktes betont<sup>561</sup> (auch wenn sie in letzter Zeit die Verbraucherwohlfahrt und die effiziente Verteilung von Ressourcen als Hauptziel der EG-Wettbewerbspolitik bezeichnet)<sup>562</sup>. Die (zumindest im angelsächsischen Raum) überwiegende Meinung geht denn auch dahin, dass die unnachsichtige Haltung der Europäischen Kommission gegenüber

<sup>558</sup> Siehe hierzu COMANOR, 12 Sw. U. L. Rev. 1277-1281 (1992).

<sup>559</sup> Siehe auch vorn, S. 153 f.

<sup>560</sup> Siehe hierzu hinten, S. 179 ff.

<sup>561</sup> Grünbuch über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, KOM(96), 1 Rz 1-3, 3 Rz 8, 16 Rz 52, 22 Rz 70, 25 Rz 78, 25 f. Rz 79, 26 f. Rz 82-84; vgl. auch PEEPERKORN, 23 E.C.L.R. 38 (2002); EuGH, 13. 7. 1966, verb. Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 388, Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH/Kommission: „Der EWG-Vertrag, der nach seiner Präambel und seinem Inhalt darauf gerichtet ist, die Schranken zwischen den Staaten zu beseitigen, und der der Wiedererrichtung dieser Schranken mit einer Reihe strenger Bestimmungen entgentritt, kann nicht zulassen, dass die Unternehmen neue Hindernisse dieser Art schaffen. Artikel 85 Absatz 1 verfolgt dieses Ziel, auch wenn es sich um Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen handelt“.

<sup>562</sup> ABl. 2000 C 291/3 Rz 7, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; vgl. auch PEEPERKORN, 23 E.C.L.R. 38 (2002).

absolutem Gebietsschutz im Kern nicht ökonomisch sondern binnenmarktpolitisch motiviert ist.<sup>563</sup>

Zum Teil wird zur Unterstützung einer harten Haltung gegenüber Gebietsschutzabsprachen (unabhängig vom Grad des Interbrand-Wettbewerbs) auch angeführt, dass die Schweiz – im Gegensatz etwa zur EU und zu den USA – einen kleinen Markt darstelle, bei dem Gebietsschutzabsprachen den Markt stärker abschotten könnten als etwa im viel grösseren europäischen bzw. US-amerikanischen Markt.<sup>564</sup> Auch dieses Argument vermag nicht zu überzeugen: Die Grösse eines Marktes hat grundsätzlich nichts mit dessen Kompetivität zu tun. Intra-brand-Monopole im amerikanischen Markt sind mithin nicht „weniger schädlich“ als solche in der Schweiz, nur weil die USA grösser sind. Anderes gilt nur dann, wenn infolge der Kleinräumigkeit eines Marktes die Intensität des Interbrand-Wettbewerbs kleiner ist, etwa weil infolge des beschränkten Umsatzvolumens im Verbund mit Skaleneffekten (Minimum Efficient Scale) nur wenige Unternehmen effizient wirtschaften können.<sup>565</sup>

## II. Preisdifferenzierung im Rahmen von internationalen Vertriebssystemen?

Gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere Gebietsabsprachen, wird (zumal in der politischen Diskussion) häufig eingewendet, dass diese im Rahmen internationaler Vertriebssysteme zur Abschottung nationaler Märkte und damit zur Preisdiskriminierung, d.h. der Abschöpfung von Monopolrenten auf einem abgeschotteten nationalen Markt verwendet werden können.<sup>566</sup> Angesprochen sind hiermit sog. Preisdifferenzierungen dritten Grades.<sup>567</sup> Der Vorwurf der

<sup>563</sup> KORAH, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 10 f., 63; KORAH/O’SULLIVAN, 21; FAULL/NIKPAY, 481 f. ¶7.147 FN 188; VAN DEN BERGH, 36 f., 40 f.; BELLAMY/CHILD, 41 f. ¶1-077 f.; 83 ¶2-071; DIETRICH/SAURER, sic! 2001, 600 FN 65; GLEISS/HIRSCH, Art. 85 (1) Rz 116; STOCKENHUBER, in: GRABITZ/HILF, Art. 81 EGV Rz 189 f.; VEROUDEN, 71 Antitrust L.J. 527, 530, 570 (2003); anders IMMENGA, sic! 2002, 376.

<sup>564</sup> In diese Richtung HILTY, sic! 2000, 234 f.

<sup>565</sup> Zu diesem Problem GAL, 15-45.

<sup>566</sup> ZÄCH, SJZ 91 (1995) 303 und 304; ZÄCH, sic! 2000, 276.

<sup>567</sup> Der Begriff geht zurück auf PIGOU, 248. Bei der Preisdifferenzierung dritten Grades haben die verschiedenen Abnehmergruppen unterschiedliche kontinuierliche Nach-



Preisdifferenzierung ist zwar intuitiv einleuchtend. Ein Blick in die ökonomische Literatur zeigt indessen, dass die wohlfahrtstheoretische Beurteilung von Preisdifferenzierungen dritten Grades komplex ist:

### 1. Voraussetzungen für profitable Preisdifferenzierung

Eine Schwierigkeit betrifft die Frage, wann Preisdifferenzierungen denn profitabel praktiziert werden können. Dies ist gemäss (herrschender) Lehre der Fall, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

Erstens müssen die beteiligten Unternehmen einzeln oder kollektiv über Marktmacht verfügen. Denn ansonsten lassen sich keine suprakompetitive Renten vereinnahmen, da ja die Nachfrager auf andere Angebote ausweichen.<sup>568</sup> Im Sinne einer Randbemerkung ist darauf hinzuweisen, dass zumindest die frühere Lehre aus diesem Grund Preisdifferenzierungen als Indiz für das Vorliegen von Marktmacht gedeutet hat.<sup>569</sup> Dieser Umkehrschluss wird indessen in jüngerer Zeit als unzulässig kritisiert. Neuere Arbeiten haben gezeigt, dass „wettbewerbliche Preisdifferenzierung“ („Competitive Price Discrimination“) auch ohne das Bestehen von Marktmacht profitabel sein kann und eine weit verbreitete Erscheinung darstellt, weshalb sie nicht als Indikator für das Bestehen von Marktmacht herangezogen werden könne.<sup>570</sup>

Zweitens müssen die Abnehmer eine unterschiedliche Nachfrageelastizität haben und das Unternehmen muss fähig sein, die Nachfrager mit unterschiedlicher Nachfrageelastizität zu identifizieren.<sup>571</sup> Im hier interessierenden Zusammenhang sind v.a. national unterschiedliche Nachfrageelastizitäten von Bedeutung.<sup>572</sup> Diese können von national unterschiedlicher Kaufkraft, national unterschiedlich

fragefunktionen Die nachstehende Darstellung klammert Preisdifferenzierungen ersten und zweiten Grades aus.

<sup>568</sup> Vgl. statt vieler: GALLINI/HOLLIS, 19 Int. Rev. Law Econ. 4 (1999); VARIAN, Handbook of Industrial Organization I, 599; SCHERER/ROSS, 489; CARLTON/PERLOFF, 277.

<sup>569</sup> Vgl. POSNER, Antitrust Law, 2. Aufl., 79-86; BAKER, 70 Antitrust L.J. 649-654 (2003) sowie die Nachweise in KLEIN/WILEY, 70 Antitrust L.J. 624 (2003).

<sup>570</sup> KLEIN/WILEY, 70 Antitrust L.J. 621-633 (2003); BAUMOL, 167-171; und neu auch AREEDA/HOVENKAMP, Vol. IIA, 128 ¶517.

<sup>571</sup> Vgl. etwa VARIAN, Handbook of Industrial Organization I, 599; SCHERER/ROSS, 489.

<sup>572</sup> Vgl. auch MALUEG/SCHWARTZ, 37 J. Int. Econ. 169 f. (1994).

hohen Einkommen sowie national unterschiedlicher Bereitschaft einen höheren Preis für eine bestimmte Brand zu zahlen etc. herrühren.<sup>573</sup>

Drittens muss Arbitrage zwischen den einzelnen Kundensegmenten unmöglich sein.<sup>574</sup> Diese Voraussetzung kann erfüllt sein, wenn ein Hersteller seinen Händler Gebietsschutz einräumt.

## 2. Auswirkungen auf die soziale Wohlfahrt

Was sodann die Auswirkungen auf die Wohlfahrt anbelangt, ist Preisdifferenzierung dritten Grades weder per se wohlfahrtssteigernd noch per se wohlfahrtschädlich.<sup>575</sup>

Im folgenden werden die wohlfahrtstheoretischen Auswirkungen von Preisdifferenzierungen dritten Grades faustregelartig dargestellt. Nützlich ist hierbei die Unterscheidung zwischen Fällen sog. „reiner“ und „nicht-reiner“ Preisdiskriminierung. Letztere Fallgruppe betrifft v.a. Konstellationen, in denen die Preisdifferenzierung die Folge von Absprachen ist, mittels derer dem effizienten Vertrieb entgegenstehende Probleme (wie z.B. Free-Riding-Probleme) gelöst werden.

### a) Fälle „reiner“ Preisdiskriminierung

„Reine“ Preisdiskriminierung ist in aller Regel dann wohlfahrtsmindernd, wenn sie eine Verminderung des Outputs zur Folge hat.<sup>576</sup> Demgegenüber sind Output-

<sup>573</sup> Vgl. etwa GALLINI/HOLLIS, 19 Int. Rev. Law Econ. 4 (1999).

<sup>574</sup> Vgl. VARIAN, Handbook of Industrial Organization I, 599; CARLTON/PERLOFF, 277.

<sup>575</sup> Vgl. hierzu **allgemein**: VARIAN, Handbook of Industrial Organization I, 619-624 m.w.H.; SCHMALENSEE, 71 Amer. Econ. Rev. 242-247 (1981); VARIAN, 75 Amer. Econ. Rev. 870-875 (1985); HAUSMANN/MACKIE-MASON, 19 RAND J. Econ. 253-265 (1988); SCHERER/ROSS, 491-516; CARLTON/PERLOFF, 284-292; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, 285-289; ROBINSON, 179-208; PIGOU, 253-258; PHILIPS, 51-63; und speziell im Hinblick auf die Problematik der **Parallelimporte**: GALLINI/HOLLIS, 19 Int. Rev. Law Econ. 4 (1999); LEXECON, 6-8; RHYS et al. (NERA-Studie), 14 f., 104 f.; MALUEG/SCHWARTZ, 37 J. Int. Econ. 175-193 (1994); Parallelimporte und Patentrecht – Bericht des Bundesrates vom 8. Mai 2000 in Beantwortung der Anfrage der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK) vom 24. Januar 2000 (<http://www.evd.admin.ch/de/dossiers/dossiers.asp>), 13 f.

steigerungen eine notwendige (wenn auch nicht hinreichende) Voraussetzung dafür, dass Preisdifferenzierungen dritten Grades wohlfahrtssteigernd sind. Damit Outputsteigerungen eine Vermehrung der sozialen Wohlfahrt bewirken, müssen sie ein Ausmass erreichen, welches die durch die Preisdifferenzierung entstehenden allokativen Verluste wettmacht.<sup>577</sup>

Die Auswirkungen von Preisdifferenzierung auf Output und damit Wohlfahrt sind von einer Vielzahl von Faktoren abhängig, die eine Betrachtung des Einzelfalls notwendig machen.

In der Literatur diskutiert wurde v.a. der Einfluss der Krümmung der Nachfragekurven: Sind alle Nachfragekurven<sup>578</sup> **linear**, dann ändert sich der Output durch Preisdifferenzierung nicht. Hingegen wird die soziale Wohlfahrt vermindert.<sup>579</sup> Anderes gilt, wenn die Nachfragekurven **konvex**<sup>580</sup> bzw. **konkav**<sup>581</sup> sind. Ist die

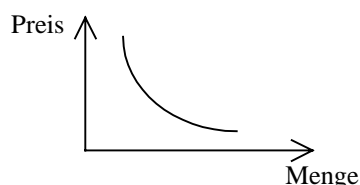
<sup>576</sup> Vgl. etwa SCHERER/ROSS, 496; HAUSMANN/MACKIE-MASON, 19 RAND J. Econ. 255 (1988); etwas untechnischer, im Ergebnis jedoch wohl ähnlich RHYS et al. (NERA-Studie), 14 f.; LEXECON, 6 f.

<sup>577</sup> Vgl. etwa SCHMALENSSEE, 71 Amer. Econ. Rev. 245-247; LAYSON, 78 Amer. Econ. Rev. 1131 f. (1988).

<sup>578</sup> Im folgenden wird davon ausgegangen, dass alle Nachfragekurven nach unten geneigt sind.

<sup>579</sup> SCHMALENSSEE, 71 Amer. Econ. Rev. 245 (1981); LAYSON, 78 Amer. Econ. Rev. 1131 f. (1988); SCHERER/ROSS, 495 f. und 492 Figure 13.2; VARIAN, Handbook of Industrial Organization I, 622; VARIAN, 75 Amer. Econ. Rev. 873 (1985); eine diagrammatische Veranschaulichung dieses Falles findet sich in FRONTIER ECONOMICS/PLAUT, Studie Systemwechsel, 20-23.

<sup>580</sup> Konvex ist eine nach unten geneigte Nachfragekurve, wenn ihre Neigung bei einem höheren Output weniger steil wird. Graphisch lässt sich dies wie folgt darstellen:



Vgl. etwa SCHERER/ROSS, 497 FN 22; eine formale Definition findet sich in PEMBERTON/RAU, 138-142.

<sup>581</sup> Konkav ist eine nach unten geneigte Nachfragekurve, wenn ihre Neigung bei einem höheren Output steiler wird (für eine formale Definition siehe PEMBERTON/RAU, 142 f.). Wie SHIH/MAI/LIU, 98 Econ. J. 149 (1988) richtig festgestellt haben, verwendet RO-

Nachfragekurve im Markt mit der elastischeren Nachfrage (d.h. dem niedrigpreisigen Markt) konvex, diejenige des Marktes mit der weniger elastischen Kurve hingegen konkav oder linear, dann führt Preisdifferenzierung zur einer Outputsteigerung, die, wenn sie genügend gross ist, eine Steigerung der sozialen Wohlfahrt zur Folge hat.<sup>582</sup> Dasselbe gilt, wenn die Nachfragekurve im Markt mit der elastischeren Nachfrage weniger konvex als diejenige im höherpreisigen Markt ist.<sup>583</sup> Outputmindernd ist Preisdiskriminierung in den umgekehrten Fälle, d.h. z.B. wenn die Nachfragekurve im Markt mit der elastischeren Nachfrage konkav, diejenige des Marktes mit der weniger elastischen Kurve indessen konvex oder linear ist. Voraussetzung für die Geltung des Vorstehenden ist dabei, dass bei einem Verbot der Preisdiskriminierung **alle** Märkte beliefert werden.<sup>584</sup>

Letzteres bedeutet umgekehrt, dass Preisdifferenzierungen global dann outputsteigernd und wohlfahrtsfördernd sind, wenn der Hersteller bei einem Verbot der Preisdifferenzierung die Belieferung des niedrigpreisigen Marktes einstellen würde<sup>585</sup> bzw. wenn Preisdifferenzierung dazu führt, dass ein zusätzlicher Markt bedient wird.<sup>586</sup> Solcherlei ist insbesondere dann möglich, wenn die Unterschiede der Nachfrageelastizitäten in den einzelnen nationalen Länder gross sind.<sup>587</sup> Wie relevant solche Szenarien im Hinblick auf Preisdifferenzierungen sind, bei welchen in der Schweiz höhere Preise als im Ausland verlangt werden, ist unklar. Möglich ist, dass der in der Schweiz erzielbare Umsatz im globalen Umfeld ja nach Fall vergleichsweise zu wenig ins Gewicht fällt, um bei solchen unternehmerischen Entscheiden ausschlaggebend zu sein.<sup>588</sup> In der politischen Diskussion wird überdies sinngemäss vorgebracht, dass es nicht Aufgabe der schweizerischen Konsumenten ist, die globale Wohlfahrt zu „subventionieren“.<sup>589</sup>

BINSON die Begriffe “konvex” und “konkav” gegensätzlich zur herrschenden (und auch hier befolgten) Konvention.

<sup>582</sup> SCHERER/ROSS, 496; SHIH/MAI/LIU, 98 Econ. J. 152 (1988); ROBINSON, 192 f.

<sup>583</sup> SCHERER/ROSS, 496; SHIH/MAI/LIU, 98 Econ. J. 154 (1988); ROBINSON, 193.

<sup>584</sup> ROBINSON, 189 f.

<sup>585</sup> MALUEG/SCHWARTZ, 37 J. Int. Econ. 172-193 (1994); VARIAN, 75 Amer. Econ. Rev. 873 (1985); SCHERER/ROSS, 496; FRONTIER ECONOMICS/PLAUT, 13 FN 12; a.M. wohl HILTY, sic! 2000, 235 f.

<sup>586</sup> HAUSMANN/MACKIE-MASON, 19 RAND Econ. J. 255-257 (1988); ROBINSON, 189 f.

<sup>587</sup> Vgl. MALUEG/SCHWARTZ, 37 J. Int. Econ. 175-193 (1994).

<sup>588</sup> Vgl. auch FRONTIER ECONOMICS/PLAUT, 24, und (untechnisch) HILTY, sic! 2000, 236.

<sup>589</sup> Ähnlich ZÄCH, sic! 2000, 282.

Bei der Beurteilung von Preisdiskriminierungen dritten Grades zu beachten sind auch Aspekte der dynamischen Effizienz: Preisdifferenzierungen, die den Output vergrössern, können zu Economies of Scale und Lerneffekten (Learning Economies) führen. Solche Lerneffekte können entstehen, wenn der Produzent eines neuen Gutes Erfahrungen sammelt und diese infolge des höheren Outputs zu Verbesserungen und Kostensenkungen im Hinblick auf den Produktionsprozess verwenden kann.<sup>590</sup>

b) *Fälle „nicht-reiner“ Preisdifferenzierung*

Bei der Beurteilung „nicht-reiner“ Preisdifferenzierungen sind neben den vorstehenden Überlegungen die in dieser Arbeit beschriebenen allgemeinen Grundsätze zur Beurteilung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen massgebend.

Sind Preisdifferenzierungen auf Absprachen zurückzuführen, die dem Vertrieb eines Produktes entgegenstehende Hindernisse wie etwa Free-Riding-Probleme lösen, so kann mit der Preisdifferenzierung die Ermöglichung bzw. die Ausweitung des Vertriebs von Produkten einhergehen. Zur Begründung kann auf die bereits gemachten Ausführungen zum Free-Rider- und ähnlichen Problemen verwiesen werden.<sup>591</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass Problemen wie etwa dem Free-Riding-Problem gerade im internationalen Kontext eine grosse Bedeutung zukommen kann,<sup>592</sup> dies insbesondere, wenn Vermarktungsgegebenheiten je nach nationalem Markt variieren. Zu erinnern ist auch daran, dass Free-Riding-Probleme im Rahmen von Wechselkursschwankungen entstehen können.<sup>593</sup>

Hingewiesen wird in der Literatur überdies darauf, dass Preisdiskriminierungen es einem Hersteller erlauben können, F&E-Kosten infolge der höheren Einnahmen innert kürzerer Zeit als bei Anwendung eines einheitlichen Preises zu amortisieren.<sup>594</sup> Im Lichte der dynamischen Effizienz ist dieser Umstand insofern von

<sup>590</sup> Ausführlich HAUSMANN/MACKIE-MASON, 19 RAND Econ. J. 257-261 (1988).

<sup>591</sup> Vorn, S. 62 ff.

<sup>592</sup> MALUEG/SCHWARTZ, 37 J. Int. Econ. 193 (1994); vgl. auch LEXECON, 3-9.

<sup>593</sup> Vorn, S. 109.

<sup>594</sup> HAUSMANN/MACKIE-MASON, 19 RAND Econ. J. 263 f. (1988) mit Rechenbeispielen; vgl. auch BAUMOL, 167-171.

Bedeutung, als kürzere Amortisationszeiten das Risiko der Entwicklung und Lancierung neuer Produkte mindern und damit Anreize für Innovationen schaffen. Anders gewendet können mit Preisdiskriminierungen einhergehende statische Wohlfahrtsverluste durch Wohlfahrtsgewinne infolge dynamischer Effizienz wieder wettgemacht werden.<sup>595</sup> Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dass eine solche Sichtweise unzulässig sei, da das System des Wettbewerbs niemandem garantiere, dass die produzierten Güter zu den gehaltenen Kosten abgesetzt werden können.<sup>596</sup> Zwar ist richtig, dass bei einer Wettbewerbswirtschaft die Amortisierung der Kosten nicht garantiert ist. Allerdings wird kein Unternehmen die Entwicklung und Produktion neuer Güter finanzieren, wenn die erwarteten Erlöse nicht die voraussichtlichen Kosten decken.

Zum Teil wird auch die Auffassung vertreten, dass Preisunterschiede, die von grösserer Marktrepputation herrühren, keine wohlfahrtsschädliche Preisdifferenzierung darstellen, soweit die Preisdifferenzen von unterschiedlich hohen oder unterschiedlich erfolgreichen Investitionen der Händler in die Marktbearbeitung herrühren. Begründet wird dies mit dem Argument, dass eine Zulassung von Parallelimporten in solchen Fällen Investitionen in die Marktbearbeitung hemmen würden.<sup>597</sup> Ob dies so absolut gelten kann, ist fraglich.<sup>598</sup>

Wohlfahrtssteigernde Wirkungen werden Preisdifferenzierungen auch in Fällen zugeschrieben, in denen Parallelimporte zur Verwirrung von Konsumenten führen würde. Gemeint ist folgendes: Zum Teil werden national unterschiedliche Produkte global unter derselben Marke oder Brand vertrieben. Ein Beispiel sind Reifen für Schweden und Spanien, die je eine unterschiedliche Gummizusammensetzung und damit unterschiedliche Hafteigenschaften aufweisen.<sup>599</sup> Werden in solchen Fällen Parallelimporte zugelassen, dann kann dies den Aufbau einer

<sup>595</sup> So wohl HAUSMANN/MACKIE-MASON, 19 RAND Econ. J. 263 (1988) und ähnlich wohl BAUMOL, 162 f.

<sup>596</sup> So aber ZÄCH, sic! 2000, 281.

<sup>597</sup> LEXECON, 8.

<sup>598</sup> Siehe hierzu vorn, S. 99 f.

<sup>599</sup> RHYS et al. (NERA-Studie), 17.

Brand erschweren bzw. die Funktion der Brand als Qualitätskennzeichen zerstören und damit letztlich in wohlfahrtsschädlicher Weise den Output reduzieren.<sup>600</sup>

### 3. Empirische Aspekte

Schwierigkeiten ergeben sich schliesslich im Hinblick auf empirische Fragen:

#### a) Schwierigkeiten bei der Feststellung von Preisdiskriminierung

Einmal ist es nicht ohne weiteres möglich, Fälle „reiner“ Preisdifferenzierung von solchen zu trennen, in denen z.B. Free-Riding- oder Investitionsschutz-Probleme eine Rolle spielen.<sup>601</sup>

Doch auch wenn solche Probleme nicht von Belang sind, ist die Feststellung von Preisdifferenzen u.U. ein schwieriges statistisches Unterfangen. So kann zum Zwecke von Preisvergleichen z.B. nicht einfach von den Listenpreisen ausgegangen werden, sondern es müssen die tatsächlich verlangten Preise eruiert werden. Weitere Schwierigkeiten sind zu bewältigen, wenn keine homogenen Wettbewerbsbedingungen (sowohl in rechtlicher als auch in wirtschaftlicher Hinsicht) bestehen. Beispiele hierfür sind national differierende Steuern sowie Wechselkurse (v.a. im Verbund mit national unterschiedlichen Inflationsraten) sowie je nach nationalem Markt unterschiedliche Produkteigenschaften.<sup>602</sup>

<sup>600</sup> RHYS et al. (NERA-Studie), 17 und 38; vgl. auch den Sachverhalt in BGE 105 II 56 f. E. 2.b, OMO.

<sup>601</sup> Vgl. auch MALUEG/SCHWARTZ, 37 J. Int. Econ. 173 (1994); kritisch zur empirischen Relevanz von Free-Riding-Problemen im Zusammenhang mit internationalen Preisdiskriminierungen: HILKE, 32 World Competition 86-91 (1988).

<sup>602</sup> Zum Problem der EU-internen Preisdifferenzen bei Automobilen siehe beispielhaft DEGRYSE/VERBOVEN, 67-143; für die Schweiz: RPW 2000/2, 204 Rz 24, Volkswagen-Vertriebssystem; interessant auch BGE 126 III 154 E. 9.c), Kodak, der für die Annahme eines Missbrauchs im Sinne von Art. 7 KG vergleichbare wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen verlangt.

*b) Empirische Relevanz im Hinblick auf die Schweiz*

Schwierig zu beurteilen ist auch die empirische Relevanz des Vorwurfs, wonach vertikale Gebietsabsprachen im Hinblick auf die Schweiz zur wohlfahrtsschädlichen Preisdifferenzierung verwendet werden.

*aa) BAK-Studie*

Als Beweis hierfür wird z.T. eine Studie der BAK Konjunkturforschung Basel AG (BAK-Studie) angeführt. Diese hält fest, dass die Einkaufspreise schweizerischer Detailhändler bei nationalen Distributoren rund 30% höher seien als diejenigen der ausländischen Detailhändler.<sup>603</sup> Demgegenüber sollen Detailhändler beim Einkauf direkt vom Produzenten keine solchen Preisnachteile erleiden.<sup>604</sup> Hieraus könnte der Schluss gezogen werden, dass insbesondere Gebietsschutzabsprachen im Hinblick auf die Schweiz zu wohlfahrtsschädlichen Preisdifferenzierungen verwendet werden.<sup>605</sup> Nach hier vertretener Auffassung stehen einem solchen Schluss folgende Einwände entgegen:

Einmal fehlen in der BAK-Studie<sup>606</sup> Ausführungen darüber, inwiefern z.B. Free-Riding-Probleme eine Rolle spielen. Die BAK-Studie enthält somit keine (explizite) Trennung von Fällen reiner Preisdifferenzierung und Fällen, in denen z.B. Free-Rider-Probleme eine Rolle spielen.

Weiter fehlt eine Aufschlüsselung der Daten sowie eine Beschreibung der statistischen Methoden, die zur Ermittlung des erwähnten Preisvergleichs verwendet wurden. Insbesondere vermisst man Angaben darüber, wie mit folgenden Faktoren umgegangen wurde: Händler sind unterschiedlich gross, vertreiben unterschiedliche Sortimente etc., Umstände, die einen bedeutenden Einfluss auf die Einkaufspreise haben dürften und deshalb explizit aufgeschlüsselt werden müssten. Weiter fehlt eine Kategorisierung der eingekauften Produkte. Es ist schwer

<sup>603</sup> BAK-Studie, Folie Nr. 20.

<sup>604</sup> BAK-Studie, Folie Nr. 21.

<sup>605</sup> So im Ergebnis wohl: Pressemitteilung der BAK Konjunkturforschung Basel AG vom 7. November 2001, S. 2 (<http://www.bakbasel.ch/indexbak.html>); ZÄCH, Weltwoche vom 4. April 2002, Nr. 14, S. 21.

<sup>606</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die im Internet veröffentlichte BAK-Studie.



vorstellbar, dass die Unterschiede bei allen Produkten gleich gross sind. Ausserdem fehlen Ausführungen darüber, ob bzw. inwiefern nationale Sonderfaktoren wie Steuern, Normen, national unterschiedliche Grössenvorteile etc. eine Rolle spielen bzw. mit welcher Methodik diese berücksichtigt wurden. Überdies sind bezüglich internationalen Preisvergleichen keine Statistiken über Grosshandelspreise vorhanden<sup>607</sup> und stellen Grosshandelspreise normalerweise Geschäftsgeheimnisse dar, die kaum an Dritte weiter gegeben werden. Hier wären erläuternde Quellenangaben notwendig gewesen. Ferner fehlen in der BAK-Studie präzisere Ausführungen über die Struktur der jeweils verwendeten Vertriebssysteme (insbesondere das Bestehen von Gebietsschutzabsprachen).

Schliesslich ist nicht ganz einsichtig, weshalb ein Hersteller, der bloss eine höhere schweizerische Kaufkraft ausnützen will, dies nicht selbst tut, sondern sich hierzu eines Vertriebshändlers bedient. Dies aus folgendem Grund: Nehmen wir an, dass der Vorwurf zutrifft, dass Vertikalabreden zur reinen Preisdiskriminierung verwendet werden, d.h. dass tatsächlich ohne zusätzliche Leistung in der Schweiz höhere Preise vereinnahmt werden. Diesfalls verliert der Hersteller durch den Vertrieb über Dritte Geld, das er selbst hätte einnehmen können. Hersteller haben indessen kein Interesse daran, eine überflüssige Vertriebsstufe zu unterhalten, da dies lediglich ihre Produkte verteuert ohne ihnen zusätzlichen Gewinn zu bringen. Grundsätzlich ist es möglich, dass erst die branchenweite Verwendung von Gebietsschutzabreden u.U. herstellerseitig die Erzielung höherer Preise ermöglicht.<sup>608</sup> Dies müsste indessen genauer dargetan werden.

*bb) Studie ITEN et al.*

Auch eine vom seco in Auftrag gegebene Studie (Studie ITEN et al.), die sich im Hinblick auf verschiedene Branchen mit möglichen Ursachen für Preisunterschiede zur EU beschäftigt, vermag die These einer systematischen Preisdifferenzierung durch Gebietsschutzabreden nicht zu stützen. Die Studie stellt u.a. in den Bereichen „alkoholische Getränke“, „Brot und Fleisch“, „private Verkehrsmittel“ (i.e. Automobile) sowie „medizinische Produkte und Ausrüstung“ Preisunterschiede zur EU fest und sucht hierfür Erklärungen.

<sup>607</sup> FRONTIER ECONOMICS/PLAUT, 122.

<sup>608</sup> Siehe hierzu das Modell von REY/STIGLITZ, hinten, S. 179 ff.

Für die Bereiche **„alkoholische Getränke“** sowie **„Brot und Fleisch“** kommt die Studie ITEN et al. zum Schluss, dass Faktoren wie staatliche Rahmenregulierungen, Importkontingente, Importzölle etc. für die höheren Preise in der Schweiz verantwortlich sind, während vertikale Gebietsschutzabreden (soweit überhaupt vorhanden) keine Rolle spielen.<sup>609</sup>

Was den **Automobilsektor** anbelangt, so wird (neben Steuern und anderen Faktoren) u.a. das Bestehen von Gebietsschutzabreden als Ursache für die in der Schweiz höheren Preise bezeichnet.<sup>610</sup> Nach hier vertretener Ansicht bleibt die Studie ITEN et al. indessen einen empirischen Nachweis für diese Aussage schuldig. Dies betrifft zunächst den Verweis auf den VW-Fall, wo das Vorliegen von Gebietsschutzabreden ja gerade nicht bewiesen werden konnte.<sup>611</sup> Ähnliches gilt für den Hinweis auf die Stellungnahme des VFAS<sup>612</sup>, die im Rahmen der Vernehmlassung zum Entwurf der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 19. August 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Automobilmarkt abgegeben wurde und deren Aussagen ohne kritische Nachprüfung übernommen werden.

Auch im Bereich **„medizinische Produkte und Ausrüstung“** können nicht Gebietsschutzabreden für das in der Schweiz höhere Preisniveau verantwortlich gemacht werden, da solche offenbar nicht bestehen.<sup>613</sup> Neben Faktoren wie der Verschreibungs- und Rückerstattungspflicht und dem Kontrahierungszwang wird die staatliche Sanktionierung der Verhinderung von Parallelimporten im Heilmittelgesetz (HMG) (Art. 14 HMG) als Ursache für die höheren Preise in der Schweiz angesehen.

Was das durch die Studie ITEN et al. festgestellte höhere Preisniveau der Schweiz anbelangt, so ist zumindest erwähnenswert, dass eine von Interpharma und der Vereinigung der Importeure pharmazeutischer Spezialitäten (VIPS) bei IMS Consulting in Auftrag gegebene Studie, zu anderen Schlüssen kommt. Nach dieser Studie waren die Preise von Pharmazeutika im 2. Quartal 2003 (allerdings

<sup>609</sup> Studie ITEN et al., 102-112, 122-152.

<sup>610</sup> Studie ITEN et al., 114 f.

<sup>611</sup> Vgl. RPW 2000/2, 207-209 Rz 40-46, Volkswagen-Vertriebssystem.

<sup>612</sup> Studie ITEN et al., 114 f.

<sup>613</sup> So deutlicher die im Auftrag des Bundesrates erstellte Studie PETER et al. 125 und 141, auf welche sich Studie ITEN et al., 111 f., beziehen

unter Einschluss der [in der Schweiz vergleichsweise tiefen] Mehrwertsteuer) in Österreich und Deutschland höher.<sup>614</sup> Weiter gehören die schweizerischen Preise kaufkraftbereinigt zu den niedrigsten in Europa,<sup>615</sup> wobei die Ab-Fabrik-Preise in der Schweiz (sieht man einmal von den USA ab) nach der IMS CONSULTING-Studie allerdings die höchsten sind.<sup>616</sup> Zur Frage, inwiefern Gebietsschutzabsprachen hier eine Rolle spielen, äussert sich der veröffentlichte Teil der IMS CONSULTING-Studie indessen nicht.

*cc) Das Ausmass der preissenkenden Wirkung von Parallelimporten*

Das Ausmass der preissenkenden Wirkung von Parallelimporten darf nicht überschätzt werden.<sup>617</sup> Dies jedenfalls legen ausländische Studien nahe.<sup>618</sup> Es wird geschätzt, dass bei Konsumgütern nur ca. 5% und bei bestimmten anderen Produktgruppen 10-15% der Güter durch Parallelimporte abgedeckt werden.<sup>619</sup> Im Bereich der Pharmazeutika (die tendenziell ein grosses Potential für Parallelimporte aufweisen) haben GANSLAND/MASKUS am Beispiel von Schweden festgestellt, dass die Preise von Medikamenten, die Parallelimporten ausgesetzt waren, gegenüber denjenigen von Medikamenten, die keinen Parallelimporten ausgesetzt waren, über den Zeitraum von 1994-1998 zwar weniger stark anstiegen; allerdings betrug die Differenz nur 4.69%.<sup>620</sup> Weiter zeigten sie, dass es trotz der

<sup>614</sup> IMS CONSULTING-Studie, 10 f.

<sup>615</sup> IMS CONSULTING-Studie, 15 f.

<sup>616</sup> IMS CONSULTING-Studie, 13 f.

<sup>617</sup> A.M. HILTY, sic! 2000, 236.

<sup>618</sup> Vgl. RHYS et al. (NERA-Studie), 76-102, 110 f.; die Studie FRONTIER ECONOMICS/PLAUT kommt diesbezüglich für die Schweiz zu optimistischeren Resultaten. Es wird geschätzt, dass bei einem Wechsel von einer nationalen zu einer internationalen Erschöpfung im Patentrecht im Bereich Pharmaprodukte Preissenkungen von 14%-32% (bei einem Parallelimport-Volumen von CHF 0.9-1.3 Mia.) und im Bereich der Konsumgüter Preissenkungen von 4%-8% (bei einem Parallelimport-Volumen von CHF 0.9-1.3 Mia.) zur Folge hätten (FRONTIER ECONOMICS/PLAUT, xvi; 156; 159-164). Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die Studie FRONTIER ECONOMICS/PLAUT die Annahmen jeweilen in der Regel so gewählt hat, dass das betroffenen Handelsvolumen bzw. die Preisdifferenzen tendenziell überschätzt werden (FRONTIER ECONOMICS/PLAUT, 116 f.). Überdies stützt sich die Studie auf die hier kritisierte BAK-Studie (siehe FRONTIER ECONOMICS/PLAUT, 122 f.).

<sup>619</sup> FRONTIER ECONOMICS/PLAUT, 133.

<sup>620</sup> GANSLANDT/MASKUS, 17.

Parallelimporte nicht zu einer Preisangleichung zwischen Schweden als Importland einerseits und Italien/Spanien als Herkunftsländern für Parallelimporte andererseits kam.<sup>621</sup>

Die preissenkende Wirkung von Parallelimporten wird v.a. durch drei Faktoren beschränkt: (1) Einmal besteht ein Anreiz zu Parallelimporten nur dann, wenn die internationalen Preisdifferenzen relativ hoch sind. (2) Weiter werden Parallelimporteure ihren Kunden in der Regel nicht die volle Preisdifferenz weiter geben, sondern bloss einen so grossen Teil, dass sie genügend Umsatz von den „offiziellen“ Händlern an sich ziehen und einen Gewinn erzielen können. (3) Schliesslich kann ein Verbot der Preisdifferenzierung auch die Folge haben, dass das preisdifferenzierende Unternehmen die Preise in den niedrigpreisigen Ländern erhöht.<sup>622</sup>

Wenn in der politischen Debatte suggeriert wird, dass Parallelimporte die Preise in der Schweiz für ein Importvolumen von CHF 80 Mia. um 10%-30% senken würden, werden übertriebene Hoffnungen geweckt.<sup>623</sup>

#### *dd) Schlussfolgerungen und Zusammenfassung*

Auch wenn verschiedentlich die Ansicht vertreten wird, dass vertikale Mindestpreis- und Gebietsschutzabreden „schuld“ am hohen Preisniveau in der Schweiz seien und deshalb unnach-sichtig bekämpft werden sollten, lässt sich diese Aussage so allgemein weder industrieökonomisch noch empirisch begründen. Vielmehr zeigen gerade auch die vom seco in Auftrag gegebenen Studien, dass in einigen Fällen staatliche Regulierungen Ursache höherer schweizerischer Preise sind. Das Paradebeispiel hierfür sind landwirtschaftliche Produkte, wo tendenzi-

<sup>621</sup> GANSLANDT/MASKUS, 19 f.

<sup>622</sup> Parallelimporte und Patentrecht – Bericht des Bundesrates vom 8. Mai 2000 in Beantwortung der Anfrage der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK) vom 24. Januar 2000 (<http://www.evd.admin.ch/de/dossiers/dossiers.asp>), 14.

<sup>623</sup> Vgl. die Voten von Rudolf Strahm und Simonetta Sommaruga im Rahmen der Kartellgesetzrevision (AB 2003 N 1296).

ell die höchsten Preisunterschiede zum Ausland bestehen<sup>624</sup> und primär staatliche Regulierungen zu höheren Preisen führen.<sup>625</sup>

Das heisst nicht, dass es Fälle gibt, in denen mittels Gebietsschutzabreden in der Schweiz tatsächlich höhere Preise verlangt werden, ohne dass diese höheren Preise durch zusätzliche Leistungen begründet sind. Entgegenzutreten ist allerdings der Aussage, dass vertikale Gebietsschutzabreden systematisch zur Abschöpfung von Monopolrenten in der Schweiz missbraucht würden bzw. gar keinen anderen Zweck verfolgten und sich deshalb kartellrechtlich generell ein unterschiedslos scharfes Vorgehen gegen derartige Abreden aufdränge.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Preissenkungspotential von Parallelimporten wohl vielfach überschätzt wird.

### III. Schwächung des Wettbewerbs auf Herstellerstufe

Wohlfahrtsschädliche Auswirkungen können vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wie bereits an anderer Stelle erwähnt dann haben, wenn mit ihnen eine Schwächung des Interbrand-Wettbewerbs, d.h. des Wettbewerbs auf Herstellerstufe, einhergeht. Im folgenden werden verschiedene solcher Szenarien erläutert.

#### 1. Stabilisierende Wirkung auf Herstellerkartelle

##### a) Allgemeines

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen können horizontale Absprachen auf der vorgelagerten Marktstufe (wie z.B. Preiskartelle zwischen Herstellern) stabilisieren.<sup>626</sup> Diese Wirkung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen wird in der Literatur u.a. unter dem Etikett „Manufacturer Cartel Objection“<sup>627</sup> diskutiert.

<sup>624</sup> Studie EICHLER et al., 110 f.

<sup>625</sup> Studie ITEN et al., 130 und 145 f.

<sup>626</sup> Vgl. etwa AREEDA, Vol. VIII, 91-123 ¶1606; SCHERER/ROSS, 550; RUFFNER, Neue Wettbewerbstheorie, 186.

<sup>627</sup> BORK, The Antitrust Paradox, 293-295; BORK, 75 Yale L.J. 411-415 (1966).

Denkbar sind dabei verschiedene Varianten: Einmal die ausdrückliche Absprache zwischen Herstellern, bestimmte vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wie etwa Gebietsschutz oder Preisbindungen der zweiten Hand anzuwenden, ohne dass z.B. eine Absprache über die Zuteilung bestimmter Gebiete an einzelne Händler oder über eine bestimmte Höhe des Endverkaufspreises getroffen wird. Solche Absprachen sollen nach einem Teil der amerikanischen Literatur per se verboten sein<sup>628</sup> (Dem kann nicht vorbehaltlos gefolgt werden; denn der Umstand, dass Hersteller die Auferlegung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen vereinbaren, bewirkt für sich allein noch kein gleichförmiges Verhalten z.B. im Hinblick auf die Preise auf der Hersteller- oder Händlerstufe).

Denkbar ist auch folgender Fall, der v.a. auf Preisbindungen zweiter Hand zugeschnitten ist, jedoch auch bei vertikalen Gebietsschutzabsprachen vorstellbar ist: Hersteller treffen unter sich Preisabsprachen und kommen überein, ihren Händlern Preisbindungen der zweiten Hand aufzuerlegen.<sup>629</sup> Preisbindungen der zweiten Hand können in solchen Konstellationen auf Händlerstufe den Anreiz beseitigen, von den Herstellern tiefere Grosshandelspreise zu verlangen, weil sie die dadurch erlangten Vorteile ja nicht in Form von Preissenkungen an die Verbraucher weitergeben und damit Marktanteile erringen können.<sup>630</sup> Dies wiederum verringert auch auf Herstellerseite den Anreiz, gegen die unter den Herstellern getroffenen Kartellabsprachen zu verstossen.<sup>631</sup>

Ähnlichkeiten mit Fallkonstellationen dieser Art weist das Beispiel des US-amerikanischen Brom-Kartells (1885 bis 1902) auf: Die amerikanischen Bromproduzenten (zahlreiche kleine Hersteller) kamen überein, ihren Output zu poolen und über zwei Alleinvertriebshändler zu vertreiben. Der Produktionsüberschuss wurde eingelagert und von den beiden Distributoren als Abschreckungsmittel gegen ein allfälliges „Schummeln“ auf Herstellerebene und den Eintritt neuer Wettbewerber in den Markt verwendet. Das so organisierte Kartell war fast 20 Jahre lang erfolgreich, und zwar, bis ein neuer, vertikal integrierter Wettbewerber

<sup>628</sup> AREEDA, Vol. VIII, 94 ¶1606b; ähnlich die Praxis in der EG: ABl. 1970 L 148/10 Rz 7 f., Association syndicale belge de la parfumerie (ASPA).

<sup>629</sup> Vgl. hierzu insbesondere AREEDA, Vol. VIII, 91-123 ¶1606, 20 ¶1601 Ziff. 20; TIROLE, 241.

<sup>630</sup> Im einzelnen vgl. AREEDA, Vol. VIII, 96-98 ¶1606c.

<sup>631</sup> Zum Ganzen siehe TELSER, 3 J.L. & Econ. 96 f.; SCHERER/ROSS, 550; für weitere (m.E. weniger einleuchtende Gründe) siehe AREEDA, Vol. VIII, 100-104 ¶1606e.

in den Markt eintrat, der zwanzig mal grösser als ein durchschnittlicher damaliger Hersteller war und eine neue Massenproduktionsmethode verwendete. Das Kartell beruhte bis zu seinem Zusammenbruch v.a. darauf, dass es gelang, die Monopolrente zwischen den Händlern und den Herstellern intern aufzuteilen und damit den Händlern den Anreiz zu geben, ein „Schummeln“ seitens der Hersteller zu verhindern.<sup>632</sup>

Es ist fraglich, wie häufig vertikale Wettbewerbsbeschränkungen eingesetzt werden, um kartellistische Absprachen auf Herstellerebene zu stabilisieren oder durchführbar zu machen.<sup>633</sup>

#### b) Wohlfahrtsverluste

Einigkeit herrscht indessen, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, die den Händlern auferlegt werden, um Herstellerkartelle zu stabilisieren bzw. zu ermöglichen, die soziale Wohlfahrt mindern.<sup>634</sup>

Diese Einmütigkeit ist darin begründet, dass mit der Bildung eines Kartells auf Herstellerstufe eine monopolähnliche Situation entsteht: Das Kartell tritt den Abnehmern gegenüber als marktmächtiges Unternehmen auf, das den Output reduziert und die Preise erhöht. Im Extremfall, d.h. wenn alle Unternehmen auf dem relevanten Markt Mitglieder des Kartells sind und keine potentiellen Wettbewerber vorhanden sind, kommt es zur in Abbildung 2<sup>635</sup> beschriebenen Situation. Die durch Kartelle verursachten Wohlfahrtsverluste (Deadweight-Loss, X-Inefficiencies, Rent-Seeking-Costs) können durch weitere Kosten vergrößert werden. Zu nennen sind insbesondere Kosten, welche die Organisation und

<sup>632</sup> LEVENSTEIN, passim.

<sup>633</sup> Hierzu IPPOLITO, 34 J.L. & Econ. 281 f. (1991); AREEDA, Vol. VIII, 104-107 ¶1606f; kritisch TELSER, 3 J.L. & Econ. 96-99 (1960); GLASOW, 110 f.; LIEBELER, 36 UCLA L. Rev. 898-900 (1989).

<sup>634</sup> AREEDA, Vol. VIII, 94-96 ¶1606; BORK, The Antitrust Paradox, 293-295; zu den durch horizontale Kartelle verursachten Wohlfahrtsverlusten vgl. auch POSNER, Antitrust Law – An Economic Perspective, 1. Aufl., 254; CARLTON/PERLOFF, 148; CABALLERO-SANZ, 43.

<sup>635</sup> Vorn, S. 9 f.

Durchsetzung des Kartells (z.B. das Aufdecken, Verhindern und Bestrafen von „Schummeln“) verursachen.<sup>636</sup>

## 2. Kollusion auf Herstellerebene

In eine ähnliche Richtung wie die Manufacturer Cartel Objection geht die von der Europäischen Kommission geäußerte Befürchtung der Kollusion auf Herstellerebene. Die Gefahr einer solchen soll umso grösser sein, je weniger Hersteller auf einem Markt tätig sind und je mehr sich deren Position gemessen an den Faktoren Marktanteil, Kapazität und – im hier behandelten Rahmen von Interesse – Vertriebsnetz ähneln. Erwähnt wird der Fall, dass mehrere Hersteller ihre Produkte über parallele gleichartige Alleinvertriebsnetze vermarkten. Noch problematischer ist in den Augen der Europäischen Kommission der Vertrieb über ein und denselben Alleinvertriebshändler bei einer oligopolistisch strukturierten Herstellerebene.<sup>637</sup> Eine entscheidende Grösse soll dabei der Marktanteil sein, den die betreffenden Hersteller bzw. Marken auf sich vereinigen.<sup>638</sup>

Ähnliche Gefahren bestehen nach Auffassung der Europäischen Kommission bei Preisempfehlungen und vertikalen Höchstpreisabsprachen.<sup>639</sup> Vor allem in oligopolistisch strukturierten Märkten könne die Praxis, Preisempfehlungen oder vertikale Höchstpreisabsprachen zu verwenden, kollusives Verhalten auf Herstellerebene erleichtern, indem diese Verhaltensweisen als Mittel dienen, Informationen über das bevorzugte Preisniveau auszutauschen bzw. das Risiko tieferer Wiederverkaufspreise zu verhindern.<sup>640</sup>

Ersichtlich macht sich hier die Europäische Kommission das Denkmuster der **kollektiven Marktbeherrschung** zunutze. Die von der Europäischen Kommission geäußerten Bedenken sind nicht von vornherein abzuweisen. So ist insbesondere nicht auszuschliessen, dass die Verwendung ähnlicher Vertriebsnetze<sup>641</sup>

<sup>636</sup> Statt aller: HOVENKAMP 163 f. § 4.3; siehe auch hinten, S. 195 f.

<sup>637</sup> ABl. 2000 C 291/32 Rz 164, 34 Rz 176, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

<sup>638</sup> ABl. 2000 C 291/32 Rz 161 und 164, 34 Rz 176, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

<sup>639</sup> ABl. 2000 C 291/44 Rz 226, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

<sup>640</sup> ABl. 2000 C 291/44 Rz 228, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

<sup>641</sup> Siehe hierzu auch das nachstehend beschriebene Modell von REY/STIGLITZ, unten, S. 179 ff.



bzw. der Vertrieb konkurrierender Produkte über ein- und denselben Alleinvertriebshändler zu kollusivem Verhalten auf Herstellerebene führt.

Im Sinne eines *caveat* ist indessen darauf hinzuweisen, dass die Figur der kollektiven Marktbeherrschung bis anhin nicht befriedigend geklärt ist. Schwierigkeiten bereitet einmal der Umstand, dass im engen Oligopol intensive Konkurrenz ebenso möglich ist wie abgestimmtes Verhalten.<sup>642</sup> Denn anders als in einem Markt mit Charakteristika der vollkommenen Konkurrenz hat ein Unternehmen in einem oligopolistischen Markt überhaupt erst die Möglichkeit, den Wettbewerb zu seinen Gunsten zu entscheiden, indem es seine Wettbewerber „aussticht“. Hinzu kommt, dass Parallelverhalten im Oligopol nicht mit kollektiver Marktbeherrschung gleichgesetzt werden kann. Parallelverhalten im Oligopol kann sowohl auf (wettbewerbspolitisch unerwünschter) Kollusion als auch auf wettbewerbslich autonomem (und damit wettbewerbspolitisch erwünschtem) Verhalten beruhen.<sup>643</sup> Die meist übersehene konzeptionelle Schwierigkeit der Figur der kollektiven Marktbeherrschung besteht darin, dass beide Fälle in der strukturellen Analyse ein **identisches Bild** vermitteln und es bis heute keinen ökonomischen Test gibt, anhand dessen sich beide Verhaltensmuster mit hinreichender Sicherheit voneinander trennen liessen.<sup>644</sup> Diese Schwierigkeiten verlangen (wenn nicht gar den Verzicht so doch) eine sehr zurückhaltende Anwendung der Figur der kollektiven Marktbeherrschung.<sup>645</sup>

### 3. Das Modell von REY/STIGLITZ

#### a) Allgemeines

In eine ähnliche Richtung wie die Kollusionstheorie der Europäischen Kommission weist ein Modell von REY/STIGLITZ, das auf das Instrumentarium der Spiel-

<sup>642</sup> SCHERER/ROSS, 199; KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, 83 f.; TIROLE, 240; SCHMALENSEE, 1 J. Econ. Perspect. 43 (1987); AMSTUTZ, Kollektive Marktbeherrschung im europäischen Wettbewerbsrecht, 11 m.w.H.

<sup>643</sup> Siehe statt aller NEVEN/PAPANDROPOULOS/SEABRIGHT, 52.

<sup>644</sup> Siehe hierzu: AMSTUTZ, Kollektive Marktbeherrschung im europäischen Wettbewerbsrecht, passim; AMSTUTZ, FS ZÄCH, 193-216.

<sup>645</sup> Vgl. auch AMSTUTZ, Kollektive Marktbeherrschung im europäischen Wettbewerbsrecht, 50 f.; AMSTUTZ, FS ZÄCH, 215 f.

theorie<sup>646</sup> zurückgreift.<sup>647</sup> Dieses Modell soll nachfolgend gerafft wiedergegeben werden. Es geht u.a. von folgenden Annahmen aus: Zwei Hersteller produzieren zwei Produkte, die nicht vollkommen miteinander austauschbar sind, und vertreiben diese über Händler, die untereinander in reiner Konkurrenz stehen. Weiter sind die Kosten der Händler symmetrisch, sind alle Kosten- und Nachfragefunktionen den Herstellern und Händlern bekannt, und die Händler haben keine Vertriebskosten.<sup>648</sup>

Im Modell von REY/STIGLITZ können Gebietsschutzabsprachen, falls beide Hersteller je einen Alleinvertriebshändler für ihr Produkt bezeichnen, zu höheren Endverkaufspreisen führen: Die durch die Einräumung des Gebietsschutzes bewirkte Beseitigung des Intra-brand-Wettbewerbs hat zur Folge, dass jeder Alleinvertriebshändler auf einen Anstieg der eigenen Kosten (d.h. des Grosshandelspreises) mit der Anhebung des eigenen Endverkaufspreises reagiert.<sup>649</sup> Im Modell von REY/STIGLITZ hat es damit indessen nicht sein Bewenden: Erhöht z.B. Hersteller A seinen Grosshandelspreis, dann wird der Alleinvertriebshändler des Herstellers B es in Anbetracht der höheren Endverkaufspreise des Produktes A für lohnend befinden, die Endverkaufspreise für das Produkt B ebenfalls anzuhöhen.<sup>650</sup> Anders gewendet: Hersteller A kann seine Preise erhöhen, ohne auf das Verhalten des B Rücksicht nehmen zu müssen, da die Händler des B die Endver-

<sup>646</sup> Die Spieltheorie richtet ihr Augenmerk auf das Verhalten der Marktteilnehmer. Firmen werden als Spieler begriffen, „die nicht mehr gegen eine passive Umwelt spielen, sondern gegen eine Umwelt, die auf ihr Verhalten reagiert, und die deshalb bei ihrer Planung diese Reaktionen berücksichtigen“ (SCHMIDTCHEN, FS Hoppmann, 153). Im Vordergrund steht damit die Beschreibung und Lösung von Entscheidungsproblemen der Marktteilnehmer im Kontext eines vordefinierten Spielrahmens mit vorgegebenen Strategien. Diese Betrachtungsweise wirtschaftlichen Verhaltens berücksichtigt Wesenszüge des Wettbewerbs, die in der Modellierung bis anhin nur ungenügende Berücksichtigung fanden: Einerseits den Charakter von Wettbewerbsbeschränkungen als zeitbezogenes Geschehen; Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkungen werden begriffen als eine Folge von Spielzügen, so wie wir dies etwa vom Schachspiel her kennen (statt vieler: SCHMIDTCHEN, FS Hoppmann, 153).

<sup>647</sup> Vorliegend wird das Modell behandelt, das REY/STIGLITZ, 26 RAND J. Econ. 431-451 (1995) zugrunde liegt. Ein geringfügig anderes Modell, das zu ähnlichen Schlussfolgerungen gelangt, findet sich in REY/STIGLITZ, 32 Europ. Econ. Rev. 561-568 (1988) und REY/STIGLITZ, NBER Working Paper No. 2601.

<sup>648</sup> Für die übrigen Annahmen siehe REY/STIGLITZ, 26 RAND J. Econ. 433 (1995).

<sup>649</sup> REY/STIGLITZ, 26 RAND J. Econ. 435-437 (1995).

<sup>650</sup> REY/STIGLITZ, 26 RAND J. Econ. 435-437 (1995).

kaufpreise für das Produkt B selbst dann anheben, wenn Hersteller B den Grosshandelspreis nicht anhebt.<sup>651</sup> Dieser Mechanismus hat zur Folge, dass sich die Elastizität der Nachfrage, der sich die einzelnen Hersteller gegenüber sehen, verringert (d.h. die Nachfrager reagieren weniger empfindlich auf Preissteigerungen). Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die Preissteigerungen nicht zu hoch ausfallen. Weiter ist der Grad der Substituierbarkeit der Produkte A und B entscheidend. Sind die Produkte A und B gut miteinander substituierbar, so sind die beschriebenen Effekte am grössten. Das Gegenteil gilt bei stark differenzierten Produkten. Weiter können Double-Marginalization-Probleme dazu führen, dass sowohl Hersteller wie auch Verbraucher bei Gebietsschutz verlieren.<sup>652</sup>

Das Modell von REY/STIGLITZ geht überdies u.a. der Frage nach, welche Vertriebsform der einzelne Hersteller – unter Berücksichtigung möglicher Strategien des anderen Herstellers und der Händler – wählt. Unter den im Modell getroffenen Annahmen werden sich beide Hersteller entschliessen, ihre Produkte über Alleinvertriebshändler zu vertreiben. Mit anderen Worten haben die Hersteller nach den Annahmen des Modells von REY/STIGLITZ einen starken Anreiz, sich bei der Wahl der Vertriebsmethode für die für die Verbraucher u.U. nachteilige Form des Vertriebs über je einen Alleinvertriebshändler zu entscheiden.<sup>653</sup>

REY/STIGLITZ untersuchten auch den Fall, in dem die Produkte A und B miteinander vollkommen austauschbar sind, die Hersteller über die Endverkaufspreise informiert sind, für ihr Absatzgebiet je einen Alleinvertriebshändler bestellen und im Gegenzug von diesem die Abnahme gewisser Mindestmengen verlangen.<sup>654</sup> Unter den dem Modell zugrundeliegenden Annahmen erzielen die Alleinvertriebshändler höhere Gewinne als ohne Gebietsschutz. Für die Hersteller resultiert wiederum eine weniger elastische Nachfragekurve, weshalb im neuen Gleichgewicht grössere Gewinne zu erzielen sind.<sup>655</sup> Entsprechend ist es für die Hersteller profitabler, den Händlern einen absoluten Gebietsschutz einzuräumen,

<sup>651</sup> REY/STIGLITZ, 26 RAND J. Econ. 435-437 (1995).

<sup>652</sup> REY/STIGLITZ, 26 RAND J. Econ. 437 f. (1995).

<sup>653</sup> REY/STIGLITZ, 26 RAND J. Econ. 441 f. (1995).

<sup>654</sup> REY/STIGLITZ, 26 RAND J. Econ. 443 f. (1995): Letztere Annahme ist jedoch nicht unbedingt notwendig: REY/STIGLITZ, 26 RAND J. Econ. 444 (1995).

<sup>655</sup> REY/STIGLITZ, 26 RAND J. Econ. 444 (1995).

als ihre Produkte selbst zu vertreiben und sich damit unmittelbar zu konkurrenzieren. Dieses Verhalten hat Wohlfahrtsverluste zur Folge.<sup>656</sup>

*b) Wettbewerbspolitische Folgerungen*

Ausgehend von den dargestellten Ergebnissen schlagen REY/STIGLITZ vor, vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als vermutungsweise unzulässig zu beurteilen. Zur Umstossung dieser Vermutung ist nach REY/STIGLITZ darzutun, dass mit der betreffenden Wettbewerbsbeschränkung Effizienzsteigerungen erzielt werden,

- a) die nicht auf andere Weise (unter angemessenen Kosten) verwirklicht werden können, ohne dass die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen eintreten, und
- b) welche die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen aufwiegen.<sup>657</sup>

*c) Kritik*

Das beschriebene Modell hat die Diskussion über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen um neue und bedeutsame Aspekte bereichert. Interessant und bemerkenswert ist insbesondere die Aussage des Modells, dass Hersteller mittels Gebietsschutzabsprachen (also der Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs) den Inter-brand-Wettbewerb beschränken können. Damit haben REY/STIGLITZ im Prinzip ein Modell formuliert, das u.a. zeigt, wann mehrere gleichartige Absprachen aufgrund ihrer kumulativen Wirkungen zu Wettbewerbsbeschränkungen führen können.

Dennoch ist fraglich, ob das beschriebene Modell die von REY/STIGLITZ erhobenen wettbewerbspolitischen Folgerungen rechtfertigt:

An vorderster Stelle steht – wie bei allen Modellen – ein verfahrensrechtlicher Einwand: Das Modell beschreibt das Verhalten von Marktteilnehmern. Wie sich

<sup>656</sup> REY/STIGLITZ, 26 RAND J. Econ. 444 (1995); der Vollständigkeit halber sei in Erinnerung gerufen, dass das weiter vorn (S. 141 ff.) beschriebene Modell von WHITE aufgrund unterschiedlicher Annahmen zu anderen Schlussfolgerungen kommt.

<sup>657</sup> REY/STIGLITZ, 26 RAND J. Econ. 446 f. (1995).

Marktteilnehmer *in concreto* verhalten bzw. verhalten haben, muss jedoch im Einzelfall bewiesen werden. Mit anderen Worten: Das Modell betrifft Fragen, welche dem Problemkreis der Sachverhaltsermittlung zuzuordnen sind. Es wird daher der beweispflichtigen Partei bzw. Behörde Hinweise geben können, in welche Richtung die Sachverhaltsermittlungen zu gehen haben, ihr aber die Erbringung des entsprechenden Beweises nicht abnehmen.

Damit zusammen hängt der Umstand, dass das Modell von REY/STIGLITZ auf mehreren Annahmen beruht, welche dessen (von REY/STIGLITZ verfochtene) Allgemeingültigkeit zumindest begründungsbedürftig machen. Einmal ist die Annahme, dass Kosten- und Nachfragefunktionen allgemein bekannt sind, eher unrealistisch. Weiter ist zu beachten, dass Gebietsschutzabsprachen nach dem Modell von REY/STIGLITZ insbesondere dann besonders schädlich sind, wenn die Produkte A und B nahe Substitute sind. Bei stark differenzierten Produkten trifft dieses Ergebnis indessen nicht zu. Ausserdem geht das Modell von bloss zwei Herstellern aus. In einer Vielzahl von Märkten sind indessen mehr als zwei Wettbewerber tätig. Das Modell von REY/STIGLITZ zeigt indessen nicht auf, unter welchen Voraussetzungen auch in solchen Fällen eine Beschränkung des Interbrand-Wettbewerbs zu erwarten ist.

Ausserdem berücksichtigt das Modell Fragen wie das Free-Rider-, Investitionsschutz- und Transaktionskosten-Problem, das Anreizargument, die Schwierigkeiten, die mit der Vermarktung eines Produktes in Märkten mit unterschiedlichen Kundenbedürfnissen entstehen, etc. nicht

Schliesslich ist es methodisch gewagt, die Schlussfolgerungen aus einem Modell, welches sich mit Gebietsschutzabsprachen befasst, auf alle Arten von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen auszudehnen.

#### 4. Marktverschliessung

##### a) Allgemeines

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere Ausschliesslichkeitspflichten, können zur Marktverschliessung (andere Bezeichnungen: „Market Foreclosure“, „Marktverstopfung“<sup>658</sup>) führen.<sup>659</sup>

Marktverschliessung kann sowohl auf Hersteller- wie auch Händlerebene negative Wirkungen haben: Zum einen durch die Behinderung der Vermarktung neuer Produkte und zum anderen durch die Erschwerung des Auftritts neuer, effizienterer Händler oder der Einführung effizienterer Vertriebsmethoden (zu denken ist insbesondere an Effizienzverbesserungen, die aufgrund von Fortschritten in Transport und Kommunikation oder durch Veränderungen in der Bevölkerungs- oder Siedlungsstruktur möglich werden)<sup>660</sup>.

##### b) Markenzwang

Das augenfälligste Potential zur Marktverschliessung hat Markenzwang. In der ökonomischen Literatur finden sich wenige ergiebige Ausführungen im Hinblick auf Marktverschliessungswirkungen von Markenzwang im Zusammenhang mit Alleinvertriebsverträgen. Die Diskussion konzentriert sich hier v.a. auf Markenzwang im Rahmen von Alleinbezugsverträgen. Im folgenden werden deshalb verschiedener solcher Modelle vorgestellt. Die nachstehenden Überlegungen können indessen im Hinblick auf Markenzwang, der im Rahmen von Alleinvertriebsverträgen vereinbart wird, analog Geltung beanspruchen:

##### aa) COMANOR/FRECH

COMANOR/FRECH haben die Auffassung vertreten, dass Alleinbezugsverträge dazu verwendet werden können, um andere Unternehmen am Marktzutritt zu

<sup>658</sup> SCHLUEP, in: SCHÜRMAN/SCHLUEP, 290, 291.

<sup>659</sup> REY/CABALLERO-SANZ, 19-21 sowie die im folgenden zitierte Literatur.

<sup>660</sup> GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 849 f. (1992); GOULD/YAMEY, 76 Yale L.J. 727, siehe auch 725 (1967).

hindern. Sie wiesen darauf hin, dass Alleinbezugsverträge insbesondere dann aus Sicht des etablierten Herstellers attraktiv sind, wenn auf Ebene der Endverbraucher starke Brand-Präferenzen bestehen.<sup>661</sup> Zudem können Alleinbezugsverträge ein probates Mittel zur „Entry Deterrence“, also zur Abschreckung vom Markteintritt, bilden.<sup>662</sup>

*bb) MATHEWSON/WINTER*

MATHEWSON/WINTER haben demgegenüber betont, dass Alleinbezugsverträge die soziale Wohlfahrt steigern können, da die Hersteller die Bereitschaft der Händler, Alleinbezugsverträge abzuschliessen, mit tieferen Grosshandelspreisen erkaufen müssen, die – fällt die Senkung der Grosshandelspreise gross genug aus – in tieferen Endverkaufspreisen münden und damit die aus dem Verlust an aktuellem Wettbewerb resultierenden Nachteile überwiegen können.<sup>663</sup>

Der Einwand von MATHEWSON/WINTER, wonach das Einverständnis des Händlers zum Markenzwang vom Hersteller mit tieferen Grosshandelspreisen erkaufte werden muss, ist sicherlich in einer Vielzahl von Fällen berechtigt. Allerdings lässt er das zeitliche Element ausser Betracht. Auch wenn der Abschluss von Alleinbezugsverträgen in einer ersten Periode zu Preissenkungen führt, kann er den Nebeneffekt zeitigen, dass der bisherige konkurrierende Hersteller vom Markt verdrängt wird oder dem neuen Konkurrenten der Marktzutritt misslingt und die Händler in einer zweiten Runde dann nur noch einem Hersteller gegenüberstehen. Dieser wird dann die Preise erhöhen können, was schon aus Gesichtspunkten der statischen Effizienz negativ zu bewerten ist. Im Hinblick auf Aspekte der dynamischen Effizienz negativ ins Gewicht fällt in solchen Fällen der Umstand, dass der verbleibende Hersteller nach Ausschaltung seiner Wettbewerber u.U. keinen grossen Anreiz zu Innovationen haben wird.

<sup>661</sup> Siehe im einzelnen: COMANOR/FRECH, 75 *Amer. Econ. Rev.* 539-543 (1985); COMANOR/FRECH, 77 *Amer. Econ. Rev.* 1069-1072 (1987); anders SCHWARTZ, 77 *Amer. Econ. Rev.* 1063-1068 (1987).

<sup>662</sup> In eine ähnliche Richtung gehen COMANOR/FRECH, 75 *Amer. Econ. Rev.* 544 (1985).

<sup>663</sup> MATHEWSON/WINTER, 77 *Amer. Econ. Rev.* 1057-1062 (1987).

## cc) AGHION/BOLTON

AGHION/BOLTON haben anhand spieltheoretischer Überlegungen gezeigt, dass etablierte Hersteller mit ihren Abnehmern langfristige Alleinbezugsverträge vereinbaren, wenn sie befürchten, dass neue Unternehmen, die billiger produzieren, in den Markt eintreten.<sup>664</sup> Gleichzeitig wiesen sie darauf hin, dass Händler den Umstand, dass der Hersteller ihnen langfristige Bezugspflichten auferlegen will, als Zeichen dafür werten, dass die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts eines neuen Herstellers gross ist. Dies wiederum veranlasst den betreffenden Abnehmer im Gegenzug, vom Hersteller die Einräumung besserer Konditionen zu verlangen.<sup>665</sup> Damit lieferten AGHION/BOLTON – ähnlich wie schon MATHEWSON/WINTER – eine Erklärung dafür, weshalb ein Händler in einen Vertrag einwilligt, der ihn zusätzlicher Lieferquellen beraubt.<sup>666</sup> Zusätzlich wiesen sie darauf hin, dass es für die Abnehmer aufgrund von Switching-Costs günstiger sein kann, mit dem etablierten Hersteller in Ausschliesslichkeitsbindungen zu treten. Dies führt dazu, dass der neu eintretende Hersteller zum Teil deutlich tiefere Preise anbieten muss, um aus Sicht des Abnehmers billiger zu sein.<sup>667</sup>

## dd) „Naked Exclusion“: RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY

Aufschlussreich ist ein spieltheoretisches Modell von RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY: Ausgangspunkt dieses Modells ist die Annahme, dass jeder Hersteller auf eine gewisse Mindestanzahl von Abnehmern angewiesen ist. In ihrem Modell zeigen die genannten Autoren, dass ein bereits etablierter Hersteller seinen Abnehmern erfolgreich den Abschluss von Alleinbezugsverträgen anbieten und auf diese Weise insbesondere potentiellen Wettbewerbern den Marktzutritt erschweren kann. Der von RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY formulierte Ansatz brachte v.a. zwei Neuerungen:

<sup>664</sup> AGHION/BOLTON, 77 Amer. Econ. Rev. 389-398 (1987).

<sup>665</sup> AGHION/BOLTON, 77 Amer. Econ. Rev. 392-396 (1987).

<sup>666</sup> Vgl. auch REY/CABALLERO-SANZ, 20; das Argument, dass Abnehmer nur dann in einen Markenzwang einwilligen würden, wenn sie hierfür einen Ausgleich erhielten, stellte lange eines der Hauptargumente der Chicago-School für die Per-se-Zulässigkeit von Alleinbezugsverträgen dar: BORK, *The Antitrust Paradox*, 309; POSNER, *Antitrust Law – An Economic Perspective*, 1. Aufl., 203-205.

<sup>667</sup> AGHION/BOLTON, 77 Amer. Econ. Rev. 398-400 (1987).



Einmal zeigte er, dass es unter den im Modell getroffenen Annahmen für den Eintritt von Ausschlusswirkungen nicht notwendig ist, dass ein Hersteller **allen** Abnehmern Markenzwang auferlegt, sondern dass es ausreicht, wenn er eine so grosse Menge Abnehmer an sich bindet, dass sein Wettbewerber die „Minimum Efficient Scales“ nicht mehr erreicht.

Weiter beschrieb der von RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY formulierte Ansatz Mechanismen, die es wahrscheinlicher machen, dass die erforderliche Anzahl Abnehmer in die Alleinbezugsverträge einwilligt. Grundsätzlich ist es zwar auch im von RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY vorgestellten Modell möglich, dass keiner der Abnehmer einen Alleinbezugsvertrag unterzeichnet. Die Wahrscheinlichkeit eines solchen Spieldausgangs wird allerdings u.a. durch folgende Faktoren verringert.<sup>668</sup>

1. Derjenige Hersteller, der zuerst beginnt, mit seinen Abnehmern Alleinbezugsverträge zu vereinbaren, kann ein Stück weit die „Spielregeln“ bestimmen. So kann er darüber entscheiden, ob er allen seinen Abnehmern den Abschluss von Alleinbezugsverträgen gleichzeitig anbietet oder ob er das Spiel „sequentiell“ gestaltet, d.h. seinen Abnehmern den Abschluss von Alleinbezugsverträgen zeitlich gestaffelt anbietet. Da der Hersteller bloss mit einem Teil seiner Abnehmerschaft Alleinbezugsverträge abschliessen muss (die übrigen Abnehmer fallen ihm, unterschreitet ihre Zahl die zur Erreichung der „Minimum Efficient Scales“ erforderliche Menge, ja „automatisch“ zu, da seinen Wettbewerbern dann die Existenzgrundlage fehlt), eröffnet der zeitlich gestaffelte Abschluss Möglichkeiten, die Abnehmer für die Unterzeichnung des Alleinbezugsvertrages unterschiedlich zu entschädigen: Je näher der Hersteller seinem Ziel kommt, umso mehr kann er durch eine Staffelung seiner Angebote die verbleibenden Abnehmer in der Entschädigungsfrage gegeneinander ausspielen. Denn die Menge der benötigten Vertragsabschlüsse im Verhältnis zu den noch verbleibenden „freien“ Abnehmer sinkt, und die Abnehmer werden hierdurch vor die Wahl gestellt, entweder vor der nächsten Gruppe eine geringe Entschädigung für die Vertragsunterzeichnung entgegen zu nehmen oder am

<sup>668</sup> Zum Ganzen siehe: RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY, 81 Amer. Econ. Rev. 1137-1145 (1991).

Ende ohne eine solche dazustehen, gleichzeitig aber nur noch mit dem einen Hersteller Geschäfte tätigen zu können.<sup>669</sup>

2. Der Hersteller, der den ersten Zug macht, beeinflusst bei den Abnehmern u.U. die Vorstellung über den Spielausgang (Ausschluss oder Nicht-Ausschluss); dies insbesondere dann, wenn die Abnehmer nicht wissen, wie sich die anderen Abnehmer verhalten werden. Jeder Abnehmer weiss, dass der Hersteller, der den Abschluss von Alleinbezugsverträgen anbietet, keinen Nutzen von diesen Verträgen hat, wenn sein Angebot bei der Abnehmerschaft nicht letztendlich zum Ausschluss des anderen Herstellers führt. Gerade dies kann die einzelnen Abnehmer u.U. zur Folgerung veranlassen, dass die Offerte des „ausschliessenden“ Herstellers zum Spielgleichgewicht führe, in welchem der andere Hersteller vom Markt ausgeschlossen wird.<sup>670</sup>
3. Die bisherigen Abnehmer desjenigen Herstellers, der die „Ausschlussangebote“ unterbreitet, werden diesem „die Stange halten“ wollen und deshalb die betreffenden Alleinbezugsverträge unterzeichnen. Dies stellt insbesondere einen Nachteil für Hersteller dar, die neu in den Markt eintreten wollen: Einmal kennen sie viele der Abnehmer wohl nicht. Weiter verursacht deren Auffindung Kosten, welche dem etablierten Hersteller nicht entstehen (er kann seine Händler ja einfach anschreiben).<sup>671</sup> In der Literatur ist darauf hingewiesen worden, dass solche Konstellationen insbesondere in Märkten auftreten können, in denen ein einheimischer Anbieter einen ausländischen vom Eintritt in seinen Heimmarkt abhalten möchte.<sup>672</sup>

ee) „Raising-Rivals’-Costs“-Strategien

Ausschliesslichkeitsbindungen wie z.B. Alleinbezugsverträge können auch eingesetzt werden, um die Kosten von Wettbewerbern zu erhöhen (sog. „Raising-Ri-

<sup>669</sup> RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY, 81 Amer. Econ. Rev. 1143 (1991).

<sup>670</sup> RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY, 81 Amer. Econ. Rev. 1143 f. (1991).

<sup>671</sup> RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY, 81 Amer. Econ. Rev. 1144 (1991).

<sup>672</sup> Vgl. REY/CABALLERO-SANZ, 21

vals'-Costs“-Strategien)<sup>673</sup>. So etwa kann der verbreitete Einsatz von Markenzwang einen aussenstehenden Hersteller zwingen, ein eigenes Filialnetz zu errichten (also: vorwärts zu integrieren) oder ein eigenes Händlernetz aufzubauen und ihm damit höhere Kosten und/oder eine weniger effiziente Vertriebsstruktur aufzwingen<sup>674</sup>. Solches Verhalten ist unter Aspekten der Maximierung der sozialen Wohlfahrt problematisch, da es zu Ineffizienzen und Outputverminderungen führt. Strittig ist indessen die empirische Relevanz von „Raising-Rivals'-Costs“-Strategien.<sup>675</sup>

ff) „*Selective Contracts*“: STEFANADIS

STEFANADIS zeigte in einem auf den *United States v. Microsoft*-Fall zugeschnittenen Modell, das Ansätze von AGHION/BOLTON und RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY sowie von „Raising-Rivals'-Costs“-Strategien kombinierte, dass ein Hersteller einen eintrittswilligen potentiellen Konkurrenten im Falle hoher Marktzutrittschranken erfolgreich ausschliessen kann, auch wenn er bloss einem Teil seiner Abnehmer Ausschliesslichkeitsverträge zu tieferen Preisen anbietet. Unter der Voraussetzung, dass ein Eintritt hohe Sunk Costs verursacht und deshalb einen gewissen Mindestabsatz notwendig macht, kann ein etablierter Hersteller ausgewählten (meist grösseren) Abnehmern Alleinbezugsverträge zu günstigen Konditionen anbieten. Dies hat zwei Folgen: Erstens kann der etablierte Hersteller von den verbleibenden Abnehmern monopolähnliche Preise verlangen (da diese keine Ausweichmöglichkeiten haben). Zweitens werden durch eben diese höheren Preise die Einkaufskosten der nicht durch Alleinbezugsverträge gebundenen Unternehmen erhöht, dienen den gebundenen Abnehmern somit als „Raising-Rivals'-Costs“-Strategie. Beides hat Wohlfahrtsverluste zur Folge.<sup>676</sup>

<sup>673</sup> KRATTENMAKER/SALOP, 96 Yale L.J. 209-293 (1986); zur „Raising-Rivals'-Cost“-Theorie siehe im übrigen auch: SALOP/SHEFFMAN, 73 Amer. Econ. Rev. – AEA Papers and Proceedings, 267-270 (1983); SALOP/SHEFFMAN, 36 J. Ind. Econ. 19-34 (1987); SCHEFFMAN, 37 Antitrust Bull. 187-206 (1992).

<sup>674</sup> Siehe hierzu vorn, S. 134 f.

<sup>675</sup> BUTZ/KLEIT, 44 J.L. & Econ. 132 (2001).

<sup>676</sup> STEFANADIS, 41 J.L. & Econ. 429-443 (1998).

c) *Gebietsschutzabsprachen*

Gebietsschutzabsprachen können, insbesondere im Falle der Einräumung eines absoluten Gebietsschutzes, eine Marktverschliessung gegenüber anderen Händlern bewirken, wenn die beteiligten Hersteller oder Händler hohe Marktanteile auf sich vereinen.

d) *Vertikale Mindestpreisabsprachen*

Vertikale Mindestpreisbindungen können Marktverschliessungswirkungen auf Hersteller und Händlerstufe haben:

Auf Händlerebene können sie den Auftritt effizienterer Handelsketten verzögern, wenn sie es ihnen nicht erlauben, Kostenvorteile in Form niedrigerer Preise auszuspielen. Auf Herstellerebene kann dies insofern zur Marktverschliessung führen, als damit Large-Scale-Händler, die eher als kleine Händler in der Lage sind, Eigenmarken einzuführen, daran gehindert werden, die sie beliefernden Hersteller zu konkurrenzieren.<sup>677</sup>

Generell haben jedoch vertikale Mindestpreisabsprachen geringere Marktverschliessungswirkungen.

e) *Verwendung von Kombinationen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen als Waffe gegen Aussenseiter*

Eine weitere negative Wirkung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen wird darin erblickt, dass sich diese in der Kombination von Gebietsschutzabsprachen bzw. vertikalen Mindestpreisbindung einerseits und Markenzwang andererseits als Waffe gegen Aussenseiter und neueintretende Unternehmen verwenden lassen. Zu denken ist an das Beispiel, dass Hersteller das Versprechen der Händler, Produkte von Aussenseitern und potentiellen Wettbewerbern nicht zu erwerben, durch die Einräumung eines Gebietsschutzes oder einer Preisbindung zweiter Hand von den Händlern „erkaufen“. Hiermit wird den Händlern der Verlust er-

<sup>677</sup> GOULD/YAMEY, 76 Yale L.J. 725 (1967).

setzt, der durch die Nichtaufnahme der betreffenden Waren in ihr Sortiment entsteht.<sup>678</sup>

f) *Schlussfolgerungen*

aa) *Wann liegt Marktverschliessung vor?*

Die ökonomischen Aspekte der Marktverschliessung sind schwierig zu beurteilen. Probleme bereitet schon die Frage, wann denn überhaupt Marktverschliessung vorliege.

Marktverschliessung ist sicherlich gegeben, wenn 100% der Händler eines bestimmten relevanten Marktes durch Markenzwang gebunden sind und der Aufbau eines eigenen Händler- oder Filialnetzes für den eintrittswilligen Hersteller nicht möglich ist. Solche Fälle dürften indessen extrem selten sein.

Wie u.a. RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY und STEFANADIS gezeigt haben, kann es auch genügen, dass derart viele Händler gebunden sind, dass ein eintrittswilliger Wettbewerber die „Minimum Efficient Scales“ nicht mehr erreicht.

Anschauungsmaterial für Marktverschliessung finden sich v.a. im Zusammenhang von Alleinbezugsverträgen:

Ein Beispiel ist die *Van den Bergh Foods Limited*-Entscheidung der Europäischen Kommission. Die etablierten Hersteller von Speiseeis, das zum Sofortverzehr bestimmt ist, hatten den Einzelhändlern kostenlos Kühltruhen zur Verfügung gestellt und diesen im Gegenzug einen Markenzwang auferlegt. 83% der Verkaufsstellen benutzten auf diese Weise von Herstellern bereitgestellte Kühltruhen. Die verbleibenden „freien“ Verkaufsstellen stellten nun offenbar kein genügend grosses Volumen für einen Marktzutritt mehr dar. Dabei war u.a. entscheidend, dass die Errichtung eines eigenen „Kühltruhennetzes“ einen gewissen Mindestumsatz erforderte und dass die laufenden Wartungskosten für Kühltruhen

<sup>678</sup> BOWMAN, 22 U. Chi. L. Rev. 844-848 (1955).

nur dann gedeckt werden konnten, wenn eine Mindestzahl von Kühltruhen in einem bestimmten Gebiet vorhanden waren.<sup>679</sup>

Ob daneben auch eine weniger weit gehende Verschliessung als Marktverschliessung gewertet werden muss, ist unklar. Die Praxis von Europäischer Kommission, EuG und EuGH scheint schon bei relativ niedrigen Anteilsakkumulierungen von einer Marktverschliessung auszugehen. So genügte im Fall *Langnese-Iglo* und *Schöller* ein kumulierter Anteil von über 30%.<sup>680</sup> Für derart niedrige Schwellen lässt sich in der ökonomischen Literatur soweit ersichtlich kein unterstützendes Material finden.<sup>681</sup>

In Fällen, in denen Marktverschliessung durch indirekte Mittel wie „Raising-Rivals“-Costs-Strategien erreicht wird, wird wohl regelmässig ein beträchtlicher kumulierter Marktanteil der beteiligten Akteure notwendig sein.

#### *bb) Aspekte der sozialen Wohlfahrt*

Die Auswirkungen der Marktverschliessung auf die soziale Wohlfahrt sind schwierig zu beurteilen:

Auf der einen Seite kann Markenzwang die Einführung neuer Produkte und Gebietsschutz die Einführung neuer Vertriebstechniken be- oder verhindern. Dies ist insbesondere aus Gesichtspunkten der dynamischen Effizienz negativ zu bewerten, da hiermit Innovationen tendenziell verhindert werden.

Auf der anderen Seite sind beispielsweise Gebietsschutzabsprachen (im Falle von Free-Riding-<sup>682</sup>, Investitionsschutz-<sup>683</sup> und Quality-Certification-Problemen<sup>684</sup>) u.U. gerade zur Einführung neuer Produkte notwendig. Dasselbe kann für Markenzwang gelten, der einerseits Händler zur Konzentration ihrer Verkaufsbemü-

<sup>679</sup> ABl. 1998 L 246/32 Rz 189, 246/24 f. Rz 146-156, Van den Bergh Foods Limited.

<sup>680</sup> EuGH, 8. 6. 1995, Rs. T-7/93, Slg. 1995, II-1574 Rz 105, Langnese-Iglo/Kommission; EuGH, 8. 6. 1995, Rs. T-9/93, Slg. 1995, II-1644 f. Rz 81, Schöller/Kommission.

<sup>681</sup> In eine ähnliche Richtung HOVENKAMP, Antitrust Law, Vol. IX, 62-64 ¶1802b.

<sup>682</sup> Siehe vorn, S. 63 ff. und 67.

<sup>683</sup> Siehe vorn, S. 110 ff. 114.

<sup>684</sup> Siehe vorn, S. 117 ff.

hungen anhalten<sup>685</sup> und/oder Free-Riding-Probleme auf Herstellerstufe lösen kann<sup>686</sup>. Relativierend ist einzuwenden, dass gerade in Fällen, wo die an den Absprachen beteiligten Unternehmen so hohe Marktanteile auf sich vereinigen, dass es zur Marktverschliessung kommt, u.U. weniger wettbewerbsbeschränkende Mittel zur Verfügung stehen, um die genannten Probleme zu lösen.

Welche der beschriebenen Auswirkungen überwiegen, lässt sich nicht anhand allgemeiner Regeln sondern bloss im Hinblick auf den Einzelfall bestimmen.

## **5. Sonstige Formen der Beschränkung des Interbrand-Wettbewerbs durch Markenzwang**

Wie bereits erwähnt ist insbesondere Markenzwang bislang vorwiegend unter Marktverschliessungsaspekten untersucht worden. Verschiedene jüngere Arbeiten haben demgegenüber ihren Fokus direkter auf Fragen der sozialen Wohlfahrt gerichtet.

BESANKO/PERRY haben unter Verwendung eines Modells mit oligopolistischen Herstellern und räumlich differenzierten Händlern dargestellt, dass Markenzwang den Grad der Differenzierung zwischen den Herstellern erhöht, indem er Brand- und Händler-Differenzierung kombiniert. Dies führt u.a. zu höheren Grosshandelspreisen, die an die Verbraucher weitergegeben werden, was eine Vergrösserung der Herstellerrente und eine Verminderung der Konsumentenrente zur Folge hat. Letzterer Verlust wird zusätzlich durch den Umstand vergrössert, dass Markenzwang bei räumlich differenzierten Händlern höhere Transportkosten der Verbraucher zur Folge hat. Trotzdem kann Markenzwang eine Steigerung der sozialen Wohlfahrt und der Konsumentenrente bewirken. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn mit ihm in einem substantiellen Ausmasse Fixkosten gesenkt werden können.<sup>687</sup>

DOBSON/WATERSON haben anhand eines Modells, in dem Händler monopolistische Wettbewerber im Sinne CHAMBERLINS sind, gezeigt, dass Markenzwang

<sup>685</sup> Siehe vorn, S. 141 ff.

<sup>686</sup> Siehe vorn, S. 96 f., 104.

<sup>687</sup> BESANKO/PERRY, 12 Int. J. Ind. Organ. 315-324 (1994).

infolge der fehlenden Vergleichsmöglichkeiten<sup>688</sup> zu einer Reduktion des In-Store-Wettbewerbs (d.h. des Interbrand-Wettbewerbs innerhalb derselben Geschäftsräumlichkeiten) und – falls es sich um spezialisierte Händler handelt – zu einer Reduktion der Händler pro Produkt führt, was wiederum eine unelastischere Nachfragekurve zur Folge hat. Die infolge der unelastischeren Nachfragekurve höheren Preise werden an die Verbraucher weitergegeben. Negative Effekte auf die soziale Wohlfahrt ergeben sich, wenn die Economies of Scope hoch sind und der Interbrand-Wettbewerb schwach ist. Gleichzeitig haben die Hersteller jedoch ein Interesse, den Händlern einen Markenzwang aufzuerlegen, da dieser für sie zu höheren Gewinnen führt.<sup>689</sup> Selbstverständlich gilt letzteres nur, wenn alle Hersteller oder zumindest der bei weitem überwiegende Teil ihren Händlern einen Markenzwang auferlegen.<sup>690</sup>

Zu weniger klaren Schlussfolgerungen führt ein ebenfalls von DOBSON/WATERSON entwickeltes Modell mit zwei Herstellern und zwei Händlern, in dem beide Händler aufgrund von Marktzutrittsschranken über erhebliche Marktmacht verfügen. In solchen Konstellationen seien Wohlfahrtsverluste wahrscheinlich, wenn die von den Händlern angebotenen Produkte und Dienstleistungen nahe Substitute seien.<sup>691</sup>

Bei allen drei Modellen ist relativierend einzuwenden, dass sie Aspekte wie Free-Riding-Probleme ausser Acht lassen.

<sup>688</sup> STEINER, 30 Antitrust Bull. 190 (1985); SCHERER/ROSS, 560.

<sup>689</sup> DOBSON/WATERSON, 40-45.

<sup>690</sup> Anders wohl die Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl. 2000 C 291/30 Rz 148).

<sup>691</sup> DOBSON/WATERSON, 45-49; weniger ablehnend steht HOVENKAMP einer Beschränkung des In-Store-Wettbewerbs gegenüber (HOVENKAMP, Antitrust Law, Vol. IX, 62 ¶1802a).



## IV. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Folge von Parallelverhalten auf Händlerebene

### 1. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Folge von Händlerkartellen („Dealer Cartel Objection“)

#### a) Allgemeines

Ein ebenfalls gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen erhobener Vorwurf – die „Dealer Cartel Objection“<sup>692</sup> – geht dahin, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere Preisbindungen der zweiten Hand, auf die Initiative von Händlern, allenfalls sogar Händlerkartellen, zurückzuführen sind. „Orthodoxe“<sup>693</sup> Händler, welche die Konkurrenz von Discountern fürchten, veranlassen bzw. zwingen die sie beliefernden Hersteller, allen Händlern vertikale Wettbewerbsbeschränkungen aufzuerlegen und diese durchzusetzen.<sup>694</sup>

In der jüngeren ökonomischen Literatur scheint das Interesse an der „klassischen“ Dealer Cartel Objection (in der Literatur v.a. mit Fallbeispielen aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts belegt)<sup>695</sup> etwas nachgelassen zu haben. Dies mag u.a. darauf zurückzuführen sein, dass verschiedene Untersuchungen in den achtziger Jahren zum Schluss gekommen sind, dass die Dealer Cartel Objection vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nur in einem Teil der Fälle zu erklären vermag. Zudem ist – zumindest in den USA – die Zahl der Verfahren, in denen nachgewiesen werden konnte, dass Händlerkartelle die Hersteller zur Auferlegung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen gezwungen hatten, offenbar gering.<sup>696</sup>

<sup>692</sup> BORK, 75 Yale L.J. 405 (1966).

<sup>693</sup> GOULD/PRESTON, 32 *Economica* 302 FN 1 (1965).

<sup>694</sup> Vgl. BOWMAN, 22 U. Chi. L. Rev. 826-832 (1955) mit historischen Beispielen; BORK, 75 Yale L.J. 405 f. (1966); PITOFSKY, 71 *Geo. L.J.* 1490 (1983); GOULD/PRESTON, 32 *Economica* 302 FN 1 (1965); SCHERER, 52 *Antitrust L.J.* 692 (1983); SCHERER/ROSS, 550; AREEDA, Vol. VIII, 34-78 ¶1603 f.; GRIMES, 64 *Antitrust L.J.* 89 f. (1995); COMANOR, 5 *Rev. Ind. Organ.* 113 (1990); RUFFNER, *Neue Wettbewerbstheorie*, 186; GLOOR/STAEHELIN, *FS Zäch*, 308 f.

<sup>695</sup> Vgl. BOWMAN, 22 U. Chi. L. Rev. 826-832 (1955).

<sup>696</sup> Vgl. für die USA: IPPOLITO, 34 *J.L. & Econ.* 281 f. (1991); siehe auch SCHERER, 52 *Antitrust L.J.* 692 (1983): „a somewhat improbable scenario“.

b) *Wohlfahrtsverluste*

Einmütigkeit besteht allerdings insofern, als von Händlerkartellen erzwungene Preisbindungen der zweiten Hand grundsätzlich wettbewerbspolitisch unerwünscht sind.<sup>697</sup> Zur Begründung kann grundsätzlich auf die Ausführungen auf den Seiten 177 ff. verwiesen werden.

Das Bestehen eines Händlerkartells kann überdies, wie weiter hinten dargestellt wird, bestehende Markt- und Vertriebsstrukturen zementieren und hiermit das Aufkommen neuer und effizienterer Vertriebsformen verhindern. Dies ist insbesondere aus Gesichtspunkten der dynamischen Effizienz negativ zu beurteilen.<sup>698</sup>

## 2. Weiterentwicklung der Dealer Cartel Objection

Die klassische „Dealer Cartel Objection“ setzt voraus, dass die Händlerschaft nur dann einen hinreichend starken Druck auf den Hersteller ausüben kann, wenn sie sich in einem Kartell organisiert, welches den einzelnen Herstellern gegenüber geschlossen auftritt. Insbesondere BORK hat basierend auf diesem Gedanken eingewendet, dass es in Anbetracht der grossen Zahl von Händlern und ihrer wegen unterschiedlicher Kostenstrukturen divergierenden Interessen äusserst schwierig und aufwendig ist, ein stabiles Händlerkartell zu organisieren.<sup>699</sup>

Dem wiederum wurde entgegnet, dass schon einer oder wenige Händler, die einen bedeutenden Marktanteil haben, fähig sind, einen hinreichenden Druck auf

A.M.: SHARP, 3 (3) Contemp. Pol. Issues, 38 (1985): „In my experience, which includes five years of evaluating and supervising Federal Trade Commission enforcement against RPM, dealer inducement of the manufacturer has been the most frequent cause of RPM“, nämlich 80% der Fälle (SHARP, 3 [3] Contemp. Pol. Issues, 39 [1985]); PITOFISKY, 71 Geo. L.J. 1490 (1983): „[...] experience shows that the manufacturer is often induced to act as an organizer of the dealers' cartel by dealer threats or enticements“ (mit Verweis auf einen **einzigsten** Fall, nämlich United States v. General Motors Corp. 384 U.S. 127, 145-147 [1966] und BOWMAN, 22 U. Chi. L. Rev. 830 f. [1955]); GILLIGAN, 17 RAND J. Econ. 553 f. (1986).

<sup>697</sup> Vgl. etwa: BORK, 75 Yale L.J. 406 (1966) und AREEDA, Vol. VIII, 150 ¶1611a, 37-78 ¶1604; CARLTON/PERLOFF, 148; CABALLERO-SANZ, 43.

<sup>698</sup> Siehe ausführlicher hinten, S. 198 f.

<sup>699</sup> BORK, The Antitrust Paradox, 292; BORK, 75 Yale L.J., 408-410 (1966).

die einzelnen Hersteller auszuüben, um diese zur Einführung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen zu veranlassen.<sup>700</sup>

### 3. Förderung der Kollusion auf Händlerebene

Jüngere Arbeiten haben auch die Befürchtung geäußert, dass vertikale Wettbewerbsabreden Kollusion auf Händlerebene fördern könnten.

#### a) *Modell von SHAFFER*

Zu nennen ist einmal ein Modell von SHAFFER. Dieser hat anhand eines spieltheoretischen Modells, in dem Hersteller, die zueinander in vollkommener Konkurrenz stehen, ihre Produkte an zwei differenzierte Händler verkaufen, die These vertreten, dass, falls nur einer der beiden Händler verpflichtet sei, zu gebundenen Preisen zu verkaufen, der andere versucht sein könnte, seine Preise ebenfalls anzuheben. Bei diesem Szenario sind höhere Preise und Wohlfahrtsverluste die Folge.<sup>701</sup> Analoges dürfte nach diesem Modell wohl bei Gebietschutzabsprachen gelten.

#### b) *Leitlinien der Europäischen Kommission*

In eine ähnliche Richtung geht die von der Europäischen Kommission in ihren Leitlinien über vertikale Beschränkungen vertretene Ansicht, wonach Nachfragemacht auf seiten der Händler die Gefahr einer Kollusion unter den Händlern erhöhen kann, wenn „wichtige Käufer, die gegebenenfalls in verschiedenen Gebieten operieren, einem oder mehreren Lieferanten Alleinvertriebsklauseln aufdrängen“<sup>702</sup>.

Damit macht die Europäische Kommission Anleihen bei der Figur der kollektiven Marktbeherrschung. Im Hinblick auf diesen Rückgriff kann das auf Seite 178 Gesagte analoge Geltung beanspruchen.

<sup>700</sup> SHARP, 3 (3) *Contemp. Pol. Issues*, 38 f. (1985); DOBSON/WATERSON, 24.

<sup>701</sup> SHAFFER, 22 *RAND J. Econ.* 130 f. (1991); DOBSON/WATERSON, 24, 69 Endnote 29.

<sup>702</sup> ABl. 2000 C 291/33 Rz 167, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

## V. Zementierung bestehender Markt- und Vertriebsstrukturen/Verhinderung des Aufkommens neuer Vertriebsformen

Ein weiterer – bereits angetönter<sup>703</sup> – Vorwurf gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen geht dahin, dass der Gebrauch von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen bestehende Markt- und Vertriebsstrukturen zementieren, hierdurch den sog. Intertype-Wettbewerb, d.h. den Wettbewerb zwischen verschiedenen Formen des Handels, beschränken<sup>704</sup> und damit das Aufkommen neuer und effizienterer Vertriebsformen verhindern kann, was aus Sicht der dynamischen Effizienz negativ zu beurteilen ist, da hiermit die Einführung von Innovationen auf Händlerstufe behindert wird.<sup>705</sup>

Die Argumentationslinie lautet dabei wie folgt: Z.B. Gebietsschutzabsprachen oder vertikale Mindestpreisbindungen können verhindern, dass effizientere Händler ihr aus Managementinnovationen, Economies of Scale, der Übernahme von Grosshandelsfunktionen, etc. herrührendes Preissenkungspotential ausnutzen und konventionelle Händler vom Markt verdrängen. Das Auftreten effizienterer und innovativerer Händler kann auf diese Weise zumindest verzögert werden.<sup>706</sup> Es versteht sich von selbst, dass solcherlei aus wohlfahrtstheoretischen Gesichtspunkten (insbesondere im Hinblick auf die dynamische Effizienz) negativ zu bewerten ist,<sup>707</sup> da u.U. „Innovation im Vertrieb gebremst und den Verbrauchern eine bestimmte Dienstleistung oder Preis- und Dienstleistungskombination dieser Vertriebshändler vorenthalten wird“<sup>708</sup>. Wie wahrscheinlich solche Effekte sind,

<sup>703</sup> Vorn, S. 190.

<sup>704</sup> STEINER, 30 Antitrust Bull. 152-156 (1985). Der Begriff „Intertype Competition“ geht auf PALAMOUNTAIN zurück.

<sup>705</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 28 J.L. & Econ. 377 (1985); für instruktive Beispiele siehe: STEINER, 65 Antitrust L.J. 407 f., 416-423 (1997); STEINER, 30 Antitrust Bull. 152-156 (1985).

<sup>706</sup> OVERSTREET, 148-157; SCHERER/ROSS, 553; SHARP, 3 (3) Contemp. Pol. Issues 41 (1985); interessant auch EuGH, 22. 10. 1986, Rs. 75/84, Slg. 1986, 3085 Rz 40, Metro/Kommission (Metro II).

<sup>707</sup> Vgl. GOULD/YAMEY, 76 Yale L.J. 727 f. (1967); DOBSON/WATERSON, 23 f. und ORNSTEIN/HANSENS, 36 The J. Ind. Econ. 4, 5 f. (1987).

<sup>708</sup> Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/25 Rz 119 Ziff. 3; siehe auch STEINER, 30 Antitrust Bull. 195 (1985) m.w.H.; RUFFNER, Neue Wettbewerbstheorie, 186.

ist schwer zu beurteilen. Zitiert wird in diesem Zusammenhang bisweilen OVERSTREET, der anhand von Fallbeispielen aus Westeuropa empirisch zu ergründen versucht hat, inwiefern der weitverbreitete Gebrauch von Preisbindungen der zweiten Hand das Aufkommen von Grosshandelsketten verzögert habe.<sup>709</sup> OVERSTREET ist – im Gegensatz zu den ihn zitierenden Autoren – im Hinblick auf die Schlagkraft des von ihm gesammelten Beweismaterials weniger enthusiastisch: „The ‚good fit‘ between the ‚retailer-collusion-delay-innovation‘ view of RPM and the facts surrounding the use RPM presented so far [...] should not be oversold“<sup>710</sup>.

Der Vorwurf, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen innovations- und effizienzmindern sind, wird teilweise mit der Dealer Cartel Objection verbunden: Danach versuchen alteingesessene Händler, sich vor effizienteren Händlern zu schützen, indem sie mit den Herstellern z.B. eine Preisbindung zweiter Hand vereinbaren. Für die Hersteller soll sich ein solches Vorgehen auszahlen, wenn die alteingesessenen Händler einen genügend grossen Marktanteil auf sich vereinigen und bei unvermindertem Preiswettbewerb ihre Tätigkeit aufgeben müssten.<sup>711</sup> Bis die effizienteren Händler einen gewissen Marktanteil auf sich vereinigen, soll es sich deshalb für den Hersteller lohnen, ausschliesslich die alteingesessenen Händler zu beliefern.<sup>712</sup>

Diese Argumentationsweise leuchtet nicht gänzlich ein: Grundsätzlich haben nämlich die Hersteller keinen Anreiz, weniger effizient operierende Händler zu erhalten, heisst Marktverdrängung in diesem Fall doch, dass die bis anhin vom nunmehr verdrängten Händler abgesetzten Mengen künftig durch den Newcomer vertrieben werden. Für die Hersteller ergeben sich damit grundsätzlich keine Absatzeinbussen.<sup>713</sup> Hersteller haben wohl nur dann einen Anreiz zur einer Vereinbarung von Gebietsschutz oder einer Preisbindung der zweiten Hand, wenn sie

<sup>709</sup> SCHERER/ROSS, 553: „There is a fair amount of evidence that in Europe [...] the appearance of supermarkets was significantly retarded until laws discouraging resale price maintenance were passed“ mit Verweis auf OVERSTREET, 151-157; siehe auch ACKERMANN, 222 FN 71.

<sup>710</sup> OVERSTREET, 157.

<sup>711</sup> STEINER, 65 Antitrust L.J. 407 (1997); vgl. auch das historische Beispiel in OVERSTREET, 149-153.

<sup>712</sup> MARVEL/MCCAFFERTY, 28 J.L. & Econ. 377 (1985).

<sup>713</sup> Ähnlich AREEDA, Vol. VIII, 44 ¶1604c1.

eine Konzentration der Händlerstufe verhindern wollen oder wenn ihnen die weniger effizient operierenden Händler eine spezielle Entschädigung leisten (was ihnen in Anbetracht ihrer geringen Effizienz jedoch schwer fallen dürfte)<sup>714</sup> oder wenn sich durch eine Steigerung der Zahl der Verkaufsstellen eine Absatzsteigerung erzielen lässt.

Plausibler als die Verknüpfung mit der klassischen Dealer Cartel Objection scheint folgende These, die auf das in der Spieltheorie verwendete Gefangenendilemma<sup>715</sup> zurückgreift: In Branchen, wo die überwiegende Mehrzahl von Herstellern z.B. Preisbindungen der zweiten Hand beim Vertrieb verwendet, muss ein Hersteller, wenn er die Preisbindung als einziger aufgibt (d.h. andere Hersteller die Preisbindung in der Folge nicht ebenfalls abschaffen), markante Umsatzeinbussen gewärtigen, falls die bisherigen Händler seine Produkte nach Aufgabe der vertikalen Mindestpreisbindung fallen lassen und sich dem Vertrieb preisgebundener Produkte anderer Hersteller zuwenden. Die Furcht eines jeden Herstellers vor diesem Szenario führt nun dazu, dass alle Hersteller die Preisbindung zweiter Hand beibehalten, obwohl Hersteller und Verbraucher in ihrer Gesamtheit bei einem Vertrieb über neue, effizientere Händler profitieren würden. Dieses Gleichgewicht wird so lange Bestand haben, bis z.B. ein führender Hersteller, dessen Produkte von einer hohen Markentreue seitens der Verbraucher profitieren, den „gefährlichen ersten Schritt“ wagt und die Preisbindung zweiter Hand aufgibt.<sup>716</sup>

<sup>714</sup> Vgl. auch das historische Beispiel in OVERSTREET, 149-153.

<sup>715</sup> Das Gefangenendilemma lässt sich wie folgt beschreiben: Zwei Täter haben zusammen einen Mord begangen. Die Polizei hat zu wenig Beweise, so dass sie auf das Geständnis eines der Täter angewiesen ist. Beide Täter können sich, da in Einzelhaft, nicht miteinander absprechen. Wenn einer der beiden gegen den anderen aussagt und der andere die Tat abstreitet, muss derjenige, der die Tat abstreitet, 10 Jahre ins Gefängnis gehen, während der andere straflos ausgeht. Wenn keiner der beiden gesteht, werden beide bloss wegen illegalen Waffenbesitzes zu zwei Jahren Gefängnis verurteilt. Wenn beide gestehen, werden sie mit je 6 Jahren Gefängnis bestraft. Unter diesen Umständen besteht die dominante Strategie für beide Gefangenen darin, zu gestehen (BAIRD/GERTNER/PICKER, 33 f. sowie 48 f. m.w.H.).

Das Gefangenendilemma ist ein Beispiel für Situationen, in denen die dominante Strategie der Spieler zu einem schlechteren Pay-Off führt, als er bei Kooperation erzielt werden könnte.

<sup>716</sup> SCHERER/ROSS, 553; ähnlich: SHARP, 3 (3) Contemp. Pol. Issues 37-42 (1985).

In eine ähnliche Richtung gehen Bedenken, wonach die Einräumung von Gebietsschutz- und Mindestpreisabsprachen, einmal eingeräumt, aufgrund des Widerstands der Händlerschaft nur schwer aufgehoben werden können.<sup>717</sup>

## VI. Organisations-, Überwachungs- und Durchsetzungskosten

Von einem Teil der Literatur wird vorgebracht, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wie Gebietsschutzabsprachen und Preisbindungen der zweiten Hand u.U. hohe Organisations-, Überwachungs- und Durchsetzungskosten mit sich bringen, welche allfällige wohlfahrtssteigernden Wirkungen von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen per saldo wieder zunichte machen können.<sup>718</sup> Dies setzt indessen voraus, dass die beteiligten Unternehmen marktmächtig sind bzw. der Interbrand-Wettbewerb gering ist.

Als Beispiel, wo die Überwachungs- und Durchsetzungskosten ins schier Unermessliche wuchsen, wird die von General Electric („GE“) auferlegte Preisbindung der zweiten Hand für Verkehrs- und Kleingeräte genannt: Bevor GE 1958 die entsprechende Preisbindung der zweiten Hand aufhob, hatte sie ca. 30'000 Verträge betreffend vertikale Mindestpreisbindungen mit ihren Händlern unterzeichnet, über 3000 Gerichtsverfahren eingeleitet und jährlich ca. eine Million Dollar für die Durchsetzung der vertikalen Mindestpreisbindung ausgegeben.<sup>719</sup> Ähnliches dürfte in manchen Fällen wohl auch für Gebietsschutzabreden gelten.

Inwiefern Organisations-, Überwachungs- und Durchsetzungskosten die durch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen bewirkten positiven Auswirkungen auf die soziale Wohlfahrt wieder neutralisieren, kann nur im Hinblick auf den Einzelfall festgestellt werden. Im Sinne eines „*ceterum censeo*“ sei noch einmal angebracht, dass die statische Effizienz bloss einen Aspekt darstellt. Der andere – wichtigere – ist die dynamische Effizienz: Der blosse Umstand, dass weniger wettbewerbsbeschränkende Mittel (wie herstellerseitige Werbemassnahmen oder Direktzahlungen) geringere Überwachungs- und Durchsetzungskosten verursachen, bedeutet deshalb nicht von vornherein, dass die betreffenden vertikalen

<sup>717</sup> Vgl. etwa HOVENKAMP, 455 § 11.3b3; SCHERER/ROSS, 559 f.

<sup>718</sup> GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 846-848 (1992).

<sup>719</sup> STEINER, 30 Antitrust Bull. 170 (1985); siehe auch TELSER, 3 J.L. & Econ. 86 (1960).

Wettbewerbsbeschränkungen die soziale Wohlfahrt mindern. In Betracht zu ziehen sind auch die langfristigen Auswirkungen, so namentlich der zu erwartende Erfolg der erstrebten Marktdurchdringung und die hieraus resultierenden Innovationsvorteile aber auch mögliche Nachteile wie die Zementierung bestehender Vertriebsstrukturen.

## VII. Ausnutzung von Informationsnachteilen der Verbraucher

GRIMES vertritt die Auffassung dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen – insbesondere vertikale Mindestpreisbindungen –<sup>720</sup> wohlfahrtsmindernde Auswirkungen haben können, wenn Händler ihre Informationsvorteile gegenüber den Verbrauchern ausnützen:

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wie vertikale Mindestpreisbindungen, können – wie bereits beschrieben –<sup>721</sup> die Gewinnmarge eines Einzelhändlers, der Produkte mehrerer Hersteller vertreibt, im Hinblick auf ein bestimmtes Produkt vergrößern. Sind nun die Verbraucher nicht imstande, die Qualität der betreffenden Erzeugnisse zu beurteilen, werden die Händler einen starken Anreiz haben, dem Kunden nicht das „beste“ Produkt zu empfehlen, sondern dasjenige, welches ihnen die höchste Marge bietet, d.h. das preisgebundene. Die Methoden zur Beeinflussung der Kaufentscheidung können dabei von bewusst unrichtigen Beratung des Kunden bis zu subtileren Praktiken wie der auffälligen Präsentation reichen. Für den Verbraucher ist dabei im allgemeinen nicht erkennbar, welche der vom Händler geführten Waren diesem eine höhere und welche eine niedrigere Gewinnmarge gewähren. Infolge dieser Gegebenheiten können nun vertikale Wettbewerbsbeschränkungen sowohl die Verbraucher als auch die konkurrierenden Hersteller schädigen: Die Verbraucher werden geschädigt, weil sie u.U. hochpreisige Waren in der unrichtigen Annahme kaufen, dass es sich dabei um qualitativ hochwertige Güter handelt. Überdies besteht (wie bereits ausgeführt)<sup>722</sup> die Gefahr, dass die übrigen Hersteller ebenfalls versuchen werden, ihren Händlern eine Preisbindung der zweiten Hand aufzuerlegen.<sup>723</sup> Die Folge hiervon sind

<sup>720</sup> Siehe hierzu insbesondere GRIMES, 64 Antitrust L.J. 108 (1995).

<sup>721</sup> Siehe vorn, S. 124 f.

<sup>722</sup> Vorn, S. 127.

<sup>723</sup> AREEDA, Vol. VIII, 15 ¶1601 Ziff. 6.



u.U. gesamthaft höhere Preise, ohne dass die Verbraucher einen Gegenwert erhalten. Gegenüber seinen Wettbewerbern verschafft sich der Hersteller, der die beschriebene Preisbindung der zweiten Hand praktiziert, einen – ungerechtfertigten – Vorteil.<sup>724</sup> Analoges kann auch für Gebietsschutzabsprachen gelten.

Die Gefahr, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen die beschriebenen Auswirkungen haben, besteht nach GRIMES insbesondere dann, wenn die zu verkauften Waren sog. „Credence Characteristics“ haben,<sup>725</sup> also bei Gütern, die der Verbraucher selbst nach deren Gebrauch nicht beurteilen kann, wie etwa bei rezeptpflichtigen Medikamenten und Ersatzteilen für Autos.<sup>726</sup> Geringer ist die beschriebene Gefahr, wenn (1) die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen bloss die Grosshandels- und nicht Detailhändlerstufe betreffen (also etwa bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, die zwischen Hersteller und Grosshändler vereinbart werden), wenn (2) die Verbraucher die Qualität des Gutes leicht beurteilen können, bevor sie es kaufen, oder wenn (3) sie sie nach dem Kauf ohne weiteres beurteilen können (wobei dies nur zutrifft, wenn das Gut wenig kostet).<sup>727</sup>

Die von GRIMES vorgebrachte Kritik vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen dürfte in einigen Fällen sicherlich zutreffen. Allerdings ist fraglich, ob man ihr im kartellrechtlichen Rahmen Beachtung schenken sollte. Einmal beschlägt sie

<sup>724</sup> Zum Ganzen siehe: GRIMES, 64 Antitrust L.J. 107 f. (1995); GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 830-832, 837-840, 853-855 (1992); vgl. auch die Fallbeispiele in: GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 832-836 (1992) (Classic Car Wax und Toshiba); AREEDA, Vol. VIII, 15 ¶1601 Ziff. 6; 196 f. ¶1614c Ziff. 1.

<sup>725</sup> GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 837 (1992).

<sup>726</sup> GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 825 (1992).

<sup>727</sup> GRIMES, 80 Cal. L. Rev. 837 (1992).

im Kern lauterkeitsrechtliche Aspekte und nicht solche des Kartellrechts. Das von GRIMES beschriebene Problem wäre deshalb – wenn schon – im Wege der Anwendung des UWG zu lösen.<sup>728</sup> Weiter würde die GRIMES'sche Auffassung konsequent zu Ende gedacht von Behörden verlangen, die Zulässigkeit vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen davon abhängig zu machen, ob die betreffenden Vertragswaren qualitativ tatsächlich „gut“ bzw. „besser“ als andere Produkte sind. Die Wünschbarkeit bzw. Machbarkeit einer solchen Prüfung ist indessen zu verneinen. Zur Begründung kann auf bereits früher Ausgeführtes verwiesen werden.<sup>729</sup>

<sup>728</sup> Ähnlich die Kritik von MARVEL, 63 Antitrust L.J. 72 f. (1994).

<sup>729</sup> Vorn, S. 56 ff.

## 4. KAPITEL: ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN

### A. Marktabgrenzung

Was das Instrument der **Marktabgrenzung** anbelangt, so bestehen Zweifel, ob es sich hierbei um einen analytisch nützlichen bzw. sinnvollen Bestandteil der wettbewerblichen Untersuchung handelt. Das Instrument der Marktabgrenzung ist heute indessen in der kartellrechtlichen Praxis so fest verankert, seine Alternativen sind (zumindest bislang) so wenig handhabbar, dass man mit ihm bis auf weiteres leben müssen wird. Dies bedeutet jedoch, dass man sich der Schwächen dieses Instruments bei dessen Anwendung ständig bewusst sein muss.<sup>730</sup>

Der relevante Markt wird in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt. Angewendet werden dabei nachfrager- wie auch anbietersichtbezogene Konzepte:

**Nachfragersichtbezogene** Konzepte fragen danach, mit welchen Gütern das untersuchte Produkt aus Sicht der Nachfrager in sachlicher und räumlicher Hinsicht austauschbar ist. Solche Konzepte sind etwa dasjenige der Kreuz-Preiselastizität und des SSNIP-Tests. Insbesondere der SSNIP-Test genießt (zumindest in theoretischer Hinsicht) breite Akzeptanz, ist indessen (wie auch das Konzept der Kreuz-Preiselastizität) nicht frei von Mängeln. Sein grösster Nachteil besteht darin, dass er die Erhebung schwer zugänglicher empirischer Daten notwendig macht und den Einfluss nicht-preislicher Wettbewerbsparameter nicht direkt berücksichtigt. Letzterer Mangel könnte theoretisch durch die Verwendung des sog. Bedarfsmarktkonzepts vermieden werden. Das Problem des Bedarfsmarktkonzepts besteht indessen darin, dass es eine beliebig weite bzw. enge Marktabgrenzung zulässt.<sup>731</sup>

<sup>730</sup> Vorn, S. 20 ff.

<sup>731</sup> Vorn, S. 27 ff.

**Anbietersichtbezogene** Konzepte stellen die Sicht der Anbieter zugrunde. Ein Anwendungsfall für eine **anbietersichtbezogene** Marktabgrenzungsmethode ist diejenige der Angebotsumstellungsflexibilität.<sup>732</sup>

Was die Bestimmung des für die Berechnung des Marktanteils massgebenden relevanten Marktes anbelangt, so gilt folgendes: Bei der Berechnung des Marktanteils des Herstellers ist grundsätzlich auf den Markt abzustellen, auf welchem sich Hersteller und Händler gegenüberstehen, wobei hier bei der Marktabgrenzung infolge des abgeleiteten Nachfrageverhaltens des Händlers auf die Präferenzen der Endverbraucher abgestellt werden muss.<sup>733</sup> Im Hinblick auf die Berechnung des Marktanteils des Händlers kommen grundsätzlich zwei Märkte in Betracht: Dessen Absatzmarkt einerseits und dessen Beschaffungsmarkt andererseits. Ersterer betrifft die Frage der Angebotsmacht, zweiterer diejenige der Nachfragemacht.<sup>734</sup>

<sup>732</sup> Vorn, S. 39 ff.

<sup>733</sup> Vorn, S. 44 f.

<sup>734</sup> Vorn, S. 45 f.

## **B. Ökonomische Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen**

Zu den Auswirkungen von Absprachen im Rahmen von Alleinvertriebsverträgen auf die soziale Wohlfahrt kann zusammenfassend folgendes festgehalten werden:

### **I. Gebietsschutzabsprachen**

Gebietsschutzabsprachen haben wohlfahrtssteigernde Wirkungen, wenn sie den Interbrand-Wettbewerb intensivieren, notwendig sind, um Free-Riding-,<sup>735</sup> bzw. Investitionsschutz-Probleme<sup>736</sup> auf Händlerstufe zu lösen oder Quality-Certification-<sup>737</sup> oder Transaktionskosten-Probleme<sup>738</sup> zu beseitigen. Dasselbe gilt für Fälle, wo Gebietsschutzabsprachen notwendig sind, um Investitionen des Herstellers in die Marktbearbeitung zu schützen,<sup>739</sup> den Händlern die notwendigen Anreize für die Vermarktung von Produkten zu geben<sup>740</sup> oder die Opportunitätskosten der Verbraucher zu senken<sup>741</sup>.

Wohlfahrtsschädliche Wirkungen können Gebietsschutzabsprachen haben, wenn die beteiligten Unternehmen einzeln oder kollektiv marktmächtig sind,<sup>742</sup> wenn sie zu outputmindernden Preisdifferenzierungen verwendet werden,<sup>743</sup> wenn sie Herstellerkartelle stabilisieren,<sup>744</sup> zu Kollusion auf der Herstellerebene führen,<sup>745</sup> auf Absprachen zwischen den Händlern beruhen,<sup>746</sup> Marktverschliessung auf der Händlerebene zur Folge haben,<sup>747</sup> oder hohe Organisations-, Überwachungs- und

<sup>735</sup> Vorn, S. 62 ff. und S. 106 ff.

<sup>736</sup> Vorn, S. 110 ff.

<sup>737</sup> Vorn, S. 117 ff.

<sup>738</sup> Vorn, S. 132 ff.

<sup>739</sup> Vorn, S. 116 f.

<sup>740</sup> Vorn, S. 124 ff.

<sup>741</sup> Vorn, S. 128 f.

<sup>742</sup> Vorn, S. 153 ff. und 162 ff.

<sup>743</sup> Vorn, S. 162 ff.

<sup>744</sup> Vorn, S. 175 ff.

<sup>745</sup> Vorn, S. 178 ff.

<sup>746</sup> Vorn, S. 195 ff.

<sup>747</sup> Vorn, S. 190.

Durchsetzungskosten zur Folge haben<sup>748</sup>. Wohlfahrtsminderungen können auch dann auftreten, wenn die gleichzeitige Verwendung von Gebietsabsprachen durch mehrere Hersteller zur Folge hat, dass der Interbrand-Preis-Wettbewerb beschränkt<sup>749</sup> oder bestehende Vertriebsstrukturen zementiert werden<sup>750</sup>.

In manchen Fällen werden Gebietsabsprachen Potential sowohl zur Steigerung wie auch Senkung der sozialen Wohlfahrt haben. Welche der beiden Wirkungen überwiegt, muss im Einzelfall abgeklärt werden. Es gibt jedoch zwei Faustregeln:

Die erste Faustregel ist, dass Gebietsschutzabsprachen nicht wohlfahrtssenkend sind, wenn keines der an ihnen beteiligten Unternehmen (einzeln oder kollektiv) marktmächtig ist bzw. der Interbrand-Wettbewerb wirksam ist. Dies bedeutet indessen umgekehrt nicht, dass Gebietsschutzabsprachen bei Vorliegen von Marktmacht (oder ungenügendem Interbrand-Wettbewerb) notwendigerweise wohlfahrtsschädigend sind. Gebietsschutzabsprachen können auch im Falle von Marktmacht z.B. bei Free-Riding- oder Transaktionskosten-Problemen wohlfahrtsfördernd sein. Weiter können sich aus Marktmacht ergebende Double-Marginalization-Probleme z.B. durch Höchstpreisabsprachen gelöst werden.<sup>751</sup>

Die zweite Faustregel lautet, dass Gebietsschutzabsprachen (auch beim Vorliegen von Marktmacht) bei folgenden Produkten zu einer Steigerung der sozialen Wohlfahrt führen können:

1. komplexe oder technische Waren,
2. Waren, die tendenziell einmalig und nicht wiederholt erworben werden,
3. Waren, bei denen die Produktkenntnis der Verbraucher relativ begrenzt ist,
4. Waren, bei denen Preis- und Qualitätsvergleiche vor dem Kauf schwierig sind (sog. Experience Products),
5. Waren, die auch nach dem Kauf/Verbrauch schwierig zu beurteilen sind (sog. Credence Products),
6. Waren, die ein unscharfes oder schwaches Markenimage haben, oder
7. Waren, die sich auf dem Markt noch nicht durchgesetzt haben.

<sup>748</sup> Vorn, S. 201 f.

<sup>749</sup> Vorn, S. 179 ff.

<sup>750</sup> Vorn, S. 198 ff.

<sup>751</sup> Vorn, S. 157.

Umgekehrt werden Gebietsschutzabsprachen, im Falle von Marktmacht, bei Produkten, die keines der oben auf S. 208 in Ziff. 1 bis 7 genannten Merkmale haben, tendenziell zu einer Verminderung der sozialen Wohlfahrt führen, insbesondere wenn es sich dabei um billige Produkte handelt.<sup>752</sup>

Es wird verschiedentlich die Ansicht vertreten, dass Gebietsschutzabsprachen „schuld“ am hohen Preisniveau in der Schweiz seien und deshalb unnach-sichtig bekämpft werden sollten. Diese Ansicht lässt sich indessen so allgemein weder industrieökonomisch noch empirisch begründen. Vielmehr legen empirische Studien nahe, dass in einigen Fällen staatliche Regulierungen Ursache höherer schweizerischer Preise sind. Ein Beispiel hierfür sind landwirtschaftliche Produkte, wo tendenziell die höchsten Preisunterschiede zum Ausland bestehen und primär staatliche Regulierungen zu höheren Preisen führen. Das heisst nicht, dass es nicht Fälle gibt, in denen mittels Gebietsschutzabreden in der Schweiz tatsächlich höhere Preise verlangt werden, ohne dass diese höheren Preise durch zusätzliche Leistungen begründet sind. Entgegenzutreten ist allerdings der Aussage, dass vertikale Gebietsschutzabreden systematisch zur Abschöpfung von Monopolrenten in der Schweiz missbraucht würden bzw. gar keinen anderen Zweck verfolgten und sich deshalb kartellrechtlich generell ein unterschiedslos scharfes Vorgehen gegen derartige Abreden aufdränge.<sup>753</sup>

## II. Markenzwang

Markenzwang (sowie einem Markenzwang in ihrer wirtschaftlichen Wirkung gleichkommende Mindestabnahmepflichten) können wohlfahrtsfördernde Wirkungen haben, wenn sie den Interbrand-Wettbewerb intensivieren oder notwendig sind, um Free-Riding<sup>754</sup> oder Investitionsschutz-Probleme<sup>755</sup> auf Herstellerstufe zu lösen. Dasselbe gilt für Fälle, wo sie notwendig sind, um die Verkaufsbemühungen der Händler anzustacheln.<sup>756</sup> Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Hersteller im Gegenzug zur Einräumung eines Gebietsschutzes

<sup>752</sup> Vorn, S. 101.

<sup>753</sup> Vorn, S. 169 ff.

<sup>754</sup> Vorn, S. 102 ff.

<sup>755</sup> Vorn, S. 115 ff.

<sup>756</sup> Vorn, S. 140 ff.

dem Alleinvertriebshändler einen Markenzwang auferlegt, um hiermit eine Ausweitung der Absatzmenge zu bewirken.<sup>757</sup>

Wohlfahrtsschädliche Wirkungen kann Markenzwang haben, wenn er zur Marktverschliessung führt, sei es, weil die beteiligten Unternehmen einzeln oder kollektiv marktmächtig sind,<sup>758</sup> oder die kumulative Wirkung mehrerer nebeneinander bestehender Vertriebsnetze mit Markenzwang zu Marktverschliessung führt.<sup>759</sup> Wohlfahrtsschädigende Wirkungen können sich auch aus dem Verlust von Economies of Scope und der Beschränkung des In-Store-Wettbewerbs ergeben.<sup>760</sup>

Wie bei Gebietsschutzabsprachen kann Markenzwang insbesondere bei den auf Seite 208 genannten Produkten zu Wohlfahrtsgewinnen führen, während bei Produkten, die keines der auf Seite 208 genannten Merkmale haben, wohlfahrtssenkende Wirkungen wahrscheinlich sind.

### **III. Vertikale Mindestpreisbindung**

Im Hinblick auf die wohlfahrtssteigernden und -schädigenden Wirkungen von Preisbindungen der zweiten Hand kann auf das zu den Gebietsschutzabsprachen Gesagte verwiesen werden. Zu beachten ist indessen, dass vertikale Mindestpreisbindungen in Alleinvertriebsverträgen begriffsnotwendig mit Gebietsschutzabsprachen kombiniert werden. Diese Kombination verstärkt allfällige wohlfahrtsschädigende Wirkungen von Preisbindungen der zweiten Hand tendenziell.

<sup>757</sup> Vorn, S. 141 ff.

<sup>758</sup> Vorn, S. 153 ff. und 162 ff.

<sup>759</sup> Vorn, S. 184 ff.

<sup>760</sup> Vorn, S. 193 f.



#### **IV. Höchstpreisabsprachen**

Höchstpreisabsprachen dürften primär bei Double-Marginalization-Problemen wohlfahrtssteigernd sein.<sup>761</sup> Wohlfahrtssenkende Wirkungen sind grundsätzlich nicht zu erwarten, wenn sich die Höchstpreisabsprachen faktisch nicht wie eine vertikale Mindestpreisbindung auswirken.

<sup>761</sup> Vorn, S. 144 ff.



# SUMMARY AND CONCLUSIONS

## A. Market Definition

It is far from certain whether definition of the relevant market is a useful tool in competition law investigations. However, market definition has become a firm part of the competition analysis and there are (so far), from a practical point of view, no feasible alternatives. Therefore, market definition is likely to be used as an analytical tool also in the near future. However, while doing so, it is important to take into account its theoretical and practical flaws.<sup>762</sup>

The relevant market has a product and geographic dimension. In defining the relevant market, demand and supply side based concepts are used:

**Demand side based** concepts ask with which products the product in question is interchangeable from the point of view of the consumer with regard to the product and the geographical dimension. Examples of such concepts are the cross-price elasticity concept and the SSNIP test. While the SSNIP test is widely accepted, it has (like the concept of cross-price-elasticity) several deficiencies. The most significant of them is (i) that the SSNIP test requires the use of empirical data which is generally not available and (ii) that the SSNIP test does not directly reflect non-price competition. The latter deficiency could be avoided by applying the demand market concept (“Bedarfsmarktkonzept”). However, the demand market concept’s weakness is that it permits any wide or narrow delineation of the relevant market.<sup>763</sup>

**Supply side based** concepts use the suppliers’ perspective. An example is the concept of the supply-side substitutability.<sup>764</sup>

As regards the determination of the market relevant for the calculation of the market share, the following applies: In calculation the market share of the manufacturer/supplier, in general, the product and geographic market is relevant on which the manufacturer/supplier sells to its dealer. In determining the dealer’s

<sup>762</sup> Above, page 20 et seq.

<sup>763</sup> Above, page 27 et seq.

<sup>764</sup> Above, page 39 et seq.

demand, the preferences of the dealer's customers are relevant since the dealer's demand is derived from the one of its customers.<sup>765</sup> In calculating the market share of the dealer, two markets have to be taken into account: (i) the market on which the dealer sells goods and (ii) the market on which the dealer buys the goods to be resold to its customers. The former market is relevant with regard to issues such as supply market power, the latter is relevant with respect to questions such as buying power.<sup>766</sup>

<sup>765</sup> Above, page 44 et seq.

<sup>766</sup> Above, page 45 et seq.

## **B. Economic Assessment of Exclusive Distribution Agreements**

The economic effects of clauses contained in exclusive distribution agreements on social welfare can be summarized as follows:

### **I. Territorial Protection**

Territorial protection clauses are likely to maximize social welfare if they increase interbrand competition, are necessary to eliminate free-riding amongst dealers<sup>767</sup>, to protect dealers' investments<sup>768</sup>, or to eliminate quality certification<sup>769</sup> or transaction cost problems<sup>770</sup>. The same applies where territorial protection is necessary to protect marketing investments of the manufacturer,<sup>771</sup> to give a dealer incentives to distribute a product<sup>772</sup> or to reduce opportunity costs of customers<sup>773</sup>.

Territorial protection may lower social welfare where one of the participating undertakings enjoys either single or collective market power,<sup>774</sup> where territorial protection is used for price differentiation which reduces output,<sup>775</sup> is used to stabilize manufacturer cartels,<sup>776</sup> leads to collusion on the manufacturer level,<sup>777</sup> is imposed by a dealer cartel,<sup>778</sup> leads to market foreclosure on the dealer level<sup>779</sup> or causes high organization, monitoring and enforcement costs<sup>780</sup>. Social welfare may also be reduced where the simultaneous use of territorial protection by

<sup>767</sup> Above, page 62 et seq. and 106 et seq.

<sup>768</sup> Above, page 110 et seq.

<sup>769</sup> Above, page 117 et seq.

<sup>770</sup> Above, page 132 et seq.

<sup>771</sup> Above, page 116 et seq.

<sup>772</sup> Above, page 124 et seq.

<sup>773</sup> Above, page 128 et seq.

<sup>774</sup> Above, page 153 et seq. and 162 et seq.

<sup>775</sup> Above, page 162 et seq.

<sup>776</sup> Above, page 175 et seq.

<sup>777</sup> Above, page 178 et seq.

<sup>778</sup> Above, page 195 et seq.

<sup>779</sup> Above, page 190.

<sup>780</sup> Above, page 201 et seq.

several manufacturers reduces interbrand price competition<sup>781</sup> or where it fossilizes the existing distribution structure<sup>782</sup>.

Often territorial protection will have the potential both to increase and reduce social welfare. Which of these effects prevails, must be assessed on a case by case basis. However, there are two rules of thumb:

As a first rule of thumb, territorial protection is unlikely to reduce social welfare where none of the participating undertakings has single or collective market power, respectively where interbrand competition is effective. This in turn, however, does not imply that territorial protection reduces social welfare in the case of market power or where interbrand competition is not effective. In such cases too territorial protection may increase social welfare, for example where it eliminates free-riding or transaction cost problems. Furthermore, where market power results in double marginalization problems, such problems can be eliminated through the use of maximum resale price maintenance.<sup>783</sup>

As a second rule of thumb, (even where there is market power) the welfare increasing potential of territorial protection tends to prevail where the following products are involved:

1. complex or technical products,
2. products that tend to be subject of one-off and not repeated purchases,
3. products where the consumers' product knowledge is limited,
4. products where presale price/quality comparability is low (so called experience products),
5. products where price/quality is difficult to compare even after the purchase (so called credence products),
6. products with unclear or weak brand image or
7. products which are not yet established in the market.

On the other side, where one of the participating undertakings has market power and where the products involved do not have any of the characteristics listed

<sup>781</sup> Above, page 179 et seq.

<sup>782</sup> Above, page 198 et seq.

<sup>783</sup> Above, page 157.

above on page 216 no. 1-7, territorial protection will tend to reduce social welfare, in particular if the products involved are inexpensive.<sup>784</sup>

There is the view that territorial protection is generally used to foreclose the Swiss market thereby causing prices in Switzerland to be higher than elsewhere, reason for which territorial protection should generally be viewed with suspicion. However, neither theory nor empirical data support such a general view. To the contrary, some empirical studies suggest that governmental regulation is at least one reason for higher prices in Switzerland. An example are agricultural products where the price differences to other countries tend to be the highest ones and where primarily governmental regulation is to be blamed for the higher prices. This is not to say that territorial protection is never used to raise prices in Switzerland without such higher prices being warranted by additional services. However, there is no support for a general view that territorial protection is systematically used to raise prices above the competitive level in Switzerland respectively that territorial protection does not serve any other purpose and that, therefore, territorial protection should generally be unlawful.<sup>785</sup>

## **II. Single Branding**

Single branding (as well as minimum purchasing obligations that have the same economic effect) may increase social welfare where interbrand competition is enhanced or where single branding is necessary to eliminate free-riding amongst manufacturers<sup>786</sup> or to protect manufacturers' marketing investments<sup>787</sup>. The same applies where single branding is necessary to maximize the selling efforts of the dealer.<sup>788</sup> An example for the latter is the case where the manufacturer (in exchange for granting territorial protection) imposes a single branding obligation on the dealer in order to increase the volume sold by the dealer.<sup>789</sup>

<sup>784</sup> Above, page 101.

<sup>785</sup> Above, page 169 et seq.

<sup>786</sup> Above, page 102 et seq.

<sup>787</sup> Above, page 115 et seq.

<sup>788</sup> Above, page 140 et seq.

<sup>789</sup> Above, page 141 et seq.

Single branding may reduce social welfare where it leads to market foreclosure. This may be the case where the participating undertakings have single or collective market power,<sup>790</sup> or where there is a cumulative effect of parallel distribution networks employing single branding.<sup>791</sup> Social welfare may also be reduced if single branding reduces economies of scope to be achieved by the dealer or restricts in store competition.<sup>792</sup>

Like territorial protection, single branding is likely to increase social welfare if products having the characteristics of the products listed on page 216 no. 1-7 above are involved, whereas single branding involving products having none of these characteristics is more likely to reduce social welfare.

### **III. Minimum Resale Price Maintenance**

As regards the effects of minimum resale price maintenance on social welfare, reference can be made to what has been said with respect to territorial protection. One has to note, however, that minimum resale price maintenance employed in exclusive distribution agreements is, *per definitionem*, combined with territorial protection. This combination tends to enhance potentially detrimental effects of territorial protection on social welfare.

### **IV. Maximum Resale Price Maintenance**

Maximum resale price maintenance will primarily increase social welfare in case of double marginalization problems.<sup>793</sup> Detrimental effects for social welfare are

<sup>790</sup> Above, page 153 et seq. and 162 et seq.

<sup>791</sup> Above, page 184 et seq.

<sup>792</sup> Above, page 193 et seq.

<sup>793</sup> Above, page 144 et seq.



not to be expected as long as maximum resale price maintenance has not *de facto* the same effects as minimum resale price maintenance.



# SACHREGISTER

**Aftersale-Dienstleistungen** 64, 66

**Alleinbelieferungspflicht**

- *Siehe auch* Gebietsschutz
- Als begriffswesentliches Merkmal des Alleinvertriebsvertrages 1
- Gefährdung des Rufs des übrigen Sortiments 122
- Quality-Certification-Problem i.e.S. 119 f.

**Alleinbezugspflicht**

- Markenzwang *siehe dort*
- Querbezugsverbot *siehe dort*

**Alleinbezugsverträge**

- Modell von AGHION/BOLTON 186
- Modell von COMANOR/FRECH 184 f.
- Modell von MATHEWSON/WINTER 185
- Modell von RASMUSEN/RASMEYER/WILEY 186 ff.
- Modell von STEFANADIS 189
- Raising-Rivals'-Costs-Strategien 188 ff.

**Alleinvertriebsvertrag**

- Begriff 1

**Allokative Effizienz** 11

**Anbietersichtbezogene**

- Marktabgrenzungskonzepte** 39 ff.
- Angebotsumstellungsflexibilität 39 ff.
- Industriekonzept 41

**Angebotsmacht** 45

**Anlaufzeit** 101 f., 114, 122

**Annahmen in ökonomischen Modellen** 75 FN 265

**Anreizargument** 124 ff., 136

**Ausschliesslichkeitsabrede**

- Alleinbelieferungspflicht *siehe dort*

- Alleinbezugspflicht 1

- Markenzwang *siehe dort*

- Querbezugsverbot *siehe dort*

**Automobil** 64, 172

**BAK-Studie** 170 f.

**Bedarfsmarktkonzept** 38 f.

- Begriff 38

**Bertrand-Konkurrenz** 33 FN 114

**Brand-Image** 123 f., 102, 126

**Brand-Loyalty** 51 ff., 65

**Break-Even-Point** 134 f.

**Brom-Kartell** 176 f.

**Cellophane Fallacy** 31 f.

**Cheating** 149 ff., 176, 178

**Chicago School** 72

**Cournot-Konkurrenz** 32 f. FN 113

**Cream-Skimming** 65, 67, 114

- Begriff 65

**Credence Products** 101, 111, 203

**Deadweight Loss** 9, 10, 15

**Dealer Cartel Objection** 195 ff., 199

**Direktzahlungen**

- Klassisches Free-Riding-Problem auf Händlerstufe 69 ff.

**DORFMAN/STEINER-Theorem** 78 f.

**Double-Marginalization-Problem** 144 ff.

- Begriff 144

**Durchsetzungskosten** 201 f., 178

**Dynamische Effizienz** 11 ff., 14, 55 ff., 62, 98 f., 137 ff., 167 f., 185

**Economies of Scale** 11 f., 167, 198

**Economies of Scope** 135, 193 f.

**Effizienz**

- Begriff 11
- Dynamische Effizienz *siehe dort*
- Statische Effizienz *siehe dort*

- Entry Deterrence** 185
- Entry-Limitation-and-Forcing-of-Sales-Modell** 141 ff.
- Erfahrungsgüter** *siehe* Experience Products
- Experience Products** 101, 111
- Externe Effekte** 97 ff., 105
- Begriff 97
- Fachhandelsbindung** *siehe* Selektives Vertriebssystem
- First-Mover-Vorteil** 15, 100, 100 FN 339
- Franchisevertrag** 4 f.
- Free-Riding-Probleme** 62 ff.
- Auf Händlerstufe 63 ff., 106 f., 107 f., 109 f., 136
  - Auf Herstellerstufe 102 ff., 106 f.
  - Hochpreisstrategie im neu zu erschliessenden Markt *siehe dort*
  - Hohe Werbeaufwendungen in neu zu erschliessendem Markt *siehe* Hochpreisstrategie im neu zu erschliessenden Markt
  - Klassisches Free-Riding-Problem auf Händlerstufe *siehe dort*
  - Klassisches Free-Riding-Problem auf Herstellerstufe *Siehe dort*
  - Schutz des Herstellers bei der Erschliessung neuer Märkte *Siehe dort*
  - Unterschiedliche Werbestrategien in verschiedenen Märkten 106
  - Wechselkursschwankungen *siehe dort*
- Gebietsschutz** 1, 48 f., 67, 79 f., 108, 109, 114, 115, 116, 123, 125, 129, 133, 140, 147, 149 f., 158 ff., 162 ff., 170 ff., 179 ff., 190, 201
- Absoluter 48 f., 67, 114, 109, 114, 158 ff., 190
  - Als begriffswesentliches Merkmal des Alleinvertriebsvertrages 1
  - Als vertraglicher Vollstreckungsmechanismus 149 f.
  - Anreizargument 125 f.
  - Brandimage 123
  - Erschliessung neuer Märkte 108, 116, 114
  - Grössenvorteile beim Vertrieb 140
  - Klassisches Free-Riding-Problem auf Händlerstufe 67
  - Marktverschliessung 190
  - Maximierung der Händleranstrengungen 140 f., 143
  - Opportunitätskostenargument 129
  - Relativer 48 f. 67
  - Schutz der Investitionen des Händlers 114
  - Soziale Wohlfahrt 72 ff., 127, 137 ff., 141 ff., 147 f., 151 ff., 164 ff., 177 f., 180 ff., 196, 201
  - Transaktionskostenproblem 133
  - Unterschiedliche Werbestrategien in verschiedenen Märkten 107, 108
  - Wechselkursschwankungen 109
- Gefährdung des Rufs des übrigen Sortiments** 121 f.
- Gefangenendilemma** 200
- Geiselnahme, Problem der** *siehe* Hold-Up-Problem
- Grenzerlöse** 10
- Begriff 10
- Grenzkosten** 8, 10
- Begriff 8 FN 15
- Grössenvorteile beim Vertrieb** 139 f.
- Gütesiegel-Trittbrettfahrer-Problem** *siehe* Quality-Certification-Problem
- Herstellerrente** 83 f., 85 f., 91 f., 147
- Begriff 8

**Herstellerseitige Werbung**

- Anreizargument 126
- Klassisches Free-Riding-Problem auf Händlerstufe 72
- Übernahme der Marktbearbeitung durch den Hersteller 71 f.

**High-Priced Elite Retailers** 117 ff.**Hochpreisstrategie im neu zu erschliessenden Markt** 107 f.**Höchstpreisabsprachen**

- Double-Marginalization-Probleme 145

**Hold-Up-Problem** 113 ff.**Homogene Produkte** 22**Horizontal Merger Guidelines 1992**

30, 35 FN 119, 40 f.

**Industriekonzept** 41**Inframarginale Verbraucher** 28 f., 87 ff., 96, 104 f.

- Begriff 28 f.

**In-or-Out-Dichotomy** 20 ff.**In-Store-Wettbewerb**

- Begriff 194

**Interbrand-Wettbewerb** 50, 60 ff., 152 ff., 175 ff., 180 ff., 184 ff., 193 f.

- Begriff 50 FN 165
- Intensivierung durch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen 50 ff.
- Schwächung durch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen 175

**Intertype-Wettbewerb** 198**Intrabrand-Wettbewerb** 50, 60 ff., 159 ff.

- Begriff 50 FN 165

**Investitionsschutzproblem**

- Asymmetrische Investitionen 113
- Begriff 110 ff.
- Schutz der Investitionen des Händlers *siehe dort*

- Schutz der Investitionen des Herstellers *siehe dort*

- Lösungsmöglichkeiten 113 ff.

**Klassisches Free-Riding-Problem auf Händlerstufe**

- Chicago-Modell 73 ff.
- Cream-Skimming *siehe dort*
- Direktzahlungen 69 ff.
- Externe Effekte 97 ff.
- Gebietsschutz 67
- Herstellerseitige Werbung 72
- Marginale und inframarginale Verbraucher 87 ff.

- Position Harvard 87 ff.

- Rückkaufsvereinbarungen 72

- Selektiver Vertrieb 69

- Soziale Wohlfahrt 72 ff.

- Streit Chicago-Harvard 72 ff.

- Übernahme der Marktbearbeitung durch den Hersteller 71 f.

- Unterschiede zwischen Gebietsschutz und vertikalen Mindestpreisabreden 68 f., 79 f.

- Vertikale Mindestpreisbindung 67 ff.

**Klassisches Free-Riding-Problem auf Herstellerstufe** 102 ff.

- Externe Effekte 105

- Markenzwang 104

- Mindestabnahmepflichten 104

- Nachvertragliches Wettbewerbsverbot 104

- Soziale Wohlfahrt 104 f.

**Kollektive Marktbeherrschung** 178 f.**Kollusion** 178 f., 197**Konkurrenz**

- Reine Konkurrenz *siehe dort*

- Vollkommene Konkurrenz *siehe dort*

**Konsumentenrente** 83 f., 85 f., 91 f., 138 f.

- Begriff 8
- Kreuz-Preiselastizität** 27 ff., 51
- Learning Economies** 167 f.
- Lemon** *siehe* Market for Lemons
- Manufacturer Cartel Objection** 175 ff.
- Marginal Costs** *siehe* Grenzkosten
- Marginal Revenue** *siehe* Grenzerlöse
- Marginale Verbraucher** 28 f., 87 ff., 96, 104 f., 151 f.
  - Begriff 28 f.
- Markentreue** *siehe* Brand-Loyalty
- Markenzwang** 104, 115, 140 f., 143, 184 ff.
  - Als vertraglicher Vollstreckungsmechanismus 151 f.
  - Begriff 1, 104
  - Grössenvorteile beim Vertrieb 140
  - Klassisches Free-Riding-Problem auf Herstellerstufe 104
  - Marktverschliessung 184 ff.
  - Maximierung der Händleranstrengungen 140 f., 143
  - Raising-Rivals‘-Costs-Strategien 188 f.
  - Schutz der Investitionen des Herstellers 115
  - Unzureichende Kapitalversorgung 148
- Market for Lemons** 136 FN 475
- Market Foreclosure** *siehe* Marktverschliessung
- Marktabgrenzungskonzepte**
  - Angebotsumstellungsflexibilität 39 ff.
  - Bedarfsmarktkonzept 38 f.
  - Industriekonzept 41
  - Kreuz-Preiselastizität 27 ff.
  - Parallele Preisveränderungen 42 f.
  - SSNIP-Test 29 ff.
- Marktabstottung** 161
- Marktmacht** 153 ff., 144
  - Begriff 154 ff.
- Marktunsicherheiten** 146 ff.
- Marktverschliessung** 184 ff.
  - Begriff 184, 191 f.
  - Soziale Wohlfahrt 192 ff., 185, 189
- Marktverstopfung** *siehe* Marktverschliessung
- Marktzutrittsschranken** 77, 194
- Maximierung der Händleranstrengungen** 140 ff.
  - Soziale Wohlfahrt 141 ff.
- Medizinische Produkte** 172 f., 173, 102, 203
- Mindestabnahmepflicht**
  - Double-Marginalization-Problem 146
  - Grössenvorteile beim Vertrieb 141
  - Klassisches Free-Riding-Problem auf Herstellerstufe 104
  - Maximierung der Händleranstrengungen 143
  - Schutz der Investitionen des Herstellers 115
  - Unzureichende Kapitalversorgung 148
- Mindestbezugsmengen** *siehe* Mindestabnahmepflicht
- Mindestliefermengen**
  - Investitionsschutzproblem 114
- Minimum Efficient Scale** 162
- Monopol** 9 f., 13 ff., 74, 177
- Monopolistische Konkurrenz** 16, 57 ff., 142 f., 193 f.
- Multibrand-Vertrieb** 134 f., 193 f.
- Mythos vollständiger Austauschbarkeit** 28 f.

- Nachfragemacht** 45
- Nachfragersichtbezogene Marktabgrenzungskonzepte**
- Bedarfsmarktkonzept 38 f.
  - Kreuz-Preiselastizität 27 ff.
  - SSNIP-Test 29 ff.
- Nachfrageverhalten der Händler** 44
- Nachvertragliches Wettbewerbsverbot**
- Investitionsschutzproblem Hersteller 115
  - Klassisches Free-Riding-Problem auf Herstellerstufe 104
- Nahrungsmittel** 172
- Oligopol-Problem** 32 f.
- Opportunitätskosten** 128 ff., 133
- Opportunitätskostenargument** 128 ff.
- Gebietsschutz 129
  - Vertikale Mindestpreisbindung 129
- Organisationskosten** 201, 178
- Parallele Preisveränderungen** 42 f.
- Patent** 15, 99
- Pharmazeutika** *siehe* Medizinische Produkte
- Preisdifferenzierung** 162 ff.
- BAK-Studie 170 f.
  - Empirisches 169 ff.
  - Nicht-Reine 167 ff.
  - Preisdifferenzierung dritten Grades 162 f. FN 567
  - Reine 164 ff.
  - Seco-Studie 171 f.
  - Voraussetzungen 163 f.
- Preisdiskriminierung** *siehe* Preisdifferenzierung
- Presale-Dienstleistungen** 64
- Principal-Agent-Problem** 129 f.
- Begriff 129 f. FN 449
- Problem der Geiselnahme** *siehe* Hold-Up-Problem
- Producer Surplus** *siehe* Herstellerrente
- Produktdifferenzierung** 22 f., 35 ff., 51 ff., 132, 138, 154 f.
- Promoting** 126 ff.
- Quality Certification** 117 f.
- Quality-Certification-Problem** 118 ff., 123
- Quality-Certification-Problem i.e.S.**
- Begriff 118 f.
- Querbezugsverbot** 140
- Begriff 1
  - Grössenvorteile beim Vertrieb 140
- Raising-Rivals-Costs-Strategien** 188 f.
- Räumlich relevanter Markt**
- Anbietersichtbezogene Marktabgrenzungskonzepte *siehe dort*
  - Andere Marktabgrenzungskonzepte 42 f.
  - Nachfragesichtbezogene Marktabgrenzungskonzepte *siehe* Marktabgrenzungskonzepte
- Regionale Marktgegebenheiten** 70 f., 72, 167
- Reine Konkurrenz** 57 FN 193
- Relevanter Markt** 19 ff.
- Kritik am Konzept des relevanten Marktes 20 ff.
- Reservation Price** *siehe* Reservationspreis
- Reservationspreis** 28, 87 f.
- Begriff 8
- Rückkaufvereinbarungen** 72
- Sachlich relevanter Markt**
- Anbietersichtbezogene Marktabgrenzungskonzepte *siehe dort*

- Andere Marktabgrenzungskonzepte 42 f.
- Nachfragesichtbezogene Marktabgrenzungskonzepte *siehe* Marktabgrenzungskonzepte
- SCHUMPETER** 16, 54 f., 59 FN 197
- Schutz der Investitionen des Händlers**
  - Gebietsschutz 114
  - Mindestliefermengen 114, 115
  - Selektiver Vertrieb 115
  - Vertikale Mindestpreisbindung 114
- Schutz der Investitionen des Herstellers** 115
- Schutz des Herstellers bei der Erschliessung neuer Märkte** 116
- Seco-Studie** 171 f.
- Selektiver Vertrieb** 2 f., 69, 115
  - Begriff 2 f.
  - Brandimage 123
  - Gefährdung des Rufs des übrigen Sortiments 122
  - Klassisches Free-Riding-Problem auf Händlerstufe 69
  - Qualitative Aufnahmekriterien 3, 115
  - Quality-Certification-Problem i.e.S. 119, 120 f.
  - Quantitative Aufnahmekriterien 3
- Shelfing**
  - Anreizargument 126, 128
- Snob-Appeal** 121 f., 123
- Soziale Wohlfahrt** 6 ff., 55, 58 ff., 72 ff., 116, 126, 127, 130, 137 ff., 141 ff., 147 f., 151 ff., 164 ff., 177 f., 180 ff., 185, 189, 192 ff., 196, 201
  - Begriff 6 ff.
  - Gebietsschutz 72 ff., 127, 137 ff., 141 ff., 147 f., 151 ff., 164 ff., 177 f., 180 ff., 196, 201
  - Kaldor-Hicks-Kriterium 17 f.
  - Klassisches Free-Riding-Problem auf Händlerstufe 72 ff.
  - Klassisches Free-Riding-Problem auf Herstellerstufe 105 f.
  - Marktverschliessung 185, 189, 192 f.
  - Maximierung der Händleranstrengungen 141 ff.
  - Organisations-, Überwachungs- und Durchsetzungskosten 201
  - Pareto-Kriterium 17 f.
  - Transaktionskostenproblem 137 ff.
- Spieltheorie** 146 f., 180, 186 ff., 200
  - Begriff 180 FN 647
- SSNIP-Test** 29 ff.
- Standard Industrial Classifications** 41
- Statische Effizienz** 11, 62, 164 ff., 185
  - Begriff 11
- Sunk Costs** 70, 77, 167 f., 189
  - Begriff 112
- Switching-Costs** 186
- Tafelsalz** 32
- Trade-Off-Modell von WILLIAMSON** 15
- Transaktionskosten 130 ff.**
  - Begriff 130 f.
- Transaktionskostenprobleme** 132 ff.
  - Gebietsschutz 133
  - Soziale Wohlfahrt 137 ff.
  - Vertikale Mindestpreisbindung 133
- Trittbrettfahrerprobleme** *siehe* Free-Riding-Probleme
- Überwachungskosten** 178, 201 f.
- Unzureichende Kapitalversorgung** 148
- Urheberrecht** 99
- UWG** 204



**Verhinderung des Aufkommens neuer Vertriebsformen** 198 ff.

**Vertikale Integration** 71 f., 134 f., 146

- Double-Marginalization-Problem 146

**Vertikale Mindestpreisbindung** 1, 67 ff.

- Anreizargument 125 f.
- Als vertraglicher Vollstreckungsmechanismus 149 f.
- Brandimage 123
- Erschliessung neuer Märkte 116
- Gefährdung des Rufs des übrigen Sortiments 122
- Gefangenendilemma 200
- Klassisches Free-Riding-Problem auf Händlerstufe 67 ff.
- Marktverschliessung 190
- Opportunitätskostenargument 129
- Quality-Certification-Problem i.e.S. 119, 120
- Schutz der Investitionen des Händlers 114
- Transaktionskostenproblem 133
- Soziale Wohlfahrt 72 ff. *siehe auch* Gebietsschutz
- Verhinderung neuer Vertriebsformen 198 ff.
- Wechselkursschwankungen 109
- Zementierung von Markt- und Vertriebsstrukturen 198 ff.

**Vertragsdurchsetzung** 148 ff.

**Vertrauensgüter** *siehe* Credence Products

**Vollkommene Konkurrenz** 6 f., 15 ff., 32, 57, 58, 77 f., 154

- Begriff 6 f.

**Vollständige Austauschbarkeit** *siehe* Mythos vollständiger Austauschbarkeit

**Wechselkursschwankungen**

- Gebietsschutz 109
- Sonstige Lösungsmöglichkeiten 110
- Vertikale Mindestpreisbindung 109

**Werbestrategien, Unterschiedliche in verschiedenen Märkten**

- Gebietsschutz 107, 108

**Wettbewerb**

- Interbrand-Wettbewerb *siehe dort*
- Intertype-Wettbewerb *siehe dort*
- Intrabrand-Wettbewerb *siehe dort*

**Wettbewerbsverbot**

- Nachvertragliches Wettbewerbsverbot *siehe dort*
- Markenzwang *siehe dort*

**Wohlfahrt**

- Dynamische Effizienz *siehe dort*
- Soziale Wohlfahrt *siehe dort*
- Statische Effizienz *siehe dort*

**X-Inefficiencies** 13 f., 198

- Begriff 13 f.

**Zementierung von Markt- und Vertriebsstrukturen** 198 ff.

**Zweiteilige Preislisten** 145