

Studien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes

Endbericht für das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern

Dr. Kai Hüschelrath (ZEW) · Dr. Nina Leheyda (ZEW) ·
Dr. Patrick Beschorner (ZEW) · Dr. Georg Licht (ZEW)

Dr. Spyros Arvanitis (ETH Zürich) · Dr. Martin Wörter (ETH Zürich) ·
Dr. Heinz Hollenstein (ETH Zürich)

Mannheim und Zürich, 21. Juli 2008

ZEW

Zentrum für Europäische
Wirtschaftsforschung GmbH

Forschungsbereich Industrieökonomik und
Internationale Unternehmensführung

ETH

Eidgenössische Technische Hochschule Zürich
Swiss Federal Institute of Technology Zurich

KOF Konjunkturforschungsstelle

VERSION

Geringfügig überarbeitete Version vom 20. September 2008

KONTAKTDATEN

Auftragnehmer Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH (ZEW)
Forschungsbereich Industrieökonomik und
Internationale Unternehmensführung
L 7, 1
D-68161 Mannheim

Projektleiter Dr. Kai Hüschelrath
Tel: +49 (0)621 1235-384
Fax: +49 (0)621 1235-170
E-Mail: hueschelrath@zew.de

Unterauftragnehmer Eidgenössische Technische Hochschule Zürich
KOF Konjunkturforschungsstelle, WEH D 4
Weinbergstrasse 35
CH-8092 Zürich

DANKSAGUNG

Die Erstellung des vorliegenden Berichts wäre ohne die Gesprächsbereitschaft einer Vielzahl von Anwälten, Unternehmen, Verbänden und Behörden nicht möglich gewesen. Wir möchten uns an dieser Stelle auf das Herzlichste bei allen Interviewpartnern für die investierte Zeit bedanken.

Besonderer Dank gebührt Herrn Professor Barry Rodger (University of Strathclyde, UK), der uns im Rahmen der Erstellung der Interviewleitfäden mit seinen Erfahrungen zur Seite stand.

Inhaltsverzeichnis

<i>Abbildungsverzeichnis</i>	6
<i>Tabellenverzeichnis</i>	8
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	9
<i>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</i>	10
1 Einführung	15
2 Ergebnisse einer Befragung zu den Wirkungen des Kartellgesetzes bei Anwälten, Unternehmen und Verbänden	18
2.1 Einführung	18
2.2 Untersuchungsmethode und Interviewleitfaden	20
2.3 Interviewpartner	20
2.3.1 Anwälte	21
2.3.2 Unternehmen	21
2.3.3 Verbände	22
2.4 Generelle Entwicklungen des Kartellrechts	22
2.5 Existenz und Ausgestaltung von Antitrust Compliance Programmen	25
2.6 Einfluss des Kartellrechts auf die Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien	29
2.7 Beurteilung ausgewählter Instrumente	31
2.7.1 Übergangsregelung	31
2.7.2 Sanktionsmöglichkeiten	32
2.7.3 Bonusregelung	35
2.7.4 Hausdurchsuchungen	36
2.7.5 Widerspruchsverfahren	37
2.7.6 Fusionskontrolle	39
2.7.7 Bekanntmachungen	40
2.8 Institutionelle Aspekte des Wettbewerbsrechts	41
2.9 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	45
2.9.1 Realisierte Wirkungen des Kartellgesetzes	47
2.9.2 Unterbreitete Verbesserungsvorschläge	54
3 Fallstudie zum Bereich Wettbewerbsabreden: Markt für Strassenbeläge (2000)	58
3.1 Einführung	58
3.2 Der Fall 'Markt für Strassenbeläge' im Überblick	60
3.2.1 Der Fall im Zeitablauf	60
3.2.2 Untersuchung	60
3.2.3 Vergleichbare weitere Fälle in Europa	63
3.3 Der 'Markt für Strassenbeläge' vor und nach der Entscheidung	65
3.3.1 Analyse der Angebotsseite	65
3.3.1.1 Schweizer Binnenmarkt im internationalen Vergleich	65
3.3.1.2 Internationaler Handel	74
3.3.2 Analyse der Nachfrageseite	81
3.3.3 Analyse der Preisentwicklung	85
3.4 Abschätzung der volkswirtschaftlichen Effekte der Entscheidung	94
3.5 Schlussfolgerungen	96

4	Fallstudie zum Bereich Marktmachtmissbrauch: Swisscom ADSL (2003)	98
4.1	Einführung	98
4.2	Der Fall 'Swisscom ADSL' im Überblick	100
4.2.1	Entscheidung	100
4.2.2	Untersuchung	100
4.3	Der Markt für Breitbandverbindungen vor und nach der Entscheidung	106
4.3.1	Der Schweizer Markt im internationalen Vergleich	106
4.3.2	Entwicklung des Wettbewerbs im Schweizer Markt	113
4.4	Abschätzung der volkswirtschaftlichen Effekte der Entscheidung	120
4.4.1	Effiziente Regulierung als Grundlage funktionierender Wettbewerbs	120
4.4.2	Wettbewerbspolitische Beurteilung von Rabattsystemen	122
4.4.3	Einschätzung von beteiligten Parteien	124
4.5	Schlussfolgerungen	126
5	Fallstudie zum Bereich Horizontale Zusammenschlüsse: Fusion Pfizer Inc./Pharmacia Corp. (2003)	129
5.1	Einführung	129
5.2	Pfizer/Pharmacia Fusion: der Fall im Zeitablauf	130
5.3	Überblick zu M&A auf dem Pharmamarkt	130
5.4	Zulassung, Preisgestaltung und Regulierung im Schweizer Pharmamarkt	133
5.5	Fusionskontrolle in der Pharmaindustrie	134
5.6	Fusionsevaluation in der Pharmaindustrie	137
5.6.1	Ziele und Methoden der Fusionsevaluation	137
5.6.2	Ziele und Methoden der Evaluation der Auflagen	138
5.7	Untersuchung der Pfizer/Pharmacia Fusion	139
5.7.1	Analysemethoden im Pfizer/Pharmacia Fall	139
5.7.2	Ergebnisse der Analyse	140
5.8	Analyse der Auflagen	160
5.8.1	Beschreibung der Auflagen	160
5.8.2	Ziele der Analyse	161
5.8.3	Methoden der Analyse	161
5.8.4	Ergebnisse der Analyse	161
5.9	Schlussfolgerungen	163
5.10	Anhang	164
6	Fallstudie zum Bereich Vertikale Vereinbarungen: Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Automobilhandel (2002)	166
6.1	Einführung	166
6.2	Die rechtlichen Grundlagen und Entscheidungen zum Schweizer Automobilmarkt im Überblick	167
6.3	Methodik der Evaluierung	168
6.3.1	Deskriptiv-statistische Analyse	169
6.3.2	Unternehmensbefragung	169
6.3.3	Empirische Schätzungen	170
6.3.4	Ökonomische Effekte vertikaler Vereinbarungen	171
6.4	Empirische Studien zur EU GVO im Automobilmarkt	171
6.5	Automobilstudien zu den Auswirkungen der WEKO Bekanntmachung von 2002	173
6.6	Ergebnisse der Fallstudie	174
6.6.1	Die Struktur des Schweizer Automobilmarktes	174

6.6.2	<i>Automobilmarktanalyse</i>	175
6.6.3	<i>Ergebnisse der Unternehmensbefragung</i>	181
6.6.4	<i>Diskussion der Ergebnisse der Automobilmarktanalyse und der Unternehmensbefragung</i>	187
6.7	Schlussfolgerungen	195
6.8	Anhang	196

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Budget der Wettbewerbsbehörde relativ zum Bruttoinlandsprodukt	44
Abbildung 2: Industriestruktur zum Zeitpunkt der Entscheidung	60
Abbildung 3: Wirkungsgebiete der deutschen Mischwerke (W1) und der Absprache (W2)	62
Abbildung 4: Liefergebiete der Mischwerke	62
Abbildung 5: Produktion von ‚Hot Mix Asphalt‘ von 1996 bis 2005 in Nachbarländern der Schweiz	66
Abbildung 6: Produktion von ‚Hot Mix Asphalt‘ von 1996 bis 2005 in kleineren europäischen Staaten	67
Abbildung 7: Wachstum der Produktion von ‚Hot Mix Asphalt‘ von 1996 bis 2005 in europäischen Staaten	67
Abbildung 8: Anzahl der Produktionsanlagen in der Schweiz (2000-2005)	68
Abbildung 9: Wachstum der Anzahl der Produktionsanlagen in europäischen Staaten (2000-2005)	69
Abbildung 10: Anzahl an Unternehmen – Nur Belagsproduktion (2001-2005)	70
Abbildung 11: Anzahl an Unternehmen – Nur Verlegen von Asphalt (2001-2005)	70
Abbildung 12: Anzahl an Unternehmen – Produktion und Verlegen von Asphalt (2001-2005)	71
Abbildung 13: Grad der vertikalen Integration – Belagsproduktion und Verlegung von Belag (2001-2005)	71
Abbildung 14: Anzahl der Produktionsstätten pro Unternehmen (2001-2005)	72
Abbildung 15: Anzahl der Produktionsstätten und Grösse des Staatsgebiets (kleinere Staaten)	73
Abbildung 16: Anzahl der Produktionsstätten und Länge des Strassennetzes (kleinere Staaten)	73
Abbildung 17: Einfuhr nach Deutschland und Ausfuhr in die Schweiz von bituminösem Mischgut (1996-2006)	74
Abbildung 18: Einfuhr und Ausfuhr von bituminösem Mischgut (Deutschland-Belgien/Luxembourg)	75
Abbildung 19: Einfuhr nach Deutschland und Ausfuhr in die Schweiz von bituminösem Mischgut (1996-2005)	76
Abbildung 20: Durchschnittlicher Tonnenpreis für bituminöses Mischgut (1996-2006)	76
Abbildung 21: Ausfuhr von Mischgut von Baden-Württemberg in die Schweiz (1983-2005)	77
Abbildung 22: Durchschnittlicher Tonnenpreis für bituminöses Mischgut für die Ausfuhr von Baden-Württemberg in die Schweiz	78
Abbildung 23: Destatis und StaLA Baden-Württemberg Ausfuhrzeitreihen im Vergleich (1996-2005)	78
Abbildung 24: Einfuhr und Ausfuhr von bituminösem Mischgut (Deutschland-Österreich)	79
Abbildung 25: Ausfuhr von bituminösem Mischgut von Österreich in die Schweiz (1999-2006)	80
Abbildung 26: Durchschnittlicher Tonnenpreis für bituminöses Mischgut (Ausfuhr Österreich und Ausfuhr Baden-Württemberg in die Schweiz)	80
Abbildung 27: Barausgaben für den Neubau von Strassen öffentlicher Auftraggeber	81
Abbildung 28: Barausgaben öffentlicher Auftraggeber für Strassen (1998-2006) nach Grossregionen	82
Abbildung 29: Öffentliche Bauausgaben für Strassen und Baupreisindizes für Strassenbau (1998-2006) nach Grossregionen (Teil 1)	83
Abbildung 30: Öffentliche Bauausgaben für Strassen und Baupreisindizes für Strassenbau (1998-2006) nach Grossregionen (Teil 2)	84
Abbildung 31: Investitionen öffentlicher Auftraggeber in den Strassenbau (1998-2006) für ausgewählte Kantone	85
Abbildung 32: Baupreisindex für verschiedene Objekttypen für die gesamte Schweiz (1998-2007)	87
Abbildung 33: Baupreisindex Neubau von Strassen in der gesamten Schweiz und ausgewählten Grossregionen	87
Abbildung 34: Detaillierter Baupreisindex Neubau Strassen nach Grossregionen	89
Abbildung 35: Baupreisindex Oberbau im kantonalen Vergleich	90
Abbildung 36: Baupreisindex Belagsarbeiten in ausgewählten Grossregionen	90
Abbildung 37: Gesamtschweizer Teuerungsindizes der Belagsproduktionskosten für verschiedene Schichten (1998-2006)	91
Abbildung 38: Gesamtschweizer Teuerungsindizes der Belagsproduktionskosten für alle Schichten (1998-2006)	92
Abbildung 39: Gesamtschweizer Teuerungsindex der Belagsproduktionskosten und Preisindex zum Neubau von Strassen (1999-2006)	92
Abbildung 40: Österreichische Subindizes Asphalt- und Deckenarbeiten nach Herkunft des Bitumens und der Teuerungsindex für Mischgut in der Schweiz	94
Abbildung 41: Entwicklung der Endkunden im ADSL-Markt	105
Abbildung 42: Breitbandabonnenten (in Millionen) für ausgewählte Staaten	107

Abbildung 43: Breitbandabonnenten pro 100 Einwohner für ausgewählte Staaten	107
Abbildung 44: Breitband-Penetrationsraten für ausgewählte Staaten im Zeitablauf	108
Abbildung 45: DSL Verfügbarkeit in verschiedenen OECD Staaten (2000-2005)	108
Abbildung 46: DSL Abdeckung und Bevölkerungsdichte	109
Abbildung 47: Preisspannweite für Breitbandnutzung (monatliches Abonnement) in ausgewählten OECD Staaten	109
Abbildung 48: Preisspannweite für Breitbandnutzung pro mbit/s in ausgewählten OECD Staaten	110
Abbildung 49: Schnellstmögliche Downloadgeschwindigkeiten im Angebot der jeweiligen alteingesessenen Unternehmen	111
Abbildung 50: Öffentliche Investitionen in Telekommunikation (1997-2005)	112
Abbildung 51: Öffentliche Investitionen in Telekommunikation pro Kopf (2003 und 2005)	112
Abbildung 52: Zahl der ADSL-Anschlüsse in der Schweiz (2004-2007)	113
Abbildung 53: Kabelnetzabdeckung in der Schweiz	114
Abbildung 54: CATV Zugangsleitungen (1998-2006)	114
Abbildung 55: Anteil digitaler TV-Haushalte am Total aller nationalen TV-Haushalte	115
Abbildung 56: Entwicklung des Breitbandmarktes in der Schweiz (2000-2005)	116
Abbildung 57: Entwicklung der Breitbandmärkte in Belgien, Österreich, Dänemark und den Niederlanden	117
Abbildung 58: Kosten der Breitbanddienste und Bandbreiten (2001-2007)	118
Abbildung 59: Standardisierte Kosten der Breitbanddienste (2001-2007)	119
Abbildung 60: Entwicklungskosten eines neuen Medikamentes, Mio. USD	131
Abbildung 61: Schweiz: Medikamentenpreise von Pfizer vor und nach der Fusion	144
Abbildung 62: Schweiz: Medikamentenmarktanteile von Pfizer vor und nach der Fusion, % des Umsatzes eines Produktmarktes	145
Abbildung 63: G2A: Preisentwicklungen vor und nach der Fusion	147
Abbildung 64: A7A: Preisentwicklungen vor und nach der Fusion	148
Abbildung 65: G04E: Preisentwicklungen vor und nach der Fusion	150
Abbildung 66: G04E: Marktanteile vor und nach der Fusion, %	151
Abbildung 67: Schweiz: Generikamarkt, Mio. Franken	155
Abbildung 68: Schweiz: Automobilpreisänderungen im Vergleich zu den letzten 12 Monaten	176
Abbildung 69: Schweiz: Die Entwicklungen des Automobileinzelhandelspreisindizes	177
Abbildung 70: Schweiz: Automobilvorsteuerpreisindex am 1. Januar 2005	178
Abbildung 71: Schweiz: Vertriebskanäle	180
Abbildung 72: Schweiz: Servicemarkt	181

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Realisierte Wirkungen des Kartellgesetzes	47
Tabelle 2: Unterbreitete Verbesserungsvorschläge	54
Tabelle 3: Baupreisindex (Neubau Strasse) für die gesamte Schweiz	86
Tabelle 4: Vergleich internationaler Baupreisindizes (Auszug)	93
Tabelle 5: Der österreichische Baukostenindex	93
Tabelle 6: Rabattsätze ‚Access‘	101
Tabelle 7: Preis-/ Qualitätsoptionen für Breitbandnutzung in der Schweiz im Oktober 2006	119
Tabelle 8: Werdegang eines Medikamentes	132
Tabelle 9: Auswirkungen des Patentablaufes auf die grössten Pharmaunternehmen der Welt	132
Tabelle 10: Überschneidungen in den Geschäftsfeldern von Pfizer und Pharmacia	141
Tabelle 11: Schweiz: Marktanteile für den gesamten Markt	143
Tabelle 12: Marktanteile in der Kategorie G2A in der Schweiz, %	146
Tabelle 13: G2A: Marktanteile vor und nach der Fusion, %	147
Tabelle 14: Marktanteile in der Kategorie A7A in der Schweiz, %	148
Tabelle 15: A7A: Marktanteile vor und nach der Fusion, %	149
Tabelle 16: Schweiz: Marktanteile in der Kategorie G4B4, %	149
Tabelle 17: G04E: Marktanteile vor und nach der Fusion, %	151
Tabelle 18: G4B4: Marktanteile vor und nach der Fusion, %	152
Tabelle 19: Ranking der Pharmaunternehmen auf der Basis F&E Investitionen, 2005	153
Tabelle 20: Innovationsindikatoren von Pfizer und Pharmacia vor und nach der Fusion	154
Tabelle 21: Schweiz: Eintritt der neuen Produkte nach 01.04.2003	156
Tabelle 22: Beschäftigung und Umsatz von Pfizer und Pharmacia vor und nach der Fusion	158
Tabelle 23: Top 10 Pharma-Unternehmen nach Promotionsaufwendungen (4. Q. 2007)	159
Tabelle 24: Zusammenfassung der Analyse	159
Tabelle 25: Schweiz: Pfizer Produkte auf den pharmazeutischen Märkten in der S-Liste	164
Tabelle 26: Die europäischen Steuern und Gebühren beim Automobilkauf	196
Tabelle 27: Schweiz: Die Struktur des Schweizer Automobilmarktes vor und nach der WEKO Bekanntmachung, 1996-2006	197
Tabelle 28: Schweiz: Die Entwicklung des Händlernetzes der verkaufsstärksten Marken	198
Tabelle 29: Schweiz: Personenwagen-Marken-Händlernetz nach Status und Regionen, 2007	199
Tabelle 30: Schweiz: Umsatz pro Automobilhändlergruppe/Automobilimporteure, Millionen Franken	200
Tabelle 31: Schweiz: verkaufte Personenwagen pro Automobilhändlergruppe/Automobilimporteure	201
Tabelle 32: Schweiz: Anzahl Händler pro Automobilhändlergruppe/Automobilimporteure	202
Tabelle 33: Schweiz: Anzahl Personenwagen-Verkäufe pro Händler	203
Tabelle 34: Schweiz: Umsatz pro Auto	204

Abkürzungsverzeichnis

ACP	Antitrust Compliance Programm
ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line
AGVS	Auto Gewerbe Verband Schweiz
ATC	Anatomical Therapeutic Chemical Classification
AVV	Alleinvertriebsvereinbarung
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BAKOM	Bundesamt für Kommunikation
BBCS	Broadband Connectivity Service
BER	Block Exemption Regulation
BFS	Bundesamt für Statistik
BL	Beläge
BW	Baden-Württemberg
BWB	Bundeswettbewerbsbehörde (Österreich)
CATV	Cable TV
CHF	Schweizer Franken
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission
Destatis	Statistisches Bundesamt (Deutschland)
DS	Deckschichten
DSL	Digital Subscriber Line
EAPA	European Asphalt Pavement Association
EUR	Euro
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
F&E	Forschung und Entwicklung
FTC	Federal Trade Commission
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Deutschland)
HMG	Heilmittelgesetz
IP	Internet Protokoll
IPR	Intellectual Property Rights
ISP	Internet Service Provider
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen
KMU	Klein- und mittelständische Unternehmen
KVG	Krankenversicherungsgesetz
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
PoP	Point of Presence
PPP	Purchasing Power Parity (Kaufkraftparität)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
SAA	Swiss Automotive Aftermarket
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SEK	Schwedische Kronen
SL	Spezialitätsliste
SLC	Substantial Lessening of Competition
SMI	Fachverband für bituminöses Mischgut
StalA	Statistisches Landesamt (Baden-Württemberg)
TBF	Trag-, Binder- und Foundationsschichten
TDC	Tele Danmark Communications
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
W1	Wirkungsgebiet 1
W2	Wirkungsgebiet 2
WEKO	Wettbewerbskommission

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Mit Inkrafttreten der Schweizer Kartellrechtsrevision am 1. April 2004 hat die Wettbewerbskommission umfassende neue Befugnisse erhalten, insbesondere in Bezug auf die Möglichkeiten zur Verhängung von Sanktionen für Wettbewerbsvergehen. Um den Erfolg der Gesetzesrevision sowie deren Umsetzung zu überprüfen, verlangt Art. 59a Kartellgesetz vom Bundesrat eine Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs des Kartellgesetzes.

Als Teil dieses umfassenden Gesamtprojekts ist es das Ziel des vorliegenden Berichts mit Hilfe von Fallstudien zu untersuchen, welche konkreten Effekte in den Markt eingreifende bzw. nicht eingreifende Entscheide hatten und wie sich diese Entscheide bei den Betroffenen und in den entsprechenden Märkten ausgewirkt haben. Angelehnt an die Struktur des Kartellgesetzes erfolgt dabei eine Unterteilung in Wettbewerbsabreden, Missbrauch marktbeherrschender Stellungen, horizontale Unternehmenszusammenschlüsse sowie vertikale Vereinbarungen.

Den Fallstudien vorangestellt ist eine Darstellung der Ergebnisse einer Befragung zu den Wirkungen des Kartellgesetzes bei Anwälten, Unternehmen und Verbänden. Diese verfolgt insbesondere den Zweck, positive und negative Wirkungen des Kartellgesetzes bzw. der Kartellgesetzrevision aus der Sicht von Betroffenen aufzuspüren sowie Verbesserungsvorschläge aufzunehmen.

Ergebnisse einer Befragung zu den Wirkungen des Kartellgesetzes bei Anwälten, Unternehmen und Verbänden

Ausgewählte Befragungsergebnisse:

Das *Kartellrecht* wird nahezu einhellig als wichtig und bedeutsam angesehen, die Ziele der Wettbewerbspolitik werden jedoch teilweise unterschiedlich wahrgenommen. Die Bedeutung des Kartellrechts ist insgesamt gestiegen, unterscheidet sich aber in Abhängigkeit von der Unternehmensgrösse und dem Unternehmenstyp.

In verschiedenen Unternehmensgruppen ist ein deutlicher Anstieg der *Compliance Aktivitäten* feststellbar. Das Spektrum der verwandten Compliance-Instrumente ist gross, allerdings ist die Best Practice noch nicht in allen befragten Unternehmen umgesetzt. Als Gründe hierfür wird unternehmensseitig einerseits auf Unklarheiten hingewiesen, in welchem Umfang die Wettbewerbskommission Compliance Programme in ihrer Sanktionspraxis berücksichtigt. Andererseits werden Gefahren insbesondere in einer zu engen Auslegung der gesetzlichen Vorgaben und demnach einer zu weitgehenden Einschränkung der Unternehmensstrategien gesehen. Eine Quantifizierung der Kosten ihrer Compliance Aktivitäten war den Unternehmen nicht möglich.

Wettbewerbs- und Geschäftsfeldstrategien werden durch das Kartellrecht insgesamt nicht wesentlich eingeschränkt, in einigen Bereichen wird die bestehende Unsicherheit aber als zu hoch wahrgenommen (insbesondere vertikale Vereinbarungen, Missbrauch marktbeherrschender Stellung, Kooperationen mit Konkurrenten). Das Widerspruchsverfahren wird überwiegend als suboptimal eingeschätzt und kann die bestehende Unsicherheit nicht nennenswert reduzieren.

Die Einführung von *Sanktionsmöglichkeiten* wird insgesamt als notwendig angesehen um die gewünschte Akzeptanz des Gesetzes zu erreichen. Sanktionen sollten aber nur dann ausgesprochen werden, wenn eine entsprechende Rechtssicherheit im Bezug auf den Verbotscharakter der entsprechenden Aktivität im Vorfeld bestanden hat. Die bislang ausgesprochenen Strafen unterliegen dem Problem, dass noch unklar ist, ob sie wirklich umgesetzt und rechtskräftig werden. Die Einführung von Gefängnisstrafen für Wettbewerbsvergehen wird von den Befragten überwiegend kritisch gesehen.

Die *Bonusregelung* wird zwar mehrheitlich begrüsst aufgrund ihrer Effektivität, allerdings gleichzeitig oftmals als mit der Schweizer Rechtstradition nur schwer vereinbar eingestuft. Als Barrieren einer intensiveren Nutzung der Regelung wird von Unternehmensseite insbesondere die befürchtete Ächtung in den jeweiligen Branchen gesehen sowie die bislang fehlende Erfahrung/Transparenz in der Anwendung der Regelung durch die WEKO.

Im Bezug auf die *Fusionskontrolle* wurde einerseits die Frage aufgeworfen ob eine alternative ex-post Missbrauchskontrolle nicht der geeignetere Weg wäre. Andererseits wurde Reformbedarf in Bezug auf die Untersuchung europäischer Fusionen durch die WEKO sowie die Durchführung von Phase II Untersuchungen identifiziert.

Die *Bekanntmachungspraxis* der WEKO wird als suboptimal angesehen, unter anderem aufgrund fragwürdiger Abweichungen von den europäischen Pendanten. Eine Bekanntmachung zur Abgrenzung des relevanten Marktes wurde von verschiedenen Interviewpartnern angeregt.

Im Bereich der *institutionellen Aspekte* des Wettbewerbsrechts wurden insbesondere Erkenntnisse zur Zuordnung der Zuständigkeiten zwischen WEKO und Sekretariat der WEKO, grundlegende verfahrensrechtliche Aspekte sowie Erfahrungen mit der Zusammenarbeit mit der WEKO vorgebracht. Die vorgeschlagenen Verbesserungen umfassen unter anderem die Ersetzung der WEKO (als nebenberufliche ‚Laienkommission‘) durch ein professionelles Kartellgericht, eine Reform des Kartellverfahrensrechts, eine Verbesserung der Ressourcenausstattung bzw. Ressourcenallokation, eine Harmonisierung der Dienste innerhalb der WEKO sowie eine (weitere) Verbesserung des Behördenimages.

Eine detailliertere Zusammenfassung der realisierten Wirkungen des Kartellgesetzes sowie der unterbreiteten Verbesserungsvorschläge wird in den Abschnitten 2.9.1 und 2.9.2 in Form von Übersichtstabellen vorgenommen.

Fallstudie zum Bereich Wettbewerbsabreden: Markt für Strassenbeläge (2000)

Im November 1998 reichten zwei unabhängige Strassenbauunternehmen im Nordosten der Schweiz Anzeige wegen kartellistischer Abreden auf dem Markt für Strassenbeläge (Art. 5 KG) ein. Die Untersuchung durch die WEKO fand eine gesetzwidrige Alleinvertriebsvereinbarung vor, an der auch grenznahe deutsche Unternehmen beteiligt waren.

Ausgewählte Untersuchungsergebnisse:

Im Rahmen der angebotsseitigen Analyse konnte der Markt für Strassenbeläge in der Schweiz als stagnierender Markt identifiziert werden. Die Anzahl der Produktionsanlagen ist allerdings seit 2002 stetig gewachsen und ist im internationalen Vergleich (relativ zu Grösse des Staatsgebiets und Länge des Strassennetzes) hoch. Der internationale Handel mit Mischgut spielt absolut eine untergeordnete Rolle, während bzw. nach dem Aufdecken der Wettbewerbsabreden sind jedoch Anstiege im Import von Mischgut in die Schweiz sowie fallende Durchschnittspreise feststellbar die von der Entscheidung mit beeinflusst sein könnten.

Im Rahmen der nachfrageseitigen Analyse konnten teilweise deutliche Schwankungen in den Bauausgaben in den betroffenen Kantonen festgestellt werden. Ein systematischer Zusammenhang zwischen Nachfrage- und Preisentwicklung konnte nicht identifiziert werden.

Im Rahmen der Analyse der Preisentwicklung zeigen verschiedene Detaillierungsgrade des Schweizer Baupreisindizes, dass es in der Folge des Entscheids der WEKO zu Preissenkungen kam. Ob und in welchem Ausmass hierfür die Entscheidung ursächlich war, kann mit den vorliegenden Daten nicht genauer untersucht werden.

Eine robuste Quantifizierung der Effekte der Entscheidung ist einerseits aufgrund der unzureichenden Datenlage nicht möglich, andererseits fehlen Indizien dafür, dass sich die kollusionsfreundliche Industriestruktur durch bzw. seit der Entscheidung verändert hat. Hypothetisch lässt sich mit Hilfe der verfügbaren Marktdaten aber grob abschätzen, welches Einsparpotential eine durch Wettbewerbspolitik erzielte effiziente Preissenkung in den betroffenen Kantonen hätte. Geht man beispielsweise von einem erhöhten Kartellpreis von CHF 130 pro Tonne Mischgut aus und einem wettbewerblichen Preis von CHF 100, so liesse sich unter gewissen Annahmen mit einer effizienten Wettbewerbspolitik eine Kostenreduktion von ca. CHF 32 Millionen pro Jahr erzielen.

Der eigentliche Wert der Entscheidung sollte nicht in direkten pekuniären Einsparungen gesehen werden, sondern vielmehr in der Generierung eines Signals, dass Wettbewerbsabreden nunmehr verboten sind und verfolgt werden. Wenn ein hypothetisches Kartell sich aufgrund dieser Aufdeckungsgefahr entscheiden sollte, den Preis für eine Tonne Mischgut von CHF 130 auf CHF 125 zu senken (um auf diese Weise die Aufdeckungswahrscheinlichkeit zu senken), so würde dies zu Einsparungen von ca. CHF 5,5 Millionen pro Jahr auf Seiten der Auftraggeber und damit letztlich der Steuerzahler führen (nur in den drei betroffenen Kantonen und nur im Bereich der Belagsarbeiten).

Im Hinblick auf Politikempfehlungen sollte überlegt werden, ob nicht ein verstärktes aktives Monitoring verdächtiger Branchen durch die WEKO eine lohnende Investition wäre. Eine Identifikation verdächtiger Branchen könnte durch die Anwendung eines Screening Mechanismus erfolgen.

Fallstudie zum Bereich Marktmachtmissbrauch: Swisscom ADSL (2003)

Am 7. März 2003 erhielt das Sekretariat eine erste summarische Eingabe der TDC Switzerland betreffend der am 1. März 2002 von der Bluewin bekannt gegebenen Preissenkung ihrer ADSL-Produkte (Rabattstaffel). Am 6. Mai eröffnete die WEKO eine Untersuchung und die Swisscom wurde als vorsorglichen Massnahme verpflichtet, ab sofort allen ihren Kunden auf dem Wholesalemarkt für Breitbanddienste die gleiche Rabattstufe wie ihrer Tochter Bluewin zu gewähren. Am 15. Dezember 2003 erlässt die WEKO eine Verfügung gegen die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG betreffend das Wholesale Angebot für ADSL-Dienste. Eine unzulässige Quersubventionierung der Bluewin AG durch die Swisscom AG wurde nicht bestätigt.

Ausgewählte Untersuchungsergebnisse:

Im internationalen Vergleich zeigt der Schweizer Breitbandmarkt eine gemischte Performance. Zwar gehört die Schweiz in den Kategorien Penetration, Abdeckung und öffentliche Investitionen zu den Spitzenreitern oder hat zumindest eine Position im oberen Mittelfeld inne, in den Bereichen Preise sowie Qualität nimmt sie jedoch nur Plätze im Mittelfeld ein.

Die Entwicklung des gesamten Breitbandmarktes in der Schweiz (d.h. ADSL und CATV) zeigt zu Beginn (um das Jahr 2000) hohe Marktanteile für die Kabelnetzbetreiber die in den Folgejahren stark zugunsten der DSL Anbieter abbauten. Ein internationaler Vergleich der Marktanteilsentwicklungen im Zeitablauf zeigt, dass die Marktanteilsgewinne der DSL-Anbieter in der Schweiz relativ rasant verlaufen sind. Diese Entwicklung könnte durch die von der WEKO als unzulässig befundenen Rabattvorteile für Bluewin beeinflusst worden sein.

Eine zentrale Voraussetzung für das Entstehen von Wettbewerb im Dienstebereich ist eine effiziente Regulierung der monopolistischen Bereiche. Dieses Zusammenspiel zwischen Regulierung und Wettbewerb erscheint in der Schweiz derzeit noch suboptimal ausgestaltet und war dies folglich auch schon zum Zeitpunkt der Entscheidung.

Um den Status quo der Telekommunikationsmärkte in der Schweiz zu verbessern kann sich im Wesentlichen den Empfehlungen der OECD angeschlossen werden, dass sowohl Wettbewerbsrecht als auch sektorspezifische Regulierung gestärkt werden müssen, Einschränkungen bezüglich des Zugangs zur letzten Meile beseitigt werden müssen, es keine zeitliche Limitation der Bitstream-Pflicht geben sollte und der Regulator sicherstellen muss, dass Kollokationsleistungen transparent angeboten werden.

Hinsichtlich der Wünschbarkeit eines Wechsels von einer ex post Regulierung zu einer ex ante Regulierung ist aus ökonomischer Sicht genauer zu hinterfragen, ob dies aus heutiger Sicht noch notwendig und sinnvoll erscheint.

Aus wettbewerbspolitischer Sicht können Rabattsysteme durchaus ein wohlfahrtserhöhendes Potential haben, können aber auch negative Wirkungen auf den Wettbewerb entfalten auf dem Markt des rabattgewährenden bzw. rabattprofitierenden Unternehmens sowie auf Drittmärkten. Im Falle der Rabattsetzung der Swisscom sprechen die öffentlich verfügbaren Indizien dafür, dass vermutlich ein Fall von wohlfahrtsmindernder strategischer Rabattsetzung vorlag, unter anderem, da die Rabatte nicht aufgrund unterschiedlicher Kosten gewährt wurden und lediglich das Ziel verfolgten, den Wettbewerb in ehemaligen Monopolnetzmärkten zu behindern.

Trotz der fundierten Entscheidung der WEKO in Swisscom ADSL wird der Einfluss der Entscheidung von beiden Unternehmensseiten – aus unterschiedlichen Gründen – als gering eingeschätzt. Swisscom bestreitet die unterstellte Monopolisierungsabsicht und kritisiert insbesondere das langwierige Verfahren, Sunrise gibt insbesondere an, dass mit der seinerzeitigen Klageeinreichung gar nicht zentral auf die Rabattstaffel abgestellt war, sondern vielmehr auf den Bereich des Margin Squeezing (der unberücksichtigt blieb). Insgesamt erschwert nach Angabe der Sunrise eine Fülle von strategischen Verhaltensweisen der Swisscom den Wettbewerb im Schweizer Telekommunikationsmarkt grundlegend.

Zusammenfassend erscheint es im Hinblick auf die Förderung des Wettbewerbs im Breitbandmarkt bedeutsam, eine effiziente Regulierung herzustellen. Dabei kann sich den oben skizzierten Vorschlägen der OECD im Wesentlichen angeschlossen werden. Ohne eine entsprechende Regulierung der monopolistischen Bereiche können die Entscheide der WEKO nicht ihre volle Wirkung entfalten und erschweren jungen Unternehmen den Wettbewerb mit alteingesessenen Marktteilnehmern.

Im Hinblick auf das Ziel einer Intensivierung des Wettbewerbs unmittelbarer wirksame Schritte wären in der Reduzierung der Verfahrensdauern sowie der Vermeidung aufschiebender Wirkungen von Entschei-

den zu sehen. Im Bezug auf den Zugang zur letzten Meile sollte insbesondere die Frage der Preisgestaltung geklärt werden, da die letzte Revision des FMG formal bereits die Entbündelung vorschreibt.

Fallstudie zum Bereich Unternehmenszusammenschlüsse: Pfizer Inc./Pharmacia Corp. (2003)

Die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben ging bei der Wettbewerbskommission am 11. November 2002 ein. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 11. Dezember 2002 zur Fusion von Pfizer und Pharmacia wurde in RPW/2003/2 veröffentlicht. Es wurde festgestellt, dass der Zusammenschluss den aktuellen Wettbewerb nicht stark beschränken wird und dass potentieller Wettbewerb auf dem Schweizer Pharmamarkt vorhanden ist. Das Zusammenschlussvorhaben wurde unter Auflagen genehmigt. Diese verpflichten Pfizer und Pharmacia das Produkt ‚Darifenacin‘ und die Rechte von Pharmacia zur Entwicklung und Kommerzialisierung von Apomorphin-Hydrochlorid Nasenspray zu veräussern.

Ausgewählte Untersuchungsergebnisse:

Der Zusammenschluss von Pfizer und Pharmacia hat den Wettbewerb auf dem Schweizer Pharmamarkt kaum verändert. Die Gründe liegen in erster Linie darin, dass die Produktportfolien der beiden Unternehmen nur wenige Überschneidungen aufwiesen. In den beiden kritischen Produktmärkten wurden Auflagen ausgesprochen, die verhindern, dass eine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird. Dabei wurden auch Produkte berücksichtigt, deren Markteinführung absehbar war.

Die Auflagen für den Fall der Mittel gegen Erektionsstörungen haben verhindert, dass alleine Patentrechte den Markteintritt neuer Produkte hätten verhindern können. Diese Entscheidung unterlag keiner wettbewerbsrechtlichen Beurteilung, so dass einer Marktverschliessung aufgrund von Patentrechten eine Wettbewerbsbehörde nicht hätte entgegen wirken können.

Im Fall der Mittel gegen Inkontinenz konnte durch die Auflage eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Pharmacia mit dem Produkt Detrusitol verhindert werden. Mit Novartis wurde ein kompetenter Käufer gefunden, der das Produkt schon auf den Markt gebracht hat.

In den anderen Märkten, in denen es eine Überschneidung in den Geschäften der beiden Unternehmen gab oder eines der beiden Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehatte, sind Effekte der Fusion durch die Preisregulierung in der Schweizer Pharmaindustrie bzw. durch Änderungen in Pfizers Produktportfolio nicht zu erkennen.

Die zahlreichen Fusionsaktivitäten in der Pharmaindustrie erschweren die isolierte Analyse der Auswirkungen der Fusion von Pfizer und Pharmacia. Ferner ist davon auszugehen, dass sich einige Effekte – wie beispielsweise die Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb – erst in der längeren Frist bemerkbar machen.

Einige Auswirkungen der Fusion wie beispielsweise auf das Investitionsverhalten, F&E, die Erlösentwicklung oder die Beschäftigung können allenfalls auf Konzernebene untersucht werden. Ein Rückschluss auf den Effekt des Zusammenschlusses ist nicht isolierbar.

Als Politikempfehlung lässt sich ableiten, dass die WEKO die internationale Zusammenarbeit mit Wettbewerbsbehörden bei der Fusionskontrolle – besonders in forschungsintensiven Industrien – intensivieren sollte um doppelte Arbeit im Rahmen von Untersuchungen zu vermeiden.

Fallstudie zum Bereich Vertikale Vereinbarungen: Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Automobilhandel (2002)

Mit der ‚Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel‘ (Beschluss der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2002) werden die aktuellen Regeln für den Automobilhandel in der Schweiz festgelegt. Die WEKO Bekanntmachung nimmt Bezug auf die Verordnung No. 1400/2002 der Europäischen Kommission vom 31. Juli 2002 im Kraftfahrzeugsektor, die am 1. Oktober 2002 für den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) in Kraft getreten ist. Die WEKO Bekanntmachung berücksichtigt die in der Schweiz herrschenden ökonomischen und rechtlichen Bedingungen.

Ausgewählte Untersuchungsergebnisse:

Insgesamt hatte die Bekanntmachung eher geringfügige Auswirkungen auf den Wettbewerb im Schweizer Automobilmarkt. Zwar sind Änderungen identifizierbar, allerdings lassen sich diese nicht eindeutig auf die Bekanntmachung zurückführen. Vielmehr hat insbesondere die allgemeine Marktentwicklung vermutlich zu einem verstärkten Wettbewerb geführt. Dieser Prozess könnte allerdings durch die Bekanntmachung beschleunigt worden sein.

Die Bekanntmachung wurde zum Anlass genommen, Händlerverträge anzupassen. Von einigen Importeuren wurden die Bedingungen hinsichtlich der Qualitäts- und Investitionserfordernisse und der Rabattsysteme angepasst. Insgesamt ist die Zahl der Händler nun rückläufig, auch weil Markteintritte aufgrund der neuen Händlerverträge erschwert wurden.

Die Möglichkeit, dass ein Händler mehrere Marken in sein Sortiment aufnimmt, haben nur sehr wenige Händler in Anspruch genommen. Dies liegt an den hohen Anforderungen, die die Importeure in ihren Händlerverträgen stellen. Multibranding wird weiterhin durch grosse Händlergruppen betrieben. Parallelimporte haben seit der Inkrafttretung der Bekanntmachung nicht spürbar zugenommen.

Die stärksten Änderungen aufgrund der WEKO Bekanntmachung sind auf dem Servicemarkt und im Ersatzteilhandel zu beobachten. Hier wird die Konkurrenz durch Grosshändler oder durch freie Servicewerkstätten erleichtert, weil sie vereinfachten Zugang zu Ersatzteilen verschiedener Qualitätskategorien und zu den erforderlichen technischen Werkstattinformationen erhalten. Die deutlichere Definition der Ersatzteile hat auch dazu beigetragen, den Wettbewerb zu intensivieren.

Die allgemeine Marktentwicklung ist geprägt durch Bemühungen der Importeure, die Kunden im Service- und Reparaturgeschäft an die Markenwerkstatt zu binden. Dies geschieht durch das verstärkte Anbieten von Paketleistungen, bei der der Kunde mit einer einmaligen monatlichen Zahlung alle Leistungen im Zusammenhang mit einem Automobil abdeckt. Das ist einer der Gründe weshalb die WEKO Bekanntmachung im Bezug auf die Trennung von Service und Verkauf ihr Ziel einer Erleichterung von Markteintritten verfehlt. Ausserdem ist Service ein lukratives Geschäft da es die Möglichkeit bietet, die bestehenden Risiken beim Neuautomobilverkauf aufzufangen und insgesamt profitabel zu operieren.

Insgesamt wurde das Ziel der WEKO, den markeninternen Wettbewerb zu fördern nicht erreicht. Der Wettbewerb zwischen verschiedenen Distributionskanälen hat nicht zugenommen. Die Rolle von innovativen Vertriebskanälen wie z.B. dem Internet bleibt im Automobilvertrieb beschränkt.

Als unmittelbare Handlungsempfehlungen wird einerseits eine bessere Informationspolitik der WEKO vorgeschlagen, andererseits das Festhalten an der Harmonisierung mit dem EU-Recht. Im Rahmen der Studie wurden einige Bereiche aufgezeigt, in denen die Ziele der WEKO nicht bzw. nur beschränkt erreicht wurden: ein verstärktes Multibranding, die Trennung von Service und Verkauf, die Unabhängigkeit der Händler von Automobilimporteuren, steigende Parallelimporte sowie die Förderung des Intra-brand-Wettbewerbs insgesamt.

Insgesamt wäre es empfehlenswert, eine Evaluierung des Automobildistributionssystems auf Basis einer wohlfahrtsökonomischen Analyse verschiedener Szenarien durchzuführen (z.B. aktuelles Szenario, mögliche Szenarien für die Revision des aktuellen Szenarios, ‚free distribution‘ Szenario, Automobilhandel unter der allgemeinen Bekanntmachung für vertikale Vereinbarungen). Auf Basis der Ergebnisse einer solchen Studie könnte dann entschieden werden, ob und in welcher Form die Besonderheiten des Automobilsektors eine gesonderte Bekanntmachung überhaupt erfordern.

1 Einführung

Mit Inkrafttreten der Schweizer Kartellrechtsrevision am 1. April 2004 hat die Wettbewerbskommission umfassende neue Befugnisse bei der Verhängung von Sanktionen erhalten, mit dem Ziel, die Einhaltung der entsprechenden Wettbewerbsregeln in der Schweiz noch effektiver sicherstellen zu können. Mit einer solchen Stärkung des wettbewerbspolitischen Instrumentariums prägt die Schweiz den seit einiger Zeit in Europa und Nordamerika feststellbaren Trend einer substantiellen Verbreiterung des Spektrums möglicher Sanktionen für Wettbewerbsvergehen mit. So hat beispielsweise das Vereinigte Königreich als Vorreiter bereits im Jahre 1998 im Rahmen einer umfassenden Reform seines Wettbewerbsrechts die entsprechenden Wettbewerbsbehörden mit einer substantiellen Erhöhung des Sanktionsspielraums ausgestattet. Ein Beleg dafür, dass dieser Prozess auf europäischer Ebene keinesfalls als abgeschlossen angesehen werden kann, stellt die jüngste Ankündigung der niederländischen Wettbewerbsbehörde (NMa) dar, das mögliche Sanktionsspektrum für bestimmte Wettbewerbsvergehen zu verzehnfachen.¹

Als eine direkte Folge der Erhöhung bzw. Einführung empfindlicher Sanktionen für Wettbewerbsvergehen ist zu erwarten, dass das öffentliche Interesse - sowie der öffentliche Disput - im Bezug auf wettbewerbspolitische Interventionen zunimmt. So führte beispielsweise die erste substantielle - von der Wettbewerbskommission verhängte - Strafe anlässlich des Swisscom Mobile Falls² zu intensiven und kontroversen Diskussionen in der Schweizer Medienlandschaft über den gesellschaftlichen Nutzen und die Angemessenheit solcher substantiellen staatlichen Eingriffe in das Marktgeschehen.³ In diesem Zusammenhang ist es für die Erhaltung einer effektiven ‚abschreckungsbasierten‘ Wettbewerbspolitik von essentieller Bedeutung, die volkswirtschaftlichen Wirkungen von Wettbewerbsrecht zu verdeutlichen und möglichst im Rahmen einer mikroökonomischen Kosten-Nutzen-Analyse zu quantifizieren. Die Notwendigkeit solcher Analysen lässt sich wiederum mit einem Blick nach Grossbritannien und die Niederlande belegen. So veröffentlichte beispielsweise das Office of Fair Trading im Jahre 2005 eine Studie⁴ zu den Wohlfahrtseffekten von wettbewerbspolitischen Entscheidungen seit der Inkraftsetzung der oben bereits skizzierten Reformen im Jahre 1998. Eine vergleichbare Studie zu den Effekten von sogenannten ‚market regulators‘ - worunter auch Wettbewerbsbehörden subsumiert werden - legte die Unternehmensberatung OXERA⁵ für die Niederlande im Jahre 2004 vor.

Vor diesem Hintergrund - und vermutlich diesen Argumenten auch Rechnung tragend - verlangt das Kartellgesetz in Art. 59a vom Bundesrat eine Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs des KG. Ein Teil dieser vom Gesetz verlangten Evaluation soll nun im Rahmen dieses Berichts vorgenommen werden. Obwohl die Zeit seit Inkrafttreten des neuen Kartellrechts relativ überschaubar ist - und demnach nicht erwartet werden kann, dass die Wirkungen des Kartellrechts ihr volles Ausmass bereits erreicht haben – erscheint es wahrscheinlich, dass eine solche Untersuchung der (frühen) Wirkungen des novellierten Kartellrechts wertvolle Einblicke in die volkswirtschaftliche Bedeutung der Wettbewerbspolitik in der Schweiz liefern kann.

Als Teil des umfassenden Gesamtprojekts der Evaluation des Kartellgesetzes ist es das Ziel des vorliegenden Berichts mit Hilfe von Fallstudien zu untersuchen, welche konkreten Effekte in den Markt eingreifende bzw. nicht eingreifende Entscheide hatten und wie sich diese Entscheide bei den Betroffenen und in den entsprechenden Märkten ausgewirkt haben. Angelehnt an die Struktur des Kartellgesetzes erfolgt dabei eine Unterteilung in Wettbewerbsabreden, Missbrauch marktbeherrschender Stellungen, horizontale Unternehmenszusammenschlüsse sowie vertikale Vereinbarungen. Im Folgenden werden die genauer zu untersuchenden Fälle stichpunktartig dargestellt.

Explizit sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass der Fokus der Fallstudien nicht auf einer Untersuchung der Richtigkeit der seinerzeitigen Entscheidungen liegt, sondern auf einer Analyse der Effekte. Aufgrund der durchweg beschränkten Datensituation war es nicht möglich, mit Hilfe statistischer Verfahren den Effekt der jeweiligen Entscheidung zu isolieren, sondern es konnten nur Indizien gesammelt und daraufhin begründete Vermutungen ausgesprochen werden. Infolgedessen erscheint es nicht geboten, die aus den Fallstudien abgeleiteten Politikempfehlungen unmittelbar und ohne umfassendere ökonomische Analysen umzusetzen. Wir sind allerdings schon der Auffassung, dass sich aus

¹ The Netherlands Competition Authority is to raise the maximum fines for certain competition violations, Global Competition Review Daily News, 12. Juli 2007, verfügbar unter <http://www.globalcompetitionreview.com> (Passwort erforderlich).

² Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 16. Februar 2007, Weko büsst Swisscom Mobile mit CHF 333 Millionen, Bern.

³ Siehe beispielsweise ‚Ein schlechtes Exempel‘, Kommentar, NZZ Online, 11. April 2006, verfügbar unter <http://www.nzz.ch/2006/04/11/wi/kommentarDTKKJ.html>.

⁴ Office of Fair Trading (2005), Positive Impact - An Initial Evaluation of the Effect of the Competition Enforcement Work Conducted by the OFT, London.

⁵ Oxera (2004), Costs and Benefits of Market Regulators, Part II: Practical Application, Oxford.

allen Fallstudien wertvolle Hinweise dafür ableiten lassen, in welche Richtung über Reformen nachgedacht werden sollte.

Fallstudie zum Bereich Wettbewerbsabreden: Markt für Strassenbeläge (2000)

Im November 1998 reichten zwei unabhängige Strassenbauunternehmen im Nordosten der Schweiz Anzeige wegen kartellistischer Abreden auf dem Markt für Strassenbeläge (Art. 5 KG) ein. Die Untersuchung durch die WEKO fand eine gesetzwidrige Alleinvertriebsvereinbarung vor, an der auch grenznahe deutsche Unternehmen beteiligt waren.

Untersuchungsziele: Aufspüren von positiven und negativen Wirkungen der Untersuchung und Entscheidung der WEKO, Quantifizierung der volkswirtschaftlichen Effekte, Ableitung von Politikempfehlungen

Untersuchungsmethode: Quantitative Analysen

Untersuchungsstruktur: Darstellung des Falls sowie Beschreibung vergleichbarer Fälle in Europa, Analyse der Angebotsseite (Schweizer Binnenmarkt im internationalen Vergleich, Internationaler Handel), Analyse der Nachfrageseite, Analyse der Preisentwicklung, Abschätzung der volkswirtschaftlichen Effekte, Schlussfolgerungen

Fallstudie zum Bereich Marktmachtmissbrauch: Swisscom ADSL (2003)

Am 7. März 2003 erhielt das Sekretariat eine erste summarische Eingabe der TDC Switzerland betreffend der am 1. März 2002 von der Bluewin bekannt gegebenen Preissenkung ihrer ADSL-Produkte (Rabattstaffel). Am 6. Mai eröffnete die WEKO eine Untersuchung und die Swisscom wurde als vorsorglichen Massnahme verpflichtet, ab sofort allen ihren Kunden auf dem Wholesalemarkt für Breitbanddienste die gleiche Rabattstufe wie ihrer Tochter Bluewin zu gewähren. Am 15. Dezember 2003 erlässt die WEKO eine Verfügung gegen die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG betreffend das Wholesale Angebot für ADSL-Dienste. Eine unzulässige Quersubventionierung der Bluewin AG durch die Swisscom AG wurde nicht bestätigt.

Untersuchungsziele: Aufspüren von positiven und negativen Wirkungen der Untersuchung und Entscheidung der WEKO, Erfassung der Einschätzung beteiligter Parteien, Ableitung von Politikempfehlungen

Untersuchungsmethode: Quantitative Analysen, Befragungen in Form strukturierter Interviews

Untersuchungsstruktur: Darstellung des Falls, Schweizer Markt im internationalen Vergleich, Entwicklung des Wettbewerbs im Schweizer Markt, Abschätzung der volkswirtschaftlichen Effekte (Effiziente Regulierung als Grundlage funktionierenden Wettbewerbs, wettbewerbspolitische Beurteilung von Rabattsystemen, Einschätzung von beteiligten Parteien), Schlussfolgerungen

Fallstudie zum Bereich Unternehmenszusammenschlüsse: Pfizer Inc./Pharmacia Corp. (2003)

Die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben ging bei der Wettbewerbskommission am 11. November 2002 ein. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 11. Dezember 2002 zur Fusion von Pfizer und Pharmacia wurde in RPW/2003/2 veröffentlicht. Es wurde festgestellt, dass der Zusammenschluss den aktuellen Wettbewerb nicht stark beschränken wird und dass potentieller Wettbewerb auf dem Schweizer Pharmamarkt vorhanden ist. Das Zusammenschlussvorhaben wurde unter Auflagen genehmigt. Diese verpflichten Pfizer und Pharmacia das Produkt ‚Darifenacin‘ und die Rechte von Pharmacia zur Entwicklung und Kommerzialisierung von Apomorphin-Hydrochlorid Nasenspray zu veräussern.

Untersuchungsziele: Aufspüren von positiven und negativen Wirkungen der Entscheidung der WEKO, Ableitung von Politikempfehlungen

Untersuchungsmethode: Auswertung deskriptiver Statistiken zur Konzentrations-, Marktanteils- und Preisentwicklung, Qualitative Analysen

Untersuchungsstruktur: Der Fall ‘Pfizer Inc./Pharmacia Corp.’ im Überblick; Beschreibung der Pharmaindustrie und ihrer Regulierung in der Schweiz; Vergleich der institutionellen Fusionskontrolle in der Schweiz mit der Europäischen und der US-amerikanischen Praxis; Allgemeine Auswirkungen der Pfi-

zer/Pharmacia Fusion; Analyse der ausgesprochenen Auflagen im Fall der Pfizer/Pharmacia Fusion; Schlussfolgerungen

Fallstudie zum Bereich Vertikale Vereinbarungen: Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Automobilhandel (2002)

Mit der WEKO ‚Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel‘ (Beschluss der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2002) werden die aktuellen Regeln für den Automobilhandel in der Schweiz festgelegt. Die WEKO Bekanntmachung nimmt Bezug auf die Verordnung No. 1400/2002 der Europäischen Kommission vom 31. Juli 2002 im Kraftfahrzeugsektor, die am 1. Oktober 2002 für den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) in Kraft getreten ist. Die WEKO Bekanntmachung berücksichtigt die in der Schweiz herrschenden ökonomischen und rechtlichen Bedingungen.

Untersuchungsziele: Die ‚Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel‘ hat zum Ziel, den Wettbewerb im Automobilgeschäft zu fördern und dadurch den Verbrauchern Verbesserungen beim Kauf von Neufahrzeugen und beim Zugang zu Reparatur- und Serviceleistungen zu bieten. Mit der vorliegenden Fallstudie wird untersucht, in welchem Masse dieses Ziel erreicht wurde und welchen Beitrag die Bekanntmachung dazu geleistet hat

Untersuchungsmethode: Deskriptive Statistik, Unternehmensbefragungen. Die Befragung umfasst Importeure von Neuwagen, Ersatzteilhersteller/–Importeure/-Händler, Händler und Vertreter eines Automobilverbandes. Zusätzlich wurde die Befragung der Anwälte genutzt, um deren Einschätzung über den Automobilmarkt zu erhalten

Untersuchungsstruktur: Die rechtlichen Grundlagen und Entscheidungen zum Schweizer Automobilmarkt; Erläuterung der Methoden der Evaluierung; Überblick über europäische und Schweizer Studien zum Automobilmarkt; Wertung der Ergebnisse der Automobilmarktanalyse; Erörterung der Ergebnisse der Unternehmensbefragung bezüglich der Entwicklungen im Automobilverkauf, Servicemarkt, und Ersatzteilmarkt; Schlussfolgerungen

Den gerade skizzierten vier Fallstudien vorangestellt ist eine Darstellung der Ergebnisse einer Befragung zu den Wirkungen des Kartellgesetzes bei Anwälten, Unternehmen und Verbänden. Diese verfolgt insbesondere den Zweck, positive und negative Wirkungen des Kartellgesetzes bzw. der Kartellgesetzrevision aus der Sicht von Betroffenen aufzuspüren sowie Verbesserungsvorschläge aufzunehmen.

Aus inhaltlicher Sicht ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass die Mehrzahl der im folgenden präsentierten Aspekte Tendenzaussagen derart darstellen, als sie von einer oder auch mehreren Interviewpartnern genannt und entsprechend begründet wurden. Dies bedeutet nicht, dass alle befragten Interviewpartner/Parteien die jeweiligen Argumente als relevant und richtig ansehen oder gar, dass alle genannten Verbesserungsvorschläge aus Gründen der ökonomischen Effizienz unmittelbar umgesetzt werden sollten. Eine Wertung der unterbreiteten Argumente und Vorschläge erfolgt im Rahmen dieses Berichts nicht.

Befragung zu den Wirkungen des Kartellgesetzes bei Anwälten, Unternehmen und Verbänden

Befragungsziele: Aufspüren von positiven und negativen Wirkungen des Kartellgesetzes bzw. der Kartellgesetzrevision aus der Sicht von Betroffenen sowie Aufnahme von Verbesserungsvorschlägen

Befragungsmethode: Strukturierte Interviews mit Leitfäden

Befragungsobjekte: 7 Schweizer Kartellrechtsanwälte, 10 Schweizer Grossunternehmen (4 Industrie- und 6 Dienstleistungsunternehmen, 7 mit Erfahrung in Wettbewerbsfällen), 4 Verbände (davon 2 Branchenverbände und 2 Dachverbände)

Befragungsstruktur: Generelle Entwicklungen des Kartellrechts, Existenz und Ausgestaltung von Compliance-Programmen, Einfluss auf Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien, Beurteilung ausgewählter Instrumente (Übergangsregelung, Sanktionsmöglichkeiten, Bonusregelung, Hausdurchsuchungen, Widerspruchsverfahren, Fusionskontrolle, Bekanntmachungen) sowie Institutionelle Aspekte des Wettbewerbsrechts

2 Ergebnisse einer Befragung zu den Wirkungen des Kartellgesetzes bei Anwälten, Unternehmen und Verbänden

2.1 Einführung

Aus ökonomischer Sicht werden Unternehmen – als rationale Entscheidungsträger – solange gegen Wettbewerbsregeln verstossen wie diese Teil der gewinnmaximierenden Unternehmens- bzw. Geschäftsfeldstrategie sind. Infolgedessen gibt es – abgesehen von moralischen Erwägungen – keinen Grund für Unternehmen von wettbewerbsfeindlichen Aktivitäten abzusehen, solange das Kosten-Nutzen-Verhältnis nicht durch eine entsprechende (kostensteigernde) Intervention von staatlicher Seite glaubhaft und hinreichend beeinflusst wird. Vor diesem Hintergrund kann demnach nur die Androhung von (hinreichend wahrscheinlichen und empfindlichen) Sanktionen und/oder anderen eingreifenden Interventionen (wie beispielsweise strukturelle oder verhaltensorientierte Auflagen) aus ökonomischer Sicht die gewünschten Veränderungen im Verhalten der Unternehmen erzielen.

Übertragen auf die Schweiz bedeutet dies, dass nicht die Reformierung des Kartellrechts an sich eine Verhaltensänderung auf Unternehmensseite erwarten lässt, sondern lediglich die Generierung von glaubhaften Signalen, dass entsprechende Vergehen von der Wettbewerbskommission nun entsprechend geahndet werden. In diesem Zusammenhang sind jüngere Ereignisse in der Schweizer Wettbewerbspolitik wie der erste durchgeführte ‚dawn raid‘ im Luftfrachtmarkt⁶ sowie die Verhängung einer Sanktion in Höhe von ca. CHF 333 Millionen gegen Swisscom Mobile⁷ aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich der Terminierungsentgelte sehr bedeutsame Interventionen, da sie der Schweizer Unternehmenswelt signalisieren, dass Verstösse gegen das herrschende Kartellrecht empfindliche Strafen erwarten lassen. In der ökonomischen Terminologie hat die Wettbewerbskommission demnach erste wichtige Schritte auf dem Weg zu einer ‚abschreckungsbasierten‘ Wettbewerbspolitik beschritten, deren Ziel es ist Wettbewerbsverstösse (und damit Wettbewerbsfälle) ex-ante zu verhindern.

Daraus folgt direkt auch, dass eine effiziente Wettbewerbspolitik nicht an der Zahl der bearbeiteten Wettbewerbsfälle gemessen werden kann.⁸ Dieser Denkweise folgend sollte eine Analyse der Effekte von in den Markt eingreifenden Entscheiden nicht nur aus einer Quantifizierung der direkten Wohlfahrtseffekte in ausgewählten Fällen bestehen (vgl. dazu die Ausführungen in den folgenden Kapiteln), sondern sollte komplementär hierzu eine Abschätzung versuchen, inwiefern das Kartellrecht (und dessen Durchsetzung durch die wettbewerbsrechtlichen Institutionen) schon einen Abschreckungseffekt auf der Unternehmensseite geschaffen hat und somit Wettbewerbsverstösse ex-ante verhindert.

Eine Identifizierung solcher Reaktionen würde – entsprechend der obigen Argumentation – belegen, dass das Kartellgesetz bereits seine positiven Wirkungen entfaltet, da es Unternehmen wirksam davon abhält, Wettbewerbsverstösse zu begehen. Zumindest die groben Abschätzungen einiger Wettbewerbspolizisten⁹ lassen vermuten, dass die Verhinderung von Wettbewerbsverstössen den grössten Beitrag zu den positiven Wohlfahrtswirkungen von Wettbewerbspolitik leistet.

Obwohl die Existenz eines Abschreckungseffekts bei Vorliegen grundlegender institutioneller Faktoren¹⁰ in der Regel nicht bestritten wird, so ist er in seinem Umfang und seiner Wirkung schwierig zu messen oder gar zu quantifizieren. Letztlich müsste eine sogenannte ‚kontrafaktische Welt‘ kreiert werden (in der es keine in den Markt eingreifende Entscheide gegeben hat) innerhalb derer Mutmassungen über die Anzahl und Schwere der Wettbewerbsverstösse angestellt werden müssten.

⁶ Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 16. Februar 2006, WEKO eröffnet Untersuchung betreffend Abreden im Bereich der Luftfracht, Bern.

⁷ Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 16. Februar 2007, WEKO büsst Swisscom Mobile mit CHF 333 Millionen, Bern.

⁸ Aus modelltheoretischer Sicht ist es allerdings auch kein erstrebenswertes Ziel für eine Wettbewerbsbehörde, alle Wettbewerbsverstösse verhindern zu wollen. Das Optimum liegt dort wo die Kosten der Verfolgung eines weiteren Wettbewerbsverstosses gleich sind dem Nutzen einer solchen zusätzlichen Verfolgung. Im Falle positiver Kosten, die im Regelfall anzunehmen sind, führen diese Überlegungen automatisch zur (volkswirtschaftlich effizienten) Nichtverfolgung ‚kleiner Wettbewerbsfälle‘ (siehe Schinkel, M., J. Tuinstra (2006): Imperfect Competition Law Enforcement, erscheint in: International Journal of Industrial Organization).

⁹ Siehe beispielsweise Geroski, P. (2004), Is Competition Policy Worth it?, Speech manuscript, Competition Commission, London und Baker, J. (2003), The Case for Antitrust Enforcement, Journal of Economic Perspectives, Vol. 17, S. 27-50.

¹⁰ Siehe beispielsweise Evenett, S. (2005), Lessons from the Six Country Analyses, Arbeitspapier, Universität St. Gallen sowie Kovacic, W. (2005), Achieving Better Practices in the Design of Competition Policy Institutions, Antitrust Bulletin, Vol. 50, S. 511-517.

Trotz dieser zugegeben fundamentalen Messprobleme gibt es dennoch Möglichkeiten einen Eindruck davon zu bekommen, ob die Entscheide bereits eine Wirkung auf die Schweizer Volkswirtschaft ausüben. Eine Möglichkeit liegt in der Befragung der betroffenen Unternehmen. Eine konkrete mögliche Reaktion der Unternehmen, die in jüngster Zeit insbesondere im angelsächsischen Bereich untersucht wurde, ist in der Einführung so genannter Antitrust Compliance Programme¹¹ zu sehen. Solche Programme, die unter anderem die Erstellung eines Antitrust Compliance Handbuchs, die Schulung der Mitarbeiter sowie die Einrichtung von Monitoring-Systemen beinhalten, sollen verhindern, dass angestellte Entscheidungsträger (un)wissentlich Wettbewerbsverstöße begehen und sich das Unternehmen in der Folge kostspieliger Wettbewerbsverfahren sowie empfindlicher Sanktionen ausgesetzt sieht. Aus volkswirtschaftlicher Sicht kann die Einführung von solchen Compliance Programmen deshalb als Indikator dafür verstanden werden, dass Wettbewerbspolitik insofern ernst genommen wird als in der Einschätzung des jeweiligen Managements die (erwarteten) Erträge der Programme (i.e. die Vermeidung von Verfahren und Strafen) die (erwarteten) Kosten übersteigen (und die Unternehmen demnach solche Programme einführen).

Ein wesentlicher weiterer Effekt von wettbewerbspolitischen Untersuchungen und Eingriffen stellen die dadurch entstehenden Kosten dar. Neben den auf staatlicher Seite anfallenden Kosten wie beispielsweise dem Jahresbudget der Wettbewerbsbehörden oder den entsprechenden gerichtlichen Überprüfungen der Entscheide, werden durch Wettbewerbspolitik auf Unternehmensseite eine Vielzahl an verschiedenen Kosten generiert, die auch als Effekte wettbewerbspolitischer Entscheide in die Betrachtung einfließen müssen. Aus diesem Grund sollte im Rahmen einer Unternehmensbefragung auch erhoben werden, welche Kosten auf Unternehmensseite sowohl für ‚antitrust compliance‘ als auch für Verfahren im Rahmen einer Untersuchung der Wettbewerbskommission veranschlagt werden. Wie wettbewerbspolitische Studien gezeigt haben¹², kann dieser Effekt eingreifender wettbewerbspolitischer Entscheidungen durchaus substantiell sein und darf daher im Rahmen der Analyse nicht prinzipiell ausgeschlossen werden.

Ein indirekter - wengleich potentiell sehr bedeutsamer - Kostenfaktor von Wettbewerbspolitik kann im Missbrauch der entsprechenden Gesetze durch die Unternehmen liegen. In Ergänzung zur eben beschriebenen Analyse der ‚passiven‘ Wirkungen des Kartellrechts auf die Unternehmen wäre demnach ergänzend zu erfragen, inwiefern Schweizer Unternehmen planen, wettbewerbspolitische Aspekte ‚aktiv‘ in ihre Strategieplanungen einfließen zu lassen als ‚Instrument zur Beeinflussung des Wettbewerbs‘ (siehe dazu der grundlegende Aufsatz von Yao¹³). Eine Möglichkeit solcher ‚aktiven Beeinflussung‘ läge beispielsweise in dem Versuch, die Fusion zweier Konkurrenten – die die eigene Marktposition gefährden würde – zu verhindern mit dem Hinweis auf wettbewerbspolitische Bedenken. Auch eine solche Analyse wird nicht nur Aufschlüsse geben über die aktuell realisierten Wirkungen des Schweizer Kartellgesetzes, sondern möglicherweise auch eine Abschätzung der entstehenden Kosten erlauben.

Ein weiterer oftmals vernachlässigter Kostenfaktor von Kartellrecht ist in der negativen Beeinflussung von wettbewerbslichen Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien zu sehen. Sehen Unternehmen beispielsweise aus Gründen der Unsicherheit über die wettbewerbsrechtliche Legalität ihrer Pläne von wettbewerbsrechtlich eigentlich unbedenklichen Fusionen, Kooperationen, Preissenkungen etc. ab, so wird einerseits der kurzfristige Wettbewerb geschädigt. Andererseits ist es wahrscheinlich, dass insbesondere durch negative Wirkungen auf die Innovationsanreize der Unternehmen auch mittel- und langfristige grosse volkswirtschaftliche Schäden entstehen, indem die Innovationskraft der Schweiz als ein wesentlicher Motor des wirtschaftlichen Wachstums geschwächt wird.

Neben der Untersuchung dieser ausgewählten Indikatoren für die Wirkungen des Kartellgesetzes – also einer eher rückwärtsgewandten Fragestellung – wird im Folgenden auch das Ziel verfolgt die Funktionsfähigkeit ausgewählter Institutionen (insbesondere Wettbewerbskommission und Sekretariat der Wettbewerbskommission) sowie Instrumente (z.B. Bonusregelung und Widerspruchsverfahren) der Schweizer Wettbewerbspolitik zu evaluieren, um auf diesem Wege Reformpotential zu identifizieren. Bevor in den Abschnitten 2.4 ff. die zentralen Ergebnisse der durchgeführten Befragungen dargestellt werden, soll in den folgenden Abschnitten kurz auf die Untersuchungsmethode, den Interviewleitfaden sowie die Interviewpartner eingegangen werden.

¹¹ Einen guten Überblick über solche Programme liefert Desai (2005), Antitrust Compliance Programs, Global Competition Review, verfügbar unter <http://www.mayerbrownrowe.com/news/article.asp?id=1796&nid=5>

¹² Siehe u.a. Neven, D. (2005), Competition Economics and Antitrust in Europe, Arbeitspapier, Genf.

¹³ Yao, D. (1998), Antitrust-Restriktionen hinsichtlich Wettbewerbsstrategien, in: Day, G., D. Reibstein, Wharton zur Dynamischen Wettbewerbsstrategie, Düsseldorf, S. 355-385.

2.2 Untersuchungsmethode und Interviewleitfaden

Die vielleicht auf den ersten Blick naheliegendste Form der Untersuchung der eingangs beschriebenen Problemstellungen liegt in der Erstellung und dem Versand eines entsprechenden Fragebogens. Eine solche Vorgehensweise hätte einerseits den zentralen Vorteil, dass eine Vielzahl von Anwälten, Unternehmen und Verbänden angeschrieben werden könnte und so vermutlich – bei Vorliegen einer entsprechenden Rücklaufquote – ökonomische Verfahren zur Auswertung der Ergebnisse verwendet werden könnten. Andererseits wäre es im Rahmen einer solchen Vorgehensweise eher nicht möglich, komplexe (oder gar offene) Fragen zu stellen, die mitunter einer Erläuterung bedürfen. Weiterhin ist zu bemerken, dass das SECO bereits im Jahre 2006 eine entsprechende fragebogenbasierte Befragung zu den Wirkungen der Revision durchgeführt hat und eine Wiederholung für das Jahr 2008 plant. In diesem Umfeld erschien es wenig sinnvoll, einen Konkurrenzfragebogen ähnlichen Inhalts zu versenden und auszuwerten. Ein Zusatznutzen könnte durch ein solches Vorgehen nur dann erreicht werden, wenn entweder andere Empfänger/-gruppen identifiziert und erreicht werden könnten oder aber die Befragungen des SECO als unvollständig angesehen werden müssten. Aufgrund der Grösse der Schweiz sowie den logistischen Vorteilen des SECO bei der Auswahl der Empfänger halten wir es für sehr unwahrscheinlich, dass fundamental andere Empfänger/-gruppen identifiziert werden könnten. Auch aus inhaltlicher Sicht sprechen die Fragebögen des SECO alle wichtigen Themen an, sodass auch aus dieser Sicht kein nennenswerter Mehrwert einer zusätzlichen fragebogenbasierten Befragung zu erkennen wäre.

Aus diesen Gründen wurden strukturierte Interviews bei ausgewählten Anwälten, Unternehmen und Verbänden mit dem Ziel durchgeführt, differenziertere und detailliertere Erkenntnisse zu den Wirkungen des Kartellgesetzes zu erlangen. Vor diesem Hintergrund wurden demnach Interviewleitfäden erstellt, die zwar im Bezug auf die genauen Fragen zwischen den drei Interviewgruppen variierten, allerdings die im Folgenden dargestellte identische grobe Gliederungsstruktur aufweisen:

- Persönlicher Hintergrund
- Allgemeine Informationen zur Unternehmung
- Realisierter Einfluss von Wettbewerbsrecht
- Antitrust Compliance Programme
- Auswirkungen der Bonusregelung
- Auswirkungen des Wettbewerbsrechts auf die Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien
- Weitere Fragen (u.a. weitere Instrumente und institutionelle Aspekte des Wettbewerbsrechts)

Die Motivationen für die jeweiligen Fragenkomplexe sowie die jeweiligen Ergebnisse werden im Folgenden in den Abschnitten 2.4 ff. vorgestellt. Zuvor soll jedoch eine kurze Darstellung der Interviewpartner erfolgen, deren Aussagen dann im Folgenden aggregiert dargestellt werden.

Aus inhaltlicher Sicht ist es wichtig darauf hinzuweisen, dass die Mehrzahl der im folgenden präsentierten Aspekte Tendenzaussagen derart darstellen, als sie von einer oder auch mehreren Interviewpartnern genannt und entsprechend begründet wurden. Dies bedeutet nicht, dass alle befragten Interviewpartner/Parteien die jeweiligen Argumente als relevant und richtig ansehen oder gar, dass alle genannten Verbesserungsvorschläge aus Gründen der ökonomischen Effizienz unmittelbar umgesetzt werden sollten. Eine Wertung der unterbreiteten Argumente und Vorschläge erfolgt im Rahmen dieses Berichts nicht.

2.3 Interviewpartner

Zur Beantwortung der einleitend beschriebenen Fragenkomplexe wurden strukturierte Interviews als die zur Informationsgenerierung am besten geeignete Methode identifiziert. Aus Gründen der Ausgewogenheit sowie einer möglichst breiten Abdeckung von Meinungen und Sichtweisen wurden nicht nur Unternehmen zu ausgewählten Aspekten der Wirkungen des Kartellgesetzes befragt, sondern ebenso Verbände und insbesondere Anwälte.

Im Vorfeld der Interviews, die zwischen Januar und März 2008 überwiegend in Form von persönlichen Gesprächen stattgefunden haben, wurden die oben skizzierten Interviewleitfäden versandt, um den jeweiligen Gesprächspartnern eine Vorbereitung auf die teilweise recht speziellen Fragen zu erlauben. Im Rahmen der Erstellung der Leitfäden haben wir sehr von den Erfahrungen von *Professor Barry Rodger* (University of Strathclyde) profitiert, der vergleichbare Befragungen in Grossbritannien bereits mehrfach durchgeführt hat¹⁴ und uns freundlicherweise und keineswegs selbstverständlich seine Fra-

¹⁴ Rodger, B. (2005), Competition Law Compliance Programmes: A Study of Motivations and Practice, World Competition, Vol. 28, S. 349-376.

gebögen zur Verfügung gestellt hat. Wir konnten so von seinen Erfahrungen profitieren und möchten uns an dieser Stelle sehr herzlich für die Unterstützung bedanken.

Besonders wichtig erscheint es uns, allen Interviewpartnern an dieser Stelle sehr herzlich für die ausnahmslos sehr informativen und für das Untersuchungsziel äusserst hilfreichen Gespräche zu danken.

2.3.1 Anwälte

Die Befragung von Schweizer Kartellrechtsanwälten zu den Wirkungen des Kartellgesetzes wird als sehr relevant und bedeutsam angesehen, da Anwälte naturgemäss eine Vielzahl an Klienten aus verschiedenen Branchen beraten und so über einen guten und vor allem differenzierten Überblick über bestehende Probleme des Wettbewerbsrechts verfügen. Diese Konstellation lässt vermuten, dass die Meinungen der Kartellrechtsanwälte besonders ernst zu nehmen sind im Hinblick auf die Identifizierung von Verbesserungspotential des bestehenden Kartellgesetzes sowie der wettbewerbsrechtlichen Institutionen.

Um sicherzustellen, dass die befragten Anwälte einen Grossteil ihrer Arbeitszeit mit kartellrechtlichen Fragestellungen ausfüllen – und somit als Kartellrechtsexperten bezeichnet werden können – wurde mit Hilfe des Sekretariats der Wettbewerbskommission eine Liste der vorrangig zu befragenden Anwälte erstellt, die in einer ersten Runde angeschrieben wurden. Die Bereitschaft zu einem Interview war bereits in dieser ersten Runde so gross, dass auf weitere Anfragen verzichtet werden konnte.

Die Geeignetheit der Auswahl der befragten Anwälte wurde ferner im Zuge der Interviews insofern überprüft, als die jeweiligen Anwälte befragt wurden, welche Kollegen sie als Interviewpartner empfehlen würden. In einem Falle wurde aufgrund einer solchen Empfehlung eine weitere Befragung vorgenommen, grösstenteils wurden aber jeweils die Personen benannt, die schon im Rahmen der ersten Runde angeschrieben wurden. Eine weitere Überprüfung der Geeignetheit der befragten Anwälte ist möglich über die Präsenz bei kartellrechtlichen Konferenzen beziehungsweise der Mitarbeit in kartellrechtlichen Vereinigungen. Auch ein solcher Abgleich – beispielsweise mit der Sprecher- bzw. Moderatorenliste des St. Gallen International Competition Law Forum ICF 2008 oder der Swiss Association of Competition Law – bestätigt die Geeignetheit der befragten Anwälte im Hinblick auf die Ziele der Studie.

Diese Aussage etwas einschränkend muss allerdings bemerkt werden, dass die Anwälte der grösseren Kanzleien häufig Grossunternehmen vertreten und somit die Aussagen im Rahmen der Interviews überwiegend die Probleme in diesem Umfeld reflektieren. Klein- und mittelständische Firmen mit etwaigem Beratungsbedarf wenden sich überwiegend nicht an grössere Kanzleien; daher sind vermutlich Probleme solcher Unternehmen im Rahmen der Studie unterrepräsentiert. Die befragten Anwälte wiesen aber oftmals auf diese Einschränkung hin und ergänzten bzw. relativierten ihre Aussagen auch, wenn dies angebracht erschien.

Trotz dieser möglichen Einschränkungen der Repräsentativität der Aussagen der befragten Kartellrechtsanwälte wurden im Rahmen der Befragungen niemals der Eindruck erweckt, dass bestimmte Unternehmensmeinungen wiedergegeben wurden oder gar eine etwaige Prägung vorliegt.

Im Rahmen der Studie wurden die folgenden Anwälte – überwiegend in persönlichen Interviews in den jeweiligen Kanzleien – befragt:

- Herr Dr. Jürg Borer (Schellenberg Wittmer)
- Herr Dr. Franz Hoffet (Homburger)
- Herr Dr. Reto Jacobs (Walder Wyss & Partners)
- Herr Dr. Marcel Meinhardt (Lenz & Staehelin)
- Herr Klaus Neff (Vischer)
- Herr Dr. Mani Reinert (Bär & Karrer)
- Herr Dr. Patrick Sommer (CMS von Erlach Henrici)

2.3.2 Unternehmen

Unternehmen sind die unmittelbaren Adressaten des Kartellrechts und daher naturgemäss eine relevante Befragungsgruppe. Da etwaige Sanktionen direkt die Unternehmen betreffen ist – wie einleitend erörtert – eine zentrale Hypothese, dass die Möglichkeit solcher Sanktionen zu einer Erhöhung der Compliance Aktivitäten in den Unternehmen geführt hat. Neben der Untersuchung dieser Fragestellung ist es ebenso wertvoll, in Wettbewerbsfälle involvierte Unternehmen nach ihren Erfahrungen zu befragen, um auf diese Weise Verbesserungspotential zu identifizieren.

Basierend auf diesen grundlegenden Überlegungen wurden im Zuge der Auswahl der zu befragenden Unternehmen in verschiedenen Runden insbesondere zwei Gruppen von Unternehmen angeschrie-

ben: Einerseits Unternehmen in bedeutsamen Branchen der Schweiz sowie andererseits Unternehmen die in den vergangenen Jahren in ein Wettbewerbsverfahren bei der Wettbewerbskommission oder einer ausländischen Wettbewerbsbehörde involviert waren. Aus dieser Auswahl ergibt sich zwangsläufig eine gute Abdeckung bei Grossunternehmen und eine eher suboptimale Abdeckung bei kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU). Die Unterrepräsentiertheit der letzten Gruppe hat aber zentral auch mit der grundsätzlich schlechten Gesprächsbereitschaft zu tun.

Aus rechtlichen Gründen ist es leider nicht möglich, die befragten Unternehmen namentlich zu nennen. Auch eine Nennung der betreffenden Branchen ist nicht möglich, da dann oftmals auf das betreffende Unternehmen zurückgeschlossen werden könnte. Insofern kann an dieser Stelle im Hinblick auf die Charakterisierung der Befragungsgruppe lediglich gesagt werden, dass vier Industrieunternehmen sowie sechs Dienstleistungsunternehmen befragt wurden. Die Mehrzahl dieser Unternehmen sind als international tätige Grossunternehmen mit Schweizer Wurzeln zu klassifizieren. Sieben der zehn befragten Unternehmen waren in den vergangenen Jahren in Wettbewerbsfälle involviert, die Mehrzahl davon in Wettbewerbsfälle der Wettbewerbskommission. Hinsichtlich der jeweils in den Fällen untersuchten möglichen Wettbewerbsbeschränkungen sind sowohl Marktmachtmissbrauch als auch horizontale Abreden sowie Fusionen vertreten. Die Gesprächspartner auf Unternehmensebene waren überwiegend Leiter der Rechtsdienste bzw. der Regulatory Affairs Abteilungen der entsprechenden Unternehmen. Teilweise waren die Gesprächspartner auch der erweiterten Geschäftsführung zugehörig. Sie befanden sich im Regelfall schon einen längerem Zeitraum in dem jeweiligen Unternehmen und erwiesen sich so als kompetente Interviewpartner im Hinblick auf die Zielsetzung der Studie.

2.3.3 Verbände

Die Befragung von Verbänden muss prinzipiell als bedeutsam eingeschätzt werden, da Verbände gemäss ihrer Aufgabe die Meinungen und Ansichten der betreffenden Branche bündeln und mitprägen. Entsprechende Interviews können demnach wertvoll sein im Hinblick auf ein zentrales Ziel der Befragung: Die Identifikation von Vorschlägen zur Verbesserung des Kartellrechts. Darüber hinaus haben Verbände über ihre Kommunikationsaktivitäten mit den Mitgliedern die Möglichkeit, Einfluss zu nehmen auf die Durchdringung wettbewerbsrechtlichen Wissens in der jeweiligen Branche und sind auch von diesem Blickwinkel heraus ein interessanter und relevanter Ansprechpartner. Dennoch darf in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben, dass es sich bei Verbänden um Interessenvereinigungen handelt und davon ausgegangen werden muss, dass sich diese Interessen in den Antworten widerspiegeln.

Bei der Auswahl der anzuschreibenden Verbände wurde eine Dreiteilung vorgenommen. So wurde einerseits versucht, Branchenverbände zu befragen, die überwiegend kleine und lokal tätige Unternehmen vertreten. Dies erschien insbesondere deshalb bedeutsam als diese Unternehmen bei der Unternehmensbefragung unterrepräsentiert sind. Mit Hilfe des SECO wurde eine Liste an anzuschreibenden KMU-Verbänden erstellt und die entsprechenden Vertreter angeschrieben. Leider waren diese Bemühungen um Gespräche erfolglos. Auch im Falle grösserer Branchenverbände war die Gesprächsbereitschaft – insbesondere im Vergleich zu der positiven Resonanz von Seiten der Anwälte und Grossunternehmen – äusserst gering. Insgesamt konnte mit zwei Branchenverbänden gesprochen werden. Die Bemühungen im Hinblick auf Gespräche mit Dachverbänden waren erfolgreicher und es konnten zwei Gespräche mit Vertretern geführt werden. Von Seiten der Konsumentenverbände wurde ein Protokoll eines früheren Gesprächs mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zur Verfügung gestellt, das jedoch im folgenden keine Berücksichtigung findet da es einerseits zum Teil andere Fragen behandelt und andererseits möglicherweise an anderer Stelle in den Gesamtprozess der Evaluation des Kartellgesetzes einfließt.

Die Ansprechpartner auf Seiten der Verbände waren überwiegend führende Vertreter die zumindest der erweiterten Geschäftsführung zugehörig waren. Sie befanden sich ausnahmslos schon einen längerem Zeitraum in dem jeweiligen Verband und erwiesen sich so als kompetente Ansprechpartner im Hinblick auf die Zielsetzung der Studie.

2.4 Generelle Entwicklungen des Kartellrechts

In diesem Abschnitt sollen einige generelle Tendenzen im Kartellrecht aus Sicht der Anwälte, Unternehmen und Verbände beschrieben werden. Insbesondere sollen die Bedeutung des Kartellrechts eingeschätzt sowie etwaige Veränderungen innerhalb der letzten Jahre aufgespürt werden.

Ergebnisse der Befragung der Anwälte

Aus Sicht der Anwälte ist die Bedeutung des Kartellrechts in der Schweiz in den letzten Jahren deutlich angestiegen. So ist das Kartellrecht in den grossen Anwaltskanzleien in der Schweiz inzwischen ein unverzichtbarer Bestandteil des Beratungsportfolios geworden - auch aufgrund der Bezüge zu anderen Bereichen der anwaltlichen Beratung wie beispielsweise im Immaterialgüterrecht (IP) oder dem (nicht nur kartellrechtliche Fragestellungen umfassenden) Bereich der Fusionen und Übernahmen (M&A). Teilweise wird die Diffusion kartellrechtlichen Wissens von anwaltlicher Seite zur Klientenseite erleichtert durch die Lockerung des anwaltlichen Werbeverbots und die somit mögliche Versendung von Memoranda mit entsprechenden Informationen zur Bedeutung des Wettbewerbsrechts. Ferner wird das Sekretariat der Wettbewerbskommission in der letzten Zeit als sehr viel aktiver im Bereich Öffentlichkeitsarbeit wahrgenommen und auch die auf EU-Recht basierenden Entscheidungen mit Schweizer Beteiligung der letzten Jahre (z.B. Roche und einzelne Schindler Gesellschaften in EU Ländern) fanden in den Medien ein deutlicheres Echo.

Ein wichtiger Indikator für die gestiegene Bedeutung des Kartellrechts ist das Arbeitsaufkommen in den Anwaltskanzleien. So wird von Seiten der befragten Anwälte übereinstimmend berichtet, dass die Revision des Kartellrechts zu einer Nachfragewelle nach anwaltlichen Beratungsleistungen geführt hat, sowohl im Hinblick auf die Anzahl der Klienten als auch im Bezug auf den Beratungsaufwand pro Klient. Dabei spielten die drohenden Geldbussen ebenso eine bedeutende Rolle wie die Furcht vor Hausdurchsuchungen. Dementsprechend wurden insbesondere Antitrust Compliance Programme sowie Leitfäden zum Verhalten bei Hausdurchsuchungen verstärkt nachgefragt. Teilweise waren aber auch bereits nach der ersten Revision 1996 sowie um das Jahr 2000 erste Beratungswellen (insbesondere im Bereich der Antitrust Compliance Programme) feststellbar. In der Übergangsperiode im Jahr 2004 gab es ferner einen substantiellen Anstieg in der Nachfrage nach anwaltlicher Beratungsleistung im Bereich der Prüfung der Rechtmässigkeit von bestehenden Verträgen. Dieser Nachfrageanstieg war aber definitionsgemäss nur vorübergehender Natur.

Hinsichtlich der Struktur des Nachfrageanstiegs in der Folge der Revision sowie der einleitend beschriebenen Folgeereignisse (u.a. Verhängung von Strafen, Hausdurchsuchungen) wurde von Seiten der Anwälte teilweise auf eine notwendige Differenzierung nach der Art des Unternehmens hingewiesen. So findet man bei ausländischen Unternehmen, die auch in der Schweiz aktiv sind im Regelfall einen zumeist sehr professionellen Umgang mit Wettbewerbsrecht vor. Die Schweizer Vorgaben wurden in die bestehenden Systeme integriert, so dass die Auswirkungen der Revision bei diesen Unternehmen als sehr gering eingeschätzt werden müssen. Ähnliches gilt für international operierende Schweizer Grossunternehmen sowie potentiell marktmächtige Unternehmen mit Absatzfokus auf der Schweiz. Auch hier lag grösstenteils schon lange vor der Revision des Schweizer Kartellgesetzes eine Realisierung der Bedeutung von Wettbewerbsrecht (in den entsprechenden ausländischen Märkten) vor. Ein Nachfrageanstieg nach anwaltlichen Leistungen ist nur dann mitunter spürbar, wenn es zu Verstössen gegen Wettbewerbsrecht gekommen ist.

Eine weitere Nachfragegruppe aus anwaltlicher Sicht stellen kleinere börsenkotierte Schweizer Unternehmen dar die nur zu einem gewissen Anteil im Ausland tätig sind. In diesem Bereich haben die Revision sowie die eingangs beschriebenen Folgeereignisse zu einer deutlichen Verstärkung der Nachfrage nach anwaltlichen Dienstleistungen geführt. Ähnliches gilt für grössere Schweizer Firmen in Familienbesitz. Diese Gruppe reagiert auch noch relativ stark mit Nachfrageanstiegen auf allfällige Signale wie Hausdurchsuchungen und Sanktionen.

Von anwaltlicher Seite wurden zwei weitere Nachfragegruppen genannt, nämlich kleinere Firmen mit Fokus auf den Binnenmarkt sowie kleine und mittelständische Firmen mit Fokus auf regionale bzw. lokale Märkte. In beiden Gruppen ist die Mehrzahl der befragten Anwälte nicht schwerpunktmässig tätig, sodass der Effekt auf die Nachfrage nach anwaltlichen Dienstleistungen vernachlässigbar ist.

Ein weiterer Indikator für die Bedeutung des Wettbewerbsrechts liegt in der Einschätzung der Anwälte im Bezug auf die wettbewerbsrechtlichen Kenntnisse ihrer Klienten. Hier wird von Seiten der Anwälte in den vergangenen Jahren eine vertiefte Kenntnis der Kartellrechtsregeln festgestellt. Die Revision des Kartellgesetzes hat hierzu sicherlich spürbar beigetragen. Insbesondere die Einführung von Sanktionsmöglichkeiten, die drohenden Verfahrenskosten (Anwaltskosten und Managementressourcen) sowie die mit Kartellrechtsverstössen verbundene Negativpublizität werden als Hauptgründe für das gestiegene Interesse und Verständnis der Unternehmen genannt.

Trotz der bestehenden deutlichen Verbesserungen im Verständnis von Wettbewerbsrecht auf Unternehmensseite wird von einigen Anwälten berichtet, dass nach wie vor Unklarheiten über die genaue Bedeutung von Wettbewerbsrecht sowie die Folgen von Verstössen bestehen. So ist zwar überwiegend klar, dass Preisabsprachen verboten sind, teilweise ist aber das Problembewusstsein für Spielarten von Preisabsprachen noch nicht sehr weit ausgeprägt. Dies gilt beispielsweise für das Absprechen von Preiserhöhungen oder die gemeinsame Verständigung zu Marktaustritten ausgewählter Unternehmen. Ähnliches gilt für bestimmte Formen des Informationsaustauschs zwischen Firmen, bei denen zwar nicht unmittelbar kollusives Verhaltens im Vordergrund stehen mag (sondern primär die Standortbe-

stimmung und Erkennung von Marktanteilsverlusten), ein drohendes wettbewerbsrechtliches Problempotential aber dennoch besteht, ohne von den Unternehmen erkannt zu werden. Im Hinblick auf die Folgen von Verstössen gegen das Kartellgesetz findet man bei Unternehmen gelegentlich noch die Ansicht, dass letztlich nur horizontale Preisabsprachen mit nennenswerten Sanktionen belegt werden können.

Trotz dieser überwiegend positiven Darstellung der Entwicklung des Kartellrechts muss einschränkend bedacht werden, dass aus anwaltlicher Sicht nur Auskunft über die bestehenden und neu hinzugekommenen Klienten gegeben werden kann. Aufgrund der beschriebenen Konzentration der anwaltlichen Beratungstätigkeit auf Grossunternehmen, kleinere börsenkotierte Unternehmen sowie grössere Familienunternehmen beziehen sich diese Aussagen im Wesentlichen auf diese Nachfragegruppen. Teilweise wurde von Seiten der Anwälte explizit auf diese mögliche Verzerrung hingewiesen. Eine Einschätzung bezüglich des Verständnisses der Wettbewerbsregeln in den von der anwaltlichen Beratung weniger oder nicht abgedeckten Bereichen fällt wesentlich ungünstiger aus. Bei kleineren, tendenziell lokal tätigen Unternehmen und bestimmten Verbänden ist die Einsicht bezüglich der Bedeutung des Wettbewerbsrechts nicht immer vorhanden oder gar fortgeschritten. Dies wird oftmals mit historisch gewachsenen Vertragswerken bzw. Verhaltensweisen begründet, die jahrzehntelang funktioniert haben und nun nicht einfach schlecht und verboten sein sollen. Auch auf Verbandsebene werden von Seiten der Anwälte teilweise Verständnisprobleme in Bezug auf das Kartellrecht identifiziert. In der Vergangenheit haben solche Probleme dazu geführt, dass dem betreffenden Klienten der Austritt aus dem entsprechenden Verband nahe gelegt wurde oder zumindest eine anwaltliche Begleitung zu Verbandstreffen erfolgte.

Im Hinblick auf die Gründe für aufgedeckte Wettbewerbsverstösse divergieren die anwaltlichen Meinungsäusserungen. Teilweise wird in der Mehrzahl der Fälle Unwissenheit als Grund für den Wettbewerbsverstoss angenommen. Dies würde für eine noch unzureichende Durchdringung wettbewerbsrechtlicher Regeln sprechen. Teilweise wird Unwissenheit als Grund fast ausgeschlossen und Vorsatz oder zumindest grobe Fahrlässigkeit als Gründe angegeben, beispielsweise wenn entsprechende Vertragswerke vor Unterzeichnung nicht einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung unterzogen wurden und deshalb klare Verstösse nicht erkannt wurden. Das Vorliegen solcher Gründe spräche dann eher für nicht funktionierende Compliance Programme oder eine noch nicht wirksame Abschreckungswirkung des Kartellrechts.

Ergebnisse der Befragung der Unternehmen

Aus Sicht einiger befragter Unternehmen weisen verschiedene Indikatoren darauf hin, dass die Wettbewerbspolitik in der Schweiz in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen hat. So hat beispielsweise die Berichterstattung zu wettbewerbspolitischen Themen in der Presse zugenommen. Auch die Anzahl der Anwälte, die sich mit Kartellrecht beschäftigen, ist in den letzten Jahren deutlich angestiegen. Die Zahl der ökonomischen Beratungsgesellschaften ist hingegen immer noch begrenzt und es treten daher schnell Befangenheitsprobleme auf. Expertise wird daher auch aus dem Ausland eingekauft. Die WEKO wird als aktiver und kommunikativer wahrgenommen, beispielsweise hinsichtlich der Veröffentlichung von Pressemitteilungen sowie der Präsenz in den Nachrichten. Tageszeitungen haben ein gesteigertes Interesse an Beiträgen zur Wettbewerbspolitik. Das Publikum ist interessiert, insbesondere an Themen wie Sanktionen und Hausdurchsuchungen.

Die befragten Unternehmen bezeichnen Wettbewerbspolitik als einen notwendigen Bestandteil der Wirtschaftspolitik. Dies gilt einerseits generell um die Funktionsfähigkeit von Märkten zu erhalten bzw. wiederherzustellen als auch im speziellen für die Verhinderung bzw. Verfolgung und Sanktionierung harter horizontaler Kartelle, die von nahezu allen Unternehmen als volkswirtschaftlich schädlich beurteilt wurden, auch aufgrund der Reduzierung der Innovationstätigkeit. Bezüglich der Gewünschtheit einer Sanktionierung anderer Wettbewerbsvergehen ausserhalb der horizontalen Kartelle ist ein Teil der befragten Unternehmen skeptischer, da die gesetzlichen Konzeptionen sehr viel allgemeiner gehalten sind und somit substantielle Rechtsunsicherheit auf Unternehmensseite kreiert wird. In der Tat wurde das Problem der Rechtsunsicherheit in nahezu allen Gesprächen als zentrales wettbewerbsrechtliches Problem in der Schweiz bezeichnet.

Insbesondere Unternehmen, die überwiegend im Ausland marktlich tätig sind und/oder in regulierungsintensiven Branchen zu Hause sind, geben an, dass die Revision insofern von nahezu keiner Bedeutung für das Unternehmen war, als die Einhaltung wettbewerbsrechtlicher Regelungen oft schon lange Teil der Agenda und oftmals auch schon integraler Bestandteil der Unternehmenspolitik war und somit relativ einfach in bereits bestehende Managementsysteme implementiert werden konnte. In einzelnen Fällen wurde die Revision als Anlass für die Einführung von wettbewerbsrechtlichen Aspekten in bestehende Complianceprogramme genannt. Wiederum in einzelnen Fällen wurde eine solche Einführung eher auf Druck der Kapitalmärkte – im Hinblick auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben vorgenommen – als im Hinblick auf die Vermeidung von Sanktionen.

Ergebnisse der Befragung der Verbände

Die Verbände bekennen sich im Grundsatz zum Wettbewerb und die grundlegenden Bestrebungen des Bundes, den Wettbewerb zu fördern, werden unterstützt. In Bezug auf wesentliche Neuerungen des Kartellrechts (u.a. Sanktionsmöglichkeiten, Hausdurchsuchung oder Bonusregelung) sind die Ansichten allerdings kontrovers. So wurde teilweise die Meinung vertreten, dass diese Neuerungen durch die Revision konsequent und notwendig zur Durchsetzung des Kartellrechts waren. In anderen Gesprächen wurde zwar Wettbewerb unter Unternehmen prinzipiell gutgeheissen, aber ebenso darauf hingewiesen, dass Absprachen nicht generell negativ zu beurteilen sind, weil sie beispielsweise auch dazu dienen können, dass kleine Unternehmen gegenüber grossen Unternehmen konkurrenzfähig bleiben (etwa beim Aushandeln von Konditionen). Ebenso ambivalent im Hinblick auf die volkswirtschaftlichen Wirkungen werden Exportkartelle sowie gewisse vertikale Preisabreden gesehen.

Ergänzend wurde von Verbandsseite verschiedentlich die Auffassung vertreten, dass das Oberziel des Kartellrechts die Gewährleistung eines für alle Seiten fairen Wettbewerbs sein muss; dies sollte im Besonderen für Märkte mit substantieller Nachfragemacht gelten. Im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung sollte ferner nicht vergessen werden, dass andere Wettbewerbsparameter wie beispielsweise die Dienstleistungsqualität von grosser Bedeutung sein können und ein entsprechender Wettbewerb in solchen Dimensionen ebenso fair ausgestaltet sein muss.

Die ‚Culture of Compliance‘ wird bei den grossen Unternehmen als gut bis sehr gut eingeschätzt. Bei den KMU ist das eine eher offene Frage. Je relevanter das Wettbewerbsrecht für die jeweilige Branche ist, desto mehr Gewicht legen die Unternehmen auf die wettbewerbspolitischen Aspekte. Die Auswirkungen der Revision auf die Unternehmen müssen nach dem Internationalisierungsgrad differenziert werden. Für Unternehmen, die nur oder überwiegend auf dem Binnenmarkt tätig sind, ist der Einfluss sicherlich grösser gewesen, könnte aber noch grösser sein.

2.5 Existenz und Ausgestaltung von Antitrust Compliance Programmen

Antitrust Compliance Programme haben die zentrale Aufgabe im Unternehmen, Wettbewerbsverstösse durch die Mitarbeiter zu verhindern und auf diese Weise dem Unternehmen die entsprechenden Kosten für Sanktionen, Verfahren, Reputationsverluste etc. zu ersparen. Aus volkswirtschaftlicher Sicht stellen sie einen Indikator für die realisierte Bedeutung des Wettbewerbsrechts dar, sind aber gleichzeitig auch eine Kostenkomponente, die es zu berücksichtigen gilt.

Ergebnisse der Befragung der Anwälte

Obwohl die Klienten in den vergangenen Jahren ein erhöhtes Interesse an Antitrust Compliance Programmen gezeigt haben, wird von Teilen der befragten Anwälte immer noch von Schwierigkeiten berichtet, den Klienten Investitionen in Antitrust Compliance Programme als lohnend zu vermitteln, insbesondere da die erwarteten Erträge im Regelfall hypothetischer Natur sind und idealerweise auch bleiben. Diese Absatzsituation unterscheidet sich demnach grundsätzlich von beispielsweise Steuerberatern, die durch ihre Beratung dem Unternehmen nachweislich liquide Mittel einbringen. Wohl auch aus diesem Grund ist die Nachfrage nach Antitrust Compliance Programmen stark ‚saisonabhängig‘ und steigt nach der Bekanntgabe von Sanktionen oder Hausdurchsuchungen in der Regel an. Oftmals werden auch Programme eingeführt, wenn man schon eines Wettbewerbsvergehens überführt wurde (da man auf diese Weise möglicherweise eine Reduzierung der Sanktion erreichen kann) oder wenn intern Wettbewerbsprobleme identifiziert wurden, ohne dass die Wettbewerbsbehörde davon Kenntnis erlangt hat. Eine stärkere Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei der Sanktionierung würde den Anreiz unternehmensseitig verstärken, in solche Programme zu investieren.

Die Art der anwaltlichen Beratung im Bereich der Compliance Programme hängt stark von der Branche sowie der Grösse des Unternehmens ab. So sind kleinere Unternehmen fast zwangsläufig von externer anwaltlicher Beratung abhängig, während grosse Unternehmen eigene Rechtsdienstabteilungen zur internen Abklärung solcher Fragestellungen beschäftigen. Externe Anwälte werden dann nur als Kontakt für mögliche Hausdurchsuchungen (bzw. Training für Hausdurchsuchungen) sowie mitunter für Audits benötigt. Antitrust Compliance Programme werden allerdings zunehmend auch von mittelständischen Unternehmen nachgefragt. Auch Verbände werden beraten.

Das Spektrum der anwaltlichen Tätigkeiten im Bereich der Antitrust Compliance Programme ist gross. Oft wird beim Klienten zunächst ein Audit der kartellrechtlichen Exposure vorgenommen, teilweise durch simulierte Dawn Raids. Die weitere Implementierung des Compliance Systems erfolgt dann in Abhängigkeit der identifizierten Probleme. Die Compliance Programme sind unterschiedlich ausgestaltet: Handbücher oder Leitfäden, sich regelmässig wiederholende Schulungen etc. und eLearning Programme werden auf die jeweilige Branche, die jeweiligen Adressaten (Geschäftsführung, Manager, Verkaufsteams) sowie die herrschende Unternehmenskultur angepasst. Im Zusammenhang mit der Erstellung von eLearning-Programmen wird berichtet, dass man bei der Anpassung solcher Programme

vom EU-Kartellrecht auf das Schweizer Kartellrecht feststellt, dass es oftmals schwieriger ist, im Schweizer Recht konkrete Handlungsvorgaben zu geben, da einerseits kaum per se Verbote existieren und die gesetzlichen Vorgaben teilweise unklar sind und es andererseits keine grosse Fallpraxis gibt. Alle diese Aspekte erschweren die Ableitung von Handlungsvorgaben.

Eine zentrale Schwierigkeit bei der Implementierung von Antitrust Compliance Programmen ist aus anwaltlicher Sicht der fehlende Einbezug des Topmanagements. Dieses muss zentral an der Einführung beteiligt werden, sich einer Zero Tolerance Politik verpflichten und die Umsetzung an die Bereichsleiter bzw. den Chief Compliance Officer delegieren. Eine Einführung nur durch die Rechtsabteilung ohne aktive Unterstützung der Geschäftsführung wird als suboptimal angesehen. Ferner wird es von Unternehmensseite oftmals noch versäumt, bestehende Programme regelmässigen Updates und Audits zu unterziehen. Derzeit finden Audits bestehender Programme oft nur im Rahmen von Übergangsphasen nach Wechseln in der Geschäftsführung oder Übernahmen statt oder alternativ bei laufenden wettbewerbsrechtlichen Untersuchungen aufgrund des dadurch kreierte Stressses.

Bezüglich der Kosten von Antitrust Compliance Programme ist zu vermuten, dass die Bindung von inhouse Kapazitäten in den Bereichen Geschäftsführung, Rechtsdienst und den Bereichsleitungen den grössten Kostenblock darstellen. Im Hinblick auf die weitere Verbreitung von Antitrust Compliance Programmen wird es als bedeutend angesehen, dass die Wettbewerbskommission sich klar für solche Programme ausspricht und auch Strafsenkungen in Erwägung zieht, wenn Wettbewerbsverstösse aufgedeckt werden trotz der Implementierung eines state-of-the-art Antitrust Compliance Programms (siehe Motion Schweizer).

Aus anwaltlicher Sicht ist eine zentrale Herausforderung für die Unternehmen, die Aktionen ihrer Mitarbeiter im Tagesgeschäft unter Kontrolle zu halten. Wettbewerbsverstösse (insbesondere Abreden) finden – in Abhängigkeit der jeweiligen Branchegegebenheiten – tendenziell eher nicht auf der Ebene des Topmanagements statt, sondern auf der Ebene der Verkäufer, auf die Druck ausgeübt wird, um bestimmte Leistungsziele zu erreichen. Dieser Druck macht dann Kartellabsprachen reizvoll.

Ergebnisse der Befragung der Unternehmen

Von den befragten Unternehmen gaben alle an über ein Antitrust Compliance Programm zu verfügen. Im Hinblick auf den Umfang, die Qualität sowie den Grad der Implementierung der Programme hat die Befragung allerdings zum Teil deutliche Unterschiede identifiziert. So wurden von einigen Unternehmen Nachweise vorgelegt, die zeigten, dass ein Antitrust Compliance Programm nicht nur auf dem Papier existiert, sondern auch entsprechend der sogenannten Best Practices¹⁵ (siehe dazu Box 1) implementiert ist. Andere Unternehmen gaben an, dass zwar ein entsprechendes Programm existiert, die entsprechend notwendige Implementierung aber noch nicht völlig abgeschlossen ist. In Einzelfällen wurde auch angegeben, dass die Bedeutung des Wettbewerbsrechts erst seit verhältnismässig kurzer Zeit in das Interesse der Geschäftsführung gerückt sei. Dabei war indirekt die Revision insofern ursächlich, als die Berichte zu Sanktionen und Hausdurchsuchungen entsprechende Wirkungen entfaltet haben. Unternehmen, die bereits in ein oder mehrere Verfahren der WEKO involviert waren, beschreiben die entsprechenden Prozeduren als derart langwierig und ressourcenbindend, dass weniger die drohende finanzielle Sanktion eine Abschreckungswirkung ausübt, sondern die entsprechenden Belastungen des Wettbewerbsverfahrens.

Box 1: Best Practice im Bereich der Implementierung von Antitrust Compliance Programmen

Um die aktuellen Aktivitäten im Bereich der Implementierung von Antitrust Compliance Programmen besser einordnen zu können, ist es hilfreich, die Best Practice für solche Programme kurz darzustellen. Ohne an dieser Stelle der Fülle an Management-Literatur zu diesem Thema ausführlicher Rechnung tragen zu können, sei auf den Ansatz für ein effektives Antitrust Compliance Programm von KPMG verwiesen. Dieses sieht die Initiierung und Begleitung des Implementierungsprozesses durch das Top-Management als einen zentralen Erfolgsfaktor an. Der eigentliche Implementierungsprozess soll durch die folgenden sieben Stufen erfolgen: Entwicklung einer Compliance Strategie, Abfassung entsprechender Regelwerke, Mitarbeiterauswahl und –schulung, Aufbau einer Compliance Organisation, Definition klarer Verantwortlichkeiten, Setzen von Anreizen bzw. Sanktionen sowie die Schaffung eines Kontrollsystems.

Eine *Compliance Strategie* lag – in verschiedenen Differenzierungsgraden – bei allen befragten Unternehmen vor. Als Grundziele der Compliance-Aktivitäten werden überwiegend die Sicherstellung der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben genannt sowie die Vermeidung von Sanktionen und unnötigen Verfahren. Dabei wird von der Mehrzahl der Unternehmen betont, dass die Initiative und Verantwortung

¹⁵ Siehe insbesondere Grüninger, S. (2005), Corporate Governance & Responsibility, KPMG Präsentation, 2nd Constance Academy of Business Ethics, Konstanz.

bei der Geschäftsführung liegt und der Rechtsdienst im Regelfall nur mit der Implementierung betraut wird. Im Regelfall wurde auch bemerkt, dass Compliance letztlich ein Thema ist, dass für jeden Mitarbeiter relevant ist. In einem Fall wurde ausdrücklich betont, dass es entscheidend ist, Compliance nicht nur als Kostenfaktor zu begreifen, sondern als Instrument mit direktem Einfluss auf den Shareholder Value und somit auch als wichtiges Unternehmensasset: ‚If you think compliance is expensive think without compliance‘.

Die *Abfassung entsprechender Regelwerke* hat ebenso bereits in Form von Merkblättern, Leitfäden bzw. Handbüchern in allen befragten Unternehmen stattgefunden. Die Einordnung in einen bestehenden Code of Conduct ist allerdings noch nicht überall erfolgt. Regelmässig wurde betont, dass die Abfassung der genannten Regelwerke nur den Beginn der Implementierung eines entsprechenden Managementsystems darstellt und nicht das Ende entsprechender Aktivitäten. Die Information der Mitarbeiter wird teilweise als Bringschuld des Unternehmens aufgefasst.

In den Bereichen *Mitarbeiterauswahl und -schulung* unterscheiden sich die Unternehmen in Bezug auf die Auswahl der zu schulenden Mitarbeiter deutlich. Während einige lediglich das Top-Management und die oberen Führungsebenen einbeziehen, richten sich andere an grosse Teile des gesamten Mitarbeiterstamms. Wieder andere konzentrieren die Schulungen auf Mitarbeiter, die mit kartellrechtsrelevanten Sachverhalten zu tun haben könnten. Branchenspezifische Besonderheiten – und das damit zusammenhängende Potential der Durchführung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen – erklären einen Teil dieser unterschiedlichen Handhabung. Zu den im Rahmen der Mitarbeiterschulung implementierten Compliance Massnahmen zählen beispielsweise gruppenweite Trainings, die Bereitstellung einer Antitrust Compliance Seite im Intranet, eine webbasierte Abfrage zu den Hauptrisiken sowie die Erstellung und das Durchlaufen von eLearning Programmen. Im Bezug auf die eLearning Programme ist zu erwähnen, dass in keinem Fall Standardprogramme verwendet wurden, sondern immer individuell auf die Branche und die Marktposition des Unternehmens zugeschnittene Programme.

Im Rahmen der Umsetzung eines Compliance Programms treten im Bereich der Schulung für einen international tätigen Konzern insbesondere die folgenden Probleme auf: Übersetzung in eine Vielzahl von Sprachen, Anpassung der Inhalte an die jeweiligen Kartellrechte, Ressourcen und Zeitaufwand für die Vorbereitung und die Durchführung des Trainings sowie die grosse Fluktuation von Mitarbeitern im Ausland (die kurze Wiederholungszyklen im Bezug auf Trainings erforderlich macht, um neue Mitarbeiter zeitnah mit den notwendigen Informationen zu versorgen). Ferner ist es manchmal schwierig, einerseits die Breite des Kartellrechts abzudecken und andererseits anschauliche Fallbeispiele vorzulegen, die die Relevanz des Kartellrechts bei konkreten Geschäftsvorfällen aufzeigen.

Im Hinblick auf die Entwicklung eines eLearning Programms wurde von einer Unternehmung berichtet, dass die Entwicklung und Vorgabe von klaren Regeln und Handlungsempfehlungen im Schweizer Kartellrecht grosse Probleme aufwirft, weil eine entsprechend gefestigte Praxis fehlt. Dies gilt in besonderem Masse für vertikale Abreden. Ferner wurde im Rahmen der Erstellung des Tools festgestellt, dass die damit beauftragten externen Anwälte die Kartellgesetze sehr restriktiv ausgelegt hatten. Eine direkte Umsetzung dieser Vorgaben hätte möglicherweise zu einer zu weitgehenden Beschränkung der Unternehmens-, Geschäftsfeld- und Produktstrategien des betreffenden Unternehmens geführt.

Die eLearning Sessions werden von der Mehrzahl der Unternehmen als hilfreiches Instrument angesehen. In einem Fall wurde allerdings von einem Unternehmen angegeben, dass sich die Anwendung von eLearning Programmen nicht bewährt hat, da diese Form des Trainings nur schwer mit der Unternehmenskultur vereinbar war. Dementsprechend wurde das eLearning Instrument aufgegeben und es wurden alternative Formen der Diffusion wettbewerbsrechtlichen Wissens entwickelt und umgesetzt.

Die von den befragten Unternehmen beschriebenen Aktivitäten im Rahmen des *Aufbaus einer Compliance Organisation* umfassen die Schaffung von Compliance Teams, die Ernennung von Compliance-Verantwortlichen in allen Tochter- bzw. Landesgesellschaften, die Schaffung eines Audit Committees sowie teilweise auch ein Benchmarking des Compliance Systems. Ferner wurde in den meisten Fällen eine unternehmensinterne Beratungsstelle eingeführt, bei der Mitarbeiter in Zweifelsfällen Rat suchen können. Ein befragtes Unternehmen berichtete detailliert über die Integration der Compliance in die Prozessabläufe für Produktneueinführungen oder -änderungen. In der Praxis bedeutet dies, dass jedes Produkt erst dann für marktreif erklärt wird, wenn die entsprechende Konformität mit dem Kartellrecht überprüft wurde.

Bezüglich der *Definition klarer Verantwortlichkeiten* sehen die meisten befragten Unternehmen die letztendliche Verantwortung bei der jeweiligen Geschäftsführung. Den jeweiligen Leitern der Rechtsdienste bzw. dem Chief Compliance Officer obliegen dann die vielfältigen Aufgaben der Implementierung und Kontrolle des entsprechenden Managementsystems. Die Compliance Officer in den jeweiligen Landesgesellschaften sind für die Implementierung in den jeweiligen Ländern zuständig und berichten im Regelfall mindestens ein Mal jährlich an den Group oder Chief Compliance Officer.

Das *Setzen von Anreizen und Sanktionen* im Bezug auf Antitrust Compliance ist zwischen den Unternehmen unterschiedlich ausgestaltet. In vielen Fällen besteht die Möglichkeit, dass Mitarbeiter mögliches Fehlverhalten anonym melden. In manchen Fällen wird klar von der Unternehmensleitung kom-

muniziert, dass bewusste oder grob fahrlässige Verstöße gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen die fristlose Kündigung zur Folge haben. Eine so deutliche Bindung stellt aber eher noch eine Ausnahme als die Regel dar. Als ein zentrales Problem im Rahmen der Umsetzung solcher Entlassungen wird insbesondere genannt, dass die Unternehmung im Rahmen des Wettbewerbsverfahrens weiterhin auf die Kooperation des Mitarbeiters angewiesen sind und ihn somit zeitnah oftmals gar nicht entlassen kann.

Ein in diesem Zusammenhang in der letzten Zeit diskutiertes neues Instrument der unternehmensinternen Sanktionierung ist die Einführung interner Bonusregelungen. Die Diskussion um solche Programme entstand vor dem generellen Hintergrund, dass Unternehmen substantielle Ressourcen zur Vermeidung von Wettbewerbsvergehen aufwenden, es aber trotz intensiven Bemühungen nicht ausgeschlossen werden kann, dass Mitarbeiter die Grenzen bewusst überschreiten. Vor diesem Hintergrund verfolgen interne Bonusprogramme das Ziel, die Mitarbeiter zu einer internen Meldung zu motivieren, bevor es zu spät ist und eine externe Aufdeckung durch die Wettbewerbsbehörde erfolgt ist und eine Sanktion droht. Der Prototyp einer internen Bonusregelung sieht zwei Phasen vor. Ist noch kein Verfahren eröffnet, so wird ein geständiger Mitarbeiter zwar sanktioniert aber nicht entlassen (Phase 1). Phase 2 ist dadurch charakterisiert, dass bereits ein Verfahren eröffnet ist. In einem solchen Fall wird der Mitarbeiter entlassen, kann aber die Art des Abgangs noch durch seine Kooperationsbereitschaft beeinflussen. Neben dem zentralen Vorteil einer Vermeidung von externen Sanktionen befürchten Kritiker solcher Regelungen negative Auswirkungen auf die Unternehmenskultur. Momentan hat die überwiegende Mehrheit der befragten Unternehmen noch keine interne Bonusregelung eingeführt. Ein befragtes Unternehmen hat gesetzeskonformes Verhalten im Wettbewerbsbereich als Bedingung des internen Share-Option Programms spezifiziert.

In Bezug auf die *Schaffung eines Kontrollsystems* geben die Unternehmen nur teilweise an regelmässig Audits durchzuführen. Teilweise werden Legal Audits intern vorgenommen, teilweise werden sie von externen Anwälten durchgeführt. Manche Unternehmen führen beide Formen des Audits durch. Im Falle interner Audits wurde berichtet, dass der Meinungsaustausch auf Konferenzen und sonstigen Informationsveranstaltungen zentral ist, um inhaltlich auf dem Laufenden zu bleiben und die ‚Best Practice‘ umzusetzen. Im Falle von externen Audits wurde teilweise berichtet, dass lediglich die Problemfelder identifiziert wurden, die dem Rechtsdienst bzw. Chief Compliance Officer ohnehin schon bekannt waren. Das Monitoring des Systems liegt überwiegend in der Hand des Leiters des Rechtsdienstes bzw. des Chief Compliance Officers.

Von Seiten mancher befragter Unternehmen wurde deutlich darauf hingewiesen, dass die Compliance Aktivitäten nicht dazu führen dürfen, dass Mitarbeiter vor dem Ausprobieren marktfähiger und wettbewerbsrechtlich unbedenklicher Strategien zurückschrecken (siehe dazu auch Abschnitt 2.6). Ein erfolgreiches Unternehmen muss ständig an Grenzen gehen – innerhalb des Spektrums der Legalität – und darf manchmal auch vor rechtlichen Grauzonen nicht zurückschrecken. Im Zuge der unternehmensinternen Lokalisierung und Beurteilung solcher Grenzen und Grauzonen ist es deshalb wichtig, dass die Compliance Officer sowohl ein Verständnis für das Business als auch ein detailliertes Verständnis für das Wettbewerbsrecht besitzen. Zentrale Aufgabe der Compliance im Unternehmen ist nicht nur das Aufzeigen von Verboten und Einschränkungen, sondern auch die Identifikation und Kommunikation von bestehenden Freiräumen.

Im Bezug auf die Kosten eines Antitrust Compliance Programms werden überwiegend die investierte (aber für andere Arbeitstätigkeiten verlorene) Arbeitszeit während des Trainings genannt. Eine geringere Bedeutung haben die Einkommen für die im Compliance Bereich tätigen Personen sowie die pekuniären Kosten für die Entwicklung der Schulungsmaterialien. Eine Quantifizierung der Kosten war keinem der befragten Unternehmen möglich.

Ein in der letzten Zeit in manchen der befragten Unternehmen intensiv diskutiertes Thema befasst sich mit der Frage, ob Compliance Programme – im Falle des Nachweises einer entsprechenden Umsetzung – eine strafmildernde Wirkung haben sollen. Die Motion Schweiger sieht vor, dass bei Kartellverstößen involvierte Personen bestraft werden und Unternehmen insofern eine Strafbefreiung oder –reduktion gewährt wird, als sie nachweisen können, dass sie die zumutbaren Compliance Massnahmen zur Verhinderung solcher Verstöße getroffen hatten (Compliance Defense). Zudem schlägt die Motion Schweiger vor, natürlichen Personen, welche in Missachtung der Compliance Vorgaben in Absprachen involviert waren, strafrechtlich zu belangen. Insbesondere die Androhung von persönlichen Sanktionen, inklusive Gefängnisstrafen, könnte in diesem Zusammenhang wirksam sein (siehe dazu Abschnitt 2.7.2).

Ergebnisse der Befragung der Verbände

Von Seiten der befragten Verbände wurde überwiegend darauf hingewiesen, dass man nicht direkt in die Implementierung von Compliance Programmen der Unternehmen involviert ist. Es erscheint aber offensichtlich, dass die Existenz und Ausprägung von Antitrust Compliance Programmen stark von der Grösse der Unternehmen sowie der Branche abhängt. Alle grossen internationalen Unternehmen haben

beispielsweise solche Programme implementiert und verstehen Antitrust Compliance als Teil eines umfassenderen Compliance-Programms, während in Branchen mit eher atomistischen Unternehmensstrukturen – aufgrund der anfallenden Kosten – eher keine oder nur sehr rudimentäre Antitrust Compliance Programme existieren. Um den Mitgliedern zumindest die zentralen Botschaften des Wettbewerbsrechts näher zu bringen, erstellen die Verbände regelmässig Informationsbroschüren zu kartellrechtlichen Gesetzesänderungen und Themen und referieren diesbezüglich auf Generalversammlungen. Bei auftretenden Problemen gewähren sie zum Teil unverbindliche Ratschläge an Mitglieder bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Konformität bestimmter Verhaltensweisen, weisen aber insbesondere auch auf die Möglichkeit hin direkt Rat bei der WEKO oder Kartellrechtsanwälten einzuholen.

Von Branchenverbandsseite wurde auch berichtet, dass Verbände über die Einführung eines eigenen Antitrust Compliance Programms nachdenken oder ein solches bereits eingeführt haben. Innerhalb der befragten Verbände finden regelmässig Schulungen der betreffenden Geschäftsstellenmitglieder sowie der Mitglieder der Milizgremien des Verbandes statt. Ferner existieren Leitfäden bzw. Leaflets zur Bedeutung des Wettbewerbsrechts, die laufend den jüngsten Entwicklungen angepasst werden. Bestandteile solcher Leitfäden sind insbesondere die Festlegung von Verhaltensregeln bei einem allfälligen Kartellrechtsverstoss und Kommunikationsregeln. Die befragten Verbände sind sich insbesondere der Gefahren bewusst, die im Hinblick auf verbotene Absprachen bei Verbandstreffen lauern.

2.6 Einfluss des Kartellrechts auf die Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien

Der Einfluss des Kartellrechts auf die Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien ist aus zweierlei Hinsicht von besonderer Relevanz für die einleitend definierten Ziele der Befragung. Einerseits erwartet man im Zuge von Änderungen des Kartellgesetzes Anpassungen auf Seiten der Unternehmen; insofern ist die Frage zu beantworten, inwiefern solche Anpassungen seit der Revision stattgefunden haben. Andererseits besteht im Falle unklarer wettbewerbsrechtlicher Regeln die Gefahr, dass Unternehmen mehr als volkswirtschaftlich geboten in der Gestaltung ihrer Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien eingeschränkt werden; insofern ist die Frage zu beantworten, inwiefern Unternehmen seit der Revision von Strategien / Massnahmen aufgrund von Unklarheiten in Bezug auf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit Abstand genommen haben.

Ergebnisse der Befragung der Anwälte

Grundsätzlich wird von Seiten der Anwälte bestätigt, dass zweifellos ein Einfluss des Kartellrechts auf die Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien vorhanden ist. Sofern dieser wettbewerbsfeindliche Verhaltensweisen verhindert, ist ein solcher Einfluss ja auch unmittelbar durch wettbewerbsrechtliche Regelungen beabsichtigt. Die Unternehmens- und Geschäftsfeldsstrategien werden insbesondere in der Vertragsgestaltung deutlich vom Kartellrecht beeinflusst, dies gilt im Wesentlichen über alle Industrien hinweg. So gab es im Zuge der Revision / Übergangsperiode eine Vielzahl an Aufträgen, die die Durchsicht bestehender Verträge im Hinblick auf wettbewerbsrechtliche Probleme zum Ziel hatten. Auch bezüglich neuer Verträge sind die Anwälte oft im Rahmen der Konformitätskontrolle eingebunden, allerdings findet zunehmend auch ein self-assessment der Unternehmen statt.

Im Rahmen der Beratung ihrer Klienten wird von Anwälten überwiegend die Devise ausgegeben, an den Beginn die Geschäftsidee sowie deren Umsetzung zu stellen und erst im Anschluss (aber vor der eigentlichen Implementierung) die wettbewerbsrechtlichen Effekte zu untersuchen und gegebenenfalls Anpassungen vorzunehmen. Die anwaltliche Beratung wird allerdings erschwert durch die seit der Revision deutliche gesunkene Rechtssicherheit. Oftmals sind grenzwertige Verhaltensweisen zu beurteilen, die in ähnlicher Form noch nicht von der WEKO entschieden wurden. Zwar hilft in solchen Fällen oftmals der Blick in das Europäische Recht, allerdings ist auch hier das Risiko zu beachten, dass die WEKO in ihrer etwaigen Untersuchung dann von der europäischen Fallpraxis abweicht. In diesem Zusammenhang wird es von anwaltlicher Seite als zentrales Versäumnis angesehen, dass es in der Schweiz kein Set von Leading Cases gibt, wie es in vielen anderen Jurisdiktionen existiert. Die anwaltliche Beratung in einem solchen Umfeld ist extrem schwierig, oftmals können dem Klienten keine verbindlichen Aussagen gegeben werden, da eben keine Fallpraxis existiert.

Die jüngste Bekanntmachungspraxis wird in diesem Zusammenhang von anwaltlicher Seite als teilweise unscharf und unsicherheitserhöhend bezeichnet, da die Wettbewerbskommission die entsprechenden EU-Bekanntmachungen nicht wortgetreu übernommen hat und so abweichenden Interpretationen Tür und Tor geöffnet werden. Dies vermindert direkt die Rechtssicherheit auf Seiten der Unternehmen und erhöht das anwaltliche Beratungsrisiko. Dies gilt im Besonderen für den Bereich der vertikalen Vereinbarungen (siehe dazu auch Abschnitt 2.7.7).

Ähnliche grössere Probleme der Rechtssicherheit bestehen im Bereich des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen. Solche Probleme stellen sich insbesondere, wenn geplante Vertragsgestal-

tungen vor der Lancierung eines neuen Produkts überprüft werden sollen. Hier wird die Beratung beispielsweise erschwert durch unnötige Ergänzungen wie beispielsweise den Begriff der relativen Marktmacht. Ferner hat die WEKO in zwei obiter dicta festgehalten, dass der Begriff der Marktbeherrschung neuerdings auch individuelle Abhängigkeiten erfasse. Das Problem dieser Rechtsauffassung ist, dass diese zahllose Folgefragen für die Interpretation der verschiedenen kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen nach sich zieht, die die Komplexität der Materie deutlich erhöhen.

In Bezug auf beide Bereiche – vertikale Vereinbarungen wie auch Marktmachtmissbrauch – wird von Seiten der Anwälte nahegelegt, weitere materialrechtliche Änderungen zu vermeiden um die Rechtssicherheit nicht noch weiter zu senken. Ferner sollten die entsprechenden Gesetzesstellen bzw. Passagen der Bekanntmachung zurückgenommen bzw. präzisiert werden.

Wie in der Einleitung des Kapitels erläutert, können durch wettbewerbsrechtliche Regelungen dann substantielle Kosten entstehen, wenn durch unscharfe Regeln (Rechtsunsicherheit) und Respekt vor Sanktionen Unternehmen sich entscheiden, eigentlich wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Verhaltensweisen nicht umzusetzen. Von awaltlicher Seite wurden in Gesprächen mit Klienten teilweise solche Situationen identifiziert. So wurde beispielsweise innerhalb des Bereichs der vertikaler Vereinbarungen genannt, dass es für Hersteller zunehmend schwerer wird, unterdurchschnittlich performende Händler aus dem Vertriebsnetz auszuschliessen – aus Sorge davor, dass die betreffenden Unternehmen Klage bei der WEKO einreichen, der sich dann ein möglicherweise langwieriges (und teures) Verfahren anschliesst. Aus diesem Grund haben Hersteller teilweise von einer Kündigung der Verträge mit dem Händler abgesehen oder entsprechende Schritte zumindest verschoben. Faktisch läuft die derzeitige Regelung auf einen Kündigungsschutz für kleine Unternehmen hinaus. Aus ökonomischer Sicht wird eine solche Entwicklung als bedenklich eingestuft, da sie bestehende Strukturen zementiert und den Abbau von Ineffizienzen behindert. Gleichzeitig erschwert das Kartellrecht in diesem Zusammenhang zumindest teilweise die Koordination der Interessen von Herstellern und Händlern.

Weiterhin existieren Hinweise darauf, dass innovative Strategien von Unternehmen teilweise zurückgestellt oder ganz aufgegeben werden, da unklar ist, inwiefern diese Planungen wettbewerbsrechtlich bedenklich sind. Dies gilt besonders dann, wenn Kooperationen mit Konkurrenten für die Umsetzung erforderlich sind. Das Meldeverfahren ist nicht geeignet, hier Abhilfe zu schaffen. Ferner ist im Bereich der Fusionskontrolle zu vermuten, dass diese einige Zusammenschlüsse verhindert hat und somit eine entsprechende Konsolidierung nicht stattfinden konnte. Inwiefern das volkswirtschaftlich sinnvoll und gewünscht ist, ist schwer zu beurteilen. Ähnliches gilt für den Bereich der Lancierung von Produkten durch potentiell marktmächtige Unternehmen. Auch hier ist zu vermuten, dass das Kartellrecht die Einführung einiger Produkte verhindert, ohne freilich genaue Kenntnis darüber zu haben, ob solche Produkte volkswirtschaftlich schädlich gewesen wären.

Das so genannte Widerspruchsverfahren verfolgt grundsätzlich den Zweck, den betreffenden Unternehmen die Möglichkeit zu geben, zweifelhafte Verhaltensweisen vom Sekretariat der WEKO untersuchen zu lassen und somit eine Reduzierung der Unsicherheit zu erreichen. Eine genauere Betrachtung dieses Instruments erfolgt in Abschnitt 2.7 im Rahmen der Beurteilung ausgewählter Instrumente des Wettbewerbsrechts.

Ergebnisse der Befragung der Unternehmen

Die befragten Unternehmen gaben grossteils an, dass die Wettbewerbs- und Geschäftsfeldstrategien durch das Kartellrecht nicht massiv eingeschränkt werden. So wird von einem Unternehmen beispielsweise berichtet, dass es aufgrund kartellrechtlicher Vorgaben auf Preisempfehlungen verzichten musste. In der Umsetzung dieser Vorgabe des Kartellrechts zeigte sich jedoch, dass dies weitgehend problemlos und ohne grössere Auswirkungen auf das operative Geschäft vorstatten ging.

In Abhängigkeit des Unternehmenstyps und der jeweiligen Branche hat das Kartellrecht auf die Vertrags- sowie teilweise auch die Produktgestaltung insofern einen nennenswerten Einfluss, als oftmals durch interne Kontroll- und Beratungsprozesse sichergestellt wird, dass das Wettbewerbsrecht nicht verletzt wird. Insofern ist es sehr wahrscheinlich, dass klar gegen das Wettbewerbsrecht verstossende Ideen schon im Planungsprozess intern aussortiert werden und sich somit das Produktspektrum in einer Welt mit Kartellrecht von dem unterscheidet, welches in einer Welt ohne Kartellrecht bestehen würde. Von Seiten der befragten Unternehmen wird allerdings auch betont, dass darauf geachtet wird, dass das Kartellrecht nicht insofern eine lähmende Wirkung hat, als es die Implementierung innovativer Strategien über Gebühr be- bzw. sogar verhindert. Ein zentrales Problem in diesem Zusammenhang kann sein, dass besonders innovative Strategien oft auch besonders schmerzhaft für die Wettbewerber in den entsprechenden Märkten sind, die daraufhin womöglich nach Möglichkeiten suchen, mit Hilfe des Wettbewerbsrechts diese Strategien als unzulässig klassifizieren zu lassen. Ein solches ‚regulatory game‘ wird zwar nicht aktiv gesucht, ihm wird aber auch nicht insofern aus dem Weg gegangen als innovative Strategien deshalb nicht umgesetzt werden (sofern die interne Prüfung ergeben hat, dass diese nicht gegen die geltenden Wettbewerbsgesetze verstossen).

Im Hinblick auf die Frage der Rechtsunsicherheit geben die Unternehmen an, dass diese insbesondere in einigen Bereichen des Kartellrechts unverändert hoch ist beziehungsweise seit der Revision sogar noch angestiegen ist. Als einen solchen Bereich identifizieren verschiedene Unternehmen die ex ante oftmals völlig unklare Situation im Bezug auf die relevante Marktabgrenzung. Insbesondere aufgrund der geringen Fallpraxis ist kaum absehbar, wie die WEKO die Marktabgrenzung vornehmen wird. Oftmals wird eine zu restriktive Marktabgrenzung beobachtet, woraus schnell (unvermutete) marktmächtige Positionen entstehen können.

Ein weiterer Bereich mit Einfluss ist die Zusammenarbeit mit Konkurrenten in eigentlich kartellrechtlich unproblematischen Bereichen. Hier bleibt zumindest teilweise kreatives Potential ungenutzt (das im Interesse der Kunden wäre), da teilweise unklar ist, ob entsprechende Kooperationen nicht doch eine kartellrechtlich kritische Komponente beinhalten. Als ein weiterer Problembereich von Unternehmensseite wurde genannt, dass die politische Koordination von wettbewerbsrechtlichen Vorgaben mit nicht wettbewerbsrechtlichen Vorgaben einer Verbesserung bedarf. So ist es einerseits verständlich, dass die WEKO lediglich die wettbewerbsrelevanten Aspekte untersucht, andererseits sollten aber auch weitere interagierende staatliche Rahmenbedingungen in irgendeiner Weise im Prozess Berücksichtigung finden, da es ansonsten für das betreffende Unternehmen schwer wird, alle gesetzlichen Vorgaben zu befolgen.

Weitere identifizierte Problembereiche beinhalten beispielsweise Fragen der Definition und Zulässigkeit von Exklusivität, der Zulässigkeit von Rabatten (wenn diese an den Kunden weitergegeben werden müssen) oder Fragen eines möglichen Marktmachtmissbrauchs (u.a. in bestimmten Ersatzteilmärkten).

Ergebnisse der Befragung der Verbände

Aus Sicht der befragten Verbände besteht kein Zweifel daran, dass sich das novellierte Kartellgesetz in der Schweiz auf die Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien auswirkt. Der derzeit aus Unternehmenssicht bestehende Grad an Rechtssicherheit wird als suboptimal eingeschätzt. Dies erschwert teilweise Geschäftsprozesse, insbesondere in Branchen, in denen eine gewisse Kooperation zwischen Wettbewerbern notwendig und somit auch Effizienz fördernd ist. Trotz der bestehenden Rechtsunsicherheiten wird es aber aus unternehmerischer Sicht als wenig sinnvoll erachtet, zu defensiv und über vorsichtig zu agieren, da auf diese Weise unternehmerische Chancen ungenutzt bleiben könnten. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass bestehende Rechtsunsicherheiten bestimmte Innovationsaktivitäten bremsen.

Von Seiten der befragten Verbandsvertreter wurde teilweise bemerkt, dass die rechtliche Unsicherheit im Bereich der Anwendung von Kalkulationshilfen nach wie vor erheblich ist. In diesem Zusammenhang wäre eine Klarstellung von Seiten der Wettbewerbskommission nötig, welche Unternehmensgrößen unter dem Begriff der KMU subsumiert werden und in welcher Form die Grundlagen Verwendung finden dürfen.

Von Seiten eines Branchenverbandes wurde berichtet, dass man aus Verbandssicht die bestehende Rechtsunsicherheit der Mitglieder deutlich reduzieren kann, indem man proaktiv mit der Wettbewerbskommission kommuniziert und Probleme offen anspricht. Nur auf diese Weise kann ein gegenseitiges Verständnis erzielt werden.

2.7 Beurteilung ausgewählter Instrumente

In den folgenden Abschnitten werden ausgewählte Instrumente des revidierten Kartellrechts untersucht. Es erfolgt dabei eine Unterteilung in Übergangsregelung, Sanktionsmöglichkeiten, Bonusregelung, Hausdurchsuchungen, Widerspruchsverfahren, Fusionskontrolle und Bekanntmachungen.

2.7.1 Übergangsregelung

Im Zuge des Übergangs vom alten zum neuen revidierten Wettbewerbsrecht wurde den Unternehmen vom Gesetzgeber eine Übergangsperiode gewährt, in der wettbewerbsfeindliche Verhaltensweisen identifiziert und angezeigt werden konnten, ohne eine Sanktion befürchten zu müssen.

Ergebnisse der Befragung der Anwälte

Aus Sicht der Anwälte war die Übergangsregelung eine sinnvolle Einrichtung sowohl für die Unternehmen als auch für die Wettbewerbsbehörde. So meldeten Unternehmen viele zweifelhafte Verträge bei der WEKO und reduzierten so die existierende Rechtsunsicherheit. Auch auf Seiten des Sekretariats wurde von der Übergangsregelung insofern profitiert, als auf diese Weise eine bessere Kenntnis vieler Märkte erzielt wurde.

Ergebnisse der Befragung der Unternehmen

Von Seiten der befragten Unternehmen wurde teilweise angegeben, dass die Übergangsregelung insofern nicht genutzt wurde, als es keinen Anlass gab, kritische Handlungen zu melden. Andere Unternehmen gaben an, dass im Zuge der Übergangsperiode bestehende Verträge, insbesondere Vertriebsverträge, sowie mögliche weitere kritische Problemfelder analysiert wurden. So wurde beispielsweise von einem Unternehmen berichtet, dass es während der Übergangsperiode systematisch erfasst hat, welche Mitarbeiter des Unternehmens zu welchen Anlässen Kontakt zu Wettbewerbern haben und demnach Preisabsprachen theoretisch entstehen können.

Ergebnisse der Befragung der Verbände

Aus Sicht der befragten Verbände wird die Übergangsperiode als sinnvoll angesehen um Rechtsunklarheiten ohne die Gefahr einer Sanktion zu beseitigen.

2.7.2 Sanktionsmöglichkeiten

Die wohl grundlegendste Änderung im Kartellgesetz durch die Revision ist in der Einführung direkter Sanktionsmöglichkeiten für involvierte Unternehmen zu sehen. Dies war im alten Kartellgesetz nur im Falle von wiederholten Verstössen möglich. Die Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen regelt die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG, die Voraussetzungen und das Verfahren beim gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf eine Sanktion gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG sowie die Voraussetzungen und das Verfahren der Meldung nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG.

Ergebnisse der Befragung der Anwälte

Aus Sicht der Anwälte herrscht weitgehend Übereinstimmung darin, dass der Schritt der Einführung direkter Sanktionen ein konsequenter und richtiger war. Es wurde sogar teilweise Unverständnis darüber geäussert, dass das alte Kartellgesetz seinerzeit überhaupt verabschiedet wurde ohne entsprechende Sanktionsmöglichkeiten vorzusehen. Diese Beobachtung alleine zeigt, dass die nunmehr erfolgten Sanktionsmöglichkeiten offenbar keineswegs selbstverständlich für die Schweiz waren und sich in der Umsetzung entsprechenden Widerständen ausgesetzt sahen.

Die Wünschbarkeit der Einführung von Gefängnisstrafen für Wettbewerbsvergehen wird von den befragten Anwälten kontrovers gesehen. So sind sich die befragten Anwälte keineswegs einig darüber, ob eine Einführung von Gefängnisstrafen zu einer weiteren substantiellen Erhöhung des wettbewerbsrechtlichen Bewusstseins führen würde. Einigkeit herrscht allerdings darüber, dass solche Strafen überhaupt nur für solche Wettbewerbsvergehen in Erwägung gezogen werden sollten, die klar abgrenzbar sind und im Hinblick auf den volkswirtschaftlichen Schaden besonders schwer wiegen. Im Wesentlichen trifft dies nur auf harte horizontale Preisabreden zu. Die Vorgaben des Wettbewerbsrechts in allen anderen Bereichen – insbesondere im Bereich des Marktmachtmissbrauchs – sind zu unpräzise, um solch drastische Eingriffe sinnvoll erscheinen zu lassen.

Eine direkte Gefahr in der Einführung von Gefängnisstrafen könnte darin bestehen, dass Unternehmen bzw. Manager von vielen effizienzfördernden Massnahmen Abstand nehmen würden, aus Angst vor (ungerechtfertigter) Verfolgung und Bestrafung. Dies hätte auch negative Auswirkungen auf die Innovationskraft der Unternehmen in der Schweiz. Abgesehen davon wurde von verschiedenen Anwälten darauf hingewiesen, dass Gefängnisstrafen sehr ernste Eingriffe in das Leben der betreffenden Personen darstellen, die oft mit erheblichen sozialen Problemen nach der Entlassung verbunden sind. Auch erscheint es fraglich, ob bei Gefängnisstrafen innerhalb der Strafrechtsordnung noch die Verhältnismässigkeit gewahrt ist und sich solche Strafen mit der Schweizer Strafrechtskultur vereinbaren lassen.

Ein möglicherweise ausreichendes Drohpotential für die Mitarbeiter liegt in dem Verlust ihres Arbeitsplatzes, sollten sie eines Wettbewerbsvergehens überführt werden. Von anwaltlicher Seite wird bemerkt, dass Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht schon heute bei vielen Unternehmen einen Kündigungsgrund darstellen. Ferner ist schon heute – insbesondere im Falle horizontaler Abreden – die kumulative Sanktion für die Unternehmen um ein Vielfaches höher als die eigentliche Strafe, bezieht man beispielsweise die Verfahrenskosten oder Reputationsverluste in die Analyse mit ein.

Eine in der Zukunft womöglich bedeutsame weitere Komponente stellt die Erleichterung von zivilrechtlichen Schadenersatzklagen dar. Bislang gelten solche privaten Klagen in der Schweiz als nur schwer umsetzbar, u.a. da das Schweizer Recht keine Class Actions vorsieht. Es gibt auch die Möglichkeit einer Passing-on defense und die Risiken liegen alleine auf der Seite der Kläger. Generell ist zu vermuten, dass sich die Bedeutung solcher Verfahren für die Schweiz in Grenzen halten wird aufgrund der relativ kleinen Grösse des Landes und der somit überschaubaren Schädenshöhen. In grossen Fällen

horizontaler Abreden bzw. des Marktmachtmissbrauchs erscheinen solche Verfahren aber durchaus denkbar.

Ein zentrales Problem der nun möglichen Sanktionierung ist die mangelnde Rechtssicherheit (siehe dazu Abschnitt 2.7.5). Diese ist seit der Revision in vielen Bereichen zurückgegangen, obwohl mit steigender Höhe der Busse das Rechtssicherheitsbedürfnis der Unternehmen zwangsläufig ansteigt. Ferner ist zu bemerken, dass insbesondere die bislang ausgesprochenen Strafen nach wie vor einem Glaubwürdigkeitsproblem ausgesetzt sind. So ist es unklar, ob die verhängten Strafen wirklich umgesetzt und rechtskräftig werden, d.h. noch ist die Drohung nur beschränkt glaubhaft. Das Fehlen eines klar definierten Verfahrens zur Verhängung von Sanktionen trägt zu diesen Zweifeln bei. Ein praktisches Indiz für die bestehenden Zweifel ist beispielsweise in der Tatsache zu sehen, dass Swisscom auf Rat der Anwälte keine Rückstellung für die von der WEKO verhängte Sanktion vorgenommen hat.

Die jüngst ausgesprochenen sehr hohen Strafen in der EU (nicht ausschliesslich für Fälle harter Wettbewerbsabreden, sondern auch für Fälle des Marktmachtmissbrauchs) lassen aus anwaltlicher Sicht teilweise die Frage aufkommen, ob eine solche Inflation von Strafenhöhen noch sinnvoll ist. Die Schweiz sollte das mit einer Portion Skepsis beobachten und nicht automatisch auf den US/EU-Zug der Strafeninflation aufspringen. Ferner wurde von anwaltlicher Seite angeregt, für das Verhängen von Bussgeldern gemäss Art. 49 a KG das Opportunitätsprinzip („kann“) einzuführen, um das Absehen von Bussen bzw. das Verhängen symbolischer Bussen in Bagatellfällen oder bei unklarer Rechtslage zu ermöglichen.

Ergebnisse der Befragung der Unternehmen

Die Möglichkeit von Sanktionen hat die Wahrnehmung von Wettbewerbsrecht in den befragten Unternehmen erhöht, dies gilt insbesondere in Unternehmen, die bislang eher im Binnenmarkt tätig waren und somit noch nicht an entsprechende ausländische Wettbewerbsgesetze gewöhnt waren. Die Einführung von Sanktionsmöglichkeiten wird insgesamt als notwendig angesehen um die gewünschte Akzeptanz des Gesetzes zu erreichen. Teilweise wird die Frage aufgeworfen, weshalb es überhaupt vorher ein entsprechendes Gesetz ohne nennenswerte Sanktionsmöglichkeiten gab.

Im Hinblick auf das Aussprechen von Sanktionen wurde oftmals bemerkt, dass dies nur dann geschehen sollte, wenn eine entsprechende Rechtssicherheit im Bezug auf den Verbotscharakter der entsprechenden Aktivität im Vorfeld bestanden hat oder hätte bestehen müssen. Es wird als schädlich angesehen, „wenn man wegen zu schnellen Fahrens bebusst wird, aber vorher keine Schilder aufgestellt wurden, die einen über die zulässige Höchstgeschwindigkeit informiert haben“. Im Falle horizontaler Wettbewerbsabreden ist diese klare Rechtssituation beispielsweise gegeben, in anderen Bereichen wird das eher bezweifelt. Häufig genannt wurde in diesem Zusammenhang der Bereich des Marktmachtmissbrauchs. So ist es in der Praxis beispielsweise extrem schwierig bis unmöglich, die Grenze zwischen einer gezielten Preisunterbietung und wettbewerblichen Preissenkungen eindeutig festzulegen. Mit der geltenden gesetzlichen Konzeption (Sanktionierung aufgrund in Art. 7 KG sehr offen formulierter Missbrauchstatbestände) erscheint deshalb die Rechtssicherheit als hohes Gut gefährdet.

In Bezug auf die Strafhöhe wird insbesondere die ausgesprochene Sanktion gegen die Swisscom teilweise als ‚überraschend hoch‘ bzw. auch ‚zu hoch‘ bezeichnet. Mit Blick auf jüngere Entscheidungen in der Europäischen Union wird die derzeit feststellbare Busseninflation eher kritisch gesehen, sowohl im Bezug auf Fälle von horizontalen Absprachen als auch im Bezug auf andere Spielarten wettbewerbswidrigen Verhaltens. Teilweise wurde von Unternehmen aber auch bemerkt, dass insbesondere die Sanktion gegen Swisscom noch nicht rechtskräftig ist und wohl noch an Wirkung einbüsst aufgrund der langen Dauer der entsprechenden Verfahren sowie zu befürchtender politischer Einflussnahme. Aus der Tatsache, dass Swisscom keine Rückstellungen für eine etwaige rechtskräftig gewordene Sanktion getätigt hat, kann man eigentlich nur schliessen, dass eine endgültige Verurteilung für relativ unwahrscheinlich gehalten wird (obwohl die WEKO die Strafe bereits ausgesprochen hat). Ferner wäre es im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit von Sanktionen wichtig, dass zuverlässige Kriterien definiert und angewandt werden. So dürfte der Zuschlag resp. die Reduktion für erschwerende/mildernde Umstände nicht ohne einlässliche Begründung einmal 50% und ein anderes Mal 120% betragen. Ferner erscheint es im Bezug auf die Strafbemessung völlig verfehlt, dass bei lokalen Absprachen der weltweite Konzernumsatz als Bemessungsgrundlage herangezogen wird.

Von mehreren Unternehmen wurde als zentrales Problem im Rahmen der persönlichen Sanktionierung von Wettbewerbsvergehen die Identifizierung der letztlich verantwortlichen Personen angegeben. So liesse sich im Falle einer Wettbewerbsabrede einerseits die Ansicht vertreten, dass die Geschäftsführung verantwortlich ist, beispielsweise weil sie einen starken Leistungsdruck erzeugt hat, den die jeweiligen Mitarbeiter dann mit dem Eingehen von Absprachen zu reduzieren versucht haben. Andererseits könnte man auch den Rechtsdienst bzw. den Chief Compliance Officer als Verantwortlichen ansehen, dessen Compliance System die Absprache nicht verhindern konnte. Ferner sind natürlich auch die Mitarbeiter, die letztlich die Absprache eingegangen sind, zumindest zum Teil verantwortlich für diesen Gesetzesverstoss. Im Sinne der Motion Schweizer sind es sogar in erster Linie diejenigen Mitarbeiter,

welche Absprachen aktiv gefördert haben, die für den Gesetzesverstoss verantwortlich sind. Deshalb sollten folgerichtig diese Mitarbeiter dafür auch persönlich verantwortlich gemacht werden. Gemäss Motion Schweiger soll einerseits dem Unternehmen eine Sanktionsreduzierung bzw. –befreiung gewährt werden, sofern es nachweisen kann, dass es seinen Compliance-Verpflichtungen nachgekommen ist (Compliance Defense). Andererseits wird vorgeschlagen, die betreffenden Mitarbeiter, die bewusst gegen das Wettbewerbsrecht verstossen haben, mit persönlichen Sanktionen, inklusive Freiheitsstrafen belegen zu können. Im Rahmen der Begründung für einen solchen Schritt wird Bezug genommen auf Erfahrungen in den Vereinigten Staaten und in Grossbritannien, die gezeigt haben, dass die Durchsetzung von Kartellgesetzen markant gesteigert werden kann, wenn die unmittelbar für ein Unternehmen handelnden Personen direkt mit einer Strafsanktion belegt werden können.

Die möglichen Effekte sowie die Gewünschtheit einer Einführung von Gefängnisstrafen werden von den befragten Unternehmen kontrovers beurteilt. Manche Unternehmen sind der Auffassung, dass drohende Gefängnisstrafen einen zusätzlichen Effekt auf Seiten der verantwortlichen Manager hätten. Andere halten solche Strafen für weitgehend wirkungslos und sehen eine Fülle an rechtsstaatlichen Problemen in einer etwaigen Implementierung. Teilweise wird auch in Frage gestellt, ob die entsprechenden Vergehen wirklich so schwer wiegen, dass sie die Zerstörung von Managerexistenzen rechtfertigen. In diesem Zusammenhang sollte man auch nicht vergessen, dass Kooperation ohne effektive Opposition im politischen Konkordanzsystem der Schweiz eine zentrale Rolle spielt und somit ein Aussprechen von Gefängnisstrafen für die Anwendung entsprechender Verhaltensweisen in der Wirtschaft auch Auswirkungen auf die gesellschaftliche Ordnung haben könnte. Ein weiteres vorgebrachtes Argument sieht Gefängnisstrafen als unnötig an, da die betreffenden verantwortlichen Manager ohnehin einem Zivilprozess entgegensehen und aller Wahrscheinlichkeit nach auch ihren Arbeitsplatz verlieren würden.

In Bezug auf die Abschreckungswirkungen der verschiedenen Sanktionen sind die befragten Unternehmen uneins. Für manche Unternehmen hätte die zu erwartende Geldstrafe die grösste Wirkung, andere sehen die – unternehmensinternen wie anwaltlichen – Verfahrenskosten als bedeutendsten Faktor an. Reputationseffekte werden auch als relevant angesehen, wobei sich die Einschätzungen bzgl. der Dimension teilweise deutlich unterscheiden. So ist man teilweise der Ansicht, dass sich entsprechend negative Effekte relativ schnell verflüchtigen aber kurzfristig durchaus zu vielfältigen Problemen führen können beispielsweise bei der Rekrutierung von Mitarbeitern. Zudem wird angeführt, dass insbesondere der wiederholte Verstoss gegen das Kartellrecht grosse negative Auswirkungen auf die Höhe der Strafe sowie die Reputation des Unternehmens haben würde. In diesem Zusammenhang ist die aktivere Öffentlichkeitsarbeit der WEKO insofern hilfreich bei der Implementierung von Wettbewerbsrecht, als eine entsprechend starke Medienpräsenz eines Falls die Reputationsschäden auf Unternehmensseite erhöht und somit die Anreize zur Vermeidung solcher Fälle steigert. In diesem Zusammenhang wurde aber auch erwähnt, dass sich die WEKO der Tragweite von Pressemitteilungen bewusst sein sollte und daher im Vorfeld mit den betreffenden Unternehmen die inhaltliche Korrektheit prüfen sollte. Ferner wäre eine gewisse Einheitlichkeit solcher Erklärungen zwischen den verschiedenen Diensten wünschenswert. Private Schadenersatzforderungen als Sanktionskomponente werden derzeit insbesondere in den Vereinigten Staaten gefürchtet, da es in der Schweiz hierzu noch keine Praxis gibt.

In Abweichung zu den bisher genannten Sanktionsmöglichkeiten berichtete ein Unternehmen, dass zwar auch die drohenden Sanktionen sowie die Reputationsverluste die Awareness für Wettbewerbsrecht im Unternehmen gesteigert hätten, ein zentraler weiterer Faktor aber die zunehmenden Drohungen von Kunden bzw. Zulieferern, die WEKO einzuschalten, darstellen. Um die Glaubwürdigkeit solcher Drohungen – beispielsweise im Rahmen von Vertragsverhandlungen – einschätzen zu können, müsste sich zwangsläufig genauer mit dem Kartellrecht befasst werden.

Ergebnisse der Befragung der Verbände

Tendenziell werden Sanktionen im Wettbewerbsrecht als notwendig und akzeptabel angesehen. Bei der Bemessung der Höhe einer etwaigen Strafzahlung sollten aber auch soziale Belange eine Rolle spielen. So ist beispielsweise zu bedenken, dass eventuell auch unschuldige Mitarbeiter ihren Job verlieren können, wenn Strafen zu hoch ausfallen und Unternehmen in ihrer Existenz bedrohen.

Im Hinblick auf die möglichen Belastungen bei der Aufdeckung eines Wettbewerbsverstosses werden sowohl die Geldstrafen als auch die negativen Reputationseffekte als bedeutsam angesehen. Tendenziell werden die Geldstrafen als bedeutsamer vermutet, da etwaige Reputationseffekte stark von der jeweiligen Branche abhängig sind und eher nur eine kurz- und mittelfristige Wirkung haben.

Die Forderungen nach einem ausgewogeneren und wirksameren Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht (Reduzierung der Unternehmenssanktionen bei Compliance Nachweis sowie Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen) werden von Verbandsseite zum Teil unterstützt; im Falle von klaren Wettbewerbsverstössen sollten in der Tat alle Beteiligten einer entsprechenden Bestrafung zugeführt werden. Es wird in diesem Zusammenhang aber vermutet, dass eine eindeutige Identifizierung der Verantwortlichkeiten in der Praxis schwierig ist.

Die Einführung von Gefängnisstrafen für schwere Wettbewerbsverstösse wie z.B. horizontale Absprachen wird für die Schweiz überwiegend als problematisch bzw. sehr problematisch und nur schwer bzw. nicht umsetzbar angesehen. Die Erfahrungen aus den Vereinigten Staaten zeigen zwar einerseits starke Auswirkungen auf die Compliance Aktivitäten der Unternehmen allerdings auch auf die Schicksale der betreffenden verurteilten Manager. Die Einführung eines solchen Instruments würde vermutlich zu einer Fülle an zusätzlichen rechtsstaatlichen Komplikationen führen. Ferner wird zu Bedenken gegeben, dass Gefängnisstrafen im Wirtschaftsrecht auch kontraproduktiv wirken können, da sie Unternehmen unverhältnismässig vorsichtig werden lassen in ihren Geschäftsgebaren.

2.7.3 Bonusregelung

Zur besseren Bekämpfung der schädlichsten Formen von Abreden zwischen Konkurrenten hat der Gesetzgeber mit der Revision des Kartellgesetzes von 2004 eine Bonusregelung ins Gesetz aufgenommen. Diese soll einerseits einen Anreiz für die beteiligten Unternehmen zur Aufdeckung von Kartellen und andererseits die Entdeckungswahrscheinlichkeit von solchen erhöhen und damit die Arbeit der Wettbewerbsbehörde vereinfachen.

Die Grundsätze der Bonusregelung sind in der Sanktionsverordnung vom 23. März 2004 konkretisiert. Folglich können Unternehmen, die an einer unzulässigen Abrede beteiligt sind, vollständig oder teilweise von der Geldbusse befreit werden, wenn sie einerseits wesentlich zur Aufdeckung eines Kartells beitragen, ihr unzulässiges Verhalten einstellen und andererseits während des gesamten Verfahrens mit der Wettbewerbsbehörde kooperieren. Um in den Vorteil des Bonus zu gelangen, muss das meldende Unternehmen der Wettbewerbsbehörde Unterlagen oder andere Beweismittel vorlegen, welche den Nachweis eines unzulässigen Kartells erlauben.

Ergebnisse der Befragung der Anwälte

Aus rechtshistorischer Sicht wird die Bonusregelung zumindest von Teilen der befragten Anwälte als eher unpassendes Konstrukt klassifiziert, das nicht völlig problemlos mit der Schweizer Rechtstradition vereinbar ist. Von der Mehrzahl der Anwälte wurde aber auch bestätigt, dass die Bonusregelung durchaus spürbare Effekte bei der Aufdeckung von Kartellen leistet und demnach zweifellos positiv wirkt. Darauf lassen zumindest die Erfahrungen mit solchen Regelungen im Ausland schliessen. Die Bonusregelung hilft ferner bei der Umsetzung der Antitrust Compliance Programme, da man in Trainings die Botschaft vermitteln kann, dass man seinem Gegenüber bei Kartellabsprachen nicht mehr trauen kann. Es zeigt sich, dass die entsprechenden Mitarbeiter diesen Aspekt ernst nehmen und demnach möglicherweise von der Bildung neuer Kartelle absehen. Ferner erleichtert die Bonusregelung die Selbstanzeige, wenn im Falle personeller Neubesetzungen im Unternehmen bzw. Übernahmen von Unternehmen Wettbewerbsverstösse entdeckt werden und das neue Management diese auflösen möchte.

Ob diese Vorteile die rechtshistorische Fragwürdigkeit sowie die entstehenden Verfahrenskosten überragen, wird von vielen Anwälten vermutet, kann aber letztlich nicht mit Sicherheit bestätigt werden. Im Hinblick auf die volkswirtschaftlichen Wirkungen der Bonusregelung wurde von anwaltlicher Seite die Frage aufgeworfen, ob durch die Bonusregelung nicht überwiegend schwache oder schon gescheiterte Kartelle aufgedeckt werden, während die wirklich lukrativen Kartelle unbehelligt weiter bestehen. Sollte dies der Fall sein, so wäre die Effektivität der Bonusregelung aus Konsumentensicht zu relativieren.

Die jeweiligen Klienten der befragten Anwälte wissen in der Mehrzahl von der Existenz der Bonusregelung, beispielsweise über die Zusendung anwaltlicher Memoranda. Auch die Funktions- und Vorgehensweise ist im Wesentlichen bekannt. Die Bereitschaft zur Nutzung der Bonusregelung von Seiten der Unternehmen muss jedoch nach wie vor als gering eingeschätzt werden. So wird von Klientenseite die Bonusregelung überwiegend sehr kritisch gesehen, da sie zentral auf Denunziantentum basiert und daher als zutiefst unschweizerisch empfunden wird. Im Falle einer Nutzung der Regelung wird unternehmensseitig eine Ächtung in der jeweiligen Branche befürchtet, die insbesondere dann existentiell werden kann, wenn man auf anderweitige Kooperationen mit Wettbewerbern angewiesen ist. Aufgrund dieser Gemengelage ist es in der Vergangenheit vorgekommen, dass gesetzwidrige Absprachen abgestellt wurden, aber die WEKO nicht darüber im Rahmen der Bonusregelung informiert wurde. Die unternehmerischen Kosten einer Anschwärzung der beteiligten anderen Unternehmen im Kartell werden als weit grösser angenommen als die Kosten einer möglichen Strafe im Falle einer Aufdeckung des Wettbewerbsverstosses durch die WEKO oder der Meldung der Abrede durch ein anderes Kartellmitglied.

Von Seiten der Anwälte wurden ferner einige Unvollkommenheiten bzw. Probleme identifiziert, die den Gebrauch der Bonusregelung derzeit einschränken. So ist bislang noch kein einziger Anwendungsfall der Bonusregelung juristisch abgeschlossen und es kann letztlich keine abschliessende Einschätzung darüber erfolgen, ob beispielsweise das erste meldende Unternehmen wirklich straffrei ausgeht oder am Ende über denkbare Konstruktionen wie den Nachweis der Ringleadereigenschaft doch noch

zur Zahlung einer Strafe verpflichtet wird. Ferner bezog sich ein Grossteil der bisherigen Anwendungsfälle auf internationale Kartellfälle und es existieren somit keine Erkenntnisse darüber, wie beispielsweise in lokalen oder regionalen Abreden die Bonusregelung angewandt wird und welche Folgen sie für das meldende Unternehmen hat. Eine weitere Unklarheit besteht darin, dass nur das erste meldende Unternehmen von der WEKO zeitnah über seine Position informiert wird. Weitere meldende Unternehmen erfahren lange nichts über ihre Position in der Meldeliste und sind damit auch im Unklaren über die Höhe der möglichen Strafrezidierung. Alle diese Beobachtungen erschweren die Überzeugungsarbeit der Anwälte von der Möglichkeit der Bonusregelung Gebrauch zu machen. Generell wird von anwaltlicher Seite bemerkt, dass klare Fristen (z.B. 2 Monate) und klare Regeln nötig sind, um den Erfolg der Bonusregelung zu maximieren.

Ergebnisse der Befragung der Unternehmen

Die Bonusregelung wird von Seiten der befragten Unternehmen prinzipiell begrüsst, wobei häufig ergänzend bemerkt wurde, dass es aus Sicht des Unternehmens das Ziel ist, diese niemals zur Anwendung bringen zu müssen. Es wird aber anerkannt, dass die Bonusregelung Kartelle destabilisieren, deren Aufdeckung erleichtern sowie die Bildung neuer Kartelle verhindern kann. Auch im Rahmen des Compliance Trainings ist die Regelung hilfreich, um den Mitarbeitern zu signalisieren, dass es nun sehr viel riskanter ist, mit Wettbewerbern illegale Absprachen einzugehen. Im Hinblick auf die Schweizer Rechtstradition wurde allerdings auch von einigen Unternehmen die Auffassung vertreten, dass die Bonusregelung einen Fremdkörper darstellt.

Ferner wurde darauf hingewiesen, dass der Bonusregelung ein potentiell Missbrauchspotential innewohnt, indem ein Unternehmen einen Konkurrenten bei der WEKO anschwärzt, ohne dass es in Wirklichkeit eine Kartellabsprache gibt. Im Wettbewerb kann die negative Publicity für das betreffende Unternehmen sehr schädlich sein. Aus operativer Sicht wurde auch bemerkt, dass die bestehende Unsicherheit über das Vorgehen seitens der WEKO dazu führen konnte, dass die Bonusregelung im Zweifelsfall nicht in Anspruch genommen werden würde. Ferner wurde zu Bedenken gegeben, dass durch die Einführung von zivilen Schadenersatzklagen die Bonusregelung teilweise unterlaufen werden könnte, da eine entsprechende Meldung das betreffende Unternehmen nur von der Sanktion befreit aber nicht von den zivilrechtlichen Schadenersatzforderungen.

Ergebnisse der Befragung der Verbände

Die Bonusregelung wird von der Mehrzahl der befragten Verbände grundsätzlich begrüsst als Instrument zum Aufbrechen von Kartellen. Teilweise wird sie aber auch relativ deutlich abgelehnt, da sie das Denunziantentum fördert – und demnach moralisch verwerflich ist – und insbesondere zu massiven Missstimmungen zwischen Unternehmen, Lieferanten und Kunden führen kann. Die Befürchtung, dass im Falle einer Inanspruchnahme der Bonusregelung das betreffende Unternehmen eine Ächtung innerhalb der betreffenden Branche fürchten müsste, dürfte viele Unternehmen ohnehin von der Nutzung der Regelung abhalten.

Aus Verbandssicht sind die Erfahrungen mit der Bonusregelung in der Schweiz derzeit noch sehr begrenzt und es ist noch nicht absehbar, ob sich die Regelung in der Schweiz durchsetzt. Die Hauptgründe dafür liegen in der kurzen Zeit seit der Revision des Kartellgesetzes sowie der Aufhebung vieler Kartelle in der Übergangszeit.

2.7.4 Hausdurchsuchungen

Hausdurchsuchungen stellen ebenso ein neues – im Zuge der letzten Revision eingeführtes – wettbewerbsrechtliches Instrument dar. Hat die Wettbewerbskommission ausreichende Hinweise für das Vorliegen eines Wettbewerbsverstosses, so ist es ihr möglich, bei den betreffenden Unternehmen eine Hausdurchsuchung vorzunehmen. Ziel solcher Durchsuchungen ist das Auffinden von Beweisen für das Vorliegen der vermuteten Verletzung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen. Die genaue Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen wurde in einem Merkblatt von der Wettbewerbskommission konkretisiert.

Ergebnisse der Befragung der Anwälte

Aus Sicht der Anwälte stellt die Gefahr von Hausdurchsuchungen neben den drohenden Sanktionen einen zentralen Grund dafür dar, dass Unternehmen sich aktiv um die Vermeidung von Wettbewerbsverstössen bemühen. Die Reaktionen der Klienten auf die ersten durchgeführten Hausdurchsuchungen lassen dies zumindest vermuten. Da bislang aber überwiegend Hausdurchsuchungen im Rahmen internationaler Wettbewerbsfälle stattgefunden haben, dürften die Abschreckungswirkungen – ähnlich wie im Bereich der pekuniären Sanktionen – derzeit noch abgeschwächt sein.

Ein zentrales Problem in Bezug auf Hausdurchsuchungen stellt aus Sicht der Anwälte die in der Schweiz ungeklärte Frage des Legal Privilege für Unternehmensanwälte dar.¹⁶ So ist die Wettbewerbskommission derzeit der Ansicht, dass im Rahmen von Hausdurchsuchungen alle Dokumente konfisziert und entsprechend ausgewertet werden können, also auch die Korrespondenz zwischen Anwalt und Unternehmen, die in den meisten anderen europäischen Staaten typischerweise dem so genannten Legal Privilege unterliegt.

Die Mehrzahl der Anwälte empfindet diesen Status quo als nicht hinnehmbar, da sie einerseits rechtsstaatliche Grundprinzipien verletzt und andererseits zu einer Erschwerung der anwaltlichen Beratung führt. So kann diese teilweise nur noch mündlich erfolgen oder die beratenden Unternehmen gehen alternativ dazu über, die die Schweiz betreffende anwaltliche Korrespondenz im Ausland aufzubewahren, um sie vor Zugriffen der WEKO zu schützen. Aus anwaltlicher Sicht muss die Korrespondenz mit den Klienten einem generellen Schutz unterliegen und nicht nur dann, wenn bereits ein Verfahren eröffnet wurde.

Ergebnisse der Befragung der Unternehmen

Auf das neue Instrument der Hausdurchsuchungen wurden von den Unternehmen im Wesentlichen derart reagiert, dass Verhaltensweisen für den Fall solcher Durchsuchungen erstellt und ausgegeben wurde. Weiterhin wurde im Regelfall ein externer Anwalt als Ansprechpartner festgelegt. Von Seiten einiger Unternehmen wurde ferner darauf hingewiesen, dass die in der Schweiz ungeklärte Frage des Legal Privilege für Unternehmensanwälte unbedingt einer tragfähigen Lösung zugeführt werden sollte.

Ergebnisse der Befragung der Verbände

Von Seiten der befragten Verbände wurde teilweise bestätigt, dass auf Unternehmensseite die Möglichkeit einer Hausdurchsuchung durchaus als ernste Bedrohung wahrgenommen wird. Insofern kann vermutet werden, dass dieses Instrument Wirkungen im Hinblick auf die Vermeidung solcher Durchsuchungen hat.

2.7.5 Widerspruchsverfahren

Im Rahmen des Widerspruchs- bzw. Meldeverfahrens soll Unternehmen die Möglichkeit gegeben werden, eine Einschätzung des Sekretariats zur wettbewerbsrechtlichen Konformität abgegrenzter Verhaltensweisen zu bekommen.

Ergebnisse der Befragung der Anwälte

Das Widerspruchsverfahren wird von den befragten Anwälten aus teleologischer Sicht überwiegend für richtig und sinnvoll befunden. Insbesondere durch die Einführung substantieller Sanktionsmöglichkeiten erscheint ein entsprechendes Verfahren, das die Vorabklärung des wettbewerbschädlichen Potentials von Strategien und Produkten ermöglicht, zur Herstellung einer grösstmöglichen Rechtssicherheit notwendig.

Ebenso weitgehend einig im Hinblick auf die prinzipielle Sinnhaftigkeit eines solchen Verfahrens sind sich die befragten Anwälte in ihrer Einschätzung darüber, dass das derzeit praktizierte Widerspruchsverfahren jedoch nur sehr beschränkt brauchbar ist. Die geäusserten Kritikpunkte sind dabei vielschichtig. So wird insbesondere kritisiert, dass die Erkenntnisse der Untersuchungen im Rahmen des Widerspruchverfahrens lediglich unverbindlichen Charakter haben und man als Unternehmen nach wie vor nicht weiss, ob man ein Produkt/eine Strategie nun implementieren darf oder nicht. Das Sanktionsrisiko kann jederzeit wiederaufleben. In direktem Zusammenhang dazu wird es von Seiten der Anwälte als besonders problematisch angesehen, dass das Sekretariat erst dann eine Untersuchung vornimmt, wenn das entsprechende Produkt/Strategie bereits implementiert ist und Marktwirkung entfaltet hat. Diese Sichtweise ist inakzeptabel, da Unternehmen substantielle (dann versunkene) Investitionsvolumina für eine Implementierung bereitstellen müssen und demnach vor der Implementierung eine Einschätzung der wettbewerbsrechtlichen Bedenklichkeit benötigen. Die durch das Kartellrecht geschaffene Unsicherheit wird somit durch das Widerspruchsverfahren nicht reduziert.

Die im Gesetz vorgesehene Frist von 5 Monaten wird von Seiten der Anwälte teilweise als gerade noch akzeptabel teilweise aber schon als deutlich zu lang empfunden (in Abhängigkeit von der Schnelllebigkeit des betreffenden Marktes). Ferner wird oftmals die Frist von 5 Monaten faktisch substantiell verlängert, da das Sekretariat im Rahmen wichtiger Eingaben oft nicht den Mut aufbringt, klar Position

¹⁶ Das Bundesstrafgericht hat in seinem Entsiegelungsentscheid vom 14. März 2008 in Sachen Panalpina (http://bstger.weblaw.ch/docs/BE_2007_10-13.pdf, Erwägung 6) ausgeführt, dass sich Unternehmensanwälte nicht auf das Anwaltsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB berufen können. Somit dürfen deren Dokumente im Rahmen einer Hausdurchsuchung konfisziert werden. Gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht.

zu beziehen, und sich nach Ablauf des 5-Monats-Zeitraums für die Aufnahme eines Beratungsverfahrens entscheidet. Der damit ausgelöste Einbezug der WEKO verlängert dann das Verfahren substantiell und macht es für schnelllebige Geschäftsentscheidungen nicht praktikabel. Aus diesen Gründen wird aus anwaltlicher Sicht das Verfahren oftmals nur dann angewandt, wenn relativ unkritische Fälle vorliegen, für die eine Freigabe durch das Sekretariat wahrscheinlich ist. Die beabsichtigte Reduktion der Unsicherheit bleibt folglich aber gering.

Zur Lösung des Problems wurde von anwaltlicher Sicht teilweise vorgeschlagen, ein zweistufiges System wie bei der Fusionskontrolle einzuführen: Zunächst hat das Sekretariat einen Monat Zeit um die Anfrage zu bearbeiten und zu einer Entscheidung zu gelangen. Nach einem Monat kann sie entweder das Produkt/Strategie verbindlich freigeben oder aber im Laufe einer zweiten Phase (2 Monate) die Sachlage eingehender prüfen. Alternativ wurde angeregt, eine Regelung einzuführen, bei der das Bussgeltrisiko nicht bei Einleitung einer Vorabklärung/Untersuchung wieder auflebt, sondern erst mit einer Untersagungsverfügung, die angefochten werden kann.

Ergebnisse der Befragung der Unternehmen

Die grundlegende Idee der Meldemöglichkeit bzw. des Widerspruchsverfahrens (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG) wird von vielen befragten Unternehmen als sinnvoll angesehen, da es einen Austausch mit der WEKO erlaubt und somit das Potential hat, bestehende Grauzonen und damit Gefahren, zu reduzieren. In der Praxis wird das Widerspruchsverfahren allerdings von den befragten Unternehmen gar nicht oder nur sehr zurückhaltend genutzt. Einerseits muss befürchtet werden, dass die WEKO im Zweifelsfall ein Verfahren eröffnet, d.h. wenn es nicht sicher ist, ob wirklich ein kartellrechtliches Problem bestehen könnte, erhebt sie Widerspruch. Damit würde auch das Sanktionsrisiko wiederaufleben (sofern das Produkt bereits eingeführt wurde und nicht wieder vom Markt genommen wird bzw. wenn das Produkt später eingeführt würde). Andererseits wird von Seiten der befragten Unternehmen teilweise ein gewisses Verständnis für die Situation der WEKO gezeigt, da es schwierig ist, geplante Produktneueinführungen im Vorfeld auf Konformität zu überprüfen, unter anderem deshalb, weil es für die WEKO aufgrund der Geheimhaltungsverpflichtungen nicht möglich wäre, Umfragen durchzuführen. Aus Sicht des Unternehmens bestünde in der Folge die Gefahr, dass die WEKO später auf die Sache zurückkommen und behaupten könnte, der Sachverhalt sei ihr nicht vollständig bekannt gewesen.

Dieses Problem wird von anderen Unternehmen bestätigt, die ebenso kritisieren, dass die WEKO nach einer Anmeldung eine Überprüfung erst dann aufnimmt, wenn die angemeldete Massnahme umgesetzt wurde. Gerade die Einführung neuer Produkte ist sehr aufwändig und nicht einfach reversibel, so dass man darauf angewiesen wäre, eine verbindliche Aussage der WEKO vor Einführung der Massnahme zu erhalten. Ferner erscheint die Bearbeitungsdauer der WEKO von bis zu fünf Monaten viel zu lang, um die Option Meldemöglichkeit ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Generell wird das Widerspruchsverfahren als verunglückt beurteilt. Die Anreize der Unternehmung für eine Meldung sind gering. Eine ursprünglich gute Idee (Sanktionsbefreiung bei vorgängiger Meldung eines Vorhabens) wurde im politischen Prozess so verändert, dass sie sich zum weitgehend wirkungslosen Papiertiger entwickeln musste. Als Alternative machen einige Unternehmen von der Möglichkeit Gebrauch, sich vom Sekretariat der WEKO beraten zu lassen (Art. 23 Abs. 2 KG). Der Wert dieses Instruments ist aber insofern reduziert, als die Auskünfte des Sekretariats nicht rechtsverbindlich sind, so dass auch bei zustimmender Auskunft das Sanktionsrisiko nicht beseitigt ist. Ferner wurde von Unternehmen berichtet, dass die WEKO im Rahmen der Beratung im Regelfall sehr vorsichtig und streng beurteilt um zu vermeiden, ihre Position später möglicherweise revidieren zu müssen, wenn eine als unbedenklich erachtete Massnahme eingeführt wird und eine folgende Überprüfung zu einem gegenteiligen Ergebnis führen sollte.

Ergebnisse der Befragung der Verbände

Von Verbandsseite wurde die grundsätzliche Idee des Widerspruchsverfahrens begrüsst, eine nennenswerte Nutzung innerhalb der befragten Verbände (bzw. seiner Mitgliedsunternehmen) konnte aber nicht festgestellt werden. Der zentrale Grund liegt in der fünfmonatigen Frist, in welcher faktisch nicht umgesetzt werden kann und der fehlenden Rechtssicherheit nach Ablauf der Frist. Die WEKO kann auch nach Ablauf der fünfmonatigen Frist immer noch das Verhalten als wettbewerbswidrig qualifizieren, wenn auch nicht mehr direkt sanktionieren. Verträge müssten dann aufgehoben und Projekte eingestellt werden, was weder praktikabel noch wirtschaftlich wäre. Seitens des Verbandes wird die Beratung durch das Sekretariat zur Schaffung von Rechtssicherheit bevorzugt. Die Beratung ist ein Instrument, das in jedem Fall beibehalten werden sollte.

Im Rahmen der Umsetzung des Verfahrens wurde ferner insofern kritisiert, dass die Wettbewerbskommission nicht Stellung dazu nimmt, welche Verhaltensweisen erlaubt sind, sondern nur verlaublich, welche Verhaltensweisen verboten sind. Die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit ist erheblich. Diese wird von Seiten der Verbände allerdings teilweise versucht, durch regelmässige proaktive Kommunikation mit der WEKO abzubauen.

2.7.6 Fusionskontrolle

Gemäss Art. 10 des Kartellgesetzes kann die Wettbewerbskommission einen Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt. Bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs berücksichtigt die Wettbewerbskommission auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb.

Ergebnisse der Befragung der Anwälte

Im Rahmen der Gespräche mit den Anwälten stellte sich die Fusionskontrolle als ein aktuell intensiv diskutiertes Gebiet dar. So wurde zwar von der Mehrzahl der Anwälte eine Fusionskontrolle prinzipiell als ein wichtiges wettbewerbspolitisches Instrument angesehen, es wurden aber teilweise auch grundsätzliche Diskussionen ob der Sinnhaftigkeit einer solchen Kontrolle in der Schweiz geführt und die Frage aufgeworfen, ob eine ex-ante Fusionskontrolle nicht besser durch eine ex-post Missbrauchskontrolle ersetzt werden sollte. Eine wesentliche methodische Rechtfertigung für einen solchen Schritt läge beispielsweise in den Unsicherheiten, denen sich eine ex-ante Analyse ausgesetzt sieht, da sie im wesentlichen auf Vermutungen über die zukünftige Marktentwicklung beruht die eine Behörde naturgemäss nur schwer einschätzen kann. Einschränkend wurde in diesem Zusammenhang allerdings bemerkt, dass eine ex-post Kontrolle viel Unsicherheit schaffen würde und es darüber hinaus schwierig sein dürfte, Jahre nach dem Vollzug eine organische Einheit wieder zu zerschlagen.

Die Grundsatzdiskussionen fussten auch auf dem Entscheid zur Migros-Denner Fusion, der von nahezu allen Anwälten – insbesondere aufgrund seiner zahlreichen spekulativen Elemente – kritisiert wurde. Insbesondere das verhängte Bündel von Auflagen (das teilweise eine Gültigkeit von 7 Jahren aufweist) wird als wenig hilfreich eingeschätzt, mögliche Wettbewerbsprobleme in einem Markt zu bekämpfen, der ohnehin schon intensivem Wettbewerb ausgesetzt ist und für den absolut unklar ist, wie er sich in den kommenden 7 Jahren entwickeln wird. Von anwaltlicher Seite wurde teilweise vermutet, dass die Entscheidung in Migros-Denner rechtspolitischen und behördenstrategischen Motivationen unterlag.

Von anwaltlicher Seite wurden teilweise auch operative Probleme der Fusionskontrolle identifiziert. So sollte die Meldung und Untersuchung von europaweiten Fusionen in der Schweiz stark vereinfacht werden und die freien Ressourcen auf Seiten des Sekretariats für andere Aktivitäten verwendet werden. Es wird aber überwiegend auch anerkannt, dass es bei internationalen Fusionen schweiz-spezifische Aspekte geben kann, die sich dann beispielsweise im Rahmen von Variationen bei den Fusionsauflagen auch widerspiegeln können, so dass eine völlige Aufgabe solcher Untersuchungen vermutlich auch nicht wünschenswert wäre.

Weiterhin wurde von Seiten der Anwälte teilweise festgestellt, dass Fusionsfälle, die in einer zweiten Phase einer genaueren Untersuchung unterzogen werden, verschiedene Probleme offenbart haben wie insbesondere die zu späte Mitteilung der zentralen Beschwerdepunkte sowie die generelle Intransparenz des Verfahrens, die einen offenen Austausch der Argumente erschwert und eine Entscheidungsfindung der WEKO unter Ausschluss der Parteien vorsieht.

Uneinig sind sich die befragten Anwälte über die Geeignetheit der derzeit existierenden Fusionschwellen. So wurde einerseits festgestellt, dass die heutigen Umsatzschwellenwerte der Fusionskontrolle (je CHF 100 Mio. Umsatz in der Schweiz plus ein kombinierter Umsatz von entweder CHF 2 Mrd. weltweit oder CHF 500 Mio. in der Schweiz) sehr hoch sind im Vergleich zu den Nachbarländern Deutschland, Italien, Frankreich und Österreich. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob durch diese hohen Schwellenwerte potentiell wettbewerbsbeschränkende Fusionen gar nicht von der WEKO untersucht werden. Andererseits wurde die Meinung vertreten, dass die Schwellenwerte in der Schweiz zu Recht höher sind, insbesondere aufgrund der zunehmend internationalen Dimension von Märkten und der relativ kleinen Grösse der Schweiz.

Ergebnisse der Befragung der Unternehmen

Nach Ansicht einiger befragter Unternehmen haben jüngere Fusionsentscheidungen teilweise gezeigt, dass ökonomische Aspekte eine grössere Rolle in den jeweiligen Verfahren einnehmen. Dies macht eine effektive Zusammenarbeit zwischen Juristen und Ökonomen noch wichtiger. Ferner kann man sich des Eindrucks nicht immer erwehren, dass (rechts-) politische Aspekte die Entscheidungen beeinflusst haben. Auf eine Senkung der Fusionschwellen sollte verzichtet werden, da die bedeutendsten Fusionen auf alle Fälle erfasst werden. Es wurde ferner darauf hingewiesen, dass die finanziellen Belastun-

gen für die fusionierenden Parteien derart erheblich sind, dass die ökonomische Rechtfertigung des gesamten Systems möglicherweise auf den Prüfstand gestellt werden sollte.

Von einigen Unternehmen wurde ferner bemerkt, dass in manchen Märkten eine Konsolidierung durch die bestehende Fusionskontrolle wirksam be- bzw. verhindert wird, so dass oftmals eine Vielzahl von Unternehmen im Markt bestehen bleibt. Weiterhin wurden die gesetzlichen Vorgaben für marktmächtige Unternehmen kritisiert, wonach alle Unternehmenszusammenschlüsse solcher Unternehmen zu prüfen sind, unabhängig von den sonst gültigen Schwellenwerten oder der Bedeutung des Zusammenschlussvorhabens. In der Vergangenheit haben solche Unternehmen aufgrund des zu erwartenden Aufwands für ein entsprechendes Verfahren von der Übernahme einiger kleinerer Unternehmen abgesehen. Ob dieser ‚Abschreckungseffekt‘ einen wohlfahrtssteigernden oder wohlfahrtssenkenden Effekt hat, ist schwer zu beurteilen.

Ergebnisse der Befragung der Verbände

Von Verbandsseite wurde im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle bemerkt, dass in den entsprechenden Verfahren die Belange der klein- und mittelständischen Unternehmen besser Berücksichtigung finden sollten. So können beispielsweise Fusionen zwischen zwei Grossunternehmen existenzgefährdende Folgen für kleinere Zulieferunternehmen haben (wenn beispielsweise bedeutende Absatzkanäle versiegen in Folge des Zusammenschlusses).

2.7.7 Bekanntmachungen

Bekanntmachungen verfolgen den Zweck, den Adressaten des Kartellrechts die Interpretation der entsprechenden gesetzlichen Vorgaben zu erleichtern. Die Wettbewerbskommission beschreibt in solchen Bekanntmachung demgemäss ihre Ansichten zu bestimmten abgegrenzten Bereichen des Kartellrechts. Sie verfolgen demnach den zentralen Zweck, die Rechtsunsicherheit auf Seiten der Unternehmen bezüglich der Rechtmässigkeit ihrer Geschäftsgebaren zu erleichtern. Bekanntmachungen haben keine Gesetzeskraft, d.h. die WEKO kann in Einzelfällen von den dort getroffenen Aussagen abweichen. In den vergangenen Jahren hat die Wettbewerbskommission die folgenden Bekanntmachungen erlassen: Vertikalbekanntmachung, KMU-Bekanntmachung, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel sowie eine Bekanntmachung zur Verwendung von Kalkulationshilfen.

Ergebnisse der Befragung der Anwälte

Aus Sicht der befragten Anwälte sind Bekanntmachungen prinzipiell ein sinnvolles und begrüßenswertes wettbewerbsrechtliches Instrument, da ihm ein Rechtssicherheit erhöhendes Potential innewohnt. Das zentrale Problem der aktuellen Bekanntmachungspraxis ist allerdings, dass das Ziel der Schaffung von mehr Rechtssicherheit unterlaufen wird durch die Veröffentlichung von Bekanntmachungen, die von den bestehenden europäischen Richtlinien abweichen, obwohl dies aus ökonomischer wie rechtlicher Sicht nicht notwendig erscheint. Diese Vorgehensweise erhöht die Rechtsunsicherheit für Anwälte und Unternehmen unnötig und entwertet damit die Bekanntmachungen zumindest teilweise. Grundsätzlich wurde in diesem Zusammenhang auch von anwaltlicher Seite bemerkt, dass üblicherweise zunächst ein Set von Leading Cases geschaffen werden sollte und im Anschluss daran der Erlass von Bekanntmachungen erfolgen sollte. Der in der Schweiz eingeschlagene umgekehrte Weg ist im Hinblick auf die Erreichung des Ziels einer grösstmöglichen Rechtssicherheit eher kontraproduktiv.

Im Bezug auf die Automobilbekanntmachung wurde von anwaltlicher Seite bemerkt, dass hier das Kopieren der EU-Regelung hier mehr oder weniger nicht vermeidbar war, da die grossen Automobilhersteller ihre standardisierten Vertriebsverträge bzw. -strukturen durchsetzen und keine schweizspezifischen Vertragsanpassungen vornehmen. Im Bezug auf die Umsetzung der Bekanntmachung wurde von Seiten der Anwälte von einigen Problemen berichtet, insbesondere da kleinere Händler und Werkstätten nach der Bekanntgabe der Bekanntmachung teilweise der Ansicht waren, nun Narrenfreiheit unter dem Schutz des Kartellgesetzes zu geniessen. Eine genauere Untersuchung der Bekanntmachung erfolgt in Kapitel 6.6.

Im Bereich der vertikalen Vereinbarungen hat die entsprechende Vertikalbekanntmachung nur teilweise Klarheit gebracht. Insbesondere auf dem Gebiet der Preisempfehlungen herrscht seit dem Erlass völlige Unklarheit. Ferner bleiben Unklarheiten bestehen in den Bereichen Interbrand- und Intra-brandwettbewerb. Generell wird von der Mehrzahl der Anwälte darauf hingewiesen, dass es im Bereich der vertikalen Vereinbarungen in den vergangenen Jahren zu einer deutlichen Fehlallokation von Ressourcen auf Seiten der WEKO gekommen ist. Die WEKO überschätzt das Problem der vertikalen Vereinbarungen aus Sicht der Anwälte. Im Verlauf der Untersuchungen hat es Hunderte von Marktbefragungen gegeben, die aber bislang nicht in einen einzigen entschiedenen Fall gemündet haben. Politischer Hintergrund zu den Aktivitäten im Bereich der vertikalen Vereinbarungen ist vermutlich der Glaube an hohe

Preise in Verbindung mit dem Argument der Marktabschottung anzunehmen. Nach Ansicht der Anwälte ist die Hochpreisinsel Schweiz aber im wesentlichen ein Phantom, und die teilweise höheren Preise in der Schweiz können oft marktwirtschaftlich durch landesspezifische Besonderheiten wie beispielsweise die hohen Werbungskosten für viele Produkte in der Schweiz erklärt werden.

Abschliessend wurde von einigen Anwälten bemerkt, dass der originäre Einfluss der Schweizer Wettbewerbspolitik im Bereich der Bekanntmachungen leicht überschätzt wird, da oft im wesentlichen die EU-Vorgaben umgesetzt wurden und es der Schweiz gar nicht möglich ist, grossartige Sonderrollen zu fahren. Insofern erscheint es fragwürdig, wenn das Sekretariat Erfolge – beispielsweise im Bezug auf die Automobilbekanntmachung – grösstenteils der eigenen Arbeit zuschreibt.

Ergebnisse der Befragung der Unternehmen

Von Seiten der befragten Unternehmen wurde bemerkt, dass im Bereich der Vertikalbekanntmachung weiterhin Unklarheiten existieren. In diesem Zusammenhang wurden von Unternehmen teilweise Indizien dafür festgestellt, dass ein Schutz von (kleinen) Wettbewerbern und nicht ein Schutz des Wettbewerbs von der WEKO als Zielsetzung verfolgt wird.

Ergebnisse der Befragung der Verbände

Von Seiten der Verbände wurde teilweise bemerkt, dass trotz der erlassenen Bekanntmachungen in den Bereichen KMUs und Kalkulationshilfen die Rechtsunsicherheit nach wie vor bedeutend ist. So hat die Wettbewerbskommission beispielsweise verlautbart, dass die Festlegung fester Kalkulationsaufschläge unzulässig sein könnte, obwohl diese für KMUs oftmals der einzig gangbare Weg sind, Kostenzuschläge zu berechnen. Ferner haben Kalkulationshilfen die wichtige Aufgabe für eine einfachere Vergleichbarkeit von Angeboten zu sorgen.

In Ergänzung hierzu wurde bemerkt, dass es in der Interpretation des Art. 5 KG in Verbindung mit Art. 6 e KG – in dem für KMUs einige Sonderregeln formuliert werden – zu bislang ungeklärten Meinungsverschiedenheiten mit der Wettbewerbskommission gekommen ist. Während die WEKO der Meinung ist, dass Art. 5 KG immer gilt, wird von Verbandsseite nur dann ein Sinn in Art. 6 KG gesehen, wenn dies nicht der Fall ist. Ferner gibt es einen Dissens darüber, wie ein KMU definiert ist. Während verbandsseitig Unternehmen mit bis zu 250 Mitarbeitern als KMU angesehen werden, sieht die WEKO die Grenze bei 10 Mitarbeitern.

Weiterhin wurde von Verbandsseite verschiedentlich ein grosser Bedarf an einer Bekanntmachung zur Abgrenzung des relevanten Marktes (insbesondere die zu verwendenden Techniken und Methoden) geäussert, da vielen Unternehmen völlig unklar ist, in welchem wettbewerbsrechtlich relevanten Markt sie aktiv sind. Dies führt zu grundlegenden Problemen bei der Einschätzung der wettbewerbsrechtlichen Relevanz von bestimmten Verhaltensweisen. Dies gilt insbesondere für Fragestellungen des Marktmachtmissbrauchs, bei denen es neben der Marktangrenzungsfrage auch noch Probleme im Hinblick auf die Interpretation des Begriffs des Missbrauchs gibt.

2.8 Institutionelle Aspekte des Wettbewerbsrechts

Die institutionellen Aspekte des Wettbewerbsrechts umfassen einerseits Erkenntnisse zur Zuordnung der Zuständigkeiten zwischen WEKO und Sekretariat der WEKO sowie grundlegende verfahrensrechtliche Aspekte (sogenannte fundamental-institutionelle Ebene) und andererseits die Erfahrungen der Unternehmen und Verbände in der Zusammenarbeit mit diesen Institutionen (sogenannte operativ-institutionelle Ebene).

Ergebnisse der Befragung der Anwälte

Auf fundamental-institutioneller Ebene wurde von Seiten der befragten Anwälte überwiegend kritisiert, dass es im Zuge der Revision versäumt wurde, sowohl das Verfahrensrecht als auch die wettbewerbsrechtlichen Institutionen anzupassen und ebenso zu reformieren. Das derzeit gültige Verfahrensrecht befindet sich im Wesentlichen noch auf dem Stand der 60er Jahre und ist den Anforderungen eines modernen Kartellrechts nicht mehr gewachsen. Eine zentrale Forderung der Anwälte ist demnach die Schaffung eines modernen Kartellverfahrensrechts.

Als vielleicht noch wichtigeren Reformbereich werden von anwaltlicher Seite die zentralen wettbewerbsrechtlichen Institutionen angesehen. Von vielen anwaltlichen Interviewpartnern wurde es als grösste institutionelle Fehlstellung gesehen, dass es sich bei der WEKO um eine Laienkommission handelt, die der Komplexität ihrer Aufgaben nicht mehr in vollem Umfang gewachsen scheint. Die Mitglieder arbeiten nur nebenberuflich und treffen sich alle zwei Wochen für einen Tag; dies reicht nicht aus, um sich in komplexe Fälle einzuarbeiten und kompetent über diese zu entscheiden. Teilweise wurde berichtet, dass zumindest einzelne Mitglieder der WEKO einen relativ unmotivierten Eindruck erwecken und möglicherweise sehr viele Dinge im Rahmen ihrer eigentlichen beruflichen Tätigkeiten im Kopf

haben, die sie von der Beschäftigung mit den Belangen der Wettbewerbskommission abhalten. Ferner wurde verschiedentlich von den Anwälten festgestellt, dass die WEKO im Bezug auf einige Themen/Industrien Bishemmungen zu haben scheint. Ob dies zentral mit den vorhandenen lobbyistischen Einflüssen innerhalb der WEKO zu tun hat, kann nicht gesagt werden. Unabhängig davon wird von anwaltlicher Seite kein Zweifel daran gelassen, dass die Präsenz von Vertretern der Interessengruppen innerhalb der WEKO als zentrales strukturelles Problem wahrgenommen werden muss. Auch Professoren werden nicht generell als ideale Mitglieder der Wettbewerbskommission angesehen, da ihnen teilweise die notwendige Nähe zur Praxis fehlt, um eine Vielzahl an komplexen praktischen Fällen in all seinen Facetten zu durchdringen und entsprechend kompetent zu entscheiden. Aus diesen Gründen wird von Teilen der befragten Anwälte vorgeschlagen, die WEKO durch ein professionelles Kartellgericht zu ersetzen. Das Sekretariat würde dann zur Anklagebehörde.

Aus operativ-institutioneller Ebene wurden von Seiten der befragten Anwälte verschiedene Problemfelder identifiziert. So entstand im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Fällen teilweise der Eindruck, dass die anwaltlichen Eingaben von der WEKO teilweise gar nicht vollständig gelesen wurden, sondern lediglich vom Sekretariat verfasste Zusammenfassungen. Eine solche Vorgehensweise wird als kritisch angesehen, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Sekretariat bewusst oder unbewusst Argumente derart selektiert, dass Meinungen bereits in eine bestimmte Richtung vorgeprägt werden. Dies erscheint aus anwaltlicher Sicht insbesondere deshalb kritisch, als das System WEKO/Sekretariat eher als Staatsanwalt wahrgenommen wird als unabhängige Behörde und Anwälte/Unternehmen ohnehin schon häufiger das Gefühl hatten, dass ihre Argumente nicht in entsprechendem Masse in den Entscheidungsprozess einfließen.

In diesem Zusammenhang ist es ebenso kritisch zu sehen, dass das derzeitige Verfahren vorsieht, dass die Unternehmen angehört werden und im Anschluss dann die Entscheidung zwischen WEKO und Sekretariat festgelegt wird, ohne Anwesenheit der Parteien. Dies ist nicht akzeptabel, da Waffengleichheit grundlegend in einem Rechtsstaat sein sollte. Von Seiten des Sekretariats der WEKO werden im Rahmen eines Falls oft nur belastende Aspekte gesucht. Aufgabe des Sekretariats sollte aber sein, die WEKO unabhängig über pro und contra Argumente zu unterrichten. Zur Lösung dieses Problemkreises wurde von verschiedenen befragten Anwälten vorgeschlagen, eine deutliche Trennung der untersuchenden und entscheidenden Behörde – also Sekretariat der WEKO und WEKO – vorzunehmen.

Die Zusammenarbeit mit dem Sekretariat wird von der Mehrheit der Anwälte als gut bezeichnet. Es wird überwiegend attestiert, dass das Sekretariat in den vergangenen Jahren an Professionalität gewonnen hat. Die Chancen für das Aufgreifen von Fällen sind relativ gut, nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass sich von behördlicher Seite nach Fallpraxis gesehnt wird. Als zentrales Problem der Zusammenarbeit wird allerdings wahrgenommen, dass aufgrund der jungen Altersstruktur der Mitarbeiter (und der oft geringen Verweildauer) oftmals nur ein beschränktes Verständnis/Erfahrung für die betreffenden Märkte besteht und die Bearbeitungszeit oftmals zu kurz ist, um sich ausreichend in die jeweilige Materie einzuarbeiten. Ferner leiden Fallbearbeitungen oftmals darunter, dass Case Handler das Sekretariat verlassen und ein Nachfolger den Fall übernehmen muss (wieder mit einer entsprechenden Einarbeitungszeit). Die relative Unerfahrenheit und das teilweise vorliegende Lehrbuchdenken wird von Seiten der Unternehmen oftmals als Ärgernis empfunden, da es für sie unverständlich ist, wie Personen ohne detaillierte Kenntnis des entsprechenden Marktes zu einem fairen Entscheidungsvorschlag im Hinblick auf den betreffenden Wettbewerbsfall kommen können. Von anwaltlicher Seite wurde als Beispiel unter anderem genannt, dass vom Sekretariat versandte Fragebögen manchmal eine gewisse Naivität aufweisen, sodass dem markterfahrenen Unternehmen gleich klar sein muss, dass der entsprechende Case Handler keine Erfahrungen in dem betreffenden Markt besitzt. Um die Situation zu verbessern wurde von Seiten der Anwälte teilweise empfohlen, weiter am Image der Behörde zu arbeiten. Ziel sollte sein, den Status einer Elite-Behörde zu erlangen, die entsprechend kompetente Mitarbeiter anzieht, ausbildet und dauerhaft hält. Ferner sollte versucht werden, Mitarbeiter mit Industrieerfahrung für die Arbeit im Sekretariat zu gewinnen.

Die zuletzt feststellbaren Bemühungen einer verbesserten Öffentlichkeitsarbeit des Sekretariats werden von den Anwälten kontrovers beurteilt. Während einige Vertreter dies eher positiv einschätzen, sehen andere das Sekretariat als zu medienaffin und oberflächlich an. Die Pressekampagnen werden teilweise als fragwürdig eingeschätzt, da man sich als Sekretariat einzig über bearbeitete und unterschiedene Fälle und nicht über andere Aspekte profilieren sollte.

Auch in Bezug auf die Ressourcenausstattung des Sekretariats sind sich die Anwälte nicht einig. So wird von einigen Interviewpartnern eine (wenn auch nicht dramatische) Unterausstattung mit Personal im Bereich Case Handling festgestellt (siehe Box 2 für einen internationalen Vergleich der Budgets verschiedener europäischer Wettbewerbsbehörden¹⁷), während andere das Problem nicht in fehlenden Ressourcen, sondern eher in einer suboptimalen Ressourcenallokation sehen. So wurde und wird nach wie vor dem Phantom der vertikalen Vereinbarungen nachgejagt – ohne nennenswerte Ergebnisse –

¹⁷ Nicholson, M. (2007), Quantifying Antitrust Regimes, Erasmus Law and Economics Review, Vol. 3, 41-62.

darunter leiden aber zwangsläufig andere Bereiche wie beispielsweise der Bereich des Marktmissbrauchs, in dem einige relevante Fälle nicht zur Untersuchung angenommen wurden. In diesem Zusammenhang wurde teilweise vermutet, dass das Sekretariat oftmals starkem politischem Druck, in gewissen Branchen aktiv oder nicht aktiv zu werden, ausgesetzt ist und auch auf diesen reagiert. Dies ist beispielsweise auch im Bereich der Parallelimporte zu vermuten, der intensiv untersucht wurde, obwohl er von Fachleuten klar als relativ bedeutungsloses Randthema klassifiziert wurde.

Positiv muss bemerkt werden, dass die WEKO/Sekretariat insbesondere in infrastrukturlastigen Sektoren wie Telekommunikation oder Elektrizität einiges zur Marktöffnung beigetragen hat. Allerdings besteht hier das Problem, dass die bestehenden Wettbewerbsprobleme im Wesentlichen auf mangelhafte Regulierungskonzepte (und damit zementierte hohe Marktzutrittsbarrieren für Wettbewerber) zurückzuführen sind (siehe dazu Kapitel 4).

Im Hinblick auf die Bearbeitung von Fällen werden von Teilen der befragten Anwälte qualitative Unterschiede in den Beratungen zwischen den Diensten festgestellt. Auch methodisch existieren Unterschiede: So werden einige Bereiche im Sekretariat der WEKO so wahrgenommen, als ob sie eine interventionistische Grundhaltung aufweisen und zum Teil vom Ideal des vollkommenen Wettbewerbs geleitet werden. Hier wäre es sinnvoll, wenn man sich intern besser abspricht zwischen den Diensten. Es sollte eine klare Struktur geben, wie z.B. Pressemitteilungen aufzubauen sind. Als positiv und diesen Effekt etwas abschwächend wird allerdings genannt, dass die jeweiligen Leiter der Dienste bereits relativ lange ihre Posten innehaben und somit für eine gewisse Kontinuität sorgen.

Hinsichtlich des Verfahrensaufwands wirkt bemerkt, dass dieser seit der Revision im Durchschnitt weiter angestiegen ist. In der Folge ist von Seiten der Klienten mitunter nur eine geringe Bereitschaft vorhanden, ein Verfahren bis zur Ausschöpfung aller juristischen Möglichkeiten zu verfolgen. Im Vergleich zu beispielsweise der Europäischen Union ist der Verfahrensaufwand in der Schweiz aber immer noch deutlich geringer. Dies trifft auch für das Sekretariat der WEKO zu, in dem im Regelfall 1-2 Mitarbeiter einem Case Team zu einem Fusionsfall angehören, während ein vergleichbarer Fall in der Europäischen Union ungefähr 8 Mitarbeiter in einem Case Team binden würde. Der in der Europäischen Union getriebene Aufwand sollte jedoch nicht zum Vorbild für die Schweiz werden, da der Nutzen im Verhältnis zum Aufwand fraglich ist.

Box 2: Ressourcenausstattung der Wettbewerbskommission im internationalen Vergleich

Das Argument der mangelnden Ressourcenausstattung kann auf relativ einfache – wenn auch imperfekte – Weise untersucht werden. So wurden von Nicholson (2007) für das Jahr 2003 Daten zu den Budgets der Wettbewerbsbehörden erhoben. Ergänzt um den entsprechenden Wert für die Schweiz – der vom Sekretariat bereitgestellt wurde – können dann diese Budgets in Relation gesetzt werden zum Bruttoinlandsprodukt der entsprechenden Länder. Die untenstehende Graphik zeigt die Ergebnisse eines solchen Vergleichs.

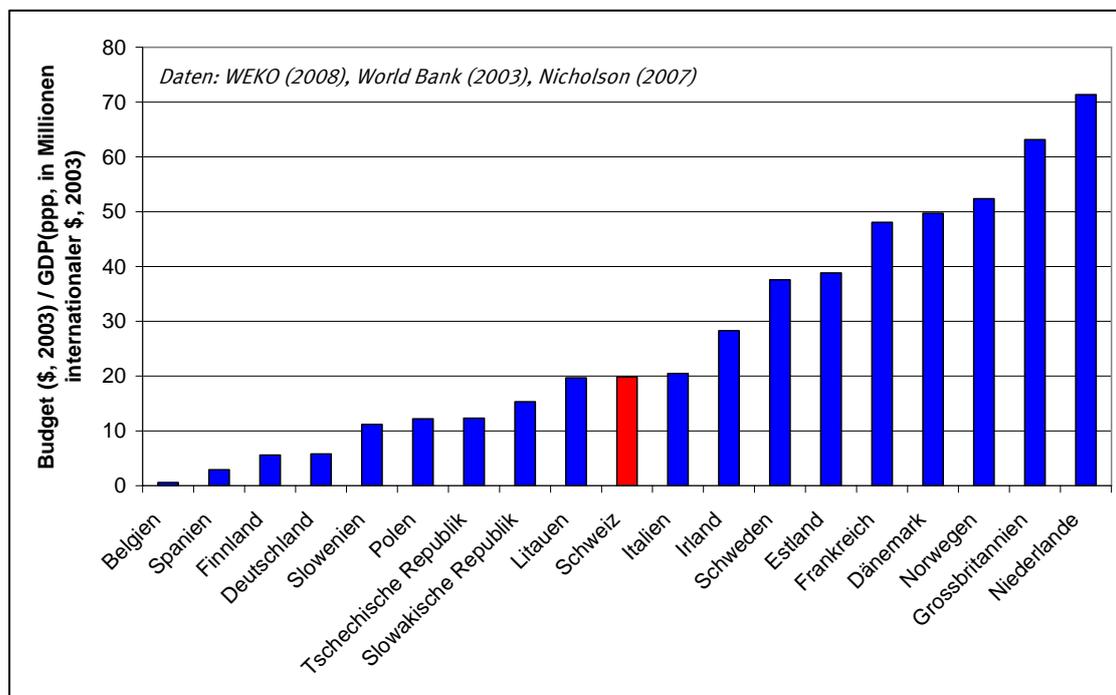


Abbildung 1: Budget der Wettbewerbsbehörden relativ zum Bruttoinlandsprodukt

Wie Abbildung 1 verdeutlicht, liegen die relativen Ausgaben der Schweiz für die Wettbewerbsbehörde europaweit im Mittelfeld. Insofern spräche Abbildung 1 eher nicht für ein strukturelles Unterinvestitionsproblem im Bereich der Wettbewerbsbehörde. Einschränkend muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass das Zustandekommen der Budgetdaten nicht überprüft werden kann. So ist beispielsweise nicht auszuschliessen, dass teilweise Vermischungen der Budgets von Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden vorliegen oder dass Wettbewerbsbehörden auch regulierungsökonomische bzw. industriepolitische Aufgaben wahrnehmen. Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass es nicht zwangsläufig eine starke Korrelation zwischen einem hohen relativen Investment in Wettbewerbspolitik und der Qualität der Wettbewerbspolitik geben muss. So geniesst die Wettbewerbspolitik des Bundeskartellamts in Deutschland gemeinhin hohes Ansehen, obwohl die relativen Ausgaben des Staates für die Behörde zu den niedrigsten in ganz Europa gehören.

Ergebnisse der Befragung der Unternehmen

Die Erfahrungen mit der WEKO werden von den befragten Unternehmen unterschiedlich charakterisiert. So betonen einige Unternehmen ausdrücklich die überaus positiven Erfahrungen – obwohl die Entscheidungen der WEKO nicht immer wie gewünscht ausfielen – andere unterstellen der WEKO zwar eine Grundlagenkompetenz sowie die erforderliche Sorgfalt und das Engagement, sehen aber zentrale Probleme im Verständnis praktischer Zusammenhänge und dem kritiklosen Übernehmen von Lehrbuchwissen. Neben dem Problem der mangelnden Fachkenntnis wird insbesondere auch kritisiert, dass das Aufgabenspektrum der Mitarbeiter teilweise viel zu gross ist, um die Arbeitslast zeitnah bewältigen zu können. Neben der Untersuchung von Eingaben müssen die Mitarbeiter Gutachten erstellen und auch in anderen Bereichen aushelfen. Dies führt dazu, dass Klagen zu lange bearbeitet werden. Wünschenswert wäre eine bessere personelle Ausstattung der WEKO, damit Beratungs- und Prüfungsverfahren gründlicher und schneller durchgeführt werden können. Dies könnte – als Ausgleich für geringere Fallpraxis in der Schweiz im Vergleich zur EU – dazu beitragen, die Rechtssicherheit zu erhöhen.

Weiterhin wird bemerkt, dass die Kräfteverteilung im Wettbewerb der ökonomischen Ansichten in manchen Fällen deutlich ungleich verteilt ist. Ein paar Mitarbeiter der WEKO treten gegen die geballte

Fachkompetenz von Beratungen und Professoren an, die von der beklagten Seite ins Rennen geschickt werden. Für die Förderung des Wettbewerbs ist eine solche Ausgangsposition eher nicht hilfreich. Insgesamt wird von einigen Unternehmen betont, dass die WEKO ihren Einfluss, den sie bei besserer Personalausstattung auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ausüben könnte, deutlich unterschätzt.

Es wurde weiterhin von Unternehmensseite kritisch bemerkt, dass die WEKO oft als Staatsanwalt wahrgenommen wird und nicht als unabhängige Behörde. Sie hat oft bereits eine vorgefertigte Meinung zum Fall und tendiert dazu, einen Schutz von kleinen Wettbewerbern zu betreiben. Die Dauer der Entscheidungsfindung bei der WEKO wird als teilweise deutlich zu lang bezeichnet. Weiterhin wird von einigen Unternehmensvertretern beobachtet, dass die WEKO in ihren Entscheidungen oft nicht unabhängig wirkt. Es gibt aus Unternehmenssicht teilweise auch Anhaltspunkte dafür, dass innerhalb des Sekretariats der WEKO in der Vergangenheit möglicherweise Ressourcen suboptimal aufgeteilt wurden. In diesem Zusammenhang wird auch bemerkt, dass sich die Arbeit der drei Dienste der WEKO methodisch wie im Bezug auf die Aussendarstellung nennenswert unterscheidet. Hier wäre eine bessere Koordination aus Unternehmenssicht wünschenswert.

Auf fundamental-institutioneller Ebene sollte hinterfragt werden, ob der derzeit für Konflikte zwischen Wettbewerbsrecht und anderen öffentlichen Interessen vorgesehene Weg über den Bundesrat wirklich sinnvoll ist. Insbesondere bei kleineren Fällen erscheint es unverhältnismässig, diese dem Bundesrat vorzulegen.

Ergebnisse der Befragung der Verbände

Die Bemerkungen der Verbände zu institutionellen Aspekten unterscheiden sich deutlich. So wurde auf der einen Seite beispielsweise angemerkt, dass das Kartellverfahrensrecht verbesserungsbedürftig ist (u.a. um die Rechte der Parteien klar zu regeln). Andererseits wurde betont, dass die derzeitige institutionelle Ausgestaltung überwiegend positiv gesehen werden muss und gut funktioniert. Zwar wurde attestiert, dass die Belastung der Wettbewerbskommission sich der oberen Grenze nähert, der kritische Engpass ist aber nach wie vor in den Kapazitäten des Sekretariats zu sehen. Hier verzögert insbesondere die mitunter schlechte Strukturierung der Fälle eine zügigere Entscheidung der WEKO. So entstehen im Laufe von Verfahren erst an fortgeschrittener Stelle mitunter intensive Diskussionen zur Mechanik des Falles (z.B. im Bezug auf die Marktabgrenzung), die eigentlich zu Beginn hätten geklärt werden müssen. Der Personalbestand im Sekretariat der WEKO wird als ausreichend eingeschätzt. Die Fluktuation ist in der letzten Zeit zurückgegangen. Insbesondere ist die Geschäftsleitung kompetent und erfahren. Im öffentlichen Auftritt wird verbandsseitig der Vorschlag unterbreitet, die Unterschiede zwischen Wettbewerbskommission und Sekretariat nach aussen hin deutlicher zu kommunizieren, beispielsweise durch deutlichere Unterschiede im Briefpapier als dies derzeit der Fall ist. Ferner könnte erwogen werden, den Einflussbereich des Präsidiums zu verringern, während der Einflussbereich des Sekretariats in gleichem Umfang vergrössert werden könnte.

Die Mischung von Fachleuten und Professoren in der Kommission wird von einigen Verbandsvertretern als grundsätzlich positiv beurteilt. Die Meinung, dass die sogenannten Interessenvertreter eindimensional denken und parteiisch sind, wird als unzutreffend angesehen. Alle Kommissionsmitglieder sind unabhängig und entscheiden nur auf Basis ihrer Erfahrungen. Eine interessenpolitische Färbung der Entscheide konnte bislang nicht beobachtet werden und wäre ohnehin nicht mehrheitsfähig. Bei den Dachverbänden ist die Aggregation der Interessen ohnehin sehr hoch, das heisst es gibt eine grosse Distanz zu den konkreten Geschäften der Unternehmen. Nicht selten sind zudem beide Parteien eines Wettbewerbsfalls Mitglieder eines Dachverbandes. Die sogenannten Interessenvertreter der Wirtschaft sollen auch deshalb weiterhin in der WEKO sitzen, da sie praktisches Wissen einbringen können und somit auch die Akzeptanz des Wettbewerbsrechts in der Wirtschaft fördern. Im Hinblick auf Interessenkonflikte hat es solche in der Vergangenheit eher auf Seiten der Professoren gegeben, die deshalb ihre Expertise in den entsprechenden Fällen nicht einbringen konnten.

In der Zusammenarbeit mit dem Sekretariat wird einerseits von Verbandsseite ein guter Wille und die ständige Gesprächsbereitschaft gelobt. Auf der anderen Seite versteht die WEKO in vielen Dingen zu wenig von der jeweiligen Branche, um wirklich kompetent entscheiden zu können. Insbesondere die Kommunikation zwischen Juristen und Praktikern wird oftmals als problematisch charakterisiert.

2.9 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Im Folgenden sollen die wesentlichen Erkenntnisse der durchgeführten Befragungen bei Anwälten, Unternehmen und Verbänden in Form von Übersichtstabellen zusammengefasst werden. Dabei erfolgt eine Trennung in realisierte Wirkungen des Kartellgesetzes sowie unterbreitete Verbesserungsvorschläge in den Bereichen Instrumente und Institutionen. Wenngleich in einigen Fällen weitgehende Übereinstimmung zwischen allen befragten Parteien feststellbar war, so muss an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen werden, dass die Mehrzahl der im folgenden präsentierten Aspekte Tendenzaussagen

derart darstellen, als sie von einer oder auch mehreren Parteien genannt und entsprechend begründet wurden. *Dies bedeutet nicht, dass alle befragten Parteien die jeweiligen Argumente als relevant und richtig ansehen oder gar, dass alle genannten Verbesserungsvorschläge aus Gründen der ökonomischen Effizienz unmittelbar umgesetzt werden sollten. Eine Wertung der unterbreiteten Argumente und Vorschläge erfolgt im Rahmen dieses Berichts nicht.*

2.9.1 Realisierte Wirkungen des Kartellgesetzes

Tabelle 1: Realisierte Wirkungen des Kartellgesetzes

	Anwälte	Unternehmen	Verbände
<i>Generelle Entwicklungen des Kartellrechts</i>	<ul style="list-style-type: none"> Die Bedeutung des Kartellrechts ist in den vergangenen Jahren deutlich angestiegen Die Revision des Kartellgesetzes führte zu einem deutlichen Nachfrageanstieg nach anwaltlichen Beratungsleistungen Die Struktur des Nachfrageanstiegs ist jedoch geprägt von der Art und Grösse der Unternehmen Die Klienten zeigen in den letzten Jahren eine vertiefte Kenntnis der Kartellrechtsregeln, es bleiben aber teilweise Unklarheiten bestehen Im Hinblick auf die Repräsentativität der Aussagen muss bemerkt werden, dass es eine Konzentration der Beratungstätigkeit der befragten Anwälte auf Grossunternehmen gibt Eine Einschätzung bezüglich des Verständnisses der Wettbewerbsregeln bei den nicht abgedeckten klein- und mittelständischen Unternehmen sowie teilweise Verbänden fällt negativer aus Als Gründe für Wettbewerbsverstösse werden sowohl Unwissenheit als auch Vorsatz bzw. grobe Fahrlässigkeit angegeben 	<ul style="list-style-type: none"> Verschiedene Indikatoren weisen darauf hin, dass die Wettbewerbspolitik in den vergangenen Jahren an Bedeutung gewonnen hat: Berichterstattung in den Medien, Anzahl an Kartellrechtsanwälten, WEKO wird als aktiver und kommunikativer wahrgenommen Die befragten Unternehmen bezeichnen Wettbewerbspolitik als notwendigen Bestandteil der Wirtschaftspolitik Bezüglich der Gewünschtheit einer Sanktionierung von Wettbewerbsverhalten ausserhalb der horizontalen Kartelle ist ein Teil der befragten Unternehmen skeptisch aufgrund der allgemeineren gesetzlichen Konzeptionen und der dadurch bestehenden Rechtsunsicherheit Für im Ausland aktive bzw. in regulierungsintensiven Branchen tätige Unternehmen war die Revision insofern von nahezu keiner Bedeutung, als die Einhaltung wettbewerbsrechtlicher Regelungen oft schon lange Teil der Agenda war 	<ul style="list-style-type: none"> Die befragten Verbände bekennen sich im Grundsatz zum Wettbewerb und den Bestrebungen des Bundes, diesen zu fördern Im Bezug auf wesentliche Neuerungen des Kartellrechts (u.a. Sanktionsmöglichkeiten, Hausdurchsuchungen oder Bonusregelung) sind die Ansichten allerdings kontrovers Einerseits werden die Neuerungen als konsequent und notwendig angesehen, andererseits werden beispielsweise Absprachen teilweise als nicht generell negativ eingeschätzt Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass das Oberziel des Kartellrechts die Gewährleistung eines für alle Seiten fairen Wettbewerbs sein muss Andere Wettbewerbsparameter wie bspw. die Dienstleistungsqualität können von grosser Bedeutung sein und auch ein solcher Wettbewerb sollte fair ausgestaltet sein In den Unternehmen wird die ‚Culture of Compliance‘ in Abhängigkeit von der Unternehmensgrösse und dem Internationalisierungsgrad von gut bis sehr gut bis ‚könnte noch grösser sein‘ eingeschätzt
<i>Existenz und Ausgestaltung von Antitrust Compliance Programmen</i>	<ul style="list-style-type: none"> Die Klienten haben in den vergangenen Jahren ein erhöhtes Interesse an ACP gezeigt, es existieren aber nach wie vor Schwierigkeiten, Klienten eine solche Investition als lohnend zu vermitteln Die Nachfrage nach ACP ist stark saisonabhängig und steigt nach der Bekanntgabe von Sanktionen oder Hausdurchsuchungen in der Regel an Die Art der anwaltlichen Beratung hängt stark von der Branche sowie der Grösse des Unternehmens ab Das Spektrum der anwaltlichen Tätigkeiten im Bereich der ACP reicht von Audits der kartellrechtlichen Exposure bis hin zur Ausgestaltung und Implementierung der ACP (u.a. Erstellung von Handbüchern oder Leitfäden, Schulungen, eLearning Programmen) 	<ul style="list-style-type: none"> Alle befragten Unternehmen gaben an über ein ACP zu verfügen Im Hinblick auf den Umfang, die Qualität sowie den Grad der Implementierung der Programme existieren aber deutliche Unterschiede So wurden von einigen Unternehmen Nachweise vorgelegt, die eine Implementierung entsprechend der Best Practice (Compliance Strategie, Abfassung entsprechender Regelwerke, Mitarbeiterauswahl und –schulung, Aufbau einer Compliance Organisation, Definition klarer Verantwortlichkeiten, Setzen von Anreizen bzw. Sanktionen sowie Schaffung eines Kontrollsystems) belegten, andere gaben an, dass der entsprechende Prozess noch nicht abgeschlossen ist Im Bezug auf die Ausgestaltung von ACP 	<ul style="list-style-type: none"> Von Seiten der befragten Verbände wurde überwiegend darauf hingewiesen, dass man nicht direkt in die Implementierung von Compliance Programmen der Unternehmen involviert ist Es erscheint offensichtlich, dass die Existenz und Ausprägung von Antitrust Compliance Programmen stark von der Grösse der Unternehmen sowie der Branche abhängt Um den Mitgliedern die zentralen Botschaften des Wettbewerbsrechts näher zu bringen, erstellen die Verbände regelmässig Informationsbroschüren zu kartellrechtlichen Gesetzesänderungen und Themen und referieren diesbezüglich auf Generalversammlungen Bei auftretenden Problemen gewähren sie zum Teil unverbindliche Ratschläge an Mitglieder bezüglich der wettbewerbsrechtlichen

	<ul style="list-style-type: none"> • Kardinalfehler bei der Implementierung von ACP sind der fehlende Einbezug des Topmanagements sowie das Versäumen von Updates und Audits • Im Bezug auf die Kosten von ACP ist zu vermuten, dass die Bindung von inhouse Kapazitäten den grössten Kostenblock darstellt • Wettbewerbsverstösse finden eher nicht auf der Ebene des Topmanagements statt, sondern auf der Ebene der Verkäufer, auf die Druck ausgeübt wird, bestimmte Leistungsziele zu erreichen 	<p>wurde von Seiten mancher befragter Unternehmen deutlich darauf hingewiesen, dass die Compliance Aktivitäten nicht dazu führen dürfen, dass Mitarbeiter vor dem Ausprobieren marktfähiger und wettbewerbsrechtlich unbedenklicher Strategien zurückschrecken</p> <ul style="list-style-type: none"> • Im Bezug auf die Kosten eines ACP werden überwiegend die investierte Arbeitszeit während des Trainings genannt. Eine geringere Bedeutung haben die Einkommen der im Compliance Bereich tätigen Personen sowie die pekuniären Kosten für die Entwicklung der Schulungsmaterialien • Eine Quantifizierung der Kosten war keinem der befragten Unternehmen möglich 	<p>Konformität bestimmter Verhaltensweisen</p> <ul style="list-style-type: none"> • Von Branchenverbandsseite wurde auch berichtet, dass Verbände über die Einführung eines eigenen Antitrust Compliance Programms nachdenken oder ein solches bereits eingeführt haben • Innerhalb der befragten Verbände finden regelmässig Schulungen der betreffenden Geschäftsstellenmitglieder sowie der Mitglieder der Milizgremien des Verbandes statt. Ferner existieren Leitfäden bzw. Leaflets zur Bedeutung des Wettbewerbsrechts, die laufend den jüngsten Entwicklungen angepasst werden • Die befragten Verbände sind sich insbesondere der Gefahren bewusst, die im Hinblick auf verbotene Absprachen bei Verbandstreffen lauern
<p><i>Einfluss des Kartellrechts auf die Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ein Einfluss des Kartellrechts auf die Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien ist vorhanden, insbesondere im Bereich der Vertragsgestaltung • Im Zuge der Revision / Übergangsperiode wurden verstärkt bestehende Verträge auf ihre wettbewerbsrechtliche Konformität hin untersucht. Teilweise werden auch neue Verträge analysiert • Am Beginn sollte immer die Geschäftsidee sowie deren Umsetzung stehen und erst im Anschluss (aber vor der eigentlichen Implementierung) sollten die wettbewerbsrechtlichen Effekte untersucht und gegebenenfalls Anpassungen vorgenommen werden • Die anwaltliche Beratung wird erschwert durch die seit der Revision deutlich gesunkene Rechtssicherheit, hervorgerufen beispielsweise durch das fehlende Set von Leading cases, die unklare Bedeutung bzw. Akzeptanz europäischer Rechtsprechung für die Schweiz sowie die jüngere Bekanntmachungspraxis • Die Unterlassung von eigentlich wettbewerbsrechtlich unbedenklichen Verhaltensweisen aufgrund unscharfer Regeln und Respekt vor Sanktionen wurden von anwaltlicher Seite in Gesprächen mit Klienten teilweise festgestellt (u.a. Ausschluss unterdurchschnittlich performender Händler, Kooperationen mit Konkurrenten, Lancierung von Produkten durch potentiell marktmächtige Unternehmen) 	<ul style="list-style-type: none"> • Die Wettbewerbs- und Geschäftsfeldstrategien werden durch das Kartellrecht nicht massiv eingeschränkt • In Abhängigkeit des Unternehmenstyps und der jeweiligen Branche hat das Kartellrecht auf die Vertrags- sowie teilweise auch die Produktgestaltung insofern einen nennenswerten Einfluss, als oftmals durch interne Kontroll- und Beratungsprozesse sichergestellt wird, dass das Wettbewerbsrecht nicht verletzt wird • Von Seiten der befragten Unternehmen wird allerdings auch betont, dass darauf geachtet wird, dass das Kartellrecht nicht insofern eine lähmende Wirkung hat, als es die Implementierung innovativer Strategien über Gebühr be- bzw. sogar verhindert • Da besonders innovative Strategien oft auch besonders schmerzhaft für die Wettbewerber in den entsprechenden Märkten sind, wird von deren Seite oftmals nach Möglichkeiten gesucht, mit Hilfe des Wettbewerbsrechts diese Strategien als unzulässig klassifizieren zu lassen • Im Hinblick auf die Frage der Rechtsunsicherheit wird bemerkt, dass diese insbesondere in einigen Bereichen des Kartellrechts unverändert hoch ist beziehungsweise seit der Revision sogar noch angestiegen ist (u.a. Marktabgrenzung, Zusammenarbeit mit Konkurrenten, Koordination von wettbewerbsrechtlichen Vorgaben mit nicht wettbewerbs- 	<ul style="list-style-type: none"> • Aus Sicht der befragten Verbände besteht kein Zweifel daran, dass sich das novellierte Kartellgesetz in der Schweiz auf die Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien auswirkt • Der derzeit aus Unternehmenssicht bestehende Grad an Rechtssicherheit wird als suboptimal eingeschätzt. Dies erschwert teilweise Geschäftsprozesse, insbesondere in Branchen, in denen eine gewisse Kooperation zwischen Wettbewerbern notwendig und somit auch Effizienz fördernd ist • Trotz der bestehenden Rechtsunsicherheiten wird es aber aus unternehmerischer Sicht als wenig sinnvoll erachtet, zu defensiv und übervorsichtig zu agieren, da auf diese Weise unternehmerische Chancen ungenutzt bleiben könnten • Von Seiten der befragten Verbandsvertreter wurde teilweise bemerkt, dass die rechtliche Unsicherheit im Bereich der Anwendung von Kalkulationshilfen nach wie vor erheblich ist • Von Seiten eines Branchenverbandes wurde berichtet, dass man aus Verbandssicht die bestehende Rechtsunsicherheit der Mitglieder deutlich reduzieren kann, indem man proaktiv mit der Wettbewerbskommission kommuniziert und Probleme offen anspricht. Nur auf diese Weise kann ein gegenseitiges Verständnis erzielt werden

		rechtlichen Vorgaben, Fragen der Definition und Zulässigkeit von Exklusivität, der Zulässigkeit von Rabatten oder Fragen eines möglichen Marktmissbrauchs)	
<i>Übergangsperiode</i>	<ul style="list-style-type: none"> Die Übergangsregelung war eine sinnvolle Einrichtung sowohl für die Unternehmen als auch für die Wettbewerbsbehörde. Unternehmen meldeten viele zweifelhafte Verträge bei der WEKO und reduzierten so die existierende Rechtsunsicherheit. Die WEKO profitierte, da sie auf diese Weise eine bessere Kenntnis vieler Märkte erzielte 	<ul style="list-style-type: none"> Teilweise wurde angegeben, dass die Übergangsregelung insofern nicht genutzt wurde, als es keinen Anlass gab, kritische Handlungen zu melden Andere Unternehmen gaben an, dass im Zuge der Übergangsperiode bestehende Verträge, insbesondere Vertriebsverträge, sowie mögliche weitere kritische Problemfelder analysiert wurden 	<ul style="list-style-type: none"> Aus Sicht der befragten Verbände wird die Übergangsperiode als sinnvoll angesehen um Rechtsunklarheiten ohne die Gefahr einer Sanktion zu beseitigen
<i>Sanktionsmöglichkeiten</i>	<ul style="list-style-type: none"> Der Schritt der Einführung direkter Sanktionen war ein konsequenter und richtiger, wenngleich für die Schweiz auch ein grosser und nach wie vor aus rechtshistorischer Sicht teilweise umstrittener Die Wünschbarkeit der Einführung von Gefängnisstrafen für Wettbewerbsvergehen wird von den befragten Anwälten kontrovers gesehen Einigkeit herrscht allerdings darüber, dass solche Strafen überhaupt nur für solche Wettbewerbsvergehen in Erwägung gezogen werden sollten, die klar abgrenzbar sind und im Hinblick auf den volkswirtschaftlichen Schaden besonders schwer wiegen Eine direkte Gefahr in der Einführung von Gefängnisstrafen könnte darin bestehen, dass Unternehmen bzw. Manager von vielen effizienzfördernden Massnahmen Abstand nehmen würden, aus Angst vor (ungerechtfertigter) Verfolgung und Bestrafung Ein möglicherweise ausreichendes Drohpotential für die Mitarbeiter liegt im Verlust ihres Arbeitsplatzes Schon heute ist die kumulative Sanktion für die Unternehmen um ein Vielfaches höher als die eigentliche Strafe (u.a. Verfahrenskosten und Reputationsverluste) Eine in der Zukunft womöglich bedeutsame weitere Komponente stellt die Erleichterung von zivilrechtlichen Schadenersatzklagen dar Ein zentrales Problem der nun möglichen Sanktionierung ist die mangelnde Rechtssicherheit. Diese ist seit der Revision in vielen Bereichen zurückgegangen Die bislang ausgesprochenen Strafen sind 	<ul style="list-style-type: none"> Die Möglichkeit von Sanktionen hat die Wahrnehmung von Wettbewerbsrecht erhöht Die Einführung von Sanktionsmöglichkeiten wird insgesamt als notwendig angesehen um die gewünschte Akzeptanz des Gesetzes zu erreichen Sanktionen sollten nur dann ausgesprochen werden, wenn eine entsprechende Rechtssicherheit im Bezug auf den Verbotscharakter der entsprechenden Aktivität im Vorfeld bestanden hat oder hätte bestehen müssen In Bezug auf die Strafhöhe wird mit Blick auf jüngere Entscheidungen in der Europäischen Union die derzeit beobachtbare Buseninflation eher kritisch gesehen, sowohl im Bezug auf Fälle von horizontalen Absprachen als auch im Bezug auf andere Spielarten wettbewerbswidrigen Verhaltens Ferner wäre es im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit von Sanktionen wichtig, dass zuverlässige Kriterien definiert und angewandt werden Ein zentrales Problem im Rahmen der persönlichen Sanktionierung von Wettbewerbsvergehen wird in der Identifizierung der letztlich verantwortlichen Personen gesehen (Geschäftsführung, Rechtsdienst, handelnder Manager) Die Motion Schweizer sieht vor, dass bei Kartellverstössen involvierte Personen bestraft werden und Unternehmen insofern eine Strafbefreiung oder –reduktion gewährt wird, als sie nachweisen können, dass sie die zumutbaren Compliance Massnahmen zur Verhinderung solcher Verstösse getroffen hatten (Compliance Defense). Zudem schlägt die 	<ul style="list-style-type: none"> Tendenziell werden Sanktionen im Wettbewerbsrecht als notwendig und akzeptabel angesehen. Bei der Bemessung der Höhe einer etwaigen Strafzahlung sollten aber auch soziale Belange eine Rolle spielen Im Hinblick auf die möglichen Belastungen bei der Aufdeckung eines Wettbewerbsverstosses werden sowohl die Geldstrafen als auch die negativen Reputationseffekte als bedeutsam angesehen Die Forderungen nach einem ausgewogeneren und wirksameren Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht (Reduzierung der Unternehmenssanktionen bei Compliance Nachweis sowie Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen) werden von Verbandsseite zum Teil unterstützt Die Einführung von Gefängnisstrafen für schwere Wettbewerbsverstösse wie z.B. horizontale Absprachen wird für die Schweiz überwiegend als problematisch bzw. sehr problematisch und nur schwer bzw. nicht umsetzbar angesehen Die Erfahrungen aus den Vereinigten Staaten zeigen zwar einerseits starke Auswirkungen auf die Compliance Aktivitäten der Unternehmen allerdings auch auf die Schicksale der betreffenden verurteilten Manager Die Einführung eines solchen Instruments würde vermutlich zu einer Fülle an zusätzlichen rechtsstaatlichen Komplikationen führen Ferner wird zu Bedenken gegeben, dass Gefängnisstrafen im Wirtschaftsrecht auch kontraproduktiv wirken können, da sie Unternehmen unverhältnismässig vorsichtig werden lassen in ihren Geschäftsgebaren

	<p>einem Glaubwürdigkeitsproblem ausgesetzt, da unklar ist, ob sie wirklich umgesetzt und rechtskräftig werden</p> <ul style="list-style-type: none"> • Die jüngst ausgesprochenen sehr hohen Strafen in der EU lassen aus anwaltlicher Sicht teilweise die Frage aufkommen, ob eine solche Inflation von Strafenhöhen noch sinnvoll ist 	<p>Motion Schweiger vor, natürlichen Personen, welche in Missachtung der Compliance Vorgaben in Absprachen involviert waren, strafrechtlich zu belangen. Insbesondere die Androhung von persönlichen Sanktionen, inklusive Gefängnisstrafen, könnte in diesem Zusammenhang wirksam sein</p> <ul style="list-style-type: none"> • Die möglichen Effekte sowie die Gewünschtheit einer Einführung von Gefängnisstrafen werden von den befragten Unternehmen kontrovers beurteilt (zusätzlicher Abschreckungseffekt vs. weitgehend wirkungslos, übertrieben oder unnötig) • In Bezug auf die Abschreckungswirkungen werden die verschiedenen Sanktionen (Geldstrafe, Reputationseffekte, strategische Nutzung von Wettbewerbsregeln durch Konkurrenten/Kunden) von den befragten Unternehmen unterschiedlich eingeschätzt 	
<p><i>Bonusregelung</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Aus rechtshistorischer Sicht wird die Bonusregelung teilweise als eher unpassendes Konstrukt klassifiziert, das nicht völlig problemlos mit der Schweizer Rechtstradition vereinbar ist • Überwiegend wurde aber auch bestätigt, dass die Bonusregelung durchaus spürbare Effekte bei der Aufdeckung von Kartellen leistet und demnach zweifellos positiv wirkt • Die Bonusregelung hilft ferner bei der Umsetzung der Antitrust Compliance Programme und erleichtert die Selbstanzeige • Dass diese Vorteile die rechtshistorische Fragwürdigkeit sowie die entstehenden Verfahrenskosten überragen, wird von vielen Anwälten vermutet • Die jeweiligen Klienten der befragten Anwälte wissen in der Mehrzahl von der Existenz und Funktionsweise der Bonusregelung • Die Bereitschaft zur Nutzung der Bonusregelung von Seiten der Unternehmen wird nach wie vor als gering eingeschätzt (u.a. da sie auf Denunziantentum basiert sowie da eine Ächtung des meldenden Unternehmens in der jeweiligen Branche befürchtet wird) • Ferner wurden einige Unvollkommenheiten bzw. Probleme identifiziert: Kein einziger Fall ist juristisch abgeschlossen, ein Grossteil der bisherigen Anwendungsfälle bezieht sich auf internationale Kartellfälle, nur das erste meldende Unternehmen wird von der WEKO zeit- 	<ul style="list-style-type: none"> • Die Bonusregelung wird prinzipiell begrüsst, wobei aus Sicht des Unternehmens es das Ziel ist, diese niemals zur Anwendung bringen zu müssen. • Es wird anerkannt, dass die Bonusregelung Kartelle destabilisieren, deren Aufdeckung erleichtern sowie die Bildung neuer Kartelle verhindern kann. Auch im Rahmen des Compliance Trainings ist die Regelung hilfreich • Im Hinblick auf die Schweizer Rechtstradition wurde teilweise die Auffassung vertreten, dass die Bonusregelung einen Fremdkörper darstellt • Ferner wurde darauf hingewiesen, dass der Bonusregelung ein potentielles Missbrauchspotential innewohnt, indem ein Unternehmen einen Konkurrenten bei der WEKO anschwärzt, ohne dass es in Wirklichkeit eine Kartellabsprache gibt • Die bestehende Unsicherheit über das Vorgehen seitens der WEKO könnte dazu führen, dass die Bonusregelung im Zweifelsfall nicht in Anspruch genommen wird • Ferner wurde zu Bedenken gegeben, dass durch die Einführung von zivilen Schadenersatzklagen die Bonusregel teilweise unterlaufen werden könnte, da eine entsprechende Meldung das betreffende Unternehmen nur von der Sanktion befreit aber nicht von den zivilrechtlichen Schadenersatzforderungen 	<ul style="list-style-type: none"> • Die Bonusregelung wird von der Mehrzahl der befragten Verbände grundsätzlich begrüsst als Instrument zum Aufbrechen von Kartellen. Teilweise wird sie aber auch relativ deutlich abgelehnt, da sie das Denunziantentum fördert – und demnach moralisch verwerflich ist – und insbesondere zu massiven Missstimmungen zwischen Unternehmen, Lieferanten und Kunden führen kann • Die Befürchtung, dass im Falle einer Inanspruchnahme der Bonusregelung das betreffende Unternehmen eine Ächtung innerhalb der betreffenden Branche fürchten müsste, dürfte viele Unternehmen ohnehin von der Nutzung der Regelung abhalten • Aus Verbandssicht sind die Erfahrungen mit der Bonusregelung in der Schweiz derzeit noch sehr begrenzt und es ist noch nicht absehbar, ob sich die Regelung in der Schweiz durchsetzt. Die Hauptgründe dafür liegen in der kurzen Zeit seit der Revision des Kartellgesetzes sowie der Aufhebung vieler Kartelle in der Übergangszeit

	nah über seine Position informiert		
<i>Hausdurchsuchungen</i>	<ul style="list-style-type: none"> Die Gefahr von Hausdurchsuchungen stellt neben den drohenden Sanktionen einen zentralen Grund dafür dar, dass Unternehmen sich aktiv um die Vermeidung von Wettbewerbsverstössen bemühen Ein zentrales Problem in Bezug auf Hausdurchsuchungen stellt aus Sicht der Anwälte die in der Schweiz ungeklärte Frage des Legal Privilege für Unternehmensanwälte dar. Der Status Quo verletzt einerseits rechtsstaatliche Grundprinzipien und führt andererseits zu einer Erschwerung der anwaltlichen Beratung (u.a. Übergang zu mündlicher Beratung) 	<ul style="list-style-type: none"> Auf das neue Instrument der Hausdurchsuchungen wurde im Wesentlichen derart reagiert, dass Verhaltensweisen für den Fall solcher Durchsuchungen erstellt und ausgegeben wurde. Weiterhin wurde im Regelfall ein externer Anwalt als Ansprechpartner festgelegt Die in der Schweiz ungeklärte Frage des Legal Privilege für Unternehmensanwälte sollte unbedingt einer tragfähigen Lösung zugeführt werden 	<ul style="list-style-type: none"> Von Seiten der befragten Verbände wurde teilweise bestätigt, dass auf Unternehmensseite die Möglichkeit einer Hausdurchsuchung durchaus als ernste Bedrohung wahrgenommen wird. Insofern kann vermutet werden, dass dieses Instrument Wirkungen im Hinblick auf die Vermeidung solcher Durchsuchungen hat
<i>Widerspruchsverfahren</i>	<ul style="list-style-type: none"> Das Widerspruchsverfahren wird prinzipiell als richtig und sinnvoll befunden Das derzeit praktizierte Widerspruchsverfahren wird jedoch als nur sehr beschränkt brauchbar angesehen u.a. da die Erkenntnisse der Untersuchungen lediglich unverbindlichen Charakter haben (und das Sanktionsrisiko somit wiederaufleben kann) und das Sekretariat erst dann eine Untersuchung vornimmt, wenn das entsprechende Produkt/Strategie bereits implementiert ist und Marktwirkung entfaltet hat Die im Gesetz vorgesehene Frist von 5 Monaten wird teilweise als gerade noch akzeptabel teilweise aber schon als deutlich zu lang empfunden (in Abhängigkeit von der Schnelllebigkeit des betreffenden Marktes) 	<ul style="list-style-type: none"> Die grundlegende Idee der Meldemöglichkeit bzw. des Widerspruchsverfahrens (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG) wird von vielen befragten Unternehmen als sinnvoll angesehen In der Praxis wird das Widerspruchsverfahren allerdings von den befragten Unternehmen gar nicht oder nur sehr zurückhaltend genutzt Es muss insbesondere befürchtet werden, dass die WEKO im Zweifelsfall ein Verfahren eröffnet und das Sanktionsrisiko wiederauflebt Aus Unternehmenssicht ist insbesondere problematisch, dass die WEKO nach einer Anmeldung eine Überprüfung erst dann aufnimmt, wenn die angemeldete Massnahme umgesetzt wurde Ferner erscheint die Bearbeitungsdauer der WEKO von bis zu fünf Monaten aus praktischer Sicht als viel zu lang Teilweise wird von Seiten der befragten Unternehmen allerdings ein gewisses Verständnis für die Situation der WEKO gezeigt, da es schwierig ist, geplante Produktneueinführungen im Vorfeld auf Konformität zu überprüfen 	<ul style="list-style-type: none"> Von Verbandsseite wurde die grundsätzliche Idee des Widerspruchsverfahrens begrüsst, eine nennenswerte Nutzung innerhalb der befragten Verbände (bzw. seiner Mitgliedsunternehmen) konnte aber nicht festgestellt werden Der zentrale Grund liegt in der fünfmonatigen Frist, in welcher faktisch nicht umgesetzt werden kann und der fehlenden Rechtssicherheit nach Ablauf der Frist. Die WEKO kann auch nach Ablauf der fünfmonatigen Frist immer noch das Verhalten als wettbewerbswidrig qualifizieren, wenn auch nicht mehr direkt sanktionieren. Verträge müssten dann aufgehoben und Projekte eingestellt werden. Alternativ zum Widerspruchsverfahren wird verbandsseitig teilweise die Beratung durch das Sekretariat zur Schaffung von Rechtssicherheit bevorzugt. Die Beratung ist ein Instrument, das in jedem Fall beibehalten werden muss. Im Rahmen der Umsetzung des Verfahrens wurde ferner insofern kritisiert, dass die Wettbewerbskommission nicht Stellung dazu nimmt, welche Verhaltensweisen erlaubt sind, sondern nur verlaubar, welche Verhaltensweisen verboten sind. Die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit ist erheblich
<i>Fusionskontrolle</i>	<ul style="list-style-type: none"> Von der Mehrzahl der Anwälte wird eine Fusionskontrolle prinzipiell als ein wichtiges wettbewerbspolitisches Instrument angesehen Teilweise wurden aber auch grundsätzliche Diskussionen ob der Sinnhaftigkeit einer solchen Kontrolle in der Schweiz geführt und die Frage aufgeworfen, ob eine ex-ante Fusi- 	<ul style="list-style-type: none"> Nach Ansicht einiger befragter Unternehmen haben jüngere Fusionsentscheidungen teilweise gezeigt, dass ökonomische Aspekte eine grössere Rolle in den jeweiligen Verfahren einnehmen Ferner wurde bemerkt, dass man sich des Eindrucks nicht immer erwehren kann, dass (rechts-) politische Aspekte die Entscheidung 	<ul style="list-style-type: none"> Von Verbandsseite wurde im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle bemerkt, dass in den entsprechenden Verfahren die Belange der klein- und mittelständischen Unternehmen besser Berücksichtigung finden sollten. So können beispielsweise Fusionen zwischen zwei Grossunternehmen existenzgefährdende Folgen für kleinere Zulieferunternehmen ha-

	<p>onskontrolle nicht besser durch eine ex-post Missbrauchskontrolle ersetzt werden sollte</p> <ul style="list-style-type: none"> • Von anwaltlicher Seite wurden teilweise auch operative Probleme der Fusionskontrolle identifiziert (u.a. ressourcenintensive Untersuchung von europaweiten Fusionen, zu späte Mitteilung der zentralen Beschwerdepunkte in Phase II Fusionen sowie die generelle Intransparenz des Verfahrens, die einen offenen Austausch der Argumente erschwert) • Uneinig sind sich die befragten Anwälte über die Geeignetheit der derzeit existierenden Fusionschwellen (zu hoch im internationalen Vergleich vs. richtige Höhe aufgrund der zunehmend internationalen Dimension von Märkten) 	<p>gen der WEKO beeinflusst haben</p> <ul style="list-style-type: none"> • Auf eine Senkung der Fusionsschwellen sollte verzichtet werden, da die bedeutendsten Fusionen derzeit auf alle Fälle erfasst werden • Da die finanziellen Belastungen für die fusionierenden Parteien derart erheblich sind, wird teilweise nahegelegt, die ökonomische Rechtfertigung des gesamten Systems auf den Prüfstand zu stellen • Ferner ist zu bedenken, dass in manchen Märkten eine Konsolidierung durch die bestehende Fusionskontrolle wirksam bzw. verhindert wird • Weiterhin werden die gesetzlichen Vorgaben für marktmächtige Unternehmen kritisiert, wonach alle Unternehmenszusammenschlüsse solcher Unternehmen zu prüfen sind, unabhängig von den sonst gültigen Schwellenwerten oder der Bedeutung des Zusammenschlussvorhabens 	<p>ben (wenn beispielsweise bedeutende Absatzkanäle versiegen in Folge des Zusammenschlusses)</p>
<p><i>Bekanntmachungen</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Bekanntmachungen werden prinzipiell als ein sinnvolles und begrüßenswertes wettbewerbsrechtliches Instrument angesehen, da ihm ein Rechtssicherheit erhöhendes Potential innewohnt • Das zentrale Problem der aktuellen Bekanntmachungspraxis ist allerdings, dass das Ziel der Schaffung von mehr Rechtssicherheit unterlaufen wird durch die Veröffentlichung von Bekanntmachungen, die von den bestehenden europäischen Richtlinien abweichen • Grundsätzlich wurde in diesem Zusammenhang auch von anwaltlicher Seite bemerkt, dass üblicherweise zunächst ein Set von Leading Cases geschaffen werden sollte und im Anschluss daran der Erlass von Bekanntmachungen erfolgen sollte • Im Bereich der vertikalen Vereinbarungen hat die entsprechende Vertikalbekanntmachung nur teilweise Klarheit gebracht. Insbesondere auf dem Gebiet der Preisempfehlungen herrscht seit dem Erlass völlige Unklarheit. Ferner bleiben Unklarheiten bestehen in den Bereichen Interbrand- und Intra-brandwettbewerb 	<ul style="list-style-type: none"> • Von Seiten der befragten Unternehmen wurde bemerkt, dass im Bereich der Vertikalbekanntmachung weiterhin Unklarheiten existieren. Es besteht der Verdacht, dass ein Schutz von (kleinen) Wettbewerbern und nicht ein Schutz des Wettbewerbs von der WEKO als Zielsetzung verfolgt wird 	<ul style="list-style-type: none"> • Von Seiten der Verbände wurde teilweise bemerkt, dass trotz der erlassenen Bekanntmachungen in den Bereichen KMUs und Kalkulationshilfen die Rechtsunsicherheit nach wie vor bedeutend ist • So hat die Wettbewerbskommission beispielsweise verlautbart, dass die Festlegung fester Kalkulationsaufschläge unzulässig sein könnte, obwohl diese für KMUs oftmals der einzig gangbare Weg sind, Kostenzuschläge zu berechnen. Ferner haben Kalkulationshilfen die wichtige Aufgabe für eine einfachere Vergleichbarkeit von Angeboten zu sorgen • In Ergänzung hierzu wurde bemerkt, dass es in der Interpretation des Art. 5 KG in Verbindung mit Art. 6 e KG – in dem für KMUs einige Sonderregeln formuliert werden – zu bislang ungeklärten Meinungsverschiedenheiten mit der Wettbewerbskommission gekommen ist • Weiterhin wurde von Verbandsseite verschiedentlich ein grosser Bedarf an einer Bekanntmachung zur Abgrenzung des relevanten Marktes (insbesondere die zu verwendenden Techniken und Methoden) geäußert, da vielen Unternehmen völlig unklar ist, in welchem wettbewerbsrechtlich relevanten Markt sie aktiv sind
<p><i>Institutionelle Aspekte des Wettbe-</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Auf fundamental-institutioneller Ebene 	<ul style="list-style-type: none"> • Die Erfahrungen mit der WEKO werden von 	<ul style="list-style-type: none"> • Die Bemerkungen der Verbände zu institu-

<p><i>werbsrechts</i></p>	<p>wird kritisiert, dass es im Zuge der Revision versäumt wurde, sowohl das Verfahrensrecht als auch die wettbewerbsrechtlichen Institutionen anzupassen und ebenso zu reformieren</p> <ul style="list-style-type: none"> • Im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Institutionen wird es als grösste Fehlstellung gesehen, dass es sich bei der WEKO um eine Laienkommission handelt, die der Komplexität ihrer Aufgaben nicht mehr in vollem Umfang gewachsen scheint • Die Präsenz von Vertretern der Interessengruppen innerhalb der WEKO wird als zentrales strukturelles Problem wahrgenommen. Auch Professoren werden nicht generell als ideale Mitglieder der Wettbewerbskommission angesehen • Aus operativ-institutioneller Ebene wurden von Seiten der befragten Anwälte verschiedene Problemfelder identifiziert • Teilweise besteht der Eindruck, dass die anwaltlichen Eingaben von der WEKO nicht vollständig gelesen wurden, sondern lediglich vom Sekretariat verfasste Zusammenfassungen • Das System WEKO/Sekretariat wird eher als Staatsanwalt wahrgenommen als als unabhängige Behörde. Von Seiten des Sekretariats der WEKO werden im Rahmen eines Falls oft nur belastende Aspekte gesucht • Die Zusammenarbeit mit dem Sekretariat wird von der Mehrheit der Anwälte als gut bezeichnet. Es wird überwiegend attestiert, dass das Sekretariat in den vergangenen Jahren an Professionalität gewonnen hat. Die Chancen für das Aufgreifen von Fällen sind relativ gut • Als zentrales Problem der Zusammenarbeit wird allerdings wahrgenommen, dass aufgrund der jungen Altersstruktur der Mitarbeiter (und der oft geringen Verweildauer) oftmals nur ein beschränktes Verständnis/Erfahrung für die betreffenden Märkten besteht • Die zuletzt feststellbaren Bemühungen einer verbesserten Öffentlichkeitsarbeit des Sekretariats wird von den Anwälten kontrovers beurteilt (grundsätzlich positiv vs. zu medienaffin und oberflächlich) • Im Bezug auf die Ressourcenausstattung des Sekretariats sind sich die Anwälte nicht 	<p>den befragten Unternehmen unterschiedlich charakterisiert</p> <ul style="list-style-type: none"> • So betonen einige Unternehmen ausdrücklich die überaus positiven Erfahrungen, andere unterstellen der WEKO zwar eine Grundlagenkompetenz sowie die erforderliche Sorgfalt und das Engagement, sehen aber zentrale Probleme im Verständnis praktischer Zusammenhänge und dem kritiklosen Übernehmen von Lehrbuchwissen • Es wird ferner bemängelt, dass das Aufgabenspektrum der Mitarbeiter teilweise viel zu gross ist, um die Arbeitslast zeitnah bewältigen zu können • Die Kräfteverteilung im Wettbewerb der ökonomischen Ansichten ist in manchen Fällen deutlich ungleich verteilt. Ein paar Mitarbeiter der WEKO treten gegen die geballte Fachkompetenz von Beratungen und Professoren an, die oftmals von der beklagten Seite ins Rennen geschickt werden • Es wurde weiterhin von Unternehmensseite kritisch bemerkt, dass die WEKO oft als Staatsanwalt wahrgenommen wird und nicht als unabhängige Behörde • Die Dauer der Entscheidungsfindung bei der WEKO wird teilweise als deutlich zu lang bezeichnet • Von einigen Unternehmensvertretern wurde beobachtet, dass die WEKO in ihren Entscheidungen oft nicht unabhängig wirkt • Es wird auch bemerkt, dass sich die Arbeit der drei Dienste der WEKO methodisch wie im Bezug auf die Aussendarstellung nennenswert unterscheidet 	<p>tionellen Aspekten unterscheiden sich deutlich</p> <ul style="list-style-type: none"> • So wurde auf der einen Seite beispielsweise angemerkt, dass das Kartellverfahrensrecht verbesserungsbedürftig ist (u.a. um die Rechte der Parteien klar zu regeln) • Andererseits wurde betont, dass die derzeitige institutionelle Ausgestaltung überwiegend positiv gesehen werden muss und gut funktioniert. Zwar wurde attestiert, dass die Belastung der Wettbewerbskommission sich der oberen Grenze nähert, der kritische Engpass aber nach wie vor in den Kapazitäten des Sekretariats zu sehen ist • Der Personalbestand im Sekretariat der WEKO wird als ausreichend eingeschätzt. Die Fluktuation ist in der letzten Zeit zurückgegangen. Insbesondere ist die Geschäftsleitung kompetent und erfahren • Im öffentlichen Auftritt wird verbandsseitig der Vorschlag unterbreitet, die Unterschiede zwischen Wettbewerbskommission und Sekretariat nach aussen hin deutlicher zu kommunizieren, beispielsweise durch deutlichere Unterschiede im Briefpapier als dies derzeit der Fall ist • Ferner könnte erwogen werden, den Einflussbereich des Präsidiums zu verringern, während der Einflussbereich des Sekretariats in gleichem Umfang vergrössert werden könnte • Die Mischung von Fachleuten und Professoren in der Kommission wird von einigen Verbandsvertretern als grundsätzlich positiv beurteilt. Die Meinung, dass die sogenannten Interessenvertreter eindimensional denken und parteiisch sind, wird als unzutreffend angesehen • In der Zusammenarbeit mit dem Sekretariat wird einerseits von Verbandsseite ein guter Wille und die ständige Gesprächsbereitschaft gelobt. Auf der anderen Seite versteht die WEKO in vielen Dingen zu wenig von der jeweiligen Branche, um wirklich kompetent entscheiden zu können. Insbesondere die Kommunikation zwischen Juristen und Praktikern wird oftmals als problematisch charakterisiert
---------------------------	--	--	---

	<p>einig. So wird von einigen Interviewpartnern eine (wenn auch nicht dramatische) Unterausstattung mit Personal im Bereich Case Handling festgestellt, während andere das Problem nicht in fehlenden Ressourcen, sondern eher in einer falschen Ressourcenallokation sehen</p> <ul style="list-style-type: none"> • Die WEKO/Sekretariat hat insbesondere in infrastrukturlastigen Sektoren wie Telekommunikation oder Elektrizität einiges zur Marktöffnung beigetragen • Im Hinblick auf die Bearbeitung von Fällen werden von Teilen der befragten Anwälte qualitative Unterschiede in den Beratungen zwischen den Diensten festgestellt • Auch methodisch existieren Unterschiede: So werden einige Bereiche im Sekretariat der WEKO so wahrgenommen, als ob sie eine interventionistische Grundhaltung aufweisen und zum Teil vom Ideal des vollkommenen Wettbewerbs geleitet werden 		
--	---	--	--

2.9.2 Unterbreitete Verbesserungsvorschläge

Tabelle 2: Unterbreitete Verbesserungsvorschläge

	Anwälte	Unternehmen	Verbände
<i>Institutionen</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Das Kartellverfahrensrecht sollte reformiert werden • Es sollte in Erwägung gezogen werden, die WEKO durch ein professionelles Kartellgericht zu ersetzen • Im Falle des Verbleibs der derzeitigen Strukturen sollte zumindest die strukturelle Zusammensetzung der WEKO - insbesondere die Präsenz der Vertreter der Interessengruppen – kritisch hinterfragt werden • Die WEKO sollte ihre Rolle als unabhängige Behörde verstehen und nicht die Rolle eines Staatsanwalts einnehmen • Anwaltliche Eingaben sollten ungekürzt die WEKO erreichen und dort entsprechend gelesen werden • Die Transparenz der Entscheidungsfindung sollte erhöht werden • Eine deutlichere Trennung von WEKO und Sekretariat der WEKO sollte in Erwägung gezogen werden • Das Sekretariat sollte versuchen, die Ver- 	<ul style="list-style-type: none"> • Es sollte hinterfragt werden, inwiefern der derzeit für Konflikte zwischen Wettbewerbsrecht und anderen öffentlichen Interessen vorgesehene Weg über den Bundesrat wirklich sinnvoll ist • Das Verständnis praktischer Zusammenhänge innerhalb der WEKO/Sekretariat verlangt eine Verbesserung • Das Aufgabenspektrum der Mitarbeiter sollte verringert werden. Teilweise wird eine Aufstockung des Personalbestands gefordert • Die WEKO sollte ihren Einfluss auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nicht unterschätzen und entsprechend agieren • Die WEKO sollte darauf achten, unabhängig zu bleiben und nicht die Rolle des Staatsanwalts zu übernehmen • Der Schutz kleiner Wettbewerber an sich ist kein legitimes Ziel der Wettbewerbspolitik • Die Dauer der Entscheidungsfindung sollte reduziert werden • Die Ressourcenallokation innerhalb der 	<ul style="list-style-type: none"> • Teilweise wurde angeregt, die Organisation der WEKO als richterliche Instanz zu überdenken und sie möglicherweise durch ein professionelles Kartellgericht zu ersetzen • Teilweise wurde aber auch betont, dass das derzeitige System zwar an der Belastungsgrenze angelangt scheint, grundlegende Reformen aber unnötig seien • Auf Seiten des Sekretariats sollte eine bessere Strukturierung der Fälle vorgenommen werden um Ressourcen zu sparen und schneller zu Entscheidungen zu gelangen • Im öffentlichen Auftritt wird angeregt, die Unterschiede zwischen WEKO und Sekretariat deutlicher zu kommunizieren • Es könnte ferner erwogen werden, den Einflussbereich des Präsidiums zu reduzieren und den des Sekretariats in gleichem Umfang zu vergrößern • Die Vertreter der Interessengruppen sollten in der WEKO verbleiben, da sie praktische Kenntnisse einbringen können und nachweis-

	<p>weildauern der Mitarbeiter zu erhöhen und möglicherweise Personen mit Industrieerfahrung zu rekrutieren</p> <ul style="list-style-type: none"> • Als ein sinnvolles Ziel wird angesehen, den Status einer Elite-Behörde zu erlangen • Innerhalb der WEKO sollte kritisch hinterfragt werden, inwiefern die derzeitige Ressourcenallokation als optimal angesehen werden kann • Auf der Ebene der politischen Entscheidungsträger sollte hinterfragt werden, ob die Budgetausstattung für das System WEKO/Sekretariat als optimal angesehen werden kann • Mangelhafte Regulierungskonzepte sollten korrigiert werden um auf diese Weise die wettbewerbspolitische Arbeit zu erleichtern • Die Arbeit in den Diensten sollte methodisch/inhaltlich wie formal harmonisiert werden 	<p>WEKO sollte kritisch hinterfragt werden</p> <ul style="list-style-type: none"> • Die Arbeit der Dienste des Sekretariats sollte besser koordiniert/ harmonisiert werden • Die Gestaltung von Pressemitteilungen sollte harmonisiert werden und vor der Herausgabe mit den betreffenden Unternehmen auf ihre inhaltliche Korrektheit überprüft werden 	<p>lich frei von irgendwelchen Zwängen ihre Entscheidungen treffen</p> <ul style="list-style-type: none"> • Die praktischen Kenntnisse der Mitarbeiter des Sekretariats werden oftmals als unzureichend bezeichnet um in einer Angelegenheit wirklich kompetent entscheiden zu können • Die Kommunikation zwischen Juristen und Praktikern erfordert eine Verbesserung
<p><i>Instrumente</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Die Kenntnis der grundlegenden wettbewerbsrechtlichen Regeln und Sanktionsmöglichkeiten ist unternehmensseitig weitgehend vorhanden, allerdings ist die Tiefe des entsprechenden Wissens verbesserungsbedürftig • Im Falle kleinerer, überwiegend lokal agierender Unternehmen sowie den entsprechenden Verbänden ist nach wie vor grundlegende Aufbauarbeit im Hinblick auf die Kenntnis und Umsetzung elementarer wettbewerbsrechtlicher Regeln zu leisten • Im Bezug auf <i>Antitrust Compliance Programme</i> sollte die WEKO sich klar für eine Implementierung aussprechen und bei entsprechendem Implementierungsnachweis auch Strafsenkungen im Falle von Wettbewerbsvergehen in Erwägung ziehen • Es sollte behördenseitig daran gearbeitet werden, ein <i>Set von Leading Cases</i> aufzubauen um die gesetzlichen Vorgaben zu konkretisieren und somit bestehende Rechtsunsicherheiten abzubauen • Insbesondere für die Bereiche <i>vertikale Vereinbarungen</i> wie auch <i>Marktmachtmissbrauch</i> wird nahegelegt, weitere materialrechtliche Änderungen zu vermeiden. Ferner sollten die entsprechenden Gesetzesstellen bzw. Passagen der Bekanntmachung zurückgenommen bzw. präzisiert werden • Im Bezug auf die <i>Sanktionsmöglichkeiten</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • Generell sollte es ein zentrales Ziel von möglichen Reformen sein, die bestehende Rechtsunsicherheit zu reduzieren. Dies liesse sich durch die Entwicklung klarer Regeln und Handlungsempfehlungen sicherstellen • Im Bezug auf <i>Antitrust Compliance Programme</i> sieht die Motion Schweiger vor, dass bei Kartellverstößen involvierte Personen bestraft werden und Unternehmen insofern eine Strafbefreiung oder –reduktion gewährt wird, als sie nachweisen können, dass sie die zumutbaren Compliance Massnahmen zur Verhinderung solcher Verstösse getroffen hatten • Eine unerwünschte Einschränkung der <i>Wettbewerbs- und Geschäftsfeldstrategien</i> durch Wettbewerbsrecht kommt teilweise durch die bestehende Rechtsunsicherheit zustande. Klärungsbedarf gibt es insbesondere in den Bereichen Marktabgrenzung, Zusammenarbeit mit Konkurrenten, der politischen Koordination von wettbewerbsrechtlichen Vorgaben mit nicht wettbewerbsrechtlichen Vorgaben, Fragen der Definition und Zulässigkeit von Exklusivität, der Zulässigkeit von Rabatten oder Fragen des Marktmachtmissbrauchs • Im Bezug auf die <i>Sanktionsmöglichkeiten</i> sollten diese nur dann genutzt werden, wenn klar gewesen sein muss, dass die entspre- 	<ul style="list-style-type: none"> • Es ist zu hinterfragen, ob Absprachen wirklich generell negative Wirkungen haben oder nicht auch unter gewissen Bedingungen volkswirtschaftlich positiv wirken können (u.a. Exportkartelle, vertikale Preisabreden) • Wettbewerb findet oftmals in vielen Dimensionen statt, die alle im Rahmen einer entsprechenden Analyse Berücksichtigung finden sollten • Der Einfluss der Revision auf kleine und mittelständische Firmen ist wohl vorhanden, müsste aber noch ausgebaut werden • Im Bezug auf die Auswirkungen des Kartellrechts auf die <i>Wettbewerbs- und Geschäftsfeldstrategien</i> wird gefordert, die bestehende Rechtsunsicherheit zu reduzieren. Dies gilt insbesondere für Branchen, in denen Kooperationen mit Wettbewerbern notwendig sind • Im Bezug auf <i>Sanktionsmöglichkeiten</i> sollten bei der Sanktionsbemessung auch soziale Belange eine Rolle spielen • Im Falle von klaren Wettbewerbsverstößen sollten alle Beteiligten einer entsprechenden Bestrafung zugeführt werden • Die Forderungen nach einem ausgewogeneren und wirksameren Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht (Reduzierung der Unternehmenssanktionen bei Compliance Nachweis sowie Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen) werden von Verbandssei-

	<p>werden Gefängnisstrafen überwiegend nicht befürwortet</p> <ul style="list-style-type: none"> • Zivilrechtliche Schadenersatzklagen würden begrüsst werden, da sie die Gesamtstrafe erhöhen und eine Kompensation der Geschädigten erlauben • Um derzeit bestehende Glaubwürdigkeitsprobleme der ausgesprochenen Sanktionen zu reduzieren, sollten die ersten Entscheide möglichst zeitnah rechtskräftig werden und generell ein transparentes Verfahren zur Festlegung von Sanktionen implementiert werden • Ferner wurde angeregt, für das Verhängen von Bussgeldern gemäss Art. 49 a KG das Opportunitätsprinzip („kann“) einzuführen, um das Absehen von Bussen bzw. das Verhängen symbolischer Bussen in Bagatellfällen oder bei unklarer Rechtslage zu ermöglichen • Im Bezug auf die <i>Bonusregelung</i> wird bemerkt, dass klare Fristen (z.B. 2 Monate) und klare Regeln nötig sind, um ihren Erfolg zu maximieren. Ferner sollten die meldenden Unternehmen zeitnah über ihre Meldeposition informiert werden • Generell sollten die bestehenden Fälle möglichst zeitnah abgeschlossen werden um erste gesicherte Erkenntnisse zur Anwendung der Bonusregelung zu erhalten • Im Bezug auf die Möglichkeit von <i>Hausdurchsuchungen</i> muss die ungeklärte Frage des Legal Privilege für Unternehmensanwälte zeitnah einer Lösung zugeführt werden. Die Korrespondenz mit dem Klienten sollte einem generellen Schutz unterliegen • Im Bezug auf das <i>Widerspruchsverfahren</i> wird vorgeschlagen, ein zweistufiges System wie bei der Fusionskontrolle einzuführen: Zunächst hat das Sekretariat einen Monat Zeit um die Anfrage zu bearbeiten und zu einer Entscheidung zu gelangen. Nach einem Monat kann sie entweder das Produkt/Strategie verbindlich freigeben oder aber im Laufe einer zweiten Phase (2 Monate) die Sachlage eingehender prüfen • Weiterhin sind Möglichkeiten der Verbesserung des Widerspruchsverfahrens zu diskutieren u.a. die Ausweitung der Untersuchungen auf vor der Einführung stehende Produkte bzw. Möglichkeiten der rechtsverbindlichen Auskünfte 	<p>chende Praxis verboten ist. Dies ist im Falle von Marktmissbrauch oftmals nicht gewährleistet</p> <ul style="list-style-type: none"> • Die derzeit beobachtbare Busseninflation sollte eher kritisch gesehen werden im Hinblick auf eine Umsetzung in der Schweiz • Im Bezug auf die Sanktionsbemessung sollten zuverlässige Kriterien definiert und angewandt werden • Es erscheint im Bezug auf die Strafbemessung verfehlt, dass bei lokalen Absprachen der weltweite Konzernumsatz als Bemessungsgrundlage herangezogen wird • Die Einführung von Gefängnisstrafen für Wettbewerbsvergehen wird kontrovers diskutiert • Im Bezug auf die <i>Bonusregelung</i> wird angemerkt, dass dieser ein Missbrauchspotential (z.B. durch Anschwärzen von Konkurrenten) innewohnt, das es durch eine entsprechende institutionelle Ausgestaltung bestmöglich auszuschalten gilt • Ferner könnte das Vorgehen seitens der WEKO noch transparenter ausgestaltet werden • Im Bezug auf mögliche private Schadenersatzklagen besteht eine Gefahr, den Wert einer Nutzung der Bonusregelung zu reduzieren. Eventuell wären auch hier Anpassungen nötig • Im Bezug auf die Möglichkeit von <i>Hausdurchsuchungen</i> wurde darauf hingewiesen, dass die ungeklärte Frage des Legal Privilege für Unternehmensanwälte unbedingt einer tragfähigen Lösung zugeführt werden sollte • Im Bezug auf das <i>Widerspruchsverfahren</i> erscheint eine grundlegende Reform vonnöten zu sein, beispielsweise im Bezug auf eine Verkürzung der Bearbeitungsdauer, der garantierten Sanktionsbefreiung oder der Prüfung noch nicht auf den Markt gebrachter Produkte • Im Bezug auf die <i>Fusionskontrolle</i> sollte auf eine Senkung der entsprechenden Schwellenwerte verzichtet werden. • Die unternehmensseitigen finanziellen Belastungen zusammen mit politischer Einflussnahme stellen das derzeitige System in Frage und legen grundsätzliche Reformüberlegungen nahe • Es ist ferner zu hinterfragen, ob die durch die Fusionskontrolle verhinderten Fusionen wirklich nicht im Interesse der Volkswirtschaft 	<p>te zum Teil als sinnvoll betrachtet</p> <ul style="list-style-type: none"> • Die Einführung von Gefängnisstrafen für Wettbewerbsvergehen würde zu einer Fülle rechtsstaatlicher Probleme führen und Manager womöglich übervorsichtig werden lassen. Daher sollte auf sie verzichtet werden • Im Bezug auf das <i>Widerspruchsverfahren</i> erscheint eine grundlegende Reform vonnöten zu sein, beispielsweise im Bezug auf eine Verkürzung der Bearbeitungsdauer sowie der Verbindlichmachung der Aussagen • Im Bezug auf die <i>Fusionskontrolle</i> wird teilweise gefordert, dass die Belange klein- und mittelständischer Unternehmen besser Berücksichtigung finden sollten • Im Bezug auf die <i>Bekanntmachungspraxis</i> wird teilweise gefordert, die Bekanntmachungen zu KMUs und Kalkulationshilfen zu konkretisieren • Darüber hinaus wurde eine Bekanntmachung zur Abgrenzung des relevanten Marktes angeregt
--	---	---	---

	<ul style="list-style-type: none"> • Im Bezug auf die <i>Fusionskontrolle</i> wird teilweise vorgeschlagen, die grundsätzliche Sinnhaftigkeit des Instruments zu diskutieren. Es könnte alternativ eine ex-post Missbrauchsaufsicht diskutiert werden • Die Meldung und Untersuchung von europaweiten Fusionen in der Schweiz könnte vereinfacht werden • Die zweite Phase des Fusionskontrollverfahrens birgt Verbesserungspotential, z.B. im Hinblick auf die herrschende Intransparenz im Allgemeinen und eine möglichst frühe Unterrichtung über die zentralen Beschwerdepunkte im Besonderen • Im Bezug auf die <i>Bekanntmachungspraxis</i> wird nahegelegt, die europäischen Vorgaben möglichst unverändert zu übernehmen um auf diese Weise die Rechtssicherheit zu erhöhen 	<p>bzw. des Konsumenten sind</p> <ul style="list-style-type: none"> • Im Bezug auf die <i>Bekanntmachungspraxis</i> werden insbesondere im Bereich der Vertikalbekanntmachung Nachbesserungen gefordert um die bestehende Rechtsunsicherheit zu reduzieren 	
--	---	---	--

3 Fallstudie zum Bereich Wettbewerbsabreden: Markt für Straßenbeläge (2000)

3.1 Einführung

Gemäss Art. 5 KG sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

Diese einleitend wiedergegebene Konzeption des Verbots von Wettbewerbsabreden verdeutlicht, dass Art. 5 KG prinzipiell beide möglichen Formen von Abreden – horizontale und vertikale – erfasst und – unter bestimmten Bedingungen – für unzulässig erklärt. Dies ist auch aus ökonomischer Sicht insoweit sinnvoll, als beide Formen der Abreden volkswirtschaftlich schädlich sein können. Im Falle vertikaler Abreden ist die ökonomische Evidenz allerdings weit weniger eindeutig als im Falle harter horizontaler Abreden. So sind vertikale Vertragsbindungen typischerweise Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die die Nutzung komplementärer Fähigkeiten betreffen. Die damit verbundenen positiven externen Effekte können in solchen Vereinbarungen zumindest teilweise internalisiert werden und damit zu Effizienzsteigerungen führen (siehe dazu genauer Schulz, 2003¹⁸). Folglich haben vertikale Vereinbarungen im Gegensatz zu horizontalen Vereinbarungen ein positives Potential, das es im Falle einer Untersuchung gemäss Art. 5 KG gegen die negativen Wirkungen abzuwägen gilt. Mit anderen Worten ist ein per-se Verbot von vertikalen Abreden aus ökonomischer Sicht zumindest diskussionswürdig, während dies für horizontale Abreden nicht der Fall ist.

Aufgrund dieser Feststellung – sowie der Tatsache, dass vertikale Vereinbarungen in Kapitel 6 noch genauer untersucht werden – soll sich im Folgenden auf harte horizontale Abreden konzentriert werden. Diese zeichnen sich definitionsgemäss dadurch aus, dass Unternehmen der gleichen Wertschöpfungsstufe (also direkte Konkurrenten in den entsprechenden Gütermärkten) Abreden miteinander treffen die bezwecken oder bewirken, den Wettbewerb in diesem Markt zu beschränken, den Marktpreis zu erhöhen und auf diesem Weg den Gesamtgewinn der einzelnen Kartellmitglieder zu steigern.

Wie bereits angedeutet, ist aus theoretischer und empirischer Sicht die Schädlichkeit von Hard Core Kartellen für die betreffende Volkswirtschaft und seine Konsumenten unter Ökonomen nahezu unbestritten (siehe dazu Hüschelrath, 2008¹⁹). Die Gründe für diese – für den Bereich der Ökonomik eher seltene – Einigkeit liegen in den verschiedenen Ineffizienzen, die Kartelle bei Abwesenheit jedweder positiver Effekte solcher Absprachen verursachen oder verstärken. Aus statischer Sicht sind in erster Linie allokativen Ineffizienzen zu nennen, die ihren Niederschlag in den sogenannten ‚Deadweight Losses‘ finden. Diese entstehen immer dann, wenn der Marktpreis über den wettbewerblichen Marktpreis angehoben wird und die Nachfrage nicht völlig preisunelastisch ist. Intuitiv sind im ‚Deadweight Loss‘ all diejenigen Konsumenten reflektiert, die das entsprechende Gut zum wettbewerblichen Marktpreis erworben hätten, aber zu dem erhöhten Preis von einem Kauf absehen. Neben dieser sogenannten allokativen Ineffizienz führen Hard Core Kartelle in der Regel zu weiteren Ineffizienzen. So sind auch produktive Ineffizienzen zu vermuten, die immer dann entstehen, wenn der entsprechende Industrieoutput nicht kostenminimal produziert wird. Kartelle verhindern im Regelfall Wettbewerb und verhindern demnach auch den Austritt ineffizienter Unternehmen. Insgesamt wird damit der Industrieoutput mit einem erhöhten (d.h. ineffizienten) Einsatz an Inputgütern produziert. Eine dritte Form von Effizienz, die von horizontalen Abreden in der Regel negativ beeinflusst wird, ist die sogenannte dynamische Effizienz. Aus dieser Sicht werden Kartelle deshalb als Ineffizienz erhöhend klassifiziert, weil ihre Anreize primär in der Wahrung bestehender Strukturen liegen und nicht in der Durchführung von volkswirt-

¹⁸ Schulz, N. (2003), Wettbewerbspolitik, Tübingen.

¹⁹ Hüschelrath, K. (2008), Competition Policy Analysis – An Integrated Approach, Heidelberg.

schaftlich gewünschten Innovationsaktivitäten (die darauf ausgerichtet sind, einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Konkurrenten zu erzielen).

Neben den gesellschaftlichen Einbussen in Form von Effizienzverlusten haben Wettbewerbsabreden weitere potentiell wohlfahrtsreduzierende Wirkungen. So führen Wettbewerbsabreden aufgrund der erzielten Preiserhöhungen zu einer Umverteilung von Konsumentenrente in Produzentenrente (d.h. Unternehmensgewinne), die aus verteilungspolitischen Erwägungen heraus als kritisch angesehen werden kann. So werteten beispielsweise Connor und Lande (2006)²⁰ in einem Überblickspapier verschiedene Studien zu Hard Core Kartellen aus und stellten fest, dass solche Abreden im Durchschnitt zu 30,7% höheren Preisen führen als sie in einem wettbewerblichen Markt existieren würden. Dieses sogenannte ‚Overcharging‘ führt aus statischer Sicht einerseits zu den erwähnten Umverteilungen von Konsumenten zu Produzenten. Sie ist aber andererseits auch ein Mass für die Höhe des ‚Deadweight Losses‘ also den Teil der Konsumentenrente, der durch eine Erhöhung des Marktpreises über den Wettbewerbspreis verloren geht und folglich einen Netto-Wohlfahrtsverlust darstellt.

In einem solchen Umfeld von bereits installierten bzw. drohenden Abreden kann Wettbewerbspolitik insofern wohlfahrtsfördernd wirken als sie einerseits bestehende Abreden aufdeckt und parallel dazu neue Abreden verhindert. Existierende Studien zu den Wirkungen von Kartellverboten kommen typischerweise zu dem Ergebnis, dass die Verfolgung von Kartellen einen substantiellen Beitrag zu den positiven Wohlfahrtseffekten von Wettbewerbsrecht leistet. Obwohl der grösste Teil dieses Nutzens vermutlich durch den (schwer quantifizierbaren) Abschreckungseffekt und somit die ex-ante Verhinderung von Kartellen realisiert wird, so kann die Analyse von tatsächlichen Konsumenten- und ‚deadweight‘-Verlusten wertvolle Einblicke in die Effekte der Verfolgung von Kartellen liefern. Eine mögliche Rechtfertigung einer solchen Argumentation kann durch den Verweis darauf geführt werden, dass ohne eine Aufdeckung der betreffenden Kartelle die entsprechenden Wohlfahrtsverluste auch in Zukunft aufgetreten wären und somit die jeweilige Volkswirtschaft geschädigt worden wäre. Mit anderen Worten ausgedrückt kann der Wohlfahrtseffekt der Verfolgung von Kartellen gemessen werden als der Gegenwartswert der in der Zukunft ohne wettbewerbspolitische Eingriffe entstandenen Wohlfahrtsverluste.

Basierend auf diesen klar negativen Wohlfahrtseffekten von horizontalen Wettbewerbsabreden – sowie dem identifizierten Potential von Wettbewerbspolitik wohlfahrtserhöhend zu wirken – ist dieser Bereich prädestiniert für eine genauere Untersuchung im Rahmen einer Fallstudie. Aufgrund des relativ kurzen Zeitraums seit der Revision existiert derzeit keine rechtskräftige Entscheidung der WEKO in der Unternehmen einer verbotenen Abrede überführt und mit einer Sanktion belegt wurden. Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine entsprechende Fallstudie nicht durchgeführt werden kann, da die Wettbewerbskommission auch schon vor 2004 in der Kartellverfolgung aktiv war. So wurde beispielsweise im Jahre 2000 eine Abrede im Markt für Strassenbeläge aufgedeckt. Diese Abrede soll im Folgenden genauer analysiert werden. Für die Auswahl dieses Falles sprachen im Wesentlichen zwei Aspekte. Einerseits wurde die Datenlage als relativ gut eingeschätzt, da unter anderem das Bundesamt für Statistik aggregierte Preis- und Nachfragedaten erhebt und öffentlich bereitstellt. Andererseits ist der Markt für Strassenbeläge auch deshalb interessant, als er - nicht nur in der Schweiz – schon häufiger verbotene Wettbewerbsabreden hervorgebracht hat. Dies deutet darauf hin, dass dieser Markt Charakteristika aufweist, die ihn für Wettbewerbsabreden empfänglich machen.

Die Fallstudie ist in fünf Abschnitte gegliedert. Im Anschluss an diese Einleitung erfolgt in Abschnitt 2 eine Darstellung des Falls ‚Markt für Strassenbeläge‘ aus dem Jahr 2000. Neben einer kurzen Darstellung der Entscheidung wird dort insbesondere auf die ökonomische Argumentation in der Untersuchung der Wettbewerbskommission eingegangen. Anschliessend erfolgt eine überblicksartige Zusammenfassung weiterer Fälle in Märkten für Strassenbeläge in der Schweiz sowie in anderen europäischen Staaten. Im Anschluss erfolgt in Abschnitt 3 dann eine Charakterisierung des Marktes für Strassenbeläge vor und nach der Entscheidung. Dabei wird eine Unterteilung der Analyse in die Angebotsseite, die Nachfrageseite sowie die Preisentwicklung vorgenommen. Das zentrale Ziel dieser Charakterisierung wird sein, Effekte des Kartells sowie Effekte der Aufdeckung durch die WEKO zu identifizieren. Im Abschnitt 4 soll dann – basierend auf den Erkenntnissen aus Abschnitt 3 – der Versuch unternommen werden, die volkswirtschaftlichen Effekte der Entscheidung zu quantifizieren. Abschnitt 5 ist dann einer Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse der Fallstudie vorbehalten.

²⁰ Connor, J. und R. Lande (2006), The Size of Cartel Overcharges, Antitrust Bulletin, Vol. 51, 983-1022.

3.2 Der Fall 'Markt für Strassenbeläge' im Überblick

In den folgenden Abschnitten wird der Fall ‚Markt für Strassenbeläge‘ (2000) in der gebotenen Knappheit im Hinblick auf die Entscheidung sowie die Untersuchung der Wettbewerbskommission dargestellt. Dabei erfolgt eine Konzentration auf die ökonomisch bedeutsamen Zusammenhänge. Die gesamte Untersuchung und Entscheidung wurde in der Ausgabe 2000/4 von ‚Recht und Politik des Wettbewerbs‘ (RPW) veröffentlicht.

3.2.1 Der Fall im Zeitablauf

Am 3. November 1998 erstatteten Rechtsvertreter zweier Strassenbauunternehmen im Nordosten der Schweiz – Kiesel Girsberger und Büttner – Anzeige bei der Wettbewerbskommission wegen angeblich kartellistischer Abreden auf dem Markt für Strassenbeläge in der Nordostschweiz (inklusive grenznahes Ausland).

Aufgrund der Anzeige führte das Sekretariat im Zeitraum vom 21. Dezember 1998 bis 20. Juli 1999 eine Vorabklärung durch. Diese ergab Anhaltspunkte dafür, dass verschiedene Unternehmen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden auf dem Markt für Strassenbeläge treffen, diesen Markt vom grenznahen Ausland abschotten und durch diskriminierende Preisgestaltung die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt für Strassenbau verzerren.

Am 20. Juli 1999 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung in Sachen Wettbewerbsabreden auf dem Markt für Strassenbeläge. Adressaten dieser Untersuchung waren zunächst die Badertscher AG, die BHT, die BHZ, die Biturit, die FBB und die Siderit. Im Laufe der Untersuchungen ergaben sich Anhaltspunkte dafür, dass die Unternehmen, welche an der Siderit, der BHZ, der BHT und der Biturit direkt oder indirekt beteiligt sind, an den oben erwähnten Verhaltensweisen mitgewirkt haben könnten. Die Untersuchung wurde deshalb auf alle die in Abbildung 2 gezeigten Strassenbauunternehmen ausgeweitet.

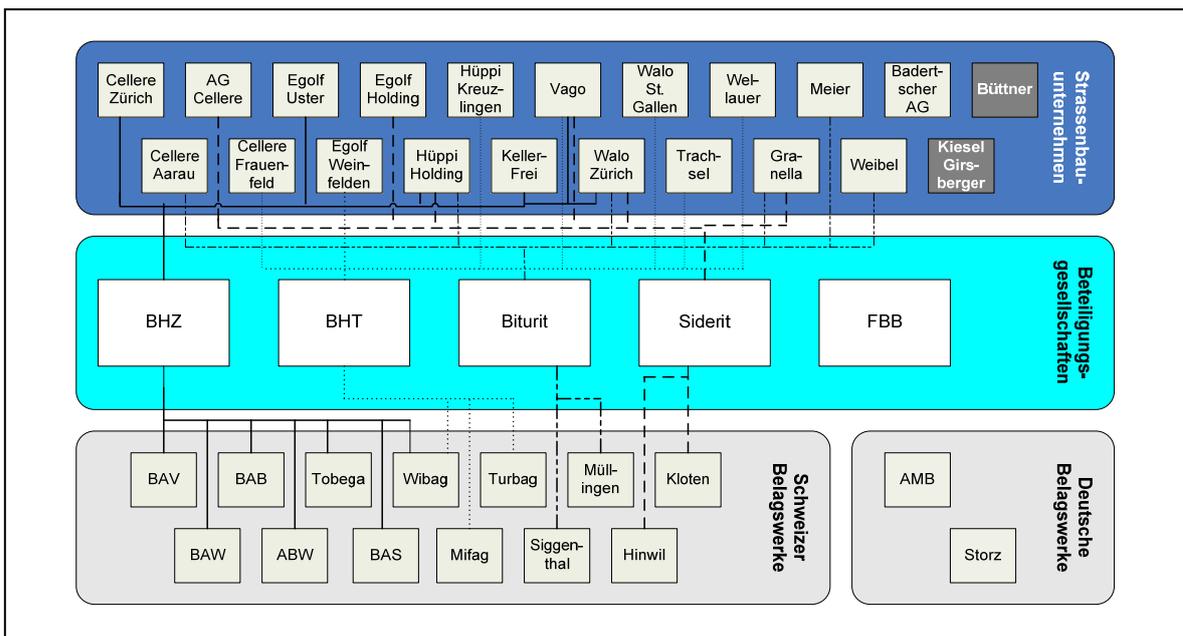


Abbildung 2: Industriestruktur zum Zeitpunkt der Entscheidung

Der Antrag des Sekretariats wurde den Parteien am 18. Oktober 2000 zur Stellungnahme zugestellt. Die Rechtsvertreter erkannten diesen teilweise an und schlugen vor, die Alleinvertriebsvereinbarung innerhalb von 30 Tagen aufzuheben.

Am 4. Dezember 2000 entschied die Wettbewerbskommission in der vorliegenden Sache. Die existierende Alleinvertriebsvereinbarung wurde als unzulässige Wettbewerbsabrede klassifiziert und deren Aufhebung verfügt.

3.2.2 Untersuchung

Im Wesentlichen betraf die Wettbewerbsabrede die Kantone Schaffhausen, Thurgau und Zürich. Grenz-nahe gelegene deutsche Firmen – AMB und Storz – sind jedoch aufgrund ihrer potentiellen Wettbe-

werbsposition in den genannten Kantonen auch Teil der Alleinvertriebsvereinbarung. Dies ist insofern von besonderer ökonomischer Bedeutung, als die Preise der deutschen Werke deutlich unter denjenigen der Schweizer Belagswerke liegen.

Alleinvertriebsvereinbarung (AVV)

Am 24. Juni 1996 hatte die Siderit und die AMB schriftlich vereinbart, dass die AMB der Siderit den Alleinvertrieb für die Kantone Aargau, Zürich, Schaffhausen und Thurgau gewährt, die Siderit sich aber im Gegenzug dazu verpflichtet, jährlich eine Mindestproduktion von 20.000-30.000 Tonnen aus der Produktion der AMB in der Schweiz abzusetzen. Der Bezug aus Deutschland sollte ausschliesslich über die Werke der AMB erfolgen. Darüber hinaus verpflichtete sich die Siderit, die Lieferung von Strassenbelag nach Deutschland von Mischwerken zu unterbinden, auf welche sie einen bestimmenden Einfluss ausüben kann. Beabsichtigt wurde die Preise so abzustimmen, dass die Siderit im Wettbewerb auf dem Schweizer Markt erfolgreich bestehen kann. Die Gesamtkoordination der Vereinbarung übernahm die BHZ-V. Am 29. Mai 1997 unterzeichnete die Badertscher AG einen Vertrag mit der Siderit, der BHZ, der BHT und der Biturit mit folgendem Inhalt: Die Siderit und die Badertscher AG legen künftig die Verkaufspreise für das in die Kantone Thurgau und Zürich importierte deutsche Mischgut fest. Die Badertscher AG besorgte im Auftrag der BHT die Disposition des deutschen Mischgutes für den Kanton Thurgau. Die Transportkosten für das disponierte deutsche Mischgut übernahm die Siderit. Die Badertscher AG verpflichtete sich weiterhin kein Mischgut von Konkurrenzanlagen im In- und Ausland zu vermitteln, einzuführen oder zu verarbeiten.

Preisgestaltung der BHZ und der FBB

Die Vorabklärung ergab Anhaltspunkte, dass die überwiegend im Kanton Zürich tätigen Unternehmen BHZ und FBB ihre Preise implizit oder explizit abstimmen, da beide Unternehmen identische Preiskategorien für bestimmte Kundengruppen aufwiesen.

Preisdifferenzierung nach Kundengruppen

Anbieter von Strassenbelägen differenzieren ihre Preise in der Regel nach Kundengruppen. Diese unterteilen sich in Aktionäre, unabhängige Strassenbauunternehmen bzw. Grossabnehmer und Kleinabnehmer. Die Analyse der Preisunterschiede erfolgt auf der Basis von Preisen jener Belagssorten, welche normiert sind und von jedem Mischwerk angeboten werden. Hierbei blieb zum einen festzuhalten, dass die Preisunterschiede der BHT, der BHZ und der FBB weder über die Jahre noch über die verschiedenen Belagssorten hinweg variieren. Zum anderen wurde festgestellt, dass die durchschnittliche Preisdifferenz zwischen den einzelnen Kategorien in allen Unternehmen relativ hoch ist. Dies schwächte vor allem die Konkurrenzfähigkeit unabhängiger Strassenbauunternehmer gegenüber den assoziierten Bauunternehmen, die mittels dieser Preispolitik stark bevorzugt wurden.

Untersuchung des Sekretariats

Im Rahmen der Erwägungen des Sekretariats wurde detailliert untersucht, ob die Alleinvertriebsvereinbarung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG darstellt.

Der sachlich relevante Markt

Strassenbauunternehmen erhalten ihre Aufträge in der Regel von den betroffenen Amtstellen (Gemeinden, Kantone). Die Wahl des Belagsmischwerkes fällt wiederum in den Entscheidungsbereich der Bauunternehmung. Der Oberbau von Asphaltstrassen erfolgt in drei aufeinander aufbauenden Mischgutschichten, der Deck-, der Trag- und der Fundationsschicht. Die Mischgutwerke sind üblicherweise Vollsortimenter. Demnach wird das Mischgut für eine Baustelle überwiegend von einem Belagswerk bezogen. Der sachlich relevante Markt ist somit der Gesamtmarkt ‚Strassenbelag‘, in dem die Belagsmischwerke als Vollsortimenter im Wettbewerb stehen.

Der räumlich relevante Markt

Die Nachfrage nach Strassenbelag ist lokal an die geographische Lage der Baustelle gebunden. Für die räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes ist somit zu fragen, aus welchem Gebiet für eine bestimmte Baustelle Belag bezogen werden kann. Hierbei spielen zwei Faktoren eine wichtige Rolle. Zum einen die anfallenden Transportkosten und zum anderen die Qualität des einzubauenden Mischgutes. Beide Faktoren werden entscheidend von der Transportdauer beeinflusst. Die Abhängigkeit der Belagsqualität von der Transportdauer stellt eine absolute Beschränkung des Bezugsgebietes dar, da das Mischgut für den Einbau eine bestimmte Mindesttemperatur nicht unterschreiten darf. Aus Sicht der Nachfrager handelt es sich somit um regionale Märkte, die sich aufgrund ständig variierender Strassenbauaktivitäten kontinuierlich ändern. Als Richtwert kann davon ausgegangen werden, dass Bauunternehmen problemlos von Belagsmischwerken im Umkreis von ca. 60 Fahrminuten Belag beziehen können. Dies entspricht einem Bezugsradius von rund 50-80km.

Der zur Beurteilung der AVV relevante Markt

Orientiert man sich am Richtwert von 60 Fahrminuten als Radius um die Belagswerke der AMB und der Storz, so erhält man das von der AVV unmittelbar betroffene Gebiet W1 (vgl. Abbildung 3). Unter Zugrundelegung desselben Richtwertes für die an der AVV beteiligten Schweizer Mischwerke ergibt sich durch Überlappung ein gemeinsames Absatzgebiet W2. Der zur Beurteilung der AVV räumlich relevante Markt ist demnach Wirkungsgebiet W2.

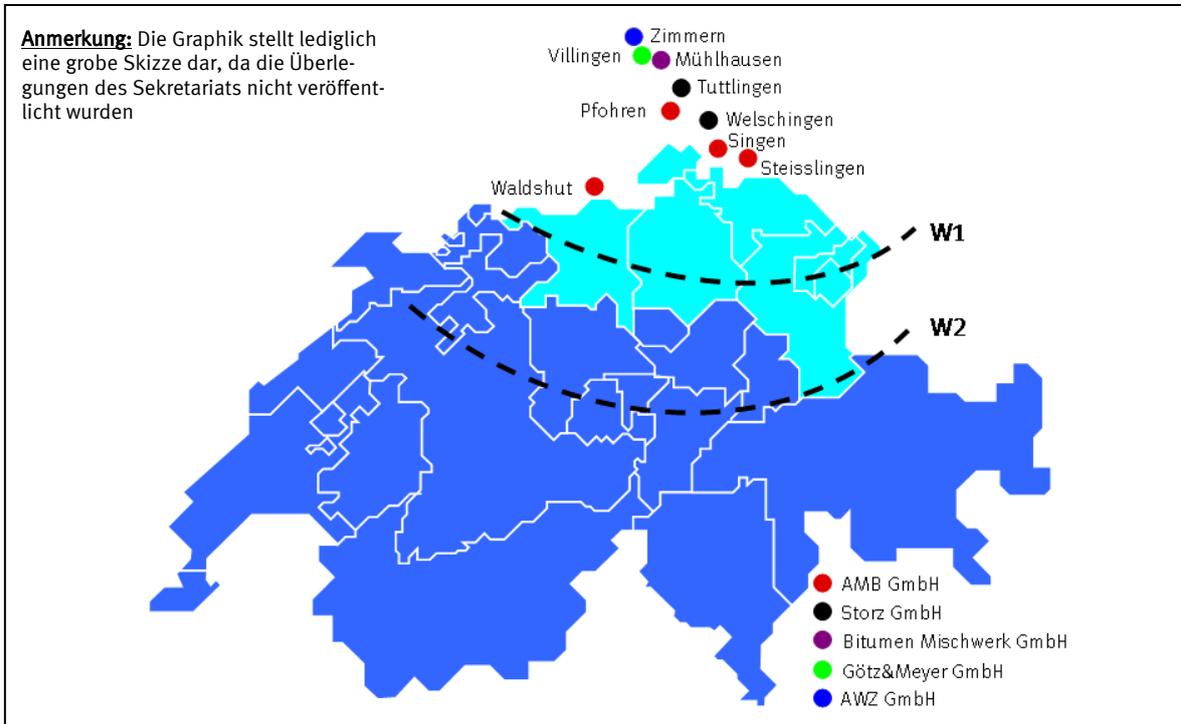


Abbildung 3: Wirkungsgebiete der deutschen Mischwerke (W1) und der Absprache (W2)

Auswirkungen der AVV auf den Wettbewerb

Anhand der Definition der Liefergebiete als Radien um die Standorte der Mischwerke, lässt sich verdeutlichen wie die einzelnen Belagswerke im Wettbewerb zueinander stehen (siehe Abbildung 4). Strassenbauunternehmen, die in den Schnittflächen der Liefergebiete tätig sind haben die Wahl zwischen verschiedenen Mischwerken. Wenn die Preise nicht geographisch differenziert werden können, überträgt sich der Wettbewerbs- bzw. der Preisdruck in den Schnittflächen auf diejenigen Teilgebiete, in welchen nur von einem Mischwerk bezogen werden kann.

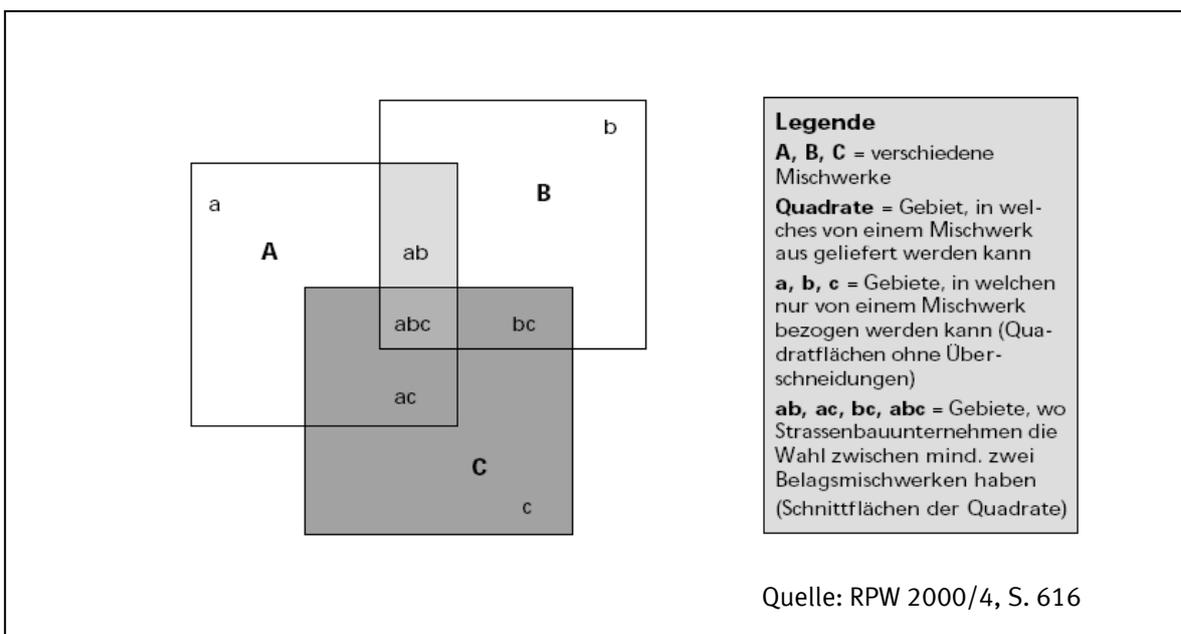


Abbildung 4: Liefergebiete der Mischwerke

Aufgrund der Marktabgrenzung stehen die Anbieter von Strassenbelag im Wirkungsgebiet W1 mit den deutschen Werken der AMB und der Storz im Wettbewerb, der sich im Falle unzureichender geographischer Preisdifferenzierungsmöglichkeiten auf W2 übertragen kann. Da die an der AVV beteiligten Unternehmen die Konditionen für den Bezug von Strassenbelägen von der AMB und der Storz hinsichtlich Preise, Mengen und Gebiete abstimmen, ist zu vermuten, dass die AVV wirksamen Wettbewerb beseitigt.

Die Rolle der Transportkosten

Eine wesentliche Rolle spielen für den Wettbewerb neben den absoluten Preisdifferenzen die Transportkosten. Bei gleichen Preisen ab Werk wird ein Bauunternehmen immer von demjenigen Mischwerk kaufen, welches am nächsten zur Baustelle gelegen ist. Der geographisch näher gelegene Anbieter verfügt somit über einen gewissen Preissetzungsspielraum. Generelle Aussagen zu Transportkosten sind schwierig, da sie sowohl eine Distanz- als auch eine Zeitkomponente beinhalten. Grundsätzlich reduziert sich jedoch der von einem Mischwerk ausgehende Wettbewerbsdruck mit zunehmender Transportdistanz.

Beurteilung des Innenwettbewerbs

Die Preise der AMB und der Storz lagen vor Abschluss der AVV rund 50% unter denjenigen der Schweizer Anbieter. Dies hatte einen hohen Wettbewerbsdruck für Schweizer Unternehmen im Zentrum von W1 zur Folge, von dem besonders die unabhängigen Strassenbauer profitierten. Im Zusammenhang mit der die Anteilseigner stark bevorteilenden Preispolitik der Schweizer Werke stellte der Bezug aus Deutschland eine Möglichkeit dar, im Wettbewerb mit den Eigentümern der beklagten Mischwerke zu bestehen. Da der Kostenanteil für Mischgut im Strassenbau auf 15-60% geschätzt wird, hat sich der Wettbewerb zwischen Deutschen und Schweizer Werken teilweise auf die Strassenbauunternehmen übertragen. Mit Wirkung der Vereinbarungen vom 1. Juli 1996 sowie vom 4. August 1997 war ein direkter Bezug von Strassenbelag von Werken der AMB und der Storz nicht mehr möglich. Die Preise der deutschen Mischwerke wurden im Zuge der AVV von 1996 bis 1998 um rund 40% erhöht. Die Preise der beteiligten Schweizer Unternehmen stiegen im selben Zeitraum um weniger als 5%, die Teuerung lag bei ca. 3%. Der ursprünglich von den deutschen Werken ausgehende Wettbewerbsdruck war aufgrund der AVV demnach nicht mehr vorhanden. Dies ermöglichte es den an der AVV beteiligten Schweizer Werken, ihr höheres Preisniveau und eventuell ineffiziente Strukturen aufrechtzuerhalten.

Beurteilung des Aussenwettbewerbs

Der Markt für Strassenbeläge zeichnet sich durch eine Vielzahl von Mischwerken in den Wirkungsgebieten W1 und W2 aus. Eine Analyse der Lage der einzelnen Anbieter zeigt, dass fast alle in den Kantonen Zürich, Thurgau und Schaffhausen tätigen Anbieter an der AVV beteiligt sind. Gerade in diesem Gebiet war der Wettbewerbsdruck durch die AMB und die Storz vor Abschluss der AVV hoch. Auch im Hinblick auf den grössermässig wichtigsten Konkurrenten der BHZ, der FBB, gibt es Hinweise, dass beide Unternehmen ihr Wettbewerbsverhalten aufeinander abstimmen. Demnach ist davon auszugehen, dass weder von der FBB noch anderen Anbietern wirksamer Aussenwettbewerb ausgeht, der die wettbewerbsschädlichen Wirkungen der AVV abschwächen oder gar aufheben könnte.

Potentielle Konkurrenz

Im Zuge der Erfassung des herrschenden Wettbewerbs muss weiterhin untersucht werden, inwiefern die Abredepartner einer potentiellen Konkurrenz ausgesetzt sind, welche sie trotz Abrede zu effizientem Verhalten zwingt. Dies wäre der Fall, wenn bei Vorliegen eines mangelhaften Preis-Leistungsverhältnisses jederzeit mit Marktzutritt gerechnet werden müsste. Die Analyse des Sekretariats ergibt allerdings, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit gering ist. Auch eine entsprechende disziplinierende Wirkung der Marktgegenseite, der Bauunternehmen (bzw. der öffentlichen Auftraggeber), erscheint nicht gegeben.

Ergebnis

Vor dem Hintergrund dieser Argumentation kam das Sekretariat zu dem Schluss, dass die AVV wirksamen Wettbewerb beseitigt und es sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG handelt. Durch den Wegfall der AVV könnten Strassenbeläge zu bedeutend günstigeren Preisen ab deutschen Werken bezogen und somit wirksamer Wettbewerb wiederhergestellt werden.

3.2.3 Vergleichbare weitere Fälle in Europa

Neben dem beschriebenen Fall der Wettbewerbsabrede im Markt für Strassenbeläge finden sich sowohl in der Schweiz als auch im europäischen Ausland zahlreiche weitere Fälle von Absprachen, von denen

im Folgenden einige kurz skizziert werden sollen. Die Tatsache, dass Absprachen in diesem Markt keine Seltenheit darstellen, ist ein Indiz dafür, dass Kartelle einerseits möglich und andererseits lohnend sind. Die industrieökonomische Forschung hat in diesem Zusammenhang eine Vielzahl an Marktstruktur- bzw. Marktverhaltenskriterien identifiziert, die eine Absprache prinzipiell erleichtern. Zumindest einige dieser Kriterien wie Produkthomogenität, hohe Markteintrittsbarrieren, existierende Beteiligungsstrukturen oder ‚multimarket contact‘ scheinen im Markt für Strassenbeläge vorzuliegen.

Strassenbelagskartell im Tessin (Schweiz 2007)

Im April 2005 hatte die Wettbewerbskommission gegen alle im Kanton Tessin tätigen Strassenbau- und Belagsproduktionsunternehmen eine Untersuchung im Markt für Strassenbeläge eröffnet. Die Untersuchung basierte auf einer Anzeige des Tessiner Dipartimento del Territorio, welche Anhaltspunkte für eine Gebietsaufteilung bei Submissionsverfahren für Strassenunterhaltsarbeiten sowie für eine Rotation des Zuschlags bei öffentlichen Ausschreibungen für Strassenbelagsarbeiten auf National- und Kantonsstrassen aufzeigte. In ihrer Verfügung vom 19. November 2007 stellt die WEKO fest, dass die Anwendung einer Konvention zwischen den Unternehmen eine harte Kartellabsprache darstellt und somit das Kartellgesetz verletzt. Die Konvention hat privaten Kunden, der öffentlichen Hand und den Steuerzahlern erheblichen Schaden zugefügt und zudem eine ineffiziente Strukturhaltung bewirkt. Aus der Untersuchung ging hervor, dass die zwischen den 17 der 18 im Kanton Tessin tätigen Strassenbauunternehmen getroffene Vereinbarung von Januar 1999 bis mindestens Ende 2004 angewendet wurde. Beabsichtigt wurde hiermit, den Strassenbauunternehmen durch Zuteilung der öffentlichen und privaten Aufträge einen im Voraus bestimmten Marktanteil zu sichern. Die Auftragsvergabe mitsamt Entschädigung wurde auf wöchentlichen Treffen der Unternehmen beschlossen. Die Absprache wurde vor Ablauf der vom Gesetzgeber vorgesehenen Übergangsfrist (31. März 2005) aufgelöst, so dass die Unternehmen nicht sanktionierbar waren. Andernfalls hätte sich die gesamte Busse auf eine Höhe von ungefähr CHF 30 Millionen belaufen, wobei die Sanktionen für die einzelnen Unternehmen bis zu ca. CHF 3 Millionen betragen hätten. Am 6. Dezember 2007 wurde die praktizierte Absprache von der WEKO für unzulässig erklärt.

Fall BWB/K-77 ‚Asphaltmischanlage‘ (Österreich 2006)

Am 12. März 1998 meldeten die Antragsgegner (bzw. deren Konzerngesellschaften/ Rechtsvorgänger) beim Kartellgericht die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zum Betrieb eines Asphaltmischwerkes als Zusammenschluss an. Das Kartellgericht führte ein umfassendes Ermittlungsverfahren durch, in dem u. a. folgende Feststellungen getroffen wurden. Die Gesellschafter der Mischanlage gehörten bei Gründung zu den vier grössten Strassenbauunternehmen Österreichs mit gemeinsamen Marktanteilen von rund 80% am österreichischen Strassenbaumarkt. Im Einzugsbereich der gemeinsamen Anlage sind deren Gesellschafter allein, gemeinsam oder mit Dritten an einer Reihe weiterer Mischanlagen beteiligt. Die gemeinsame Anlage hat am regionalen Markt einen Anteil von rund 10% an der Gesamtmischproduktion. Anhand der Produktionswerte haben die Konzerne der Gesellschafter am regionalen Markt für Asphaltmischgut einen Marktanteil von rund 75%, österreichweit rund 70%. Für die gemeinsame Anlage sind drei Geschäftsführer bestellt, die weitere Funktionen innerhalb der Mutterkonzerne innehaben. In mehreren Gesellschafterversammlungen wurden die Einkaufspreise der Mutterkonzerne für von der gemeinsamen Anlage benötigte Vorprodukte erörtert. Trotz Überkapazitäten und Rationalisierungsmassnahmen stieg der Preis für Asphaltmischgut bis zum Jahr 2002 kontinuierlich an. Bis zum Jahr 2004 boten die Strassenbauunternehmen der jeweiligen Partner das Asphaltmischgut zu nahezu gleichen Preisen an.

Das Kartellgericht stellte mit Beschluss vom 10. August 1998 fest, dass kein Zusammenschluss, sondern vielmehr ein vereinbartes Absichtskartell vorliege, da sich die Gründer verpflichteten, im Einzugsbereich des Gemeinschaftsunternehmens keine neuen Asphaltmischanlagen zu errichten bzw. sich an solchen zu beteiligen und Bezugsverpflichtungen bei den Gesellschaftern vorgesehen waren. Die Argumentation des Kartellgerichts gründet sich auf folgenden Gesichtspunkten: Zum einen sei die Vereinheitlichung wesentlicher Kosten durch die gemeinsame Produktion sowie die Reduktion der Anzahl der Produktionsstätten offensichtlich gewesen. Die beteiligten Konzerne halten darüber hinaus als regionale wie nationale Wettbewerber auf allen relevanten Märkten Anteile von über 70% und sind über eine Vielzahl weiterer Asphaltmischanlagen miteinander verbunden. Ausserdem ziele ein gemeinsames Vorgehen von Wettbewerbern stets auf eine Interessenskoordinierung ab. Das Kartellgericht sprach ferner aus, dass all diese Umstände den beteiligten Konzernen bewusst waren und dass es nicht um die nachträgliche Entdeckung unerwarteter Wirkungen ging. Ein Bagatellkartell lag nicht vor, weil gemäss § 2 Z 2 KartG 1988 auch die Marktanteile der konzernverbundenen Unternehmen zu berücksichtigen waren. Die weitere Durchführung des Kartells wurde untersagt, die Entscheidung über den Geldbusseantrag wurde vorbehalten.

Bitumenkartell (Niederlande 2006)

In den Niederlanden trafen seit 1994 bis mindestens 2002 mehrmals Delegationen bestehend aus acht Bitumenlieferanten (BP, Esha, Klöckner Bitumen, Kuwait Petroleum, Nynäs, Shell, Total und Wintershall) und sechs Baugesellschaften (Ballast Nedam, Dura Vermeer, Heijmans, Hollandsche Beton Groep, Koninklijke BAM Groep und Koninklijke Volker Wessels Stevin) zu sogenannten „Bitumengesprächen“ zusammen. Dem gingen in der Regel separate Vorbereitungstreffen der Lieferanten und der sechs grössten Strassenbauer voraus. Bei diesen Treffen wurden zum einen für das gesamte in den Niederlanden verkaufte Strassenbitumen der von den Asphaltherstellern zu zahlende Bruttopreis und zum anderen ein einheitlicher Mindeststrabatt für die am Kartell beteiligten Strassenbaugesellschaften sowie ein niedrigerer Höchststrabatt für alle anderen Unternehmen ausserhalb des Kartells vereinbart. Die am Kartell beteiligten Baugesellschaften massen dem eigentlichen Bitumenpreis offensichtlich wenig Bedeutung bei, solange sie höhere Preisnachlässe erhielten als ihre kleineren Wettbewerber. Dadurch stieg der Bitumenpreis in den Niederlanden selbst unter Berücksichtigung der Preisnachlässe für die grossen Strassenbauer schrittweise auf ein Niveau über dem der Nachbarländer. Demnach war die Beteiligung am Kartell für alle Mitglieder, d.h. für Lieferanten wie Abnehmer, von Vorteil. Die Europäische Kommission ging vom Vorliegen eines Preiskartells aus, das eindeutig gegen Artikel 81 des EG-Vertrags versties. Gegen die beteiligten Unternehmen wurden Geldbussen in Höhe von insgesamt 266,717 Mio. EUR verhängt.

„Asphalt Cartel“ (Finnland 2007)

Am 19. Dezember 2007 verhängte der finnische ‚Market Court‘ Strafen in Höhe von 19,4 Mio. EUR an Unternehmen, die am finnischen Asphalt-Kartell teilgenommen hatten. Die Entscheidung bestätigte die Analyse der finnischen Wettbewerbsbehörde, die zu der Erkenntnis kam, dass die betreffenden Firmen, die zusammen einen Marktanteil von über 70% innehaben, der Absprache von Preisen und Geboten in Bezug auf staatliche Projekte in den Jahren 1996 bis 2000 und von 1994 bis 2001 auf gemeindliche und private Projekte schuldig sind. Diese Strafe ist die höchste, die bislang in Finnland für eine Kartellabsprache verhängt wurde.

„Asphalt Cartel“ (Schweden 2007)

Am 10. Juni 2007 verhängte der ‚Stockholm District Court‘ Strafen in Höhe von rund SEK 500 Millionen (ca. 53 Mio. EUR) an neun Unternehmen, die am schwedischen Asphalt Kartell teilgenommen hatten. Das Gericht bestätigte damit die Analyse und Schlussfolgerungen der schwedischen Wettbewerbsbehörde. Das Gericht sah es als erwiesen an, dass die beteiligten Unternehmen über die Jahre hinweg den Markt durch die Absprache von Geboten unter sich aufteilten. Ferner wurden Beweise dafür gefunden, dass grössere Strassenbauunternehmen kleinere Unternehmen dafür bezahlt hatten, auf die Einreichung von Geboten zu verzichten. Das Asphaltkartell ist das grösste Kartell, das bislang in Schweden aufgedeckt und bestraft wurde.

3.3 Der ‘Markt für Strassenbeläge’ vor und nach der Entscheidung

Das zentrale Ziel der Fallstudie liegt in der Identifikation von Auswirkungen der Aufdeckung der Wettbewerbsabrede durch die Wettbewerbskommission. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es notwendig, den Markt für Strassenbeläge angebotsseitig (Abschnitt 3.3.1), nachfrageseitig (Abschnitt 3.3.2) sowie in Bezug auf die Preisentwicklung (Abschnitt 3.3.3) zu analysieren. Die Verfügbarkeit längerer Zeitreihen erlaubt dabei teilweise Vergleiche der entsprechenden Parameter und Kriterien vor, während sowie nach Ende der Wettbewerbsabrede.

3.3.1 Analyse der Angebotsseite

Im Rahmen der Untersuchung der Angebotsseite des Marktes für Strassenbeläge wird eine Zweiteilung vorgenommen. Im folgenden Abschnitt wird zunächst der Schweizer Binnenmarkt anhand verschiedener Kriterien verglichen mit anderen europäischen Staaten. Im Anschluss daran erfolgt eine Untersuchung des internationalen Handels von Mischgut mit der Schweiz.

3.3.1.1 Schweizer Binnenmarkt im internationalen Vergleich

Im Rahmen einer angebotsseitigen Analyse des Marktes für Strassenbeläge in der Schweiz soll im Folgenden eine grobe Charakterisierung wesentlicher Parameter der Marktstruktur wie Produktionsmengen, Anzahl und Struktur der Produktionsanlagen oder des Grades der vertikalen Integration erfolgen. Zur Verdeutlichung struktureller Besonderheiten erscheint es dabei hilfreich, nicht nur die entspre-

chenden Zeitreihen für die Schweiz darzustellen, sondern sie mit anderen europäischen Staaten zu vergleichen. Ein entsprechender Datensatz ist zwar nicht unmittelbar verfügbar, konnte aber mit öffentlich verfügbaren Informationen der European Asphalt Pavement Association für die Jahre 2001 bis 2005 erstellt werden.

Zur einleitenden Beschreibung der Angebotsseite des Marktes für Strassenbeläge ist eine Analyse der Zeitreihe der Produktion von Strassenbelägen (sogenanntem ‚Hot Mix Asphalt‘) hilfreich. Auf diese Weise kann beispielsweise ein Eindruck darüber erlangt werden, ob es sich um einen wachsenden, stagnierenden oder schrumpfenden Markt handelt. Die unterstehende Abbildung 5 zeigt die Entwicklung der Produktion von Hot Mix Asphalt (in Millionen Tonnen) von 1996 bis 2005 für die Schweiz und ihre Nachbarländer.

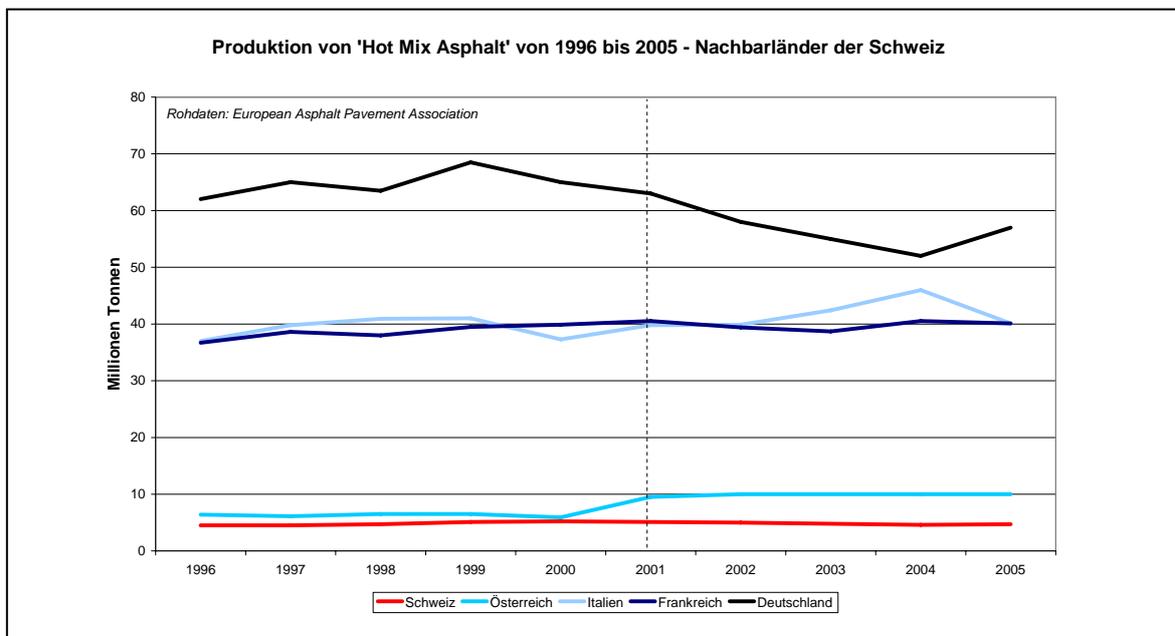


Abbildung 5: Produktion von ‚Hot Mix Asphalt‘ von 1996 bis 2005 in Nachbarländern der Schweiz

Wie Abbildung 5 verdeutlicht verläuft die Produktion von Hot Mix Asphalt in der Schweiz nahezu konstant. In Österreich gab es allerdings zu Beginn des neuen Jahrtausends einen deutlichen Anstieg in der Produktion der in der Schweiz nicht zu beobachten war. Sofern ein Teil dieser zusätzlichen Produktion in Österreich in der Nähe zur Schweizer Grenze verfügbar wäre, so könnte man bei funktionsfähigen Märkten einen Druck auf das Schweizer Preisniveau vermuten. Die anderen Nachbarländer der Schweiz weisen aufgrund ihrer grösseren Landesgrösse auch eine entsprechend grössere Produktion von Hot Mix Asphalt auf. Von potentieller Relevanz für die Schweiz könnte ferner der deutliche Rückgang in der Produktion von Hot Mix Asphalt in Deutschland sein. Sofern die bestehenden Produktionskapazitäten unverändert geblieben sind, spräche ein solcher Nachfragerückgang für eine schlechtere Kapazitätsauslastung in Deutschland und einen entsprechenden Druck auf die Marktpreise. Auf die grenznahen Unternehmen in der Schweiz könnte dies insofern einen Einfluss haben, als sie zunehmend mit Importen aus Deutschland konkurrieren müssten. Insgesamt muss aber angenommen werden, dass die Produktionsmenge auch nachfrageseitig bestimmt wird, so dass grosse, langfristige Bauprojekte auch konjunkturell bedingt aufgenommen werden.

Die in Abbildung 5 festgestellten grossen Unterschiede in den Produktionsvolumina von Hot Mix Asphalt zwischen den jeweiligen Nachbarländern sind insofern im Hinblick auf die angestrebte Charakterisierung der angebotsseitigen Marktstruktur unzufriedenstellend, als die optimalen Produktionsstrukturen typischerweise auch von den Produktionsmengen sowie der Geographie der betreffenden Staaten beeinflusst werden. Insofern erscheint es naheliegend, die Schweiz mit anderen kleineren europäischen Staaten zu vergleichen. Abbildung 6 zeigt daher die entsprechenden Zeitreihen für die Produktion von Hot Mix Asphalt für die Schweiz, die Niederlande, Dänemark, Österreich und Belgien.

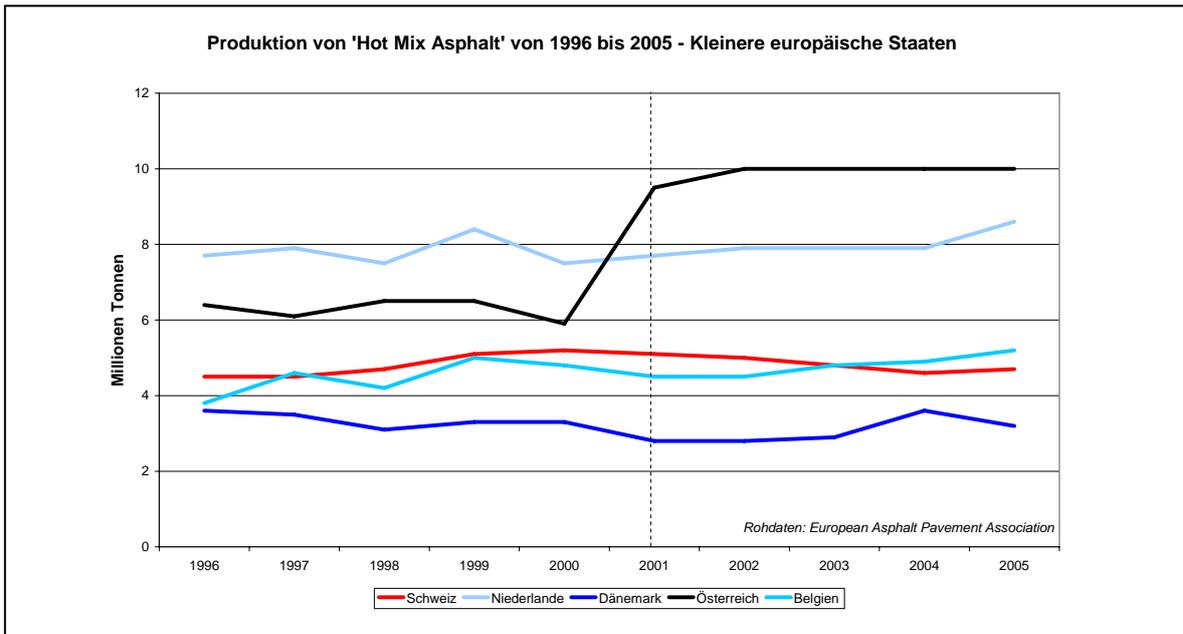


Abbildung 6: Produktion von ‚Hot Mix Asphalt‘ von 1996 bis 2005 in kleineren europäischen Staaten

Wie Abbildung 6 verdeutlicht, zeigt ein Vergleich der Produktionsentwicklung in der Schweiz zu anderen kleineren Ländern ähnliche – relativ konstante – Verläufe, wenn auch auf zum Teil unterschiedlichen Niveaus. Lediglich der bereits in Abbildung 5 identifizierte deutliche Anstieg der Produktion in Österreich ist auffällig. Ein Grund für diesen Anstieg könnte die Inbetriebnahme einer grösseren neuen Produktionsstätte sein. So ist beispielsweise bereits eine kleinere mobile Anlage in der Lage, einen Output von ca. 200 t/h zu erzielen; dies ergibt bei 250 Arbeitstagen à 8 h einen Jahresoutput von ca. 0,4 Mio. Tonnen.

Die Charakterisierung des europäischen Marktes für Hot Mix Asphalt ist bislang insofern unvollständig, als nur die Nachbarländer sowie andere europäische Länder vergleichbarer Grösse und Wirtschaftskraft betrachtet wurden. Im Hinblick auf die umfassendere Entwicklung des europäischen Marktes zeigt Abbildung 7 das prozentuale Wachstum der Produktion von Hot Mix Asphalt von 1996 bis 2005.

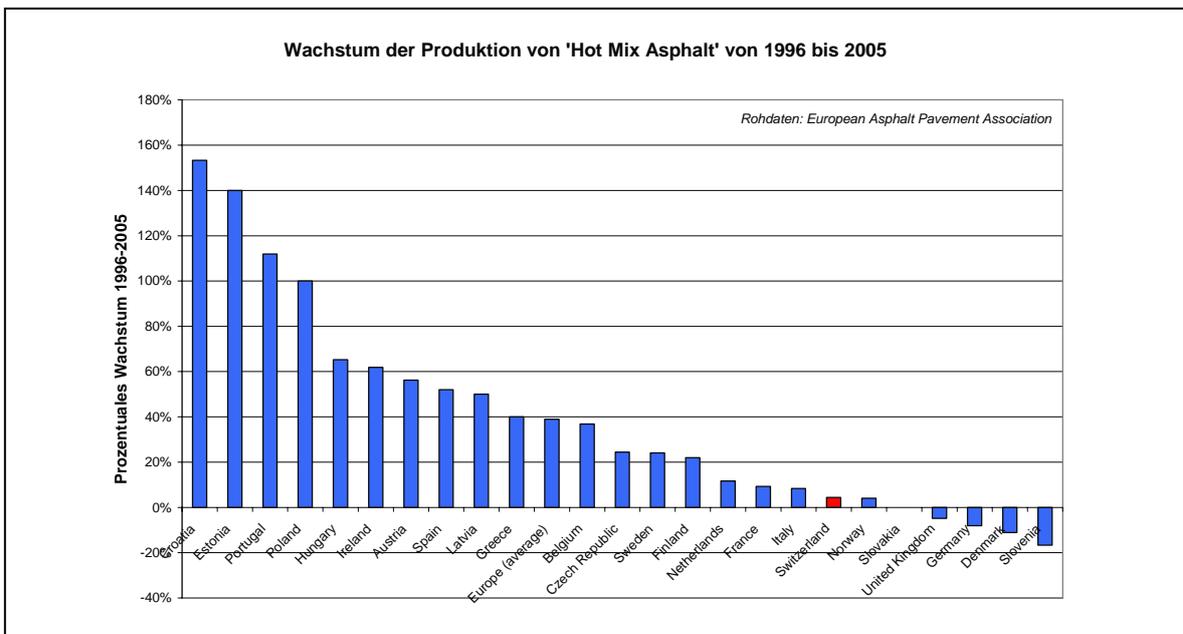


Abbildung 7: Wachstum der Produktion von ‚Hot Mix Asphalt‘ von 1996 bis 2005 in europäischen Staaten

Wie Abbildung 7 zeigt, weist die Entwicklung des Wachstums in der Produktion von Hot Mix Asphalt für den Zeitraum 1996 bis 2005 in Europa grosse Unterschiede auf. Die Spannweite reicht von ca.

154%igem Wachstum der Produktion in Kroatien bis zu einer Reduktion der Produktion von ca. 18% in Slowenien. Tendenziell zeigen Staaten in Mittel- und Osteuropa ein deutliches Produktionswachstum. Die Schweiz weist über den in Abbildung 7 gezeigten langen Zeitraum von 1996 bis 2005 ein moderates Wachstum von ca. 5% auf. Verkürzt man den Betrachtungszeitraum aber auf die Periode von 2000 bis 2005, so weist die Schweiz ein negatives Wachstum von ca. 10% auf. Die Ursachen für diese Beobachtung können vielfältig sein und müssen nicht zwangsläufig einen Rückgang in der Nachfrage widerspiegeln. So könnte beispielsweise ein wachsender Anteil der Schweizer Nachfrage durch Importe aus den umliegenden Nachbarländern erfolgen. Die folgenden Ausführungen werden unter anderem diese Fragen genauer untersuchen.

Ein im Hinblick auf die Charakterisierung der angebotsseitigen Marktstruktur wichtiger Parameter stellt die Anzahl der Produktionsanlagen dar. Prinzipiell können stationäre und mobile Anlagen unterschieden werden. Stationäre Anlagen haben üblicherweise eine deutlich grössere Kapazität als mobile Anlagen. Abbildung 8 zeigt die Entwicklung der Anzahl der Produktionsanlagen in der Schweiz.

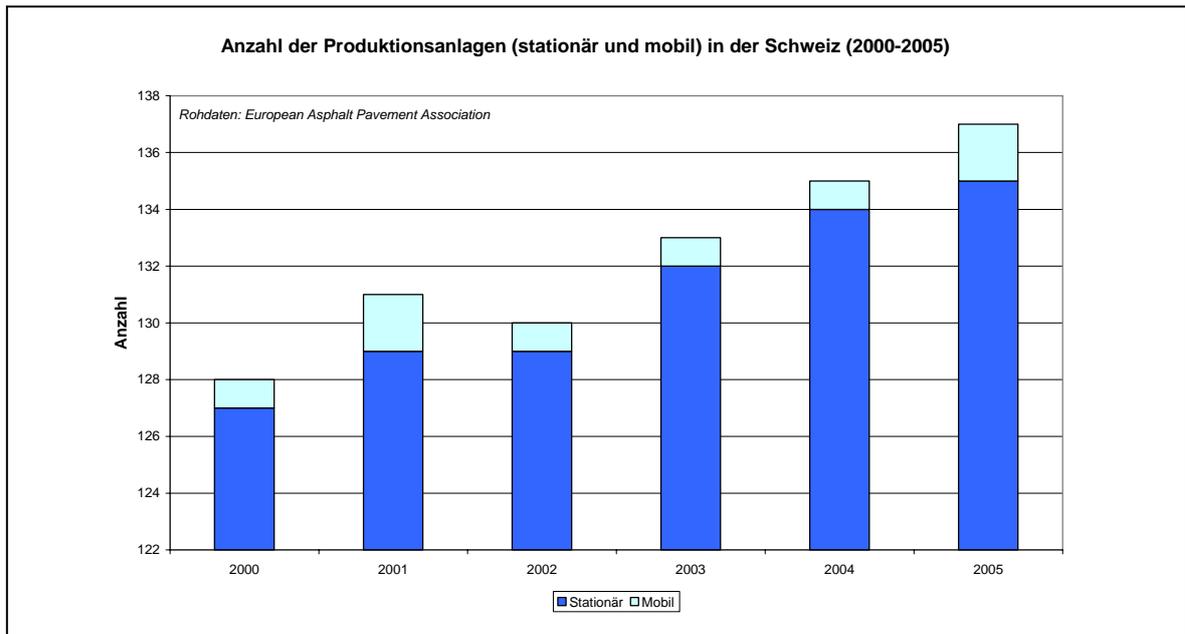


Abbildung 8: Anzahl der Produktionsanlagen in der Schweiz (2000-2005)

Wie Abbildung 8 zeigt, ist die Anzahl der Produktionsanlagen (stationär und mobil) in der Schweiz von 128 im Jahr 2000 auf 137 im Jahr 2005 angestiegen. In Abhängigkeit der Standorte und Eigentümerstruktur der Produktionsanlagen könnte dies zu einer Wettbewerbsbelebung führen. Die Frage, ob durch das Wachstum in der Anzahl der Produktionsanlagen die insgesamt verfügbare Produktionskapazität angestiegen ist, lässt sich mit Hilfe der verfügbaren Daten nicht beantworten. So kann beispielsweise nicht ausgeschlossen werden, dass grössere inflexible Anlagen geschlossen und durch kleinere flexiblere Anlagen ersetzt wurden. Abbildung 8 zeigt ferner, dass mobile Anlagen in der Schweiz keine grössere Rolle spielen. Traditionell finden sie eher Anwendung in geographisch sehr weitläufigen Ländern wie Norwegen, Schweden und Finnland.

Neben der Analyse der Entwicklung der Anzahl an Produktionsanlagen in der Schweiz ist eine Ausweitung der Betrachtung auf das Wachstum der Anzahl an Produktionsanlagen in ausgewählten europäischen Ländern von Interesse. Abbildung 9 zeigt die entsprechenden prozentualen Wachstumsraten von 2000 zu 2005.

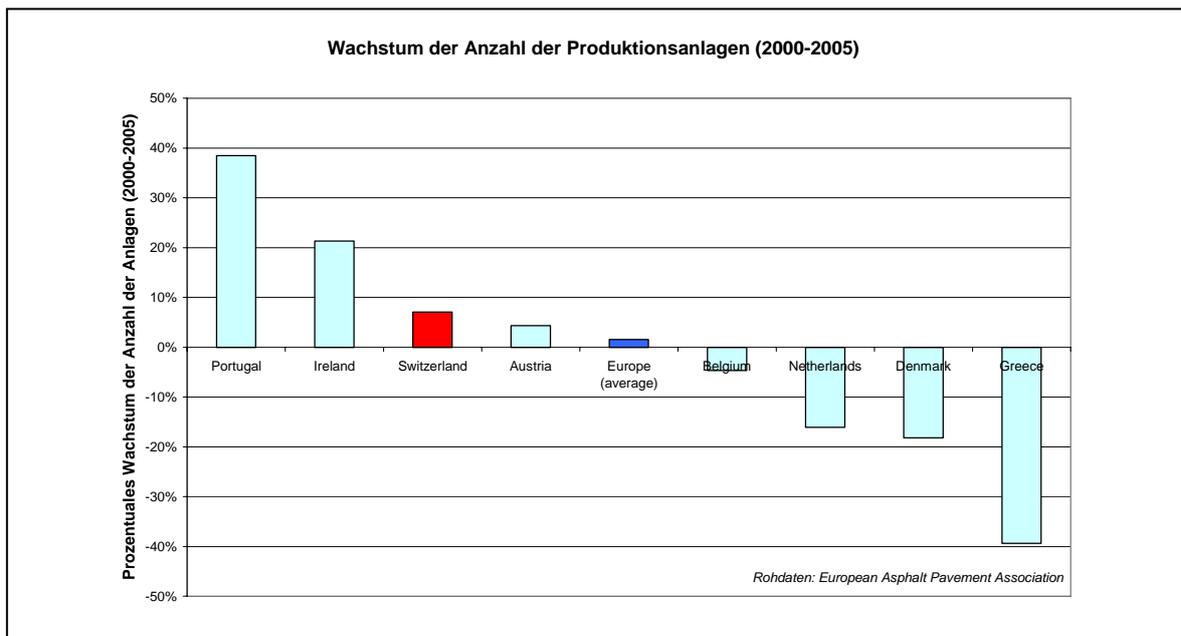


Abbildung 9: Wachstum der Anzahl der Produktionsanlagen in europäischen Staaten (2000-2005)

Abbildung 9 zeigt, dass die Schweiz mit rund 7% ein deutlich über dem europäischen Durchschnitt von ca. 2% liegendes Wachstum in der Anzahl an Produktionsanlagen aufweist. Dies ist insofern überraschend, als für den gleichen Zeitraum ein negatives Wachstum in der Produktion von Hot Mix Asphalt festgestellt werden konnte. Eine mögliche Erklärung für diese Beobachtung könnte sein, dass in den letzten Jahren eine Änderung im Anlagenmix derart stattgefunden hat, dass grössere zentrale Anlagen durch mehrere kleinere dezentralere Anlagen ersetzt wurden (Dezentralisierungstrend).

Dass ein solcher Trend zumindest nicht europaweit beobachtbar ist, zeigt das Beispiel Portugals. Dort gab es in den vergangenen Jahren einen deutlichen Anstieg in der Produktion der sich auch in einem entsprechenden Wachstum in der Anzahl an Produktionsanlagen widerspiegelt. Für den Fall, dass das beobachtete Wachstum ohne die Schliessung alter Werke einherging, so muss im Zusammenhang mit der schrumpfenden Produktion von einem Anstieg der Überkapazitäten im Schweizer Binnenmarkt und einem entsprechenden Druck auf die Preise ausgegangen werden. Mittel- und langfristig würde eine solche Marktsituation dann Marktaustritte bzw. die Bildung von Kartellen (zur Reduzierung des herrschenden Rationalisierungsdrucks) erwarten lassen.

Ein weiterer wichtiger Parameter in einer Charakterisierung der angebotsseitigen Marktstruktur sind die unterschiedlichen Grade der vertikalen Integration von Unternehmen, die im Markt für Strassenbeläge tätig sind. Prinzipiell lassen sich drei alternative Strukturen unterscheiden. So kann ein Unternehmen sich einerseits auf die Belagsproduktion spezialisieren, andererseits kann es sich positionieren, indem es lediglich das Verlegen von Asphalt anbietet und sich das dazu benötigte Mischgut als Inputgut extern beschafft. Die dritte mögliche Strukturausprägung stellen Unternehmen dar, die beide Tätigkeiten zusammen – Belagsproduktion und das Verlegen von Asphalt – anbieten. Abbildung 10 zeigt für verschiedene europäische Staaten die Anzahl der nur in der Belagsproduktion tätigen Unternehmen.

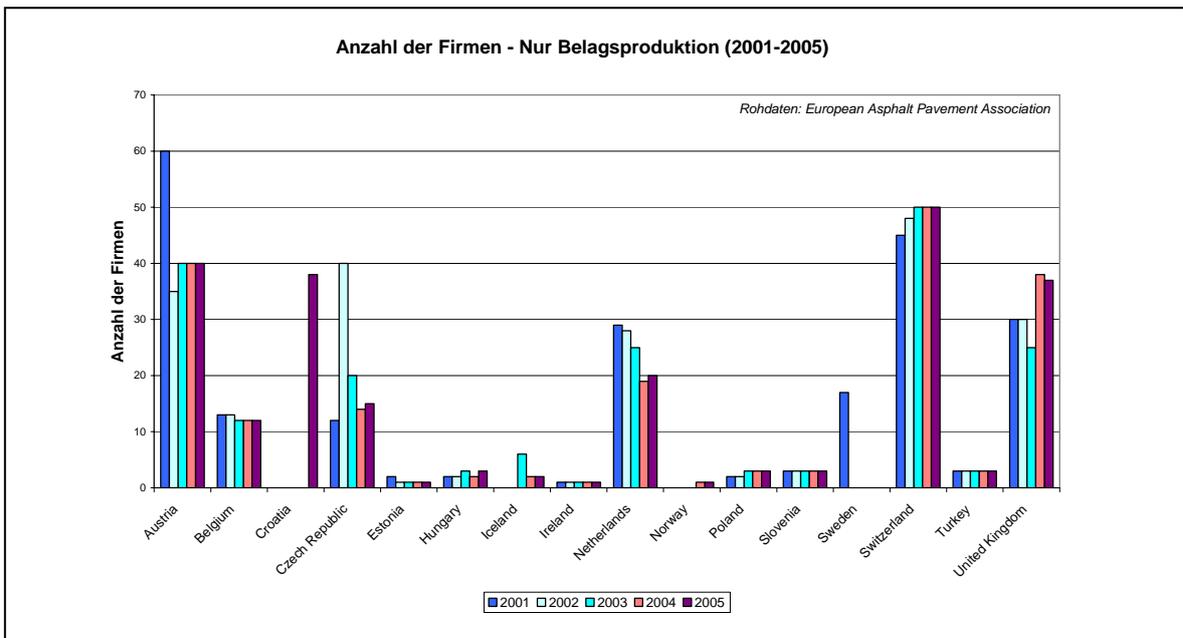


Abbildung 10: Anzahl an Unternehmen – Nur Belagsproduktion (2001-2005)

Wie Abbildung 10 verdeutlicht, ist die Anzahl der Unternehmen, die nur in der Belagsproduktion tätig sind, sehr unterschiedlich im Ländervergleich. So existieren in manchen europäischen Staaten fast keine eigenständigen Belagsproduzenten während sie in anderen Ländern eine grosse Rolle zu spielen scheinen. In der Schweiz ist die Anzahl der Firmen, die nur in der Belagsproduktion tätig sind, relativ gross und in den letzten Jahren noch angestiegen. Dieser Trend ist ansonsten in Europa eher nicht zu beobachten. Ein zentraler Grund für die beschränkte Aussagekraft dieser Feststellung liegt allerdings in den Beteiligungsstrukturen – wie in der Schweiz zum Zeitpunkt der Entscheidung existent – die Belagsfirmen möglicherweise als eigenständig ausweisen, ohne dass diese faktisch eigenständig sind. Insofern sollte Abbildung 10 in ihrer Bedeutung nicht überbewertet werden.

Im Anschluss an die Betrachtung der nur in der Belagsproduktion tätigen Unternehmen ist die komplementäre Betrachtung der nur im Verlegen von Asphalt tätigen Unternehmen notwendig. Abbildung 11 zeigt die jeweiligen Unternehmensanzahlen für verschiedene europäische Staaten.

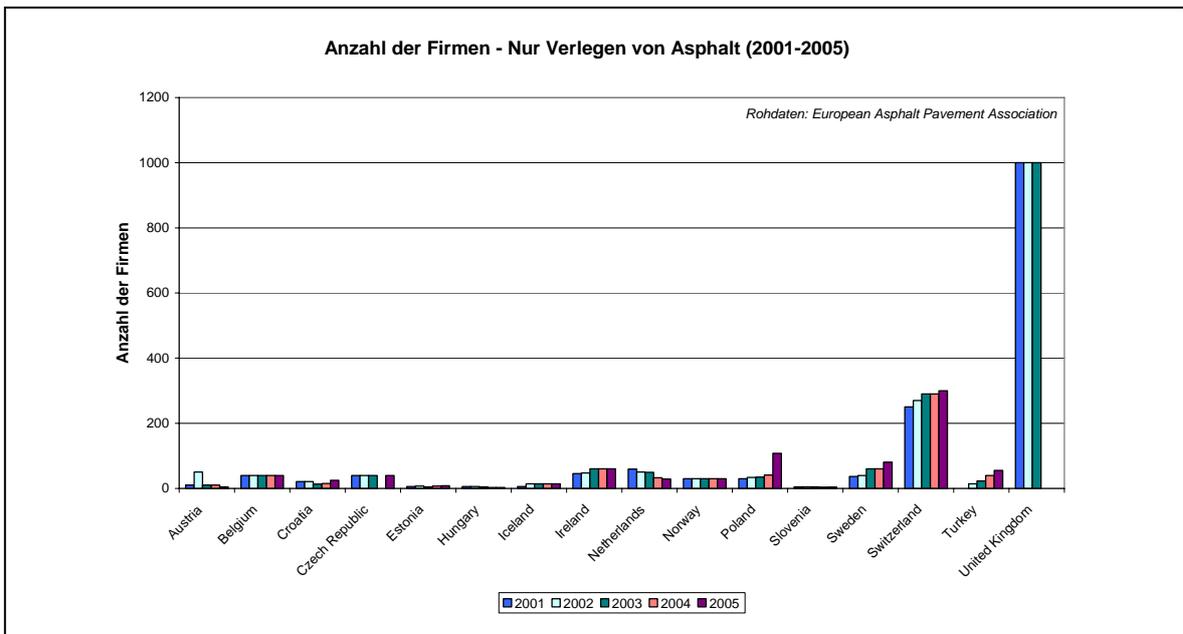


Abbildung 11: Anzahl an Unternehmen – Nur Verlegen von Asphalt (2001-2005)

Zu einem gewissen Grad sollten die in Abbildung 11 präsentierten Daten mit den Daten zur Anzahl der Unternehmen, die nur in der Belagproduktion tätig sind, korrespondieren. Zumindest für die Schweiz ist dies der Fall. Der relativ grossen Anzahl an unabhängigen Belagsproduzenten steht eine relativ grosse Anzahl an Firmen gegenüber, die nur im Verlegen von Asphalt tätig ist. Die Abbildung zeigt weiter ein

gewisses Wachstum in der Zahl der Firmen in der Schweiz, die sich nur mit dem Verlegen von Belag befassen. Dieser Trend ist auch noch in anderen europäischen Staaten so beobachtbar.

Neben der Betrachtung der Unternehmensanzahlen in den Bereichen Belagproduktion und Verlegen von Asphalt muss schliesslich noch eine Darstellung und Analyse der Daten von Unternehmen erfolgen, die beide Tätigkeiten integriert in der jeweiligen Unternehmung anbieten. Abbildung 12 zeigt die jeweiligen Unternehmensanzahlen für verschiedene europäische Staaten.

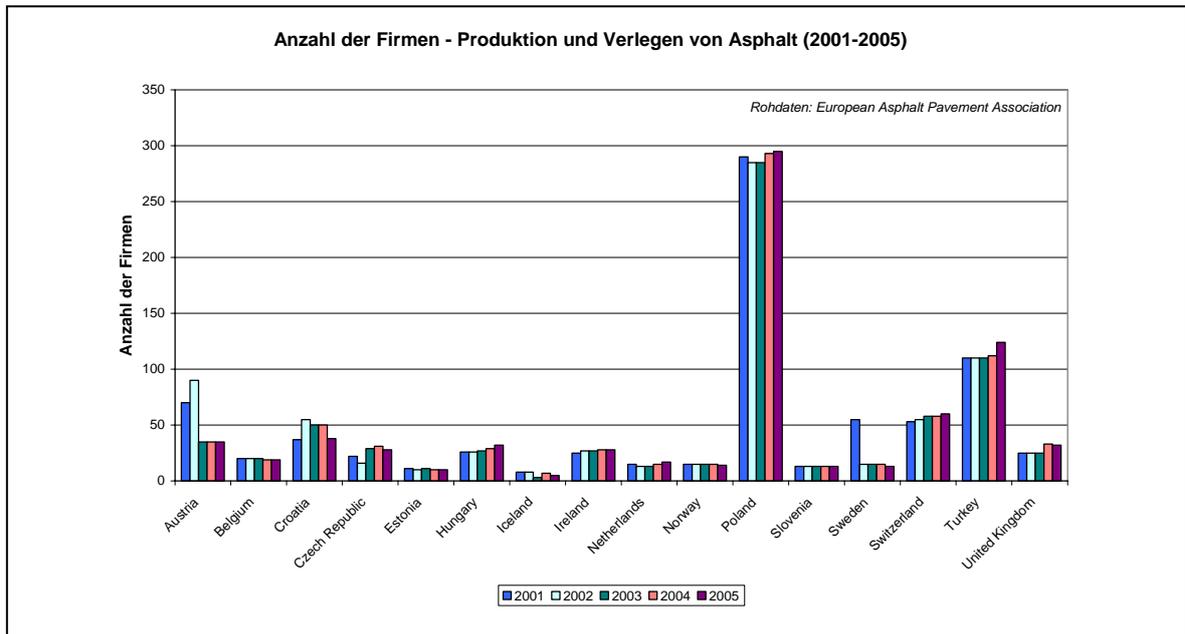


Abbildung 12: Anzahl an Unternehmen – Produktion und Verlegen von Asphalt (2001-2005)

Wie Abbildung 12 zeigt ist die Anzahl der Unternehmen in der Schweiz, die integriert Belagsproduktion und Verlegung von Belag anbieten, im europäischen Vergleich relativ hoch und seit 2001 stetig gewachsen. Wiederum ist hier zu bemerken, dass aufgrund der Beteiligungsstrukturen der wirkliche Wert für die Schweiz sehr viel höher liegen könnte.

Basierend auf den Daten, die Abbildungen 10 bis 12 unterliegen, kann abschliessend für ausgewählte europäische Staaten ein Grad der vertikalen Integration berechnet werden. Die diesbezüglichen Ergebnisse werden in Abbildung 13 dargestellt.

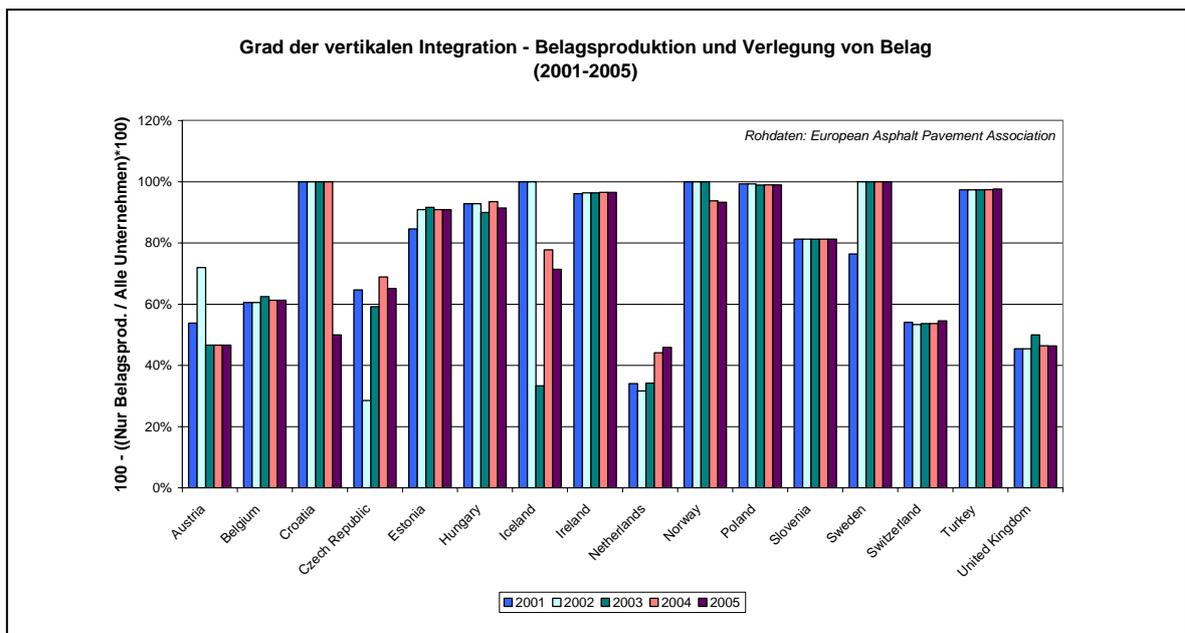


Abbildung 13: Grad der vertikalen Integration – Belagsproduktion und Verlegung von Belag (2001-2005)

Der in Abbildung 13 gezeigte Grad der vertikalen Integration wurde berechnet als $100 - ((\text{Firmen die nur Belag produzieren} / \text{Alle Unternehmen}) * 100)$. Dies bedeutet beispielsweise, dass ein Land ohne eigen-

ständige Belagsproduzenten einen Grad der vertikalen Integration von 100% ausweist. Die Schweiz weist mit ca. 55% einen im europäischen Vergleich relativ niedrigen Grad der vertikalen Integration auf.

Wie bereits erläutert, stellt die obige Analyse der Produktionsanlagen eine für das Studium der realen Industriestruktur nur schwer interpretierbare Grösse dar, insbesondere da die Eigentümerstrukturen der einzelnen Anlagen im Unklaren bleiben. Ein wenig erhellend wirkt in diesem Zusammenhang Abbildung 14, die die Anzahl der Produktionsstätten pro Unternehmen in ausgewählten europäischen Staaten darstellt.

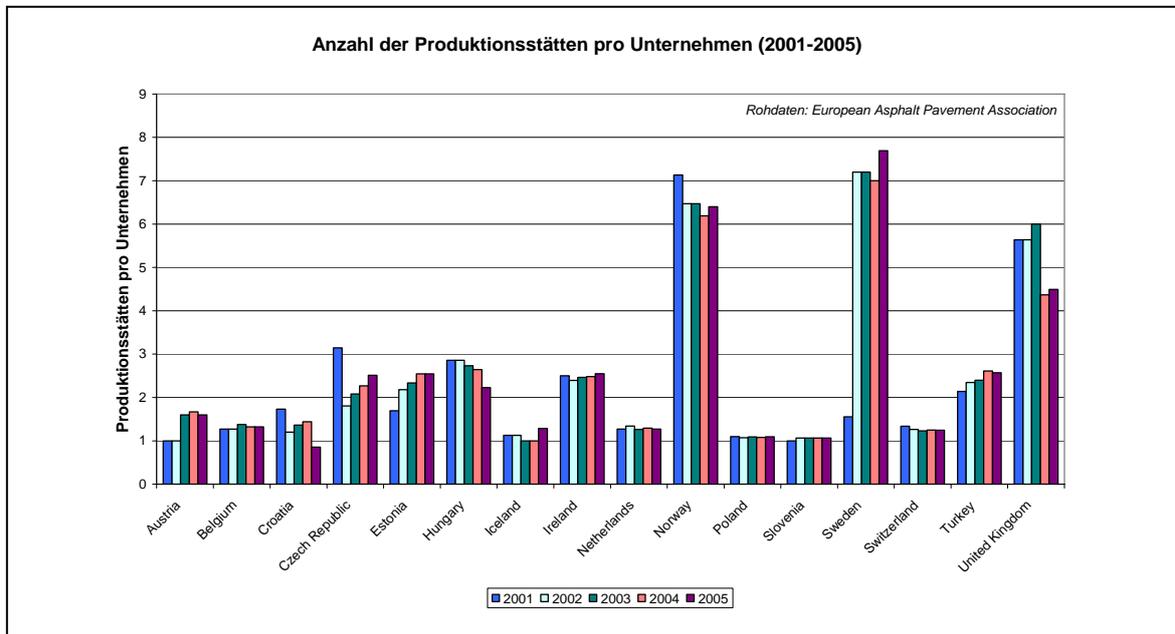


Abbildung 14: Anzahl der Produktionsstätten pro Unternehmen (2001-2005)

Eine Betrachtung der Anzahl der Produktionsstätten pro Unternehmen zeigt, dass diese in der Schweiz – mit nur knapp über 1 – relativ gering ist. Oberflächlich deutet dies auf eine dezentralisierte Industriestruktur hin, der Verweis an die bestehenden Beteiligungsstrukturen schränkt diese Einschätzung aber bedeutend ein. In Norwegen und Schweden scheinen 'Asphalt-Konzerne' grosse Teile des Landes zu bedienen. Dies mag die in Abschnitt 3.2.3 identifizierte Kartellbildung in diesen Ländern begünstigt haben.

Eine abschliessende Form der Charakterisierung der Angebotsseite im Schweizer Markt für Strassenbeläge stellt ein europäischer Vergleich der Anzahl der Produktionsstätten mit der Grösse des Staatsgebiets (Abbildung 15) sowie der Länge des Strassennetzes (Abbildung 16) dar.

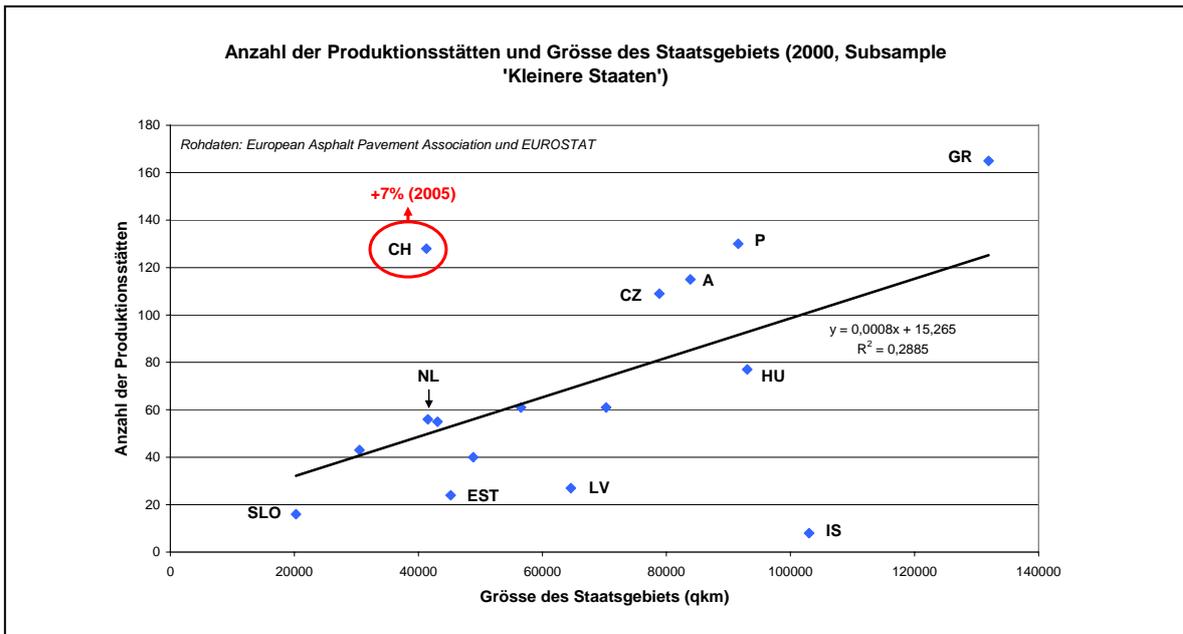


Abbildung 15: Anzahl der Produktionsstätten und Grösse des Staatsgebiets (kleinere Staaten)

Grundsätzlich zeigt Abbildung 15 den erwarteten positiven Zusammenhang zwischen Grösse des Staatsgebiets und der Anzahl der Produktionsstätten. Wie Abbildung 15 weiterhin verdeutlicht, verfügt die Schweiz über überdurchschnittlich viele Produktionsstätten im Vergleich zur Grösse des Staatsgebiets. Dies ist bemerkenswert, insbesondere im Vergleich mit dem topographisch ähnlichen Österreich. Grundsätzlich spräche eine grosse Anzahl von Produktionsstätten in einem relativ kleinen Staatsgebiet für intensiven Wettbewerb. Die Bedeutung der regionalen Eigentumsstrukturen muss dabei allerdings bedacht werden.

Ein möglicherweise noch näher liegender Vergleich setzt die Anzahl der Produktionsstätten in Bezug zur Länge des Strassennetzes. Abbildung 16 tut dies für alle Arten von Strassen (Gemeinde-, Landes- und Bundesstrassen sowie Autobahnen und Europastrassen).

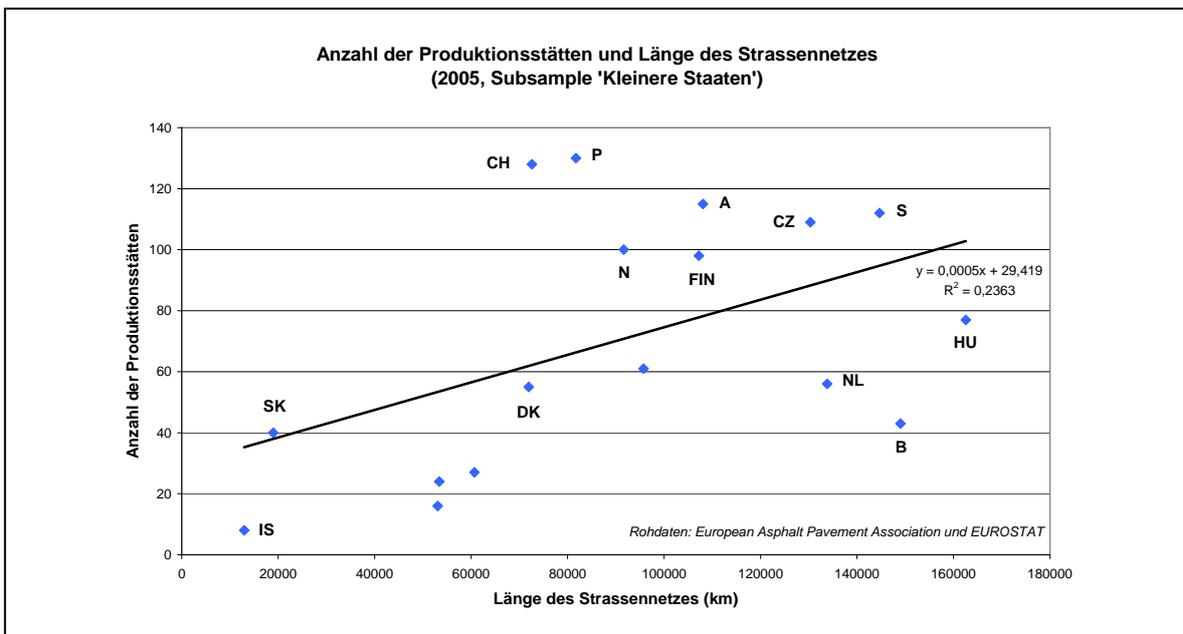


Abbildung 16: Anzahl der Produktionsstätten und Länge des Strassennetzes (kleinere Staaten)

Wie Abbildung 16 bestätigt existiert ein positiver Zusammenhang zwischen der Anzahl der Produktionsstätten und der Länge des Strassennetzes. Auch im Rahmen eines solchen Vergleichs zeigt sich, dass die Schweiz eine im europäischen Vergleich deutlich überdurchschnittliche Anzahl von Produktionsstätten aufweist.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass angebotsseitig der Markt für Strassenbeläge ein überwiegend stagnierender Markt ist, in dem es dennoch in den letzten Jahren zu einem Zuwachs an Produkti-

onsanlagen kam. Im Hinblick auf den Grad der vertikalen Integration weist die Schweiz einen mittleren Wert auf, d.h. die Nachfrage wird teilweise durch integrierte Strassenbauunternehmen mit eigener Belagsproduktion gedeckt, teilweise aber auch durch Strassenbauunternehmen, die Strassenbelag als Inputgut extern einkaufen. Angesichts der einleitend skizzierten Beteiligungsstrukturen zwischen Strassenbauunternehmen und Belagswerken muss eine solche Konstellation allerdings nicht für einen funktionierenden und entsprechend intensiven Wettbewerb sprechen. Das grundsätzliche Wettbewerbspotential in der Schweiz erscheint allerdings hoch, da sie im Vergleich zur Grösse des Staates als auch zur Länge des Strassennetzes über relativ viele Produktionsstätten verfügt. Dies bedeutet tendenziell, dass eine bestimmte Baustelle mit grösserer Wahrscheinlichkeit von zwei oder mehr Belagswerken beliefert werden könnte. Im Falle der Unabhängigkeit dieser Werke könnte ein Wettbewerbsdruck entstehen, der dann lediglich noch von der Transportkostenproblematik eingeschränkt werden würde.

3.3.1.2 Internationaler Handel

Die bisherigen Analysen betrachteten den gesamten Schweizer Binnenmarkt im europäischen Vergleich. Auf diesem hohen Aggregationsniveau kann nicht erwartet werden, dass die in Abschnitt 3.2 beschriebene Wettbewerbsabrede – die lediglich einige Kantone zentral betraf – zu erkennbaren Effekten führt. Die Tatsache, dass die Wettbewerbsabrede direkt mit der Verhinderung von Importen billigeren Mischguts von Deutschland in die Schweiz zu tun hatte, lässt es nahe liegend erscheinen, den internationalen Handel der Schweiz mit Mischgut vor, während und nach der Beendigung der Abrede zu analysieren. Aus Sicht der ökonomischen Theorie sollte man erwarten, dass im Anschluss an die Aufdeckung und Untersagung der Absprache die entsprechenden Importe billigeren Mischguts aus Deutschland bzw. Österreich ansteigen – zumindest im Hinblick auf die unabhängig agierenden Strassenbauunternehmen wie beispielsweise Büttner oder Kiesel Girsberger. Idealtypisch findet so lange wohlfahrtserhöhender Handel statt, bis sich ein einheitlicher Marktpreis eingestellt hat. Die eingeschränkten Transportmöglichkeiten des Mischguts sowie die variierenden Orte der Nachfrage (d.h. Baustellen) machen allerdings deutsches bzw. österreichisches Mischgut zu imperfekten Substituten; insofern würde man in der Praxis einen gewissen Preissetzungsspielraum und keine vollständige Konvergenz der Preise erwarten.

Ein nahe liegender Ansatz der Studien zum internationalen Handel ist eine Betrachtung der Einfuhr nach Deutschland sowie der Ausfuhr in die Schweiz. Gemäss der obigen Definition würde man hier am ehesten sichtbare Effekte des Kartells bzw. dessen Aufdeckung erwarten, da die betreffenden Kantone eine geographische Nähe zu Deutschland aufweisen und somit zumindest teilweise von deutschen Belagswerken beliefert werden können. Basierend auf Daten des Statistischen Bundesamts in Deutschland zeigt Abbildung 17 die zeitliche Entwicklung der Einfuhr und Ausfuhr von bituminösem Mischgut im Bezug auf die Schweiz (in Tonnen) von 1996 bis 2006.

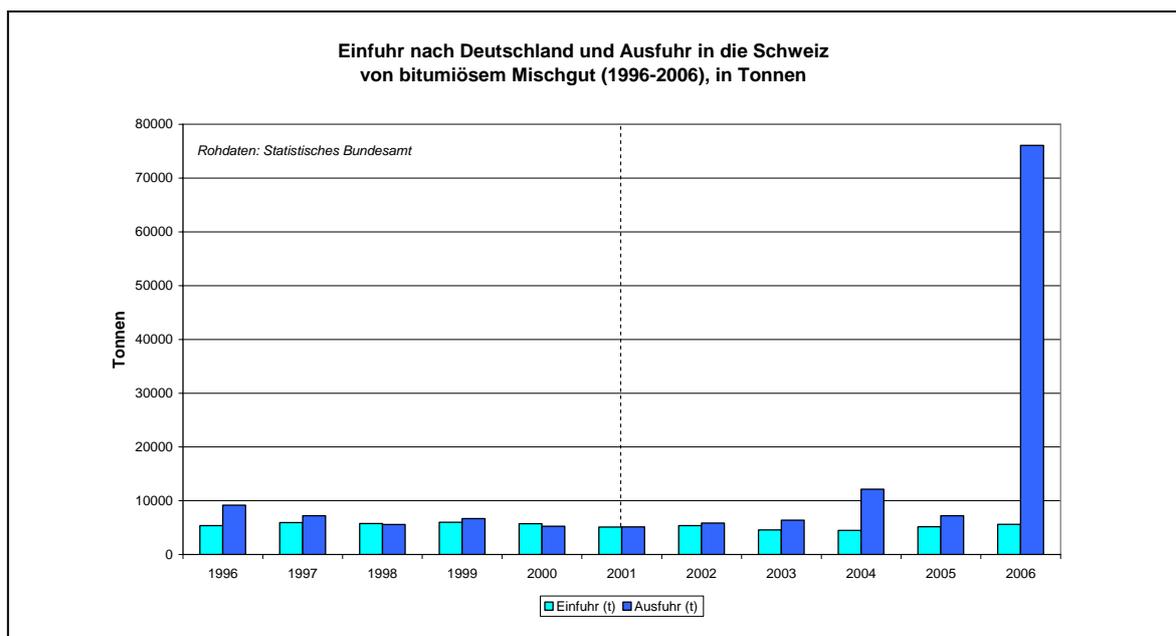


Abbildung 17: Einfuhr nach Deutschland und Ausfuhr in die Schweiz von bituminösem Mischgut (1996-2006)

Wie Abbildung 17 verdeutlicht, herrschte während des Erhebungszeitraums ein relativ gleich bleibendes niedriges Niveau von Einfuhren und Ausfuhren von Mischgut nach Deutschland bzw. in die

Schweiz. Verglichen mit dem Niveau der inländischen Produktion in der Schweiz von 4,7 Millionen Tonnen tragen Importe aus Deutschland mit deutlich unter 10.000 Tonnen nur weniger als 0,2% zur Deckung des Schweizer Bedarfs an Mischgut bei. Weiterhin auffällig ist, dass in den meisten Jahren zwar ein Exportüberschuss aus der Sicht Deutschlands vorliegt, dieser aber relativ klein ausfällt aufgrund entsprechender Importe von Mischgut aus der Schweiz. Dies erscheint insofern überraschend als die Schweiz als Hochpreisland klassifiziert wurde und demnach die Frage gestellt werden muss, worin die Motivation aus deutscher Sicht für die Importe von Schweizer Mischgut liegen. Eine mögliche Erklärung könnte die teilweise höhere Qualität des Schweizer Mischguts darstellen. Eine weitere Erklärung könnte in der Lage der entsprechenden Baustellen und der Nähe der nächstgelegenen Belagswerke zu suchen sein. In diesem Zusammenhang ist es möglich, dass deutsche Unternehmen zwar prinzipiell günstiger produzieren, das entsprechende Schweizer Unternehmen aber näher an der entsprechenden Baustelle lokalisiert war und somit im Hinblick auf die Gesamtkosten (Produktionskosten und Transportkosten) günstiger anbieten kann. Der in Abbildung 17 gezeigte dramatische Anstieg des Exports von Mischgut im Jahre 2006 könnte ebenso mit der Lage einer entsprechenden Grossbaustelle in der Schweiz in der Nähe der deutschen Grenze zu tun haben. Da solche Projekte nicht in jedem Jahr ausgeschrieben (und gewonnen) werden, erscheint die Ausfuhrstatistik 'naturgemäss' uneinheitlich. Diese Hypothese zumindest nicht ablehnend weisen auch die Aussenhandelsstatistiken anderer Länder im Bezug auf bituminöses Mischgut relativ grosse Sprünge auf. Abbildung 18 zeigt beispielsweise die Einfuhr und Ausfuhr von Mischgut von bzw. nach Belgien und Luxembourg.

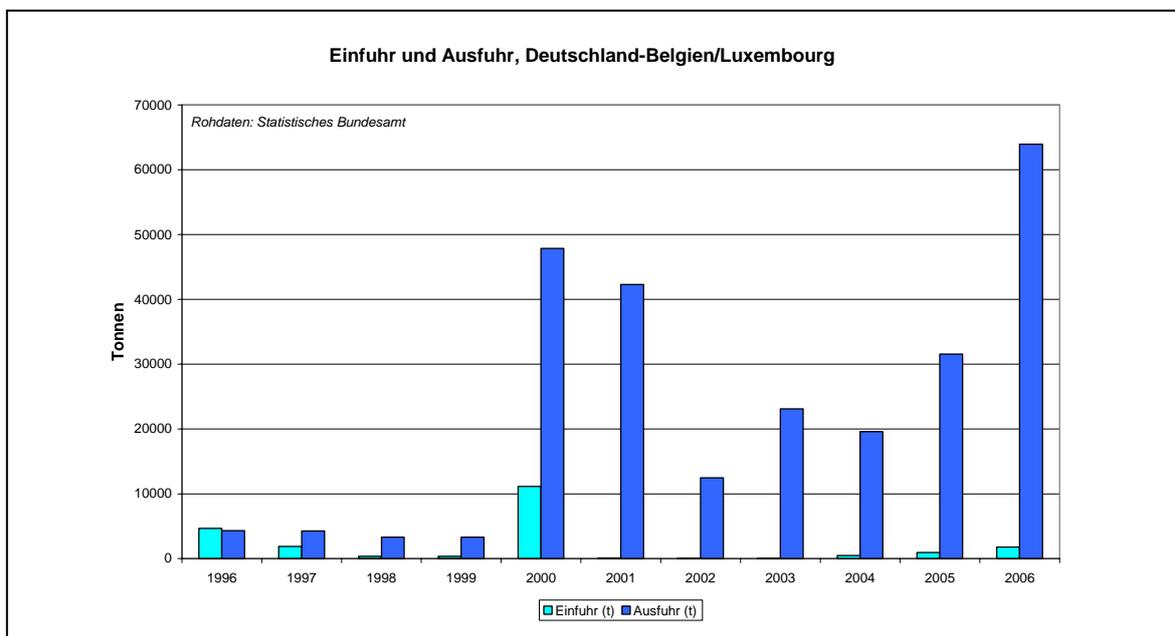


Abbildung 18: Einfuhr und Ausfuhr von bituminösem Mischgut (Deutschland-Belgien/Luxembourg)

Wie Abbildung 18 zeigt, existierte jahrelang zwischen Deutschland und Belgien/Luxembourg ein sehr niedriges – absolut mit der Schweiz vergleichbares – Handelsniveau. Ab dem Jahr 2000 sind jedoch deutliche Anstiege der Exporte aus Deutschland feststellbar, vermutlich hervorgerufen durch den Neubau von Strassen in Luxembourg. Vermutlich sind diese Exporte nach Luxembourg/Belgien allerdings weniger motiviert durch die Ausnutzung bestehender Preisdifferenzen als vielmehr in entsprechenden Beschränkungen in der Produktionskapazität auf Seiten Luxembourgs/Belgiens begründet.

Im Bezug auf feststellbare Wirkungen der Aufhebung des Kartells – insbesondere deutliche Anstiege der Exporte von Mischgut in die Schweiz – lassen sich mit Hilfe von Abbildung 17 keine nennenswerten Änderungen feststellen. Aufgrund des deutlichen Anstiegs in den Exporten im Jahr 2006 werden allerdings kleinere Änderungen in den Vorjahren nicht sichtbar. Abbildung 19 zeigt daher die Einfuhr und Ausfuhrdaten von bituminösem Mischgut für die Jahre 1996 bis 2005.

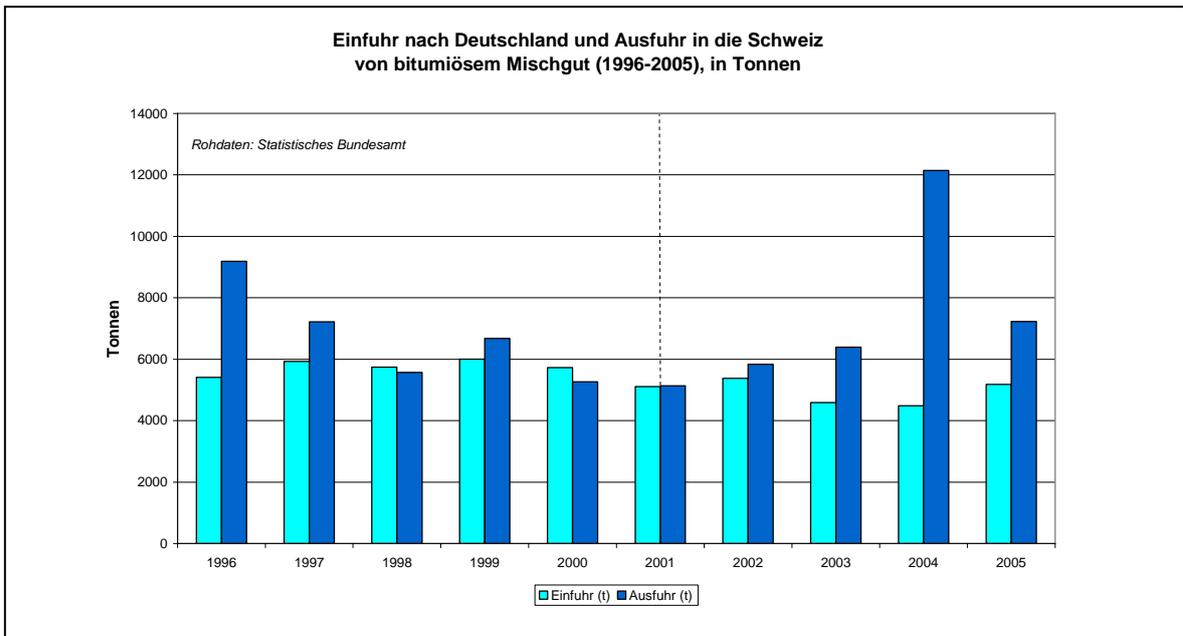


Abbildung 19: Einfuhr nach Deutschland und Ausfuhr in die Schweiz von bituminösem Mischgut (1996-2005)

Abbildung 19 zeigt, dass im Anschluss an die Aufdeckung des Kartells im Jahre 2001 zwar die Importe von Mischgut in die Schweiz aus Deutschland anstiegen, allerdings muss dieser Anstieg nach wie vor als sehr moderat bezeichnet werden, insbesondere im Verhältnis zur inländischen Produktion. Eine Erklärung für diese Beobachtung ist, dass die einleitend beschriebenen Beteiligungsstrukturen in der Schweiz nach wie vor insofern funktionieren, als Mischgut im Regelfall von Schweizer Belagswerken bezogen wird, an denen viele Strassenbaunternehmen als Aktionäre beteiligt sind, und lediglich einige Unternehmen ausserhalb dieser Beteiligungsnetzwerke (wie eben die beiden Klägerunternehmen Büttner und Kiesel Girsberger) die wieder gewonnene Möglichkeit der günstigeren Importe aus Deutschland nutzen. Aufgrund der beschränkten Grösse dieser Unternehmen und des korrespondierenden Mischgutbedarfs wäre damit erklärt, weshalb die Aufhebung des Kartells zu keinen deutlicheren Effekten in der Einfuhrsituation geführt hat.

Die beim Statistischen Bundesamt verfügbaren Daten erlauben neben der Darstellung der Einfuhren und Ausfuhren in Tonnen auch die Berechnung eines durchschnittlichen Tonnenpreises für den grenzüberschreitenden Handel. Abbildung 20 zeigt diese Durchschnittspreise für die Einfuhr sowie die Ausfuhr von Mischgut zwischen 1996 und 2006.

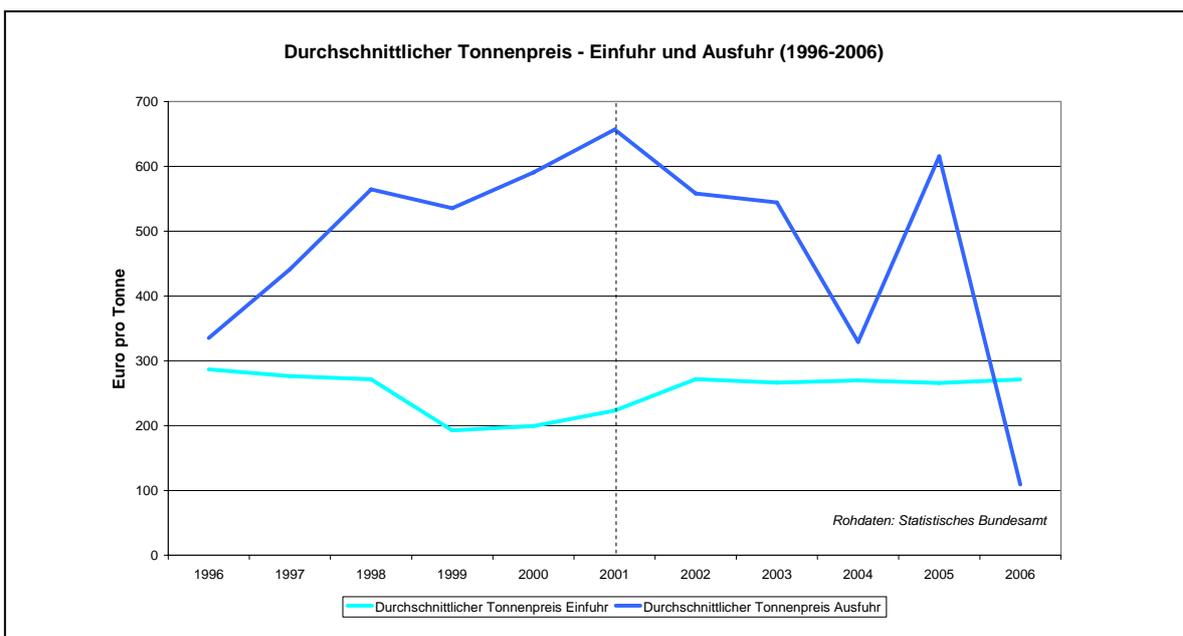


Abbildung 20: Durchschnittlicher Tonnenpreis für bituminöses Mischgut (1996-2006)

Wie Abbildung 20 zeigt, verläuft der Durchschnittspreis für Einfuhren von Mischgut nach Deutschland relativ konstant während der Durchschnittspreis für Exporte in die Schweiz stärkeren Schwankungen unterliegt. Seit der Aufdeckung des Kartells im Jahre 2001 ist der durchschnittliche Tonnenpreis für Exporte allerdings im wesentlichen deutlich gesunken während er in der Zeit des Kartells konstant angestiegen war.

Neben der Verwendung von Daten des Statistischen Bundesamtes verfügt auch das Statistische Landesamt Baden-Württemberg über Import- und Exportdaten von Mischgut in Menge und Wert. Diese Daten haben einerseits den Vorteil über einen längeren Zeitraum (von 1983 bis 2005) vorzuliegen. Andererseits ist ein Vergleich der Daten des Statistischen Landesamtes mit den Destatis Daten insofern interessant, als ex ante zu erwarten wäre, dass beide Datenbasen zu identischen Ergebnissen führen müssten. Dies hat zentral damit zu tun, dass Mischgut-Exporte von Deutschland in die Schweiz aus geographischen Gegebenheiten heraus eigentlich nur von Baden-Württemberg aus erfolgen können. Abbildung 21 zeigt die Entwicklung der Ausfuhr von Mischgut von Baden-Württemberg in die Schweiz von 1983 bis 2005 ausgedrückt in Tonnen und Wert.

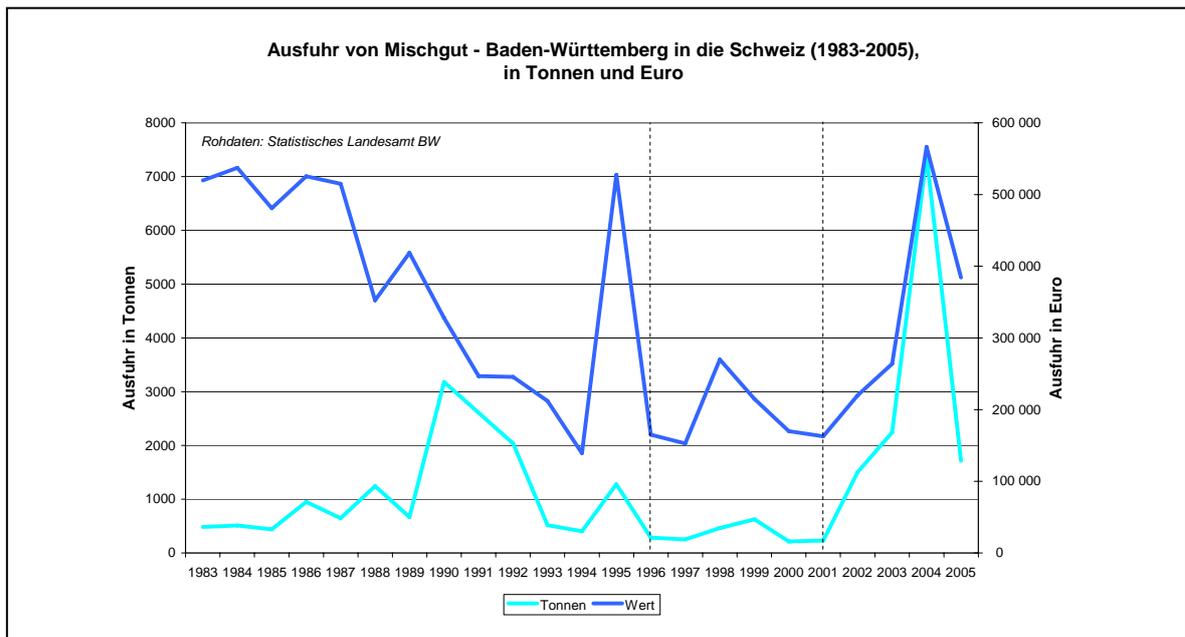


Abbildung 21: Ausfuhr von Mischgut von Baden-Württemberg in die Schweiz (1983-2005)

Abbildung 21 zeigt im Bezug auf die Ausfuhr von Mischgut ein sehr niedriges Niveau, das nur Anfang der neunziger Jahre sowie in den Jahren 2003 und 2004 einen signifikanten Anstieg erfuhr. Der Verlauf der Ausfuhrdatenreihe ausgedrückt als Wert (in Euro) ist insofern auffällig, als seit Anfang der neunziger Jahre eine starke Korrelation zur Ausfuhr in Tonnen besteht, die vorher so nicht beobachtbar war. Im Hinblick auf die Wirkungen der Abrede zeigt Abbildung 21 eine deutliche Reduzierung der Volatilität der Exporte in Menge und Wert während der Wettbewerbsabrede von 1996 bis 2000. Nach dem Aufdecken der Wettbewerbsabrede stiegen die Exporte von Mischgut in die Schweiz an und die Volatilität scheint sich wieder zu erhöhen. Auch die Entwicklung des durchschnittlichen Tonnenpreises für Ausfuhr von Mischgut von Baden-Württemberg in die Schweiz – dargestellt in Abbildung 22 – zeigt erwartungsgemäss einen solchen Effekt.

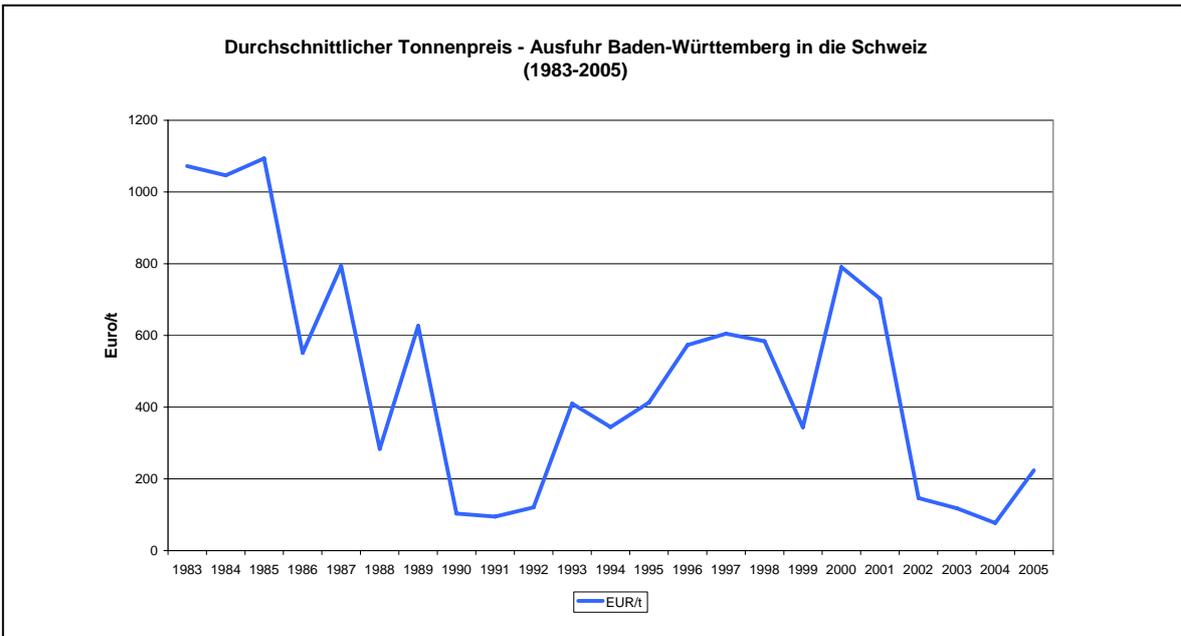


Abbildung 22: Durchschnittlicher Tonnenpreis für bituminöses Mischgut für die Ausfuhr von Baden-Württemberg in die Schweiz

Wie Abbildung 22 zeigt weist der durchschnittliche Tonnenpreis für Ausfuhr von Mischgut in die Schweiz bis zu Beginn der neunziger Jahre eine stark fallende Tendenz auf. Die Zeit der frühen neunziger Jahre bis zum Aufdecken der Wettbewerbsabrede im Jahr 2001 ist durch deutliche Preisanstiege gekennzeichnet. Die Jahre nach dem Aufdecken der Absprache sind gekennzeichnet durch einen deutlichen Abfall des durchschnittlichen Tonnenpreises für Exporte in die Schweiz.

Wie bereits angedeutet, liegt es im Rahmen einer Konsistenzüberprüfung nahe einen Vergleich der Aussenhandelsdaten des Statistischen Bundesamtes und des Statistischen Landesamtes Baden-Württemberg vorzunehmen. Prinzipiell würde man erwarten, dass beide Datenquellen relativ identische Werte ausweisen. Abbildung 23 zeigt aber, dass dies nicht der Fall ist.

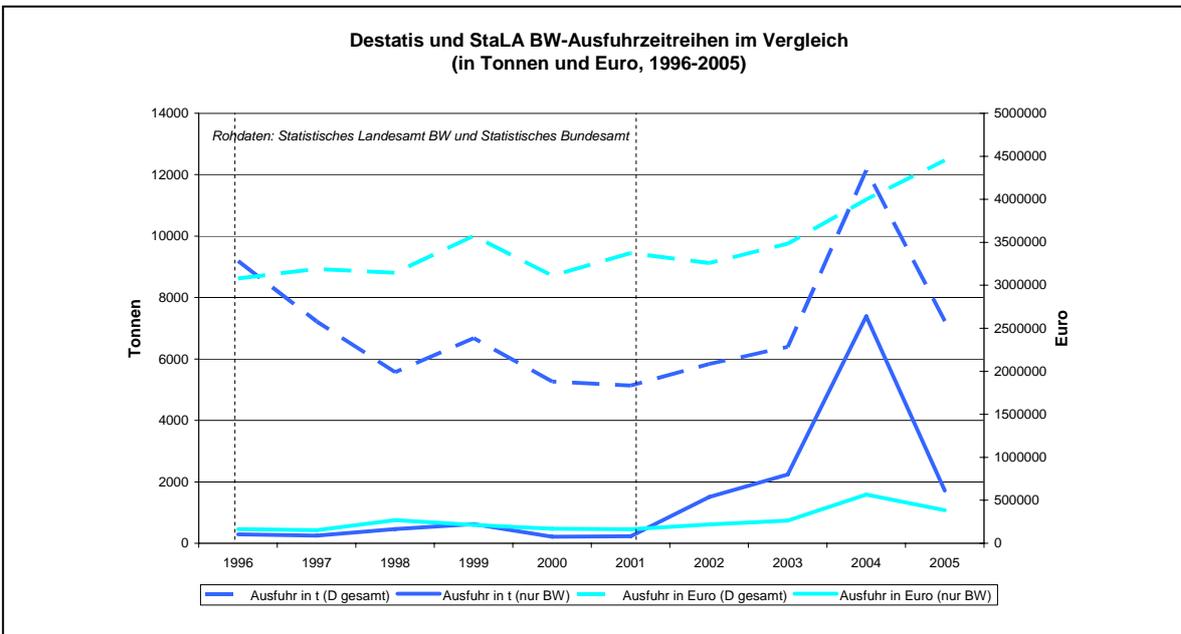


Abbildung 23: Destatis und StaLA Baden-Württemberg Ausfuhrzeitreihen im Vergleich (1996-2005)

In Abbildung 23 bezeichnen die gestrichelten Linien die Ausfuhrdaten für ganz Deutschland in Tonnen und Euro, während die durchgezogenen Linien die entsprechenden Werte für Baden-Württemberg darstellen. Ein Vergleich der Tonnenwerte zeigt zwar eine hohe Korrelation zwischen beiden Zeitreihen, allerdings auch ein sich relativ deutlich unterscheidendes Niveau. Die vom Statistischen Bundesamt

ausgewiesenen Mengen sind immer deutlich grösser als die Pendanten vom Statistischen Landesamt in Baden-Württemberg. Dies erscheint insofern überraschend, als aufgrund der Charakteristika des Produkts eigentlich nur Exporte von Baden-Württemberg aus möglich sind. Eine mögliche Erklärung für diese – aus geographischer Sicht überraschende – Beobachtung läge in zu breiten Warengruppen die nicht nur 'heisses' Mischgut beinhalten, sondern auch Ausfuhren von zeitunkritischeren Asphalt-Produkten. Es gibt allerdings keine Hinweise darauf, dass Unterschiede in den Warengruppen der amtlichen Statistiken bestehen, da diese deutschlandweit vereinheitlicht sind. Eine mögliche Plausibilisierung der Daten mit Hilfe von Schweizer Importdaten ist leider nicht möglich, da die entsprechenden Daten in der Schweiz nicht verfügbar sind.

Eine weitere mögliche Erklärung für die identifizierten Datenunterschiede wäre eine Ausfuhr von Mischgut aus Bayern über Österreich (Vorarlberg) in die Schweiz. Dies erscheint aber aufgrund der Zeitrestriktionen beim Transport nur für Projekte unmittelbar nach der Grenze A-CH in Frage zu kommen. Zur Überprüfung dieser Hypothese zeigt Abbildung 24 die entsprechende Zeitreihe aus der Aussenhandelsstatistik mit Österreich.

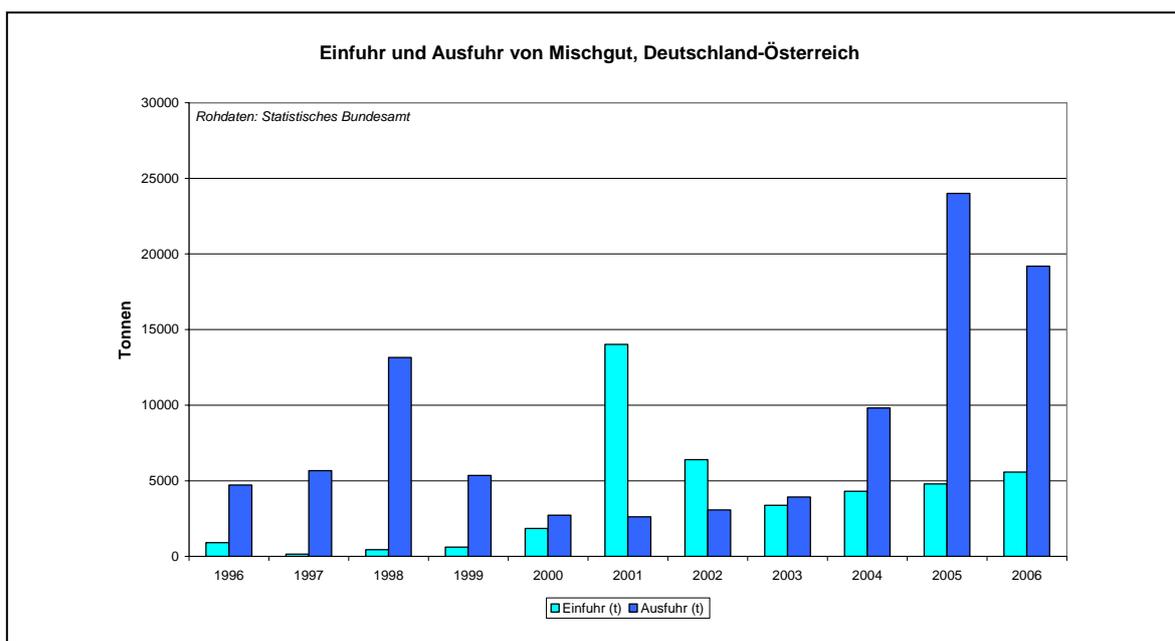


Abbildung 24: Einfuhr und Ausfuhr von bituminösem Mischgut (Deutschland-Österreich)

In Abbildung 24 zeigt die entsprechende Aussenhandelsstatistik Deutschland-Österreich zwar einen erhöhten Handel mit Mischgut in den letzten zwei Jahren aus, die festgestellten Unterschiede in den Ausfuhrdaten können damit aber nicht erklärt werden, insbesondere wenn man die Länge der Grenze zwischen Deutschland und Österreich berücksichtigt. Insofern muss offen bleiben, welche der beiden Statistiken dem wahren Handelsvolumen näher kommt. Unabhängig von der Datenquelle kann aber gesagt werden, dass der Import von Mischgut nur einen sehr kleinen Prozentsatz im Vergleich zur inländischen Schweizer Produktion ausmacht. Zwar gab es in den letzten Jahren Anstiege im Handelsvolumen, allerdings bewegen sich diese weiterhin auf einem absolut immer noch bescheidenen Niveau. Die oben beschriebene Industriestruktur könnte einen zentralen Grund hierfür darstellen.

Aufgrund der Lage der von der Wettbewerbsabrede betroffenen Kantone kann der Wettbewerb in der Schweiz nicht nur von deutschen Unternehmen, sondern ebenso von österreichischen Unternehmen beeinflusst werden. Insofern erscheint eine kurze Analyse der entsprechenden Aussenhandelsdaten zwischen Österreich und der Schweiz geboten. Abbildung 25 zeigt die Ausfuhr von Mischgut von Österreich in die Schweiz (in Tonnen und Wert) von 1999 bis 2006.

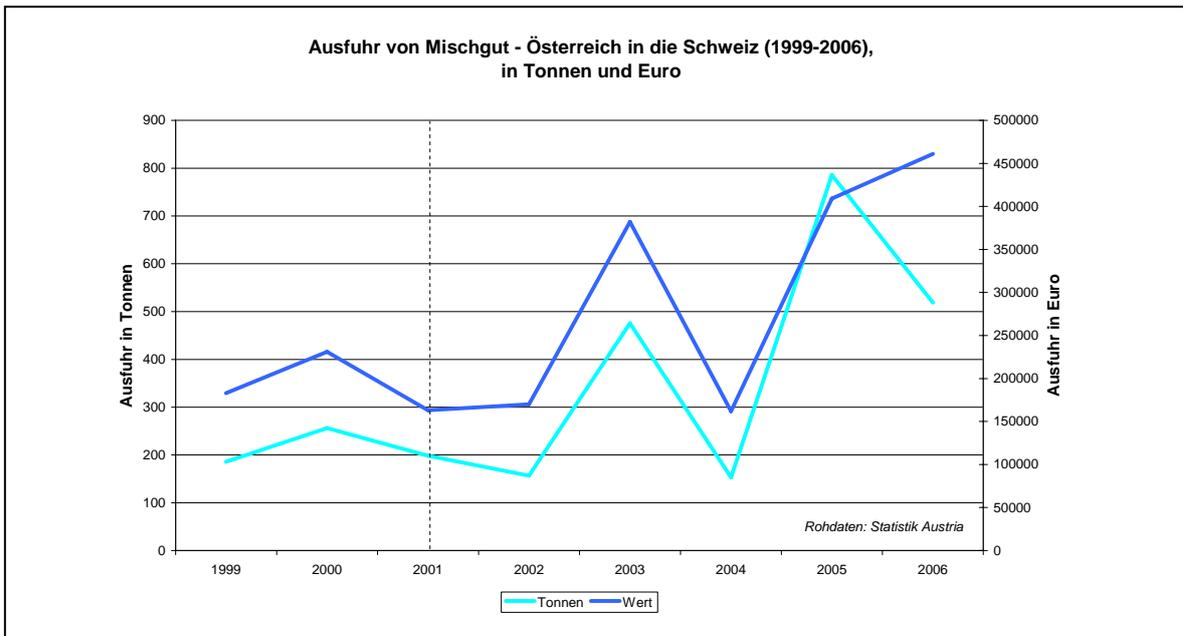


Abbildung 25: Ausfuhr von bituminösem Mischgut von Österreich in die Schweiz (1999-2006)

Wie Abbildung 25 zeigt, ist das Handelsvolumen nach dem Ende der Wettbewerbsabrede angestiegen, verbleibt aber absolut auf sehr niedrigem Niveau. Ein Vergleich der durchschnittlichen Tonnenpreise zwischen Ausfuhr Österreich und Ausfuhr Schweiz (siehe Abbildung 26) zeigt ein deutlich niedrigeres Preisniveau der deutschen Exporte im Vergleich zu den österreichischen.

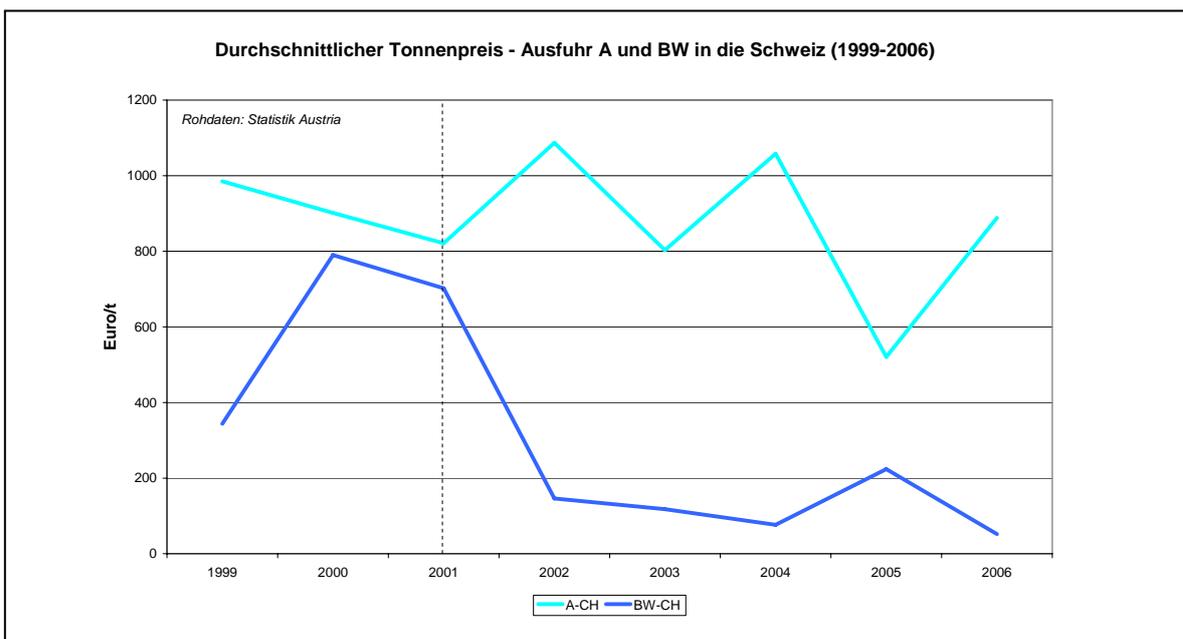


Abbildung 26: Durchschnittlicher Tonnenpreis für bituminöses Mischgut (Ausfuhr Österreich und Ausfuhr Baden-Württemberg in die Schweiz)

Insgesamt lässt sich aus der Analyse der Aussenhandelsdaten die Schlussfolgerung ableiten, dass der Wettbewerb von aussen für die Schweiz als unbedeutend angesehen werden muss. Deutlich weniger als 1% des Gesamtverbrauchs an Mischgut wurde in den letzten 5 Jahren aus Deutschland oder Österreich bezogen. Die Analyse der deutschen Aussenhandelsdaten hat gezeigt, dass dort möglicherweise ein Effekt der Beendigung der Wettbewerbsabrede insofern beobachtbar ist, als die Importe in die Schweiz in der Folge anstiegen. Ob hierzu allerdings die Aufdeckung der Wettbewerbsabrede verantwortlich war oder zumindest beigetragen hat, ist eine mit den vorliegenden Daten nicht beantwortbare Frage. Prinzipiell ist zu vermuten, dass die auch nach Beendigung des Kartells nach wie vor bestehenden Beteiligungsstrukturen das Aufkommen von Wettbewerb weiterhin erfolgreich verhindern oder zumindest wirksam beschränken.

3.3.2 Analyse der Nachfrageseite

Im Anschluss an die angebotsseitige Analyse des Marktes für Strassenbeläge in der Schweiz liegt eine komplementäre Betrachtung der Nachfrageseite nahe. Unmittelbare Nachfrager von Mischgut sind die Strassenbauunternehmen, die dieses im Rahmen ihrer Bautätigkeiten als Inputgut verwenden. Die Dienstleistungen der Strassenbauunternehmen werden wiederum zu einem sehr grossen Anteil von öffentlichen Auftraggebern nachgefragt, so dass im Folgenden die Nachfrageseite mit Hilfe einer Analyse der Bauausgaben öffentlicher Auftraggeber erfasst werden soll. Die private Nachfrage nach Strassenbelag bzw. Strassenbaudienstleistungen ist derart gering, dass sie im Folgenden vernachlässigt werden kann.

Im Hinblick auf die Charakterisierung der Nachfrageseite lässt sich einleitend festhalten, dass die Bauausgaben für den Neubau von Strassen durch öffentliche Auftraggeber seit einigen Jahren bei etwas mehr als 4 Mrd. Franken liegen. Wie Abbildung 27 verdeutlicht war in den Jahren 1997 bis 2000 eine leicht erhöhte Nachfrage öffentlicher Auftraggeber nach Strassenbauleistungen feststellbar. Die Allokation dieser Nachfrage auf die Strassenbauunternehmen erfolgt üblicherweise in der Form von Ausschreibungen.

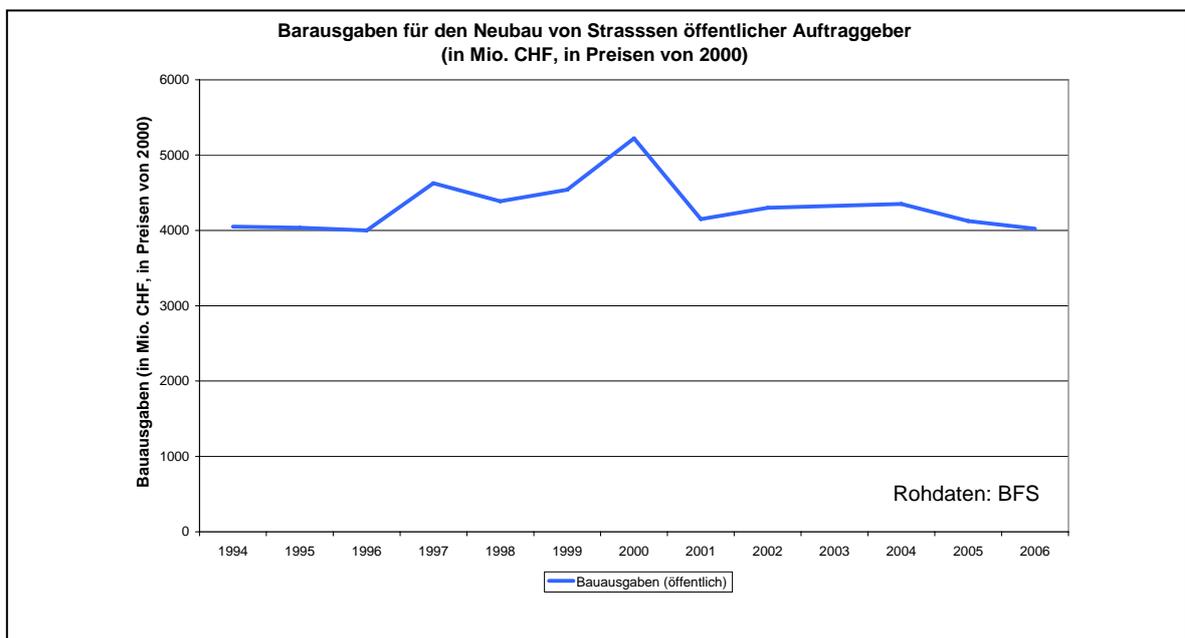


Abbildung 27: Barausgaben für den Neubau von Strassen öffentlicher Auftraggeber

Da Abbildung 27 lediglich die gesamtSchweizer Barausgaben für den Neubau von Strassen öffentlicher Auftraggeber wiedergibt, wäre im Hinblick auf mögliche Effekte der Kartellabsprache eine ergänzende Betrachtung auf niedrigerem Aggregationsniveau wünschenswert. In diesem Zusammenhang erhebt das Bundesamt für Statistik (BFS) entsprechende Daten für die sieben Grossregionen der Schweiz (Ostschweiz, Zürich, Zentralschweiz, Nordwestschweiz, Espace Mittelland, Genf und Tessin). Abbildung 28 zeigt die Bauausgaben öffentlicher Auftraggeber für Strassen von 1998 bis 2006 nach Grossregionen zu laufenden Preisen.

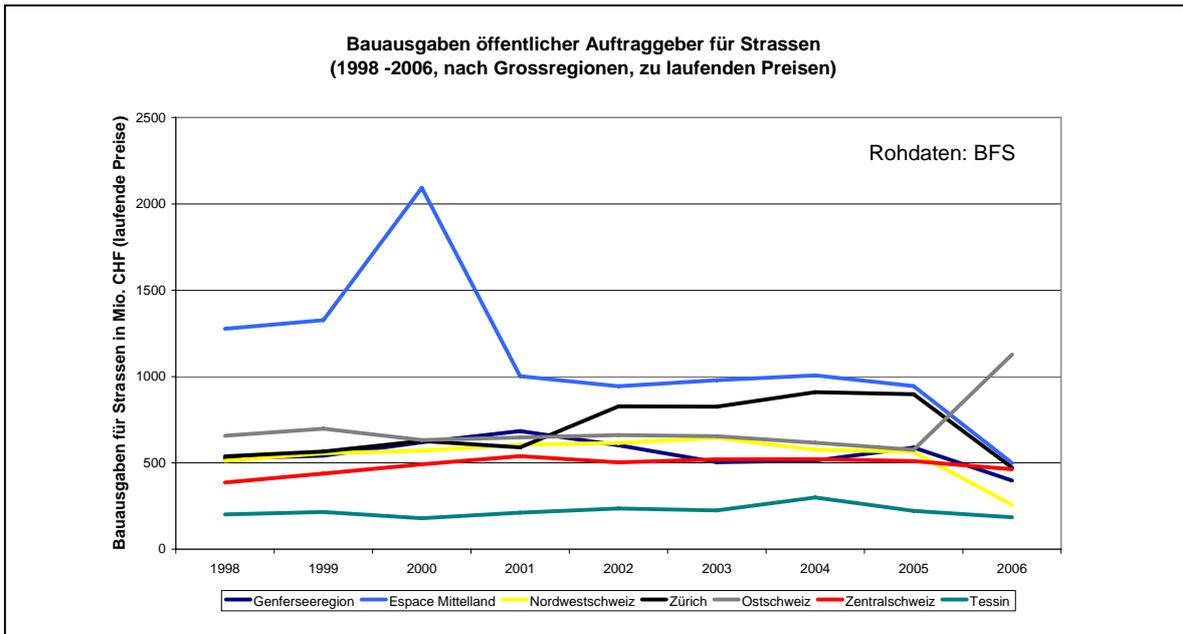


Abbildung 28: Barausgaben öffentlicher Auftraggeber für Strassen (1998-2006) nach Grossregionen

Eine Analyse der in Abbildung 28 dargestellten Barausgaben öffentlicher Auftraggeber für Strassen auf Basis der Schweizer Grossregionen zeigt ein deutlich differenzierteres Bild. Neben den vorübergehend hohen Ausgaben in der Region Espace Mittelland zeigt sich insbesondere in der Grossregion Zürich ein über mehrere Jahre hinweg ansteigendes Niveau der Strassenbauausgaben.

Neben der isolierten Darstellung von Nachfragedaten der genannten Grossregionen ist aus ökonomischer Sicht die gemeinsame Betrachtung von Nachfrageentwicklung und Preisentwicklung interessant. Die folgenden Abbildungen zeigen die entsprechenden Zeitreihen für die jeweiligen Grossregionen von 1998 bis 2006.

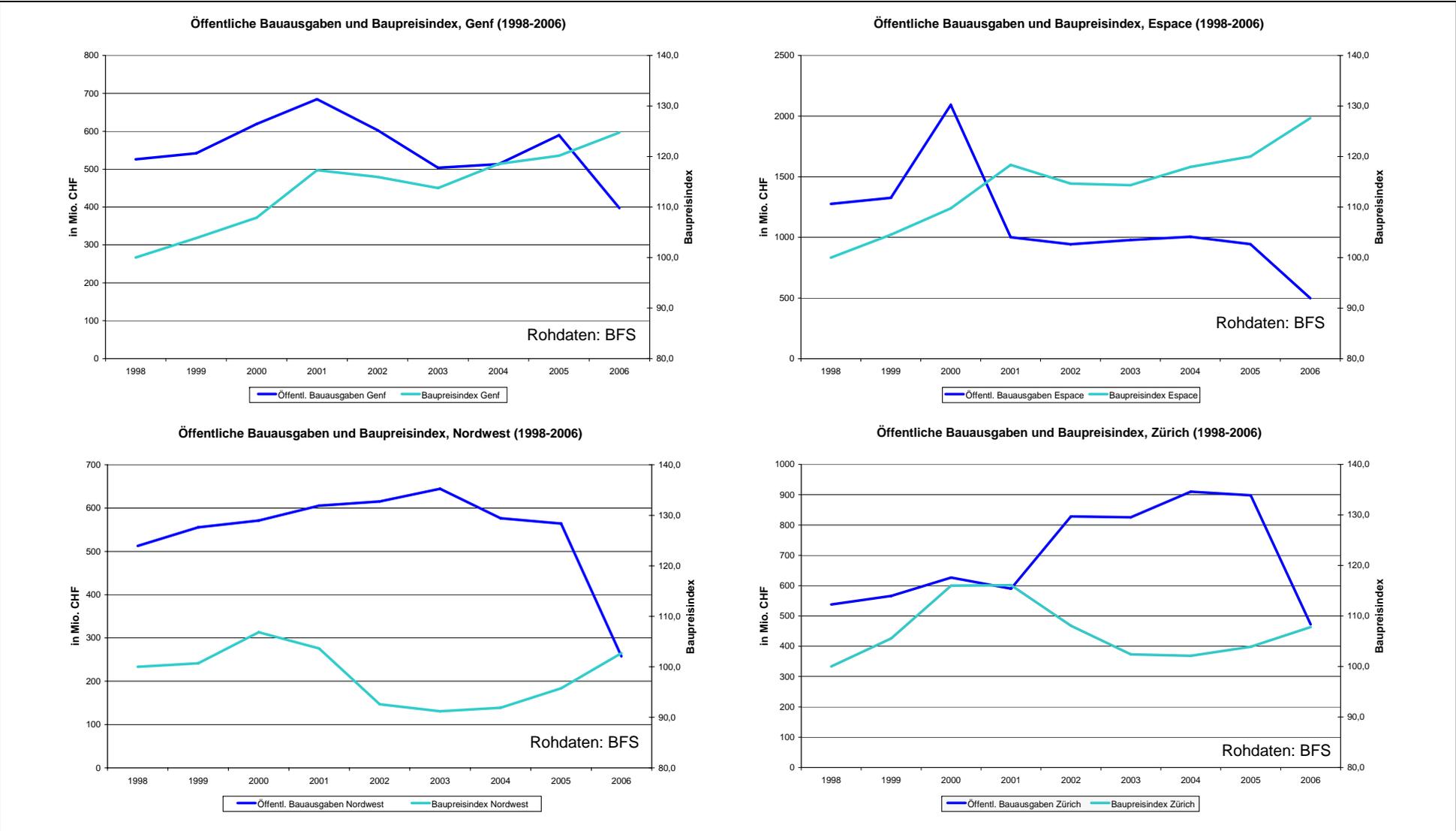


Abbildung 29: Öffentliche Bauausgaben für Strassen und Baupreisindizes für Strassenbau (1998-2006) nach Grossregionen (Teil 1)

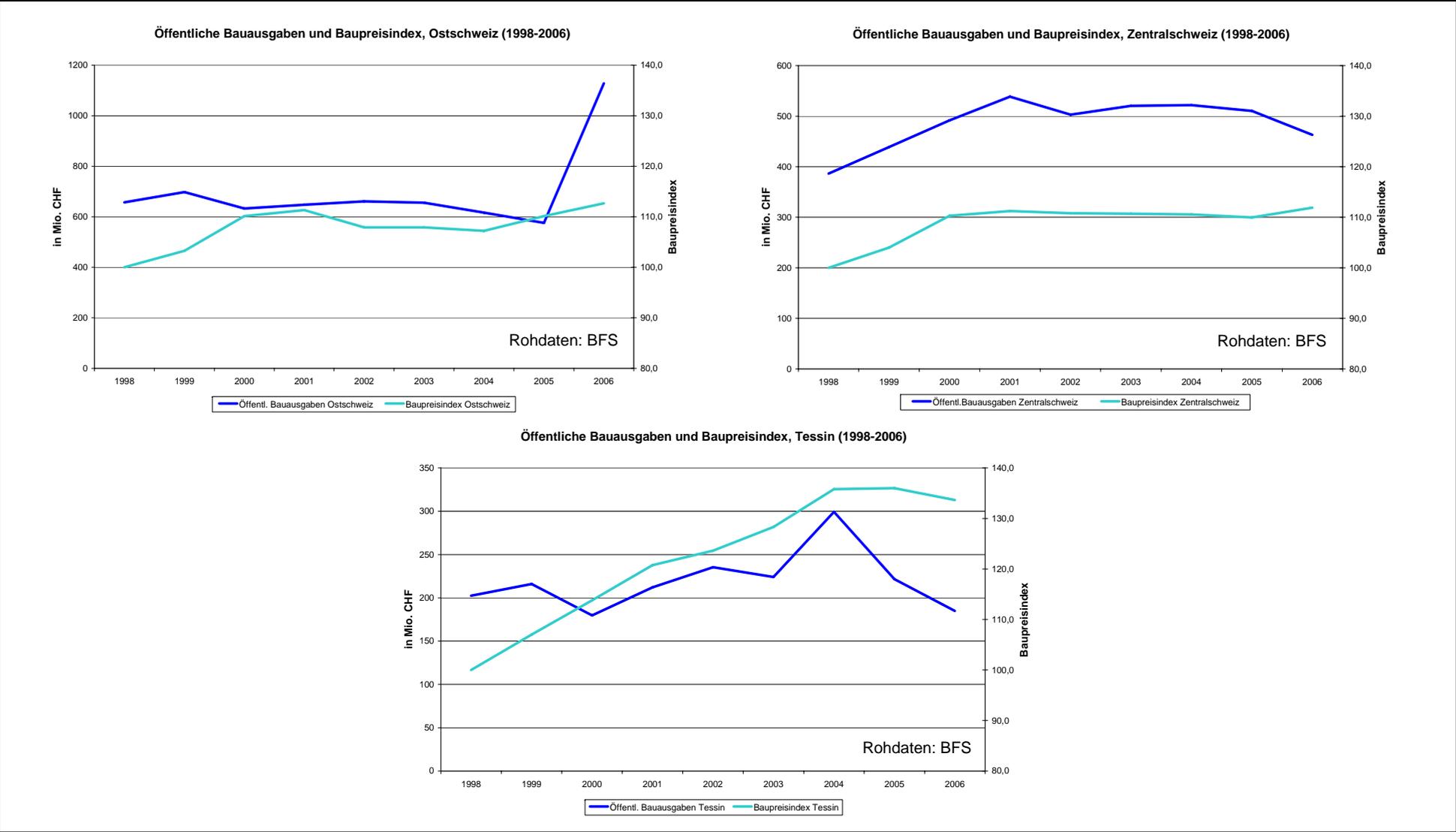


Abbildung 30: Öffentliche Bauausgaben für Strassen und Baupreisindizes für Strassenbau (1998-2006) nach Grossregionen (Teil 2)

Die detaillierteren Darstellungen der öffentlichen Bauausgaben für Strassen in Abbildungen 29 und 30 zeigen einen uneinheitlichen Verlauf. Ein systematischer Zusammenhang zwischen Preisen und Bauausgaben ist nicht erkennbar. Auffällig ist insbesondere der konstante Verlauf der Bauausgaben und des Preisindizes in der Grossregion Zentralschweiz. In der Grossregion Zürich wird der Anstieg der Bauausgaben begleitet von einer Reduktion des Preisindizes. Eine genauere Erläuterung und Analyse der Preisindizes erfolgt im folgenden Abschnitt. Zuvor ist allerdings – im Hinblick auf das Ziel der Fallstudie – eine Analyse der Nachfragesituation in den unmittelbar vom Kartell betroffenen Kantonen notwendig. Abbildung 31 stellt die jeweiligen Investitionen öffentlicher Auftraggeber in den Strassenbau in den Kantonen Schaffhausen, Thurgau und Zürich dar.

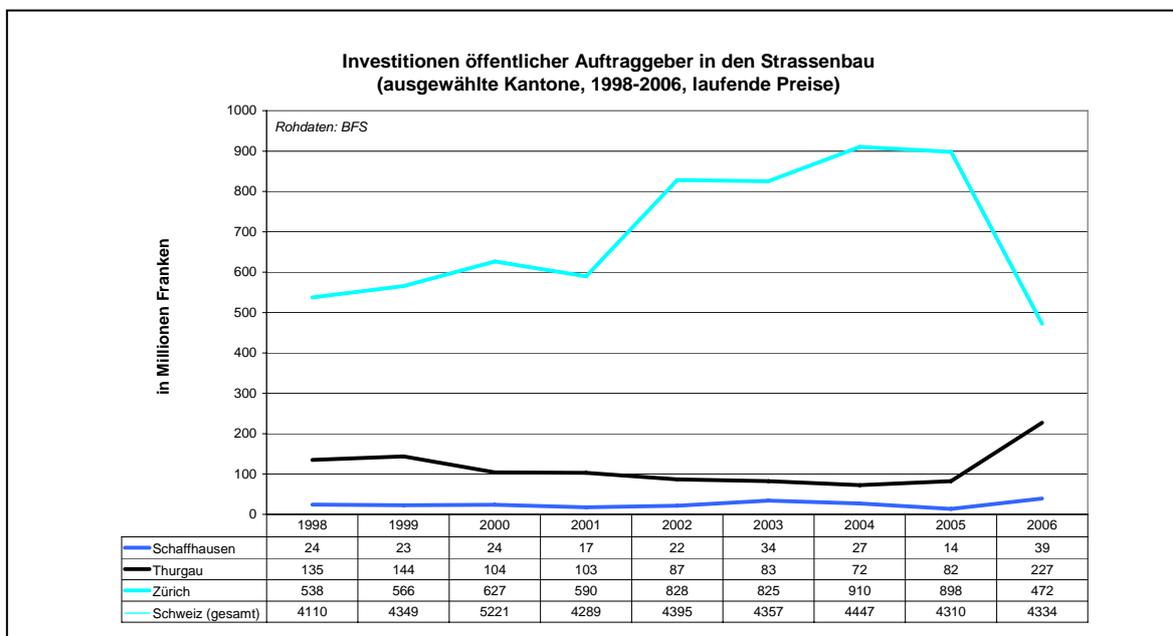


Abbildung 31: Investitionen öffentlicher Auftraggeber in den Strassenbau (1998-2006) für ausgewählte Kantone

Wie Abbildung 31 zeigt, zeichnen sich die von der Abrede betroffenen Kantone durch sehr unterschiedliche Grössen und damit Investitionsniveaus im Bezug auf den Strassenneubau aus. Im Kanton Zürich stiegen die Bauausgaben über Jahre hinweg an, halbierten sich dann aber fast im Jahr 2006. Im Kanton Thurgau wurden die Ausgaben über Jahre hinweg reduziert, verdreifachten sich dann aber fast im Jahr 2006. Auch im Kanton Schaffhausen ist im Jahr 2006 ein Anstieg der Investitionen erkennbar. Insgesamt könnten die erhöhten Strassenbauausgaben in den Kantonen Thurgau und Schaffhausen die oben beobachtete Erhöhung der Importe aus Deutschland insofern erklären, als dort ein oder mehrere grössere Strassenbauprojekte gestartet wurden im Rahmen dessen/derer deutsche Belagswerke ganz oder teilweise das Mischgut anliefern.

3.3.3 Analyse der Preisentwicklung

Neben der Betrachtung der Angebots- und Nachfrageseite des Marktes für Strassenbeläge soll im Folgenden abschliessend eine Analyse der Preisentwicklung erfolgen. Prinzipiell würde man nach der Aufdeckung eines Kartells spürbare Preisreduktionen erwarten und die folgenden Analysen verfolgen den Zweck, diese Hypothese mit Hilfe der verfügbaren Daten zu überprüfen. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die entsprechenden Daten nur für die Grossregionen der Schweiz vorliegen. Dies ist insofern im Hinblick auf die Identifizierung von Effekten der Aufdeckung der Wettbewerbsabrede problematisch, als sowohl Schaffhausen als auch Thurgau lediglich zwei Kantone innerhalb der Grossregion Ostschweiz darstellen. Die Grossregion Zürich erscheint demnach im Hinblick auf die Identifikation möglicher Kartelleffekte prinzipiell bedeutsamer, allerdings tritt bei dieser Grossregion das Problem auf, dass grosse Teile so tief in die Schweiz hineinragen, dass sie nicht mehr zum potentiellen Liefergebiet deutscher Belagswerke zu zählen sind.

Eine Analyse der Preisentwicklung auf der Ebene des Neubaus von Strassen wird durch die Tatsache sehr erleichtert, dass das Bundesamt für Statistik seit einigen Jahren einen Baupreisindex berechnet

(vgl. Steffen und Guillod, 2004)²¹. Dieser Baupreisindex ist ein Konjunkturindikator, der die zeitliche Entwicklung der effektiven Marktpreise der im Baugewerbe tätigen inländischen Unternehmen erfasst. Er spiegelt die konjunkturbedingten Bewegungen von Angebot und Nachfrage sowie die Produktivitätsgewinne wider. Der Baupreisindex wird zweimal pro Jahr erhoben und bietet Ergebnisse für das Baugewerbe als Ganzes, aber auch für den Hochbau, der in vier Bauwerksarten unterteilt ist (Neubau von Bürogebäuden, Neubau von Mehrfamilienhäusern, Neubau von Mehrfamilienhäusern aus Holz und Renovation von Mehrfamilienhäusern) und für den Tiefbau mit zwei Bauwerksarten (Neubau von Strassenteilstücken, Neubau von Unterführungen aus Stahlbeton). Die Indizes werden entsprechend der Gliederung der Schweiz für sieben Grossregionen erhoben. Die Preise, die dem Index zugrunde liegen, stammen aus Verträgen, die von Januar bis April oder Juli bis Dezember effektiv abgeschlossen wurden. Die Preise werden hauptsächlich nach dem Bauleistungspreisverfahren erhoben. Das Verfahren basiert auf der Idee, dass ein Bauwerk nicht ein Ganzes, sondern die Summe der Leistungen der verschiedenen beteiligten Arbeitsgattungen bildet. Rund 2.000 Bauunternehmen liefern für jede Erhebungsperiode rund 30.000 Preise. Die erhobenen Preise werden in Elementarindizes umgewandelt, d.h. man vergleicht von einer Erhebungsperiode zur anderen nur die Preise desselben Unternehmens für dieselbe Leistung. Zur Feststellung der Preisentwicklung einer Bauleistung wird anschliessend das arithmetische Mittel der verschiedenen Elementarindizes dieser Leistung in einer Region berechnet. Danach werden die Indizes der verschiedenen Leistungen zusammengefasst, um den Gesamtindex nach Bauwerk und nach Region zu erhalten. Schliesslich werden die regionalen Ergebnisse gewichtet und zum gesamt-Schweizer Total zusammengefasst. In die Gewichtung des Indexes geht der Hochbau mit 76% (Neubau von Bürogebäuden 11%, Neubau von Mehrfamilienhäusern 38% und Rebovation von Mehrfamilienhäusern 27%) und der Tiefbau mit den verbleibenden 24% (Neubau von Strassen 12%, Neubau von Unterführungen 12%) ein. Die Gewichtung innerhalb des Subindex 'Neubau von Strassen' wird in Tabelle 3 genauer dargestellt.

Tabelle 3: Baupreisindex (Neubau Strasse) für die gesamte Schweiz

Baupreisindex Neubau Strasse (gesamte Schweiz)	Gewichtung in %	Index April 2007 Oktober 1998=100
GESAMTKOSTEN (BKP 1, 4)	100,0000	122,9
VORBEREITUNGSARBEITEN	9,1936	126,1
Räumungen, Terrainvorbereitungen	5,3186	125,4
Rodungen	0,0915	126,7
Abbrüche	1,7842	118,3
Erdbewegungen	3,4429	129,1
Erdarbeiten	3,4429	129,1
Anpassungen an bestehende Erschliessungsleitungen	2,1323	128,3
Kanalisationsleitungen	2,1323	128,3
Spez. Foundations, Baugrubensicherung, Grundwasserabdichtung	1,0845	116,4
Wasserhaltung	1,0845	116,4
Offene Wasserhaltung	1,0845	116,4
Honorare	0,6582	139,8
Bauingenieur	0,6582	139,8
UMGEBUNG	90,8064	122,6
Kleinere Trassenbauten	82,5419	120,9
Erd- und Unterbau	17,3342	129,1
Kleine Kunstbauten	5,0819	119,5
Oberbau	48,7502	120,0
Foundationsschichten und Materialgewinnung	9,2748	123,7
Pflästerungen und Abschlüsse	15,1526	119,1
Belagsarbeiten	24,3228	119,1
Entwässerung	11,3756	112,7
Honorare	8,2645	139,7
Architekt	0,0532	120,8
Bauingenieur	8,2113	139,8

Quelle: Bundesamt für Statistik (2007)

Tabelle 3 zeigt, dass die im Rahmen dieser Fallstudie relevanten Belagsarbeiten mit rund 25% in den Subindex eingehen und somit der am stärksten gewichtete Tätigkeitsbereich im Bereich Neubau Strasse darstellen.

²¹ Steffen, G. und Y.-A. Guillod (2004), Schweizerischer Baupreisindex Oktober 1998=100 - Grundlagen, Neuchâtel.

Basierend auf diesen grundlegenden Erläuterungen zum Schweizer Baupreisindex soll im Folgenden eine Darstellung und Analyse der entsprechenden Zeitreihen erfolgen. Diesbezüglich stellt Abbildung 32 den allgemeinen Baupreisindex für verschiedene Objekttypen für die gesamte Schweiz von 1998 bis 2007 dar.

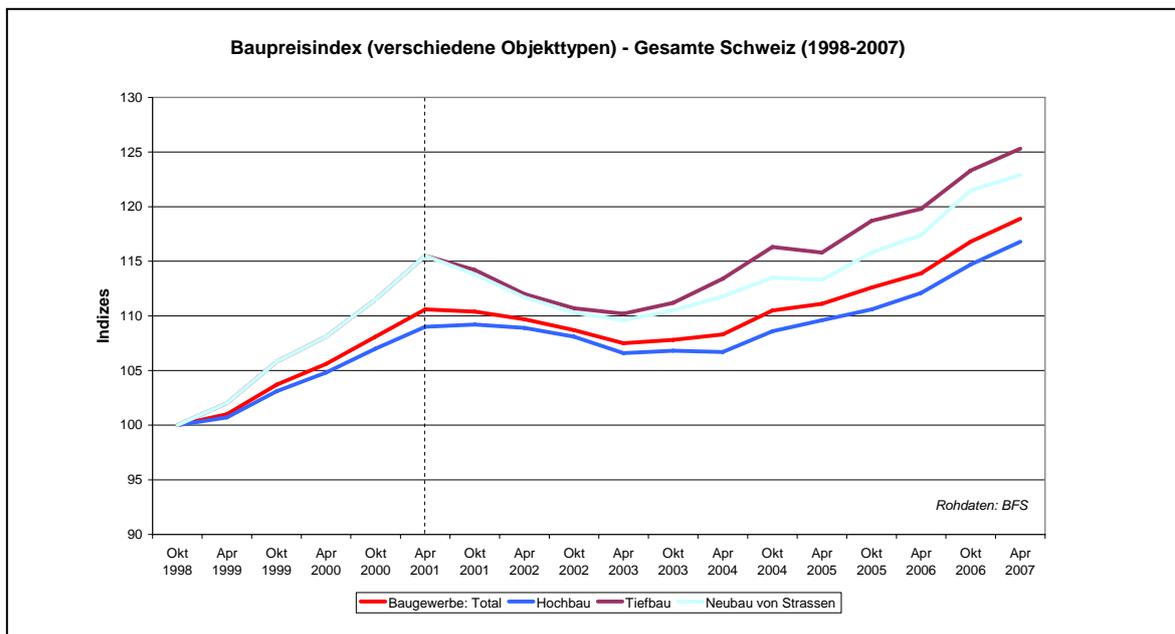


Abbildung 32: Baupreisindex für verschiedene Objekttypen für die gesamte Schweiz (1998-2007)

Wie Abbildung 32 zeigt, weist die Entwicklung des allgemeinen Baupreisindizes von 1998 bis 2001 einen steigenden Verlauf auf, bis 2003 einen fallenden Verlauf und seitdem wieder einen steigenden Verlauf. Die Preiserhöhungen im Bereich Neubau von Strassen waren substantieller als im Bereich Hochbau. Prinzipiell verdeutlicht Abbildung 32, dass es zwar unmittelbar nach der Aufdeckung der Wettbewerbsabrede zu Preissenkungen kam, diese ist aber auch für alle anderen Bereiche in ähnlicher Form zu beobachten, so dass andere Ursachen diesen Rückgang bewirkt haben müssen.

Für das Studium der Auswirkungen der Wettbewerbsabrede sicherlich aussagekräftiger ist die Betrachtung des Baupreisindex Neubau von Strassen in ausgewählten Grossregionen. Abbildung 33 zeigt, dass eine solche Darstellung ein differenzierteres Bild der Gegebenheiten aufzeigt.

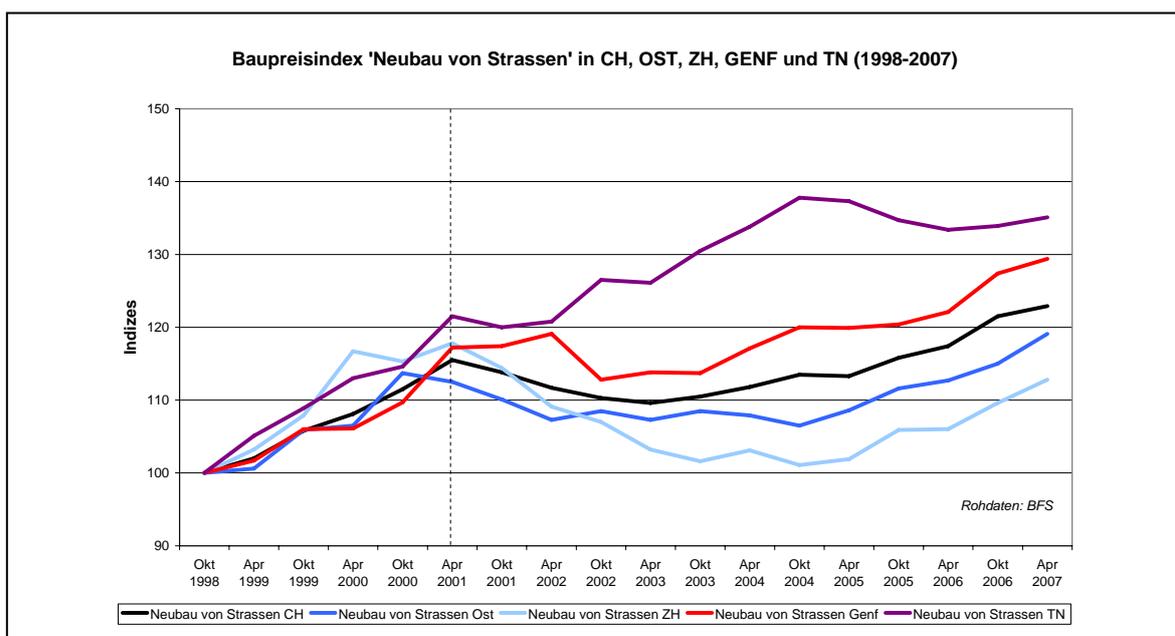


Abbildung 33: Baupreisindex Neubau von Strassen in der gesamten Schweiz und ausgewählten Grossregionen

Abbildung 33 ist zu entnehmen, dass es im Jahre 2001 in allen gezeigten Grossregionen zu einem Abwärtstrend der jeweiligen Baupreisindizes kam. In den von der Wettbewerbsabrede betroffenen Gross-

regionen ist allerdings ein stärkerer Abwärtstrend zu attestieren. Auffällig ist ferner der Indexverlauf im Tessin, der vermutlich im Wesentlichen durch die Existenz einer Abrede erklärt werden kann (siehe dazu Abschnitt 3.2.3). Eine weitere Reduzierung der Aggregationsebene des Baupreisindizes ist möglich indem im Rahmen eines detaillierten Sub-Indizes nach verschiedenen Tätigkeiten im Neubau von Strassen differenziert wird (vgl. Abbildung 34).

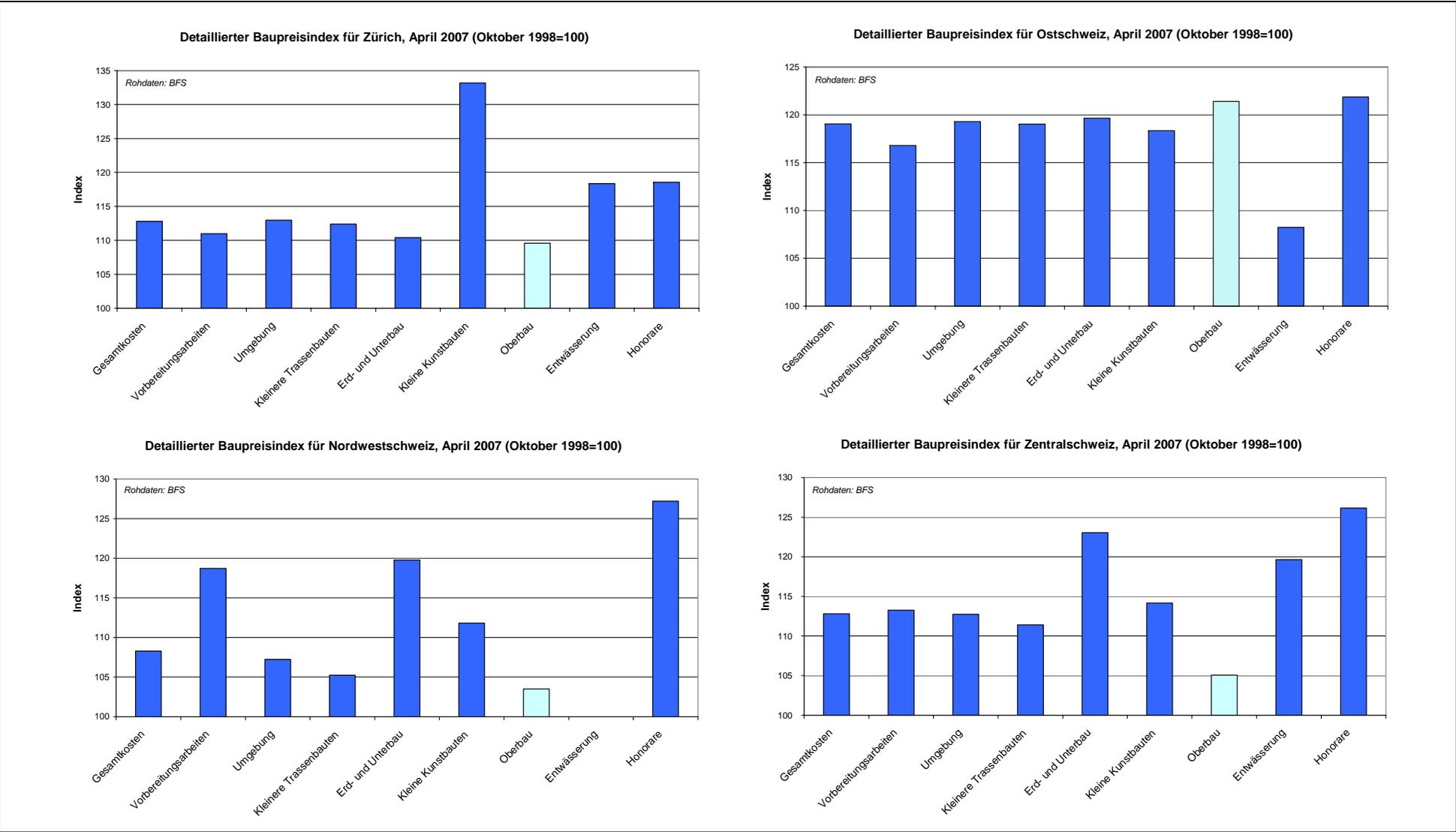


Abbildung 34: Detaillierter Baupreisindex Neubau Strassen nach Grossregionen

Der Vergleich der detaillierten Subindizes 'Neubau Strassen' auf Ebene der Grossregionen zeigt zum Teil recht unterschiedliche Preissteigerungen. Auffällige Preissteigerungen haben in den Bereichen Erd- und Unterbau, Kleine Kunstbauten sowie Honorare stattgefunden aber – mit Ausnahme der Ostschweiz – eher nicht im Bereich Oberbau, zu dem Belagsarbeiten gezählt werden. Abbildung 35 zeigt den Baupreisindex Oberbau nochmals im kantonalen Vergleich.

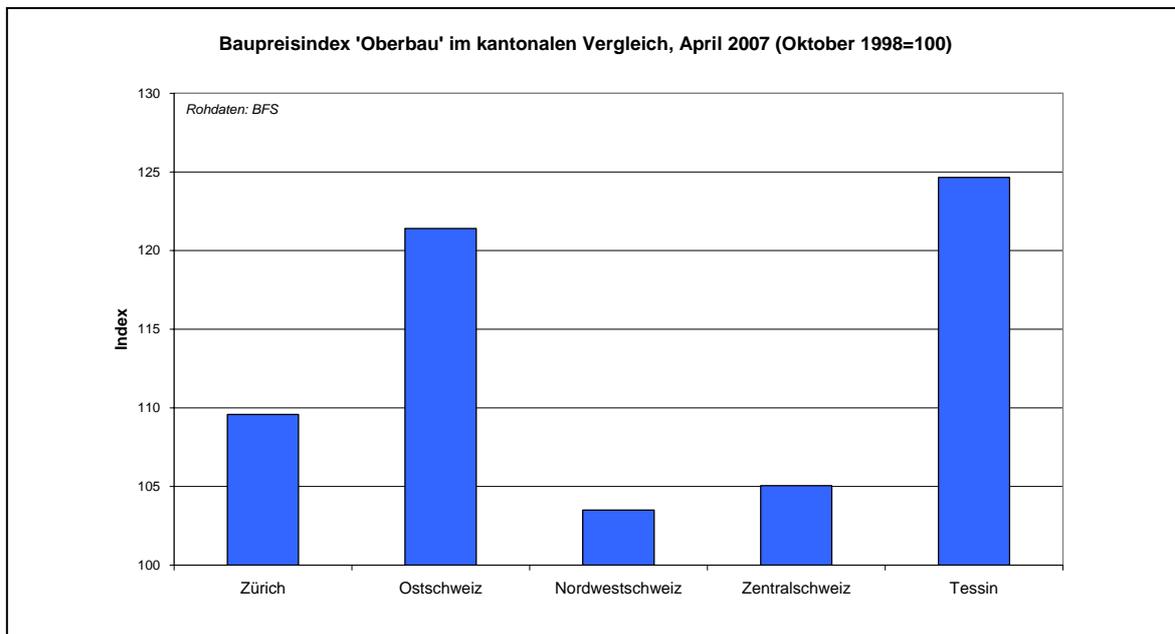


Abbildung 35: Baupreisindex Oberbau im kantonalen Vergleich

Wie Abbildung 35 verdeutlicht zeigt ein Vergleich des detaillierten Baupreisindex im Bereich Oberbau im Subindex 'Neubau Strassen' zum Teil recht unterschiedliche Preissteigerungen. Während die Preissteigerungen seit 1998 im Tessin bei rund 25% lagen, erhöhten sich im gleichen Zeitraum die Preise in der Zentralschweiz nur um rund 5%. In der von der Abrede direkt betroffenen Grossregion Zürich lag der Anstieg bei rund 10%. Die Ostschweiz weist mit einem Anstieg von über 20% auch einen überdurchschnittlich hohen Anstieg auf.

Die detaillierte Erfassung und Berechnung diverser Baupreisindizes durch das BFS erlaubt sogar eine weitere Spezifizierung der Betrachtung. So existiert – wiederum auf der Ebene der Grossregionen – ein Sub-Index Belagsarbeiten, den Abbildung 36 für den Zeitraum von 1998 bis 2007 für einige Grossregionen abbildet.

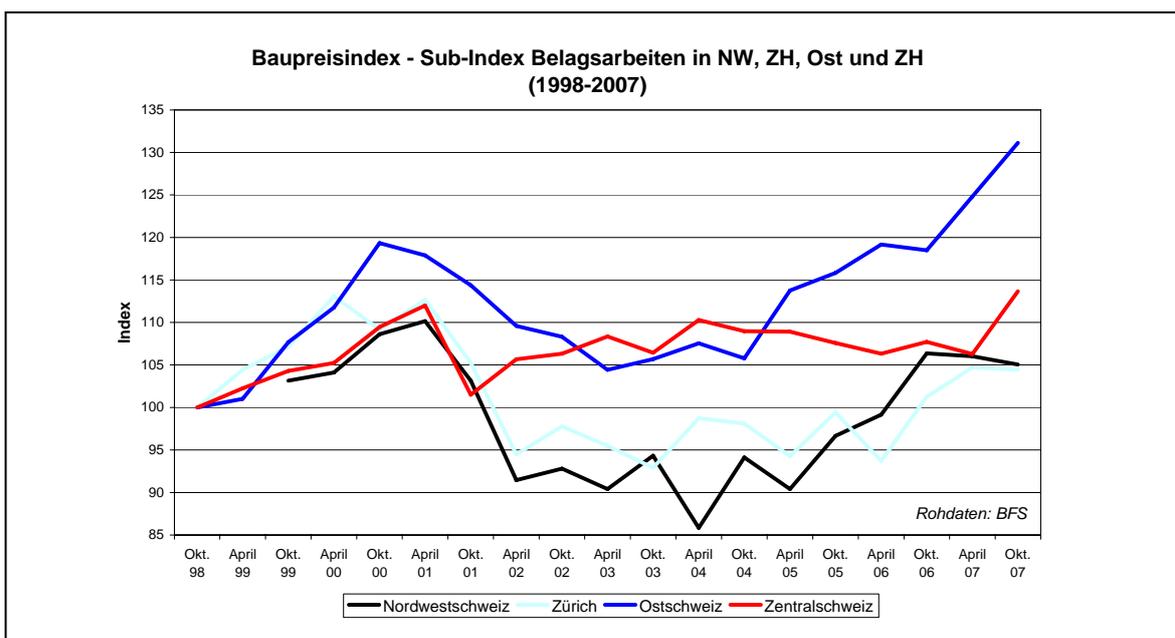


Abbildung 36: Baupreisindex Belagsarbeiten in ausgewählten Grossregionen

Wenngleich sich die in Abbildung 36 dargestellten Verläufe für die einzelnen Grossregionen nicht fundamental von den Verläufen der aggregierteren Baupreisindizes unterscheiden, so ist im Bezug auf die Niveaus zu bemerken, dass es insbesondere in den Grossregionen Nordwestschweiz und Zürich von 2001 bis 2003 zu einem deutlicheren Abfall im Preisindex kam als dies die aggregierteren Formen des Baupreisindizes aufzeigen. Daraus kann geschlossen werden, dass die Preisreduktionen im Bereich der Belagsarbeiten eine Ursache für die insgesamt günstigere Baupreisentwicklung in den Jahren 2001 bis 2003 darstellten. Wiederum muss offen bleiben, ob die Aufdeckung des Kartells massgeblich zu diesen Effekten beigetragen hat.

Ein wesentlicher Treiber der Preise für Belagarbeiten sind die Kosten der Belagproduktion. Insofern erscheint es bedeutsam, die Kostenentwicklung für Strassenbeläge im Zeitablauf zu untersuchen. In diesem Zusammenhang veröffentlicht der Fachverband für bituminöses Mischgut (SMI) einen gesamt-Schweizer Teuerungsindex der Belagsproduktionskosten für Trag-, Binder- und Fundationsschichten. Abbildung 37 zeigt den Teuerungsindex für die drei verschiedenen Schichten in Form jährlicher Durchschnittswerte von 1998 bis 2006.

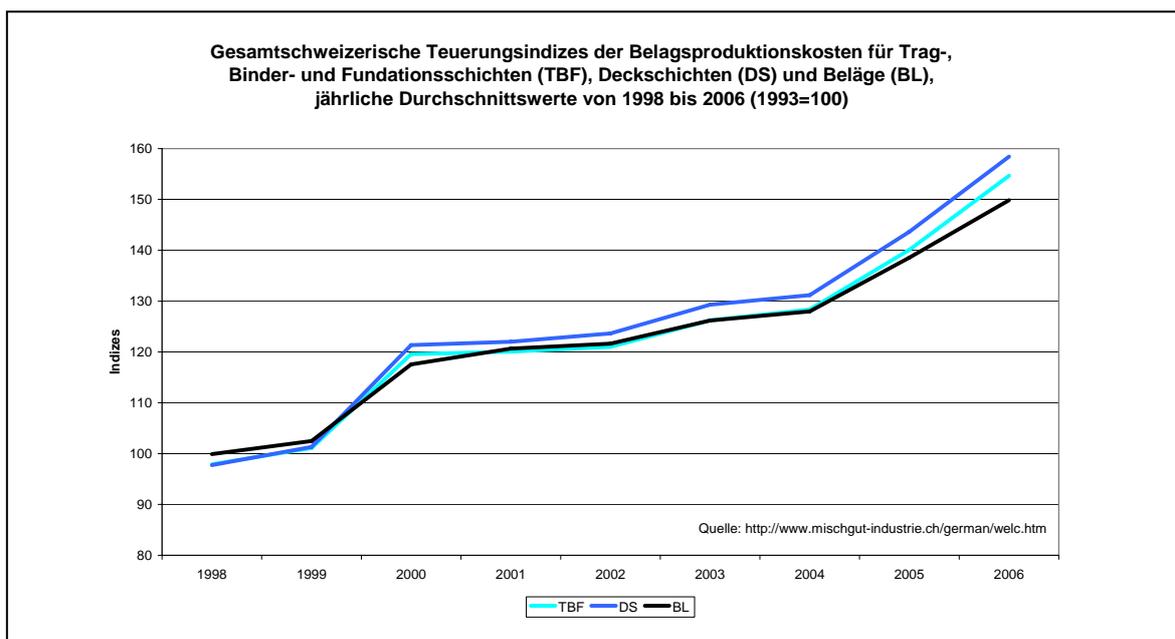


Abbildung 37: Gesamt-schweizer Teuerungsindizes der Belagsproduktionskosten für verschiedene Schichten (1998-2006)

Wie Abbildung 37 zeigt, sind die Produktionskostenunterschiede der einzelnen Schichten marginaler Natur. Seit 1998 haben sich die Produktionskosten jedes Jahr erhöht – insgesamt um ca. 60% von 1998 bis 2006. Allerdings ist die Betrachtung jährlicher Durchschnittswerte nur beschränkt aussagekräftig. Abbildung 38 zeigt demnach den gesamt-Schweizer Teuerungsindex der Belagsproduktionskosten für alle Schichten auf monatlicher Basis von 1998 bis 2006.

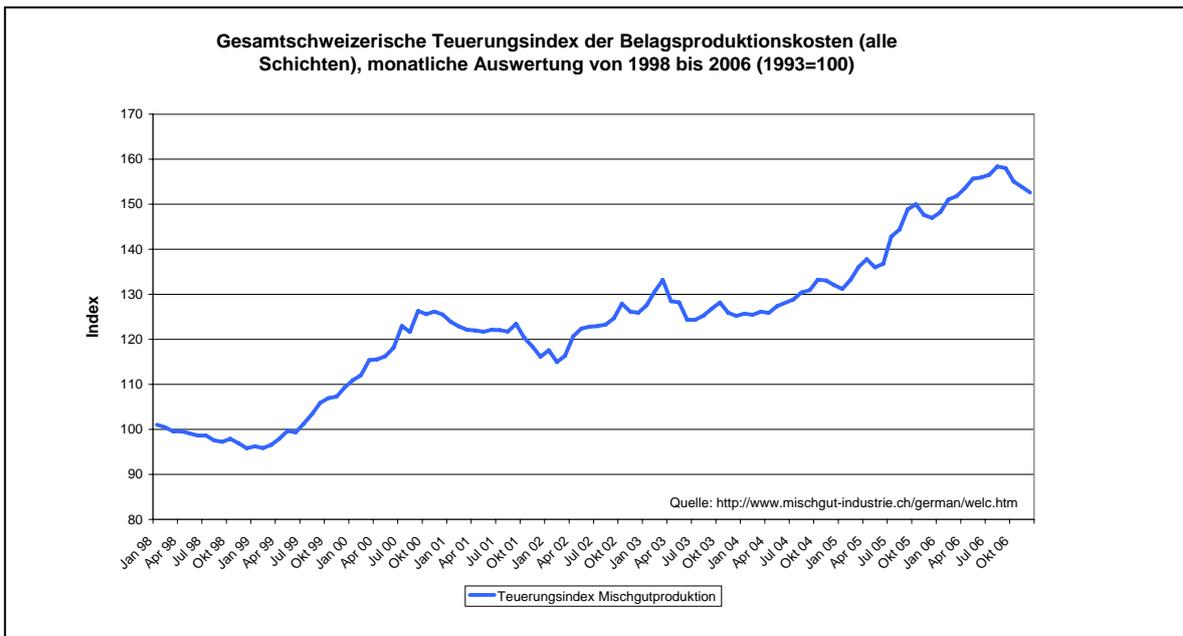


Abbildung 38: Gesamtsschweizer Teuerungsindizes der Belagsproduktionskosten für alle Schichten (1998-2006)

Wie Abbildung 38 verdeutlicht gab es unmittelbar nach der Aufdeckung der Absprache einen Abfall im Teuerungsindex. Seit 2004 weist der Teuerungsindex wieder einen durchgehend steigenden Verlauf auf.

Das Vorhandensein eines Teuerungsindizes der Belagsproduktionskosten sowie eines Preisindizes zum Neubau von Strassen legt ferner einen Vergleich beider Zeitreihen nahe. Dieser Vergleich wird in Abbildung 39 vorgenommen.

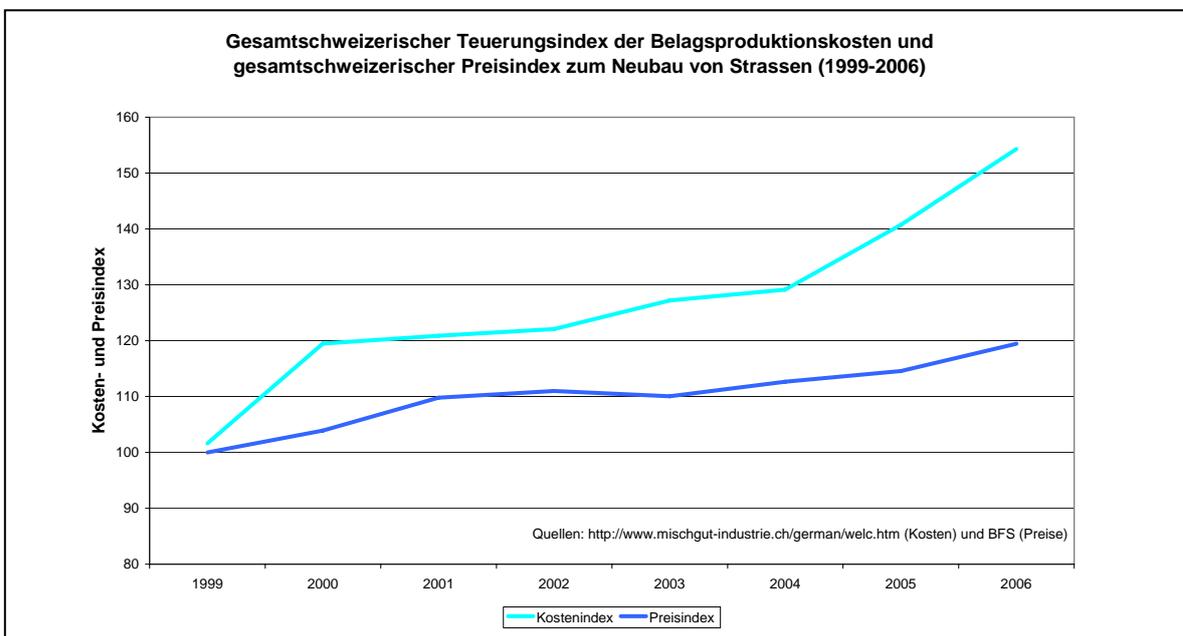


Abbildung 39: Gesamtsschweizer Teuerungsindex der Belagsproduktionskosten und Preisindex zum Neubau von Strassen (1999-2006)

Der in Abbildung 39 vorgenommene Vergleich des Teuerungsindizes der Belagsproduktionskosten mit dem Preisindex zum Neubau von Strassen zeigt, dass Kosten- und Preisindex relativ synchron verlaufen. Der Kostenindex zeigt einen etwas stärkeren Anstieg seit 1999 im Vergleich zum Preisindex. Dabei ist zu bedenken, dass die Belagsproduktionskosten nur einen Teil der Gesamtkosten des Neubaus von Strassen darstellen.

Im Hinblick auf eine Beurteilung der Intensität des Wettbewerbs wäre es prinzipiell wünschenswert die Preisentwicklung in der Schweiz mit den Preisentwicklungen in angrenzenden Staaten zu verglei-

chen. Zwar existieren in vielen Staaten entsprechende Preisindizes für das Baugewerbe, allerdings nicht immer in einem entsprechenden Detaillierungsgrad, so dass diese unmittelbar mit den Schweizer Werten verglichen werden könnten. Ferner wird ein entsprechender Vergleich erschwert oder gar verhindert durch die unterschiedlichen Konzepte bei der Berechnung der Indizes. Die nachstehende Tabelle 4 verdeutlicht dies für einige Staaten.

Tabelle 4: Vergleich internationaler Baupreisindizes (Auszug)

Land Basis	Frankreich 1953=100		Holland 1/2003=100		Belgien 1976=232		Schweiz 1998=100		Spanien 2000=100		Italien 2000=100		Österreich 2005 =100		England 2000 =100	
	Zeit	Index	Zeit	Index	Zeit	Index	Zeit	Index	Zeit	Index	Zeit	Index	Zeit	Index	Zeit	Index
Aktuell	2. Qu	1435	Juli	114	1.5.	654	1.4.	118,9	Aug	131,8	Juni	127,1	2. Qu	107,3	1.Q	145
	2.Qu.	1366	April	106			1.4.	113,9	April	123,8	April	122,0	2.Qu	102,4	2.Qu	137
			Mai	107	1.5.	621			Mai	124,2	Mai	122,2				
			Juni	107					Juni	124,5	Juni	122,2				
	3.Qu.	1381	Juli	107					Juli	125,1	Juli	122,8	3.Qu.	103,5	3.Qu	143
			Aug	107					Aug	125,4	Aug	122,8				
			Sept	108					Sept	125,8	Sept	122,9				
	4.Qu.	1406	Okt	108			1.10	116,8	Okt	126,0	Okt	123,5	4.Qu	104,3	4.Qu	144
			Nov	108	1.11.	648			Nov.	126,2	Nov.	123,8				
			Dez	108					Dez	126,8	Dez	124,1				
2007			Jan	109					Jan	129,6	Jan	125,8				
			Feb	112					Feb	129,9	Feb	125,9				
	1.Qu.	1385	März	112					März	130,5	März	126,0	1.Qu.	106,2	1.Qu	145
			April	112			1.4.	118,9	April	131,1	April	126,6				
			Mai	112	1.5.	654			Mai	131,3	Mai	127,1				
	2.Qu.	1435	Juni	113					Juni	131,7	Juni	127,1	2.Qu.	107,3		145
			Juli	114					Juli	131,8	Juli					
			Aug.						Aug.	131,8	Aug.					
			Sept.						Sept.		Sept.					
			Nov.						Nov.		Nov.					

Quelle: www.sv.drschaeffler.de/fileadmin/user_upload/Indizes/Auslandsindizes.pdf

Unter allen Nachbarländern der Schweiz erhebt Österreich den wohl detailliertesten Baukostenindex. Interessanterweise wird innerhalb dieses Indexes ein getrennter Preisindex für Asphalt- und Deckenarbeit nach Herkunft des Bitumens geführt. Tabelle 5 zeigt den österreichischen Baukostenindex für das Jahr 2005.

Tabelle 5: Der österreichische Baukostenindex

Monat	Lohn	Sonst.	insg.	Erd- und Oberbauarbeiten	Entw. und Mauerungsarb.	In- u. Ausl.	Subindizes Asphalt- und Deckenarbeiten nach Herkunft des Bitumens			
							Inländ.	D	I	H
Jan 05	113,5	108,8	110,4	108,4	111,0	107,8	107,9	107,7 2)	110,4	105,4 2)
Feb 05	113,5	109,2	110,7	108,9	111,1	108,3	108,4	108,2 2)	110,9	105,9 2)
Mrz 05	113,5	112,2	112,7	111,5	113,1	112,4	113,2	111,2	114,5	108,7
Apr 05	113,5	113,2	113,3	112,9	113,6	113,3	113,6	111,6	120,4	109,7
Mai 05	116,0	111,6	113,1	112,0	113,1	110,4	110,3	109,7	115,9	108,9
Jun 05	116,0	113,7	114,5	114,5	115,4	111,9	111,3	111,6	117,2	111,6
Jul 05	116,0	115,2	115,5	115,4	115,9	114,5	114,4	113,1	121,7	113,1
Aug 05	116,0	116,7	116,5	116,4	116,3	117,2	117,8	115,0	123,5	114,3
Sep 05	116,0	118,3	117,5	117,0	116,6	120,6	121,8	117,7	127,2	115,8
Okt 05	116,0	119,4	118,2	117,8	116,9	122,7	123,7	119,5	131,4	118,2
Nov 05	116,0	118,1	117,4	116,0	116,3	121,5	122,6	118,2	130,3	116,4
Dez 05	116,0	117,9	117,2	115,4	116,0	121,6	122,8	118,4	128,1	117,5

Quelle: Statistik Austria (2007)

Tabelle 5 zeigt deutliche Unterschiede des Subindizes in Abhängigkeit der Herkunft des Bitumens. So lagen die Preissteigerungen für Importe aus Deutschland und Ungarn unter denen der Importe aus Italien oder der inländischen Produktion. Nutzt man eine längere Zeitreihe des Baukostenindizes, so ist ein direkter Vergleich zum Schweizer Teuerungsindex für Mischgut möglich (vgl. Abbildung 40).

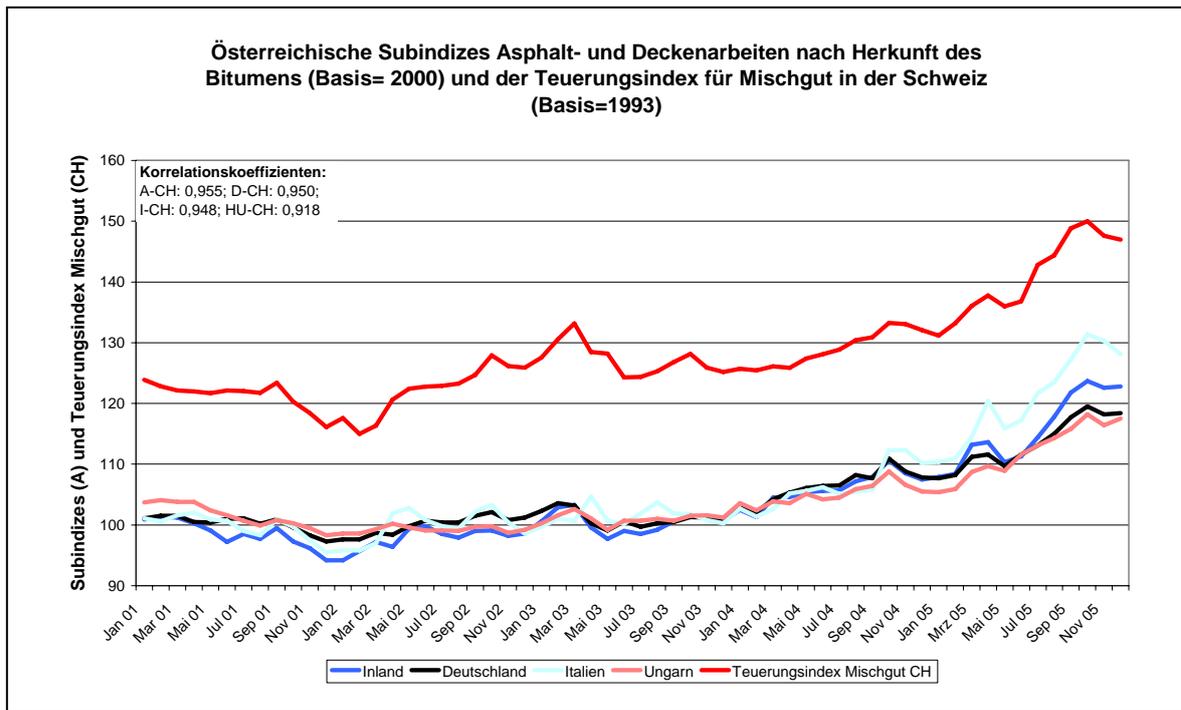


Abbildung 40: Österreichische Subindizes Asphalt- und Deckenarbeiten nach Herkunft des Bitumens und der Teuerungsindex für Mischgut in der Schweiz

Der Teuerungsindex für Mischgut in der Schweiz und die herkunfts-differenzierenden österreichischen Subindizes für Asphalt- und Deckenarbeiten sind – durchaus unerwartet – sehr stark korreliert. Dies könnte mit dem Marktpreis für Bitumen als Inputgut für die Asphaltproduktion zusammenhängen. Aufgrund der unterschiedlichen Basisjahre ist die absolute Höhe der Indizes nicht vergleichbar, das heisst aus der Abbildung kann nicht abgeleitet werden, dass das Preisniveau in der Schweiz über dem Preisniveau in Österreich liegt.

3.4 Abschätzung der volkswirtschaftlichen Effekte der Entscheidung

Wie bereits einleitend erwähnt wurde, kommt eine Vielzahl von empirischen Studien zu dem Ergebnis, dass die Verfolgung von Kartellen einen substantiellen Beitrag zu den positiven Wohlfahrtseffekten von Wettbewerbspolitik leistet. Obwohl der grösste Teil des Nutzens vermutlich durch den (schwer quantifizierbaren) Abschreckungseffekt und somit die ex-ante Verhinderung von Kartellen realisiert wird, so kann die Analyse von tatsächlichen Konsumenten- und ‚deadweight‘-Verlusten prinzipiell wertvolle Einblicke in die Effekte der Verfolgung von Kartellen liefern. Eine mögliche Rechtfertigung einer solchen Argumentation kann durch den Verweis darauf geführt werden, dass ohne eine Aufdeckung der betreffenden Kartelle die entsprechenden Wohlfahrtsverluste auch in Zukunft aufgetreten wären und somit die jeweilige Volkswirtschaft geschädigt hätten. In anderen Worten, der Wohlfahrtseffekt der Verfolgung von Kartellen kann als der Gegenwartswert der in der Zukunft ohne wettbewerbspolitische Eingriffe entstandenen Wohlfahrtsverluste gemessen werden.

Das konkrete methodische Vorgehen bei der Quantifizierung der genannten Effekte ist - unter Vernachlässigung des ‚deadweight losses‘ - relativ einfach. Ausgehend von dem beobachteten (erhöhten) Kartellpreis muss ein sogenannter ‚but-for‘-Preis ermittelt werden, welcher existiert hätte, sofern die Unternehmen von einer Absprache abgesehen und sich stattdessen wettbewerblich verhalten hätten. Der Unterschied zwischen dem tatsächlichen Preis und dem ‚but-for‘-Preis muss nun nur noch mit der Ausbringungsmenge (für die Gesamtdauer des Kartells) multipliziert werden, um eine Abschätzung der Wirkungen des Kartells auf die Konsumentenwohlfahrt ableiten zu können.

Obwohl die grundlegende Technik der Quantifizierung von Kartelleffekten relativ einfach erscheint, so müssen in der praktischen Analyse oftmals eine Vielzahl an Hindernissen überwunden werden. So ist es mitunter schwierig, einen einheitlichen Marktpreis zu bestimmen, die exakte Dauer des Kartells zu ermitteln, die Weitergabe der erhöhten Kosten an nachgelagerte Wertschöpfungsstufen festzustellen sowie die Berücksichtigung von Steuern in die Analyse einzupflegen. Eine besondere Herausforderung stellt naturgemäss die Ermittlung des ‚but-for‘-Preises dar, auch deshalb, weil die jeweiligen Endergebnisse zumeist sehr sensitiv auf kleine Änderungen des ‚but-for‘-Preises reagieren. Zur fundierten Abschätzung des ‚but-for‘-Preises hält die ökonomische Literatur eine Vielzahl von Methoden bereit, deren

jeweilige Geeignetheit stark von dem vorliegenden Markt sowie den verfügbaren Daten abhängt. Eine Möglichkeit stellt beispielsweise die Verwendung von Marktpreisen dar, die vor der Bildung des Kartells im betreffenden Markt zu beobachten waren. Weiterhin ist es oftmals möglich Vergleichsmärkte aus dem Ausland heranzuziehen um ‚but-for‘-Preise abzuleiten. Weiterhin können einfache homogene oder heterogene Oligopolmodelle genutzt werden, um einen wettbewerblichen Marktpreis per Simulation zu ermitteln. Darüber hinaus ist es manchmal möglich, mit Hilfe von Kostendaten (sowie prozentualen Zuschlägen zur Gewährleistung eines branchenüblichen ‚return on investment‘) ‚but-for‘-Preise abzuleiten.

Für den Fall der Abrede im Markt für Strassenbeläge ist eine Quantifizierung in der beschriebenen Form nicht möglich bzw. sinnvoll. Dies hat im Wesentlichen zwei Gründe. Einerseits stehen die für eine Quantifizierung notwendigen Daten nicht zur Verfügung. Andererseits hat die Fallstudie keine klaren Indizien dafür ergeben, dass sich die kollusionsfreundliche Industriestruktur durch bzw. seit der Entscheidung nennenswert geändert hat. Es ist folglich fraglich, ob die Entscheidung unmittelbar zu nennenswerten Senkungen des Marktpreises geführt hat (siehe dazu die genauere Diskussion am Ende des Abschnitts).

Obwohl eine direkte Quantifizierung der Wirkungen des Entscheids nicht möglich ist so kann auf sehr einfache Weise ein Gefühl dafür gegeben werden, welches grundsätzliche Potential wettbewerbspolitische Eingriffe haben. Hierzu sei angenommen, dass der erhöhte Kartellpreis für eine Tonne Mischgut (ab Werk) bei CHF 130 liegt. Aus empirischen Studien ist bekannt, dass der durchschnittliche Preisaufschlag horizontaler Kartelle bei ungefähr 30% liegt (siehe dazu Connor und Lande, 2006)²². Nimmt man diesen Durchschnittswert für ein Strassenbelagskartell an, so folgt daraus, dass der wettbewerbliche Preis (der sogenannte ‚but-for‘ Preis) bei CHF 100 liegen würde. Die Preisdifferenz zwischen Kartellpreis und wettbewerblichem Preis beträgt demnach CHF 30.

Zur groben Quantifizierung des Kartelleffekts muss nun noch das beim erhöhten Kartellpreis vorliegende Nachfragevolumen abgeleitet werden. Auch hier ist nur eine grobe Näherung wie folgt möglich. Die gesamte Produktion von Mischgut in der Schweiz betrug im Jahr 2005 rund 4,7 Millionen Tonnen. Da der Aussenhandel mit Mischgut keine nennenswerte Rolle spielt, wird im Folgenden angenommen, dass diese Menge auch im Binnenmarkt verkauft wurde. Das Kartell operierte primär in den Kantonen Schaffhausen, Thurgau und Zürich, für die allerdings die individuellen Nachfragevolumina für Mischgut nicht bekannt sind. Bekannt ist allerdings, dass das gesamte Investitionsvolumen im Jahre 2005 für die Schweiz im Bereich Strassenbau bei rund 4,31 Milliarden CHF lag. Auf die drei genannten Kantone entfielen von diesem Budget rund 994 Millionen Franken oder rund 23% des gesamten Investitionsbudgets. Wendet man diese 23% nun – unter Unterstellung einer entsprechenden Proportionalität – auf die verkaufte Menge von Mischgut an, so ergibt sich für die drei Kantone eine Menge an verarbeitetem Mischgut in Höhe von 1.083.944 Tonnen. Im Falle des erhöhten Kartellpreises von CHF 130 ergeben sich damit für die drei Kantone Mischgutkosten in Höhe von CHF 140.912.761. Im Falle des wettbewerblichen Preises von CHF 100 ergäben sich hingegen nur Kosten in Höhe von CHF 108.394.432. Die Differenz von CHF 32.518.329 umschreibt demnach den maximal möglichen Beitrag von Wettbewerbspolitik, der dann realisiert wird, wenn der Marktpreis nach der Aufdeckung der Abrede auf das Wettbewerbsniveau absinkt und der Kartellpreis 30% über dem Marktpreis gelegen hat. Praktisch bedeutet dies, dass im Falle des vorliegenden Marktes die Kosten der Auftraggeber für den Strassenbau im Idealfall um rund CHF 32 Millionen fallen würden. Hierbei muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass es sich bei diesem Betrag um die maximal mögliche (=effiziente) Umverteilung von den Produzenten zu den Nachfragern handeln würde. Der sogenannte Deadweight Loss – dessen Verringerung das zentrale Ziel wettbewerbspolitischen Wirkens darstellt – ist in dieser Abschätzung noch nicht enthalten. Zwar existieren auch hier wiederum Schätzungen, die den Deadweight Loss im Bereich von 10-30% der Überschussgewinne ansiedeln (siehe dazu Connor und Helmers, 2006)²³. Da allerdings im vorliegenden Fall eine sehr inelastische Nachfrage anzunehmen ist, dürfte der Deadweight Loss hier sehr viel geringer sein.

Wie bereits erwähnt ist es aus verschiedenen Gründen fragwürdig, dass die Entscheidung der WEKO das Preisniveau im Markt für Strassenbeläge nennenswert senken oder gar auf das wettbewerbliche Niveau drücken konnte. Aufgrund der Fallbeschreibung und der Untersuchung ist vielmehr zu vermuten, dass der wesentliche direkte volkswirtschaftliche Effekt der Entscheidung gewesen sein könnte, dass es den beiden klagenden unabhängigen Strassenbauunternehmen wieder möglich war, zu günstigeren Preisen Mischgut aus Deutschland zu beziehen. Ein solcher etwaiger Kostenvorteil kann im Rahmen von Ausschreibungen dann insofern den Wettbewerb intensivieren, als es diesen Unternehmen wieder möglich ist, die vertikal integrierten Unternehmen im Rahmen von Ausschreibungen zu unterbieten. In der Folge profitieren dann die Kassen der öffentlichen Auftraggeber und damit indirekt der Steuerzahler

²² Connor, J. und R. Lande (2006), The Size of Cartel Overcharges, Antitrust Bulletin, Vol. 51, 983-1022.

²³ Connor, J. und G. Helmers (2006), Statistics on Modern Private International Cartels 1990-2005, Working Paper, Purdue University, West Lafayette.

vom gestiegenen Ausschreibungswettbewerb. Angesichts der beschränkten Kapazitäten der beiden unabhängigen Unternehmen ist allerdings nicht davon auszugehen, dass es diesen möglich ist, sich an jeder Ausschreibung zu beteiligen und somit den Wettbewerb substantiell zu beleben. Zentral für die Vermutung, dass sich die Wettbewerbsintensität in der Branche nicht substantiell gesteigert hat, ist das Fehlen von Hinweisen, dass sich die zum Zeitpunkt der Entscheidung bestehende kollisionsfreundliche Industriestruktur nennenswert geändert hat. Der nach wie vor geringe Aussenwettbewerb von Unternehmen aus Deutschland und Österreich spricht für die Richtigkeit dieser Vermutung.

3.5 Schlussfolgerungen

Im Jahre 1992 erschien in der Wochenzeitung ‚Die Zeit‘ ein Beitrag von Fredy Hämmerli (1992)²⁴ mit dem Titel „Absprachen am Alpenhang“. Der Autor beschreibt darin die Schweiz als ‚Hort der Freiheit und der liberalen Wirtschaft‘ aber auch als – in Anlehnung an eine damalige Studie der OECD – „das am stärksten kartellierte Land der Welt“. Hämmerli führte weiter aus, dass „...Klüngelwirtschaft .. bei den Eidgenossen Tradition [hat]. Sie ist der wirtschaftliche Ausfluss von Föderalismus und Konkordanzpolitik, die darauf ausgerichtet sind, jedem sein Plätzchen zu garantieren und sich gegenseitig möglichst nicht weh zu tun. ... Wie kartellfreundlich die Schweizer sind, hat erst kürzlich eine repräsentative Umfrage des Hergiswiler Forschungsinstituts GfS ergeben. Danach halten sechs von zehn Eidgenossen Kartelle für nützliche oder nicht schädliche Einrichtungen.“

16 Jahre nach diesem relativ unvoreilhaftem Urteil Hämmerlis hat sich die Schweizer Kartellpolitik soweit weiterentwickelt, dass sie sich nunmehr sowohl in Bezug auf die geltenden Gesetze als auch in Bezug auf die institutionelle Implementierung nicht mehr nennenswert von der Europäischen Union unterscheidet. Durch die jüngste Revision wurde sogar der für die Schweiz bedeutsame Schritt der Einführung von Sanktionsmöglichkeiten umgesetzt. Diese konnten zwar bislang noch nicht genutzt werden, allerdings hat die Befragung von Anwälten, Unternehmen und Verbänden (siehe dazu Kapitel 2) ja durchaus bestätigt, dass viele Unternehmen sehr wohl wahrgenommen haben, dass harte Kartellabsprachen nunmehr mit hohen Sanktionen bedroht werden.

Obwohl 16 Jahre einerseits als ein langer Zeitraum angesehen werden muss, so ist er andererseits als verhältnismässig kurz einzuschätzen, wenn es um die Änderung von Industriestrukturen bzw. Gewohnheiten geht. So kann nicht erwartet werden, dass die von Hämmerli so plastisch beschriebenen Kartellstrukturen nach 16 Jahren vollständig verschwunden sind – weder im Hinblick auf die bestehenden kartellfreundlichen Industriestrukturen noch im Hinblick auf die Änderungen in den Köpfen weg vom Konkordanzprinzip hin zum Wettbewerbsprinzip. So ist es beispielsweise nicht unwahrscheinlich, dass in vielen Unternehmen nach wie vor dieselben Personen das Sagen haben, die auch schon die Hochzeit der Kartelle genossen durften. Insofern wäre es eher überraschend, wenn die Einführung eines revidierten Kartellgesetzes alleine etwas Fundamentales an dieser Lage ändern würde. Aus mittel- und langfristiger Sicht erscheint es daher bedeutsam, insbesondere der jungen Generation von Unternehmensführern zu vermitteln, dass die Zeit, in der die Schweiz als Kartellparadies galt, der Vergangenheit angehört.

Im Hinblick auf das im Rahmen dieser Fallstudie genauer untersuchte Strassenbelagskartell konnte festgestellt werden, dass die zum Zeitpunkt der Abrede bestehende Industriestruktur – in der Strassenbauunternehmen gemeinsam über Beteiligungsgesellschaften an Belagswerken beteiligt waren – sicherlich eine Kartellierung begünstigt hat und es keine Hinweise darauf gibt, dass sich an dieser Industriestruktur in den vergangenen Jahren substantiell etwas geändert hätte. Aus dieser Sicht erscheint es unwahrscheinlich, dass die Entscheidung der WEKO alleine substantiell Einfluss auf die herrschenden Marktpreise genommen hat. Wie bereits im vorherigen Abschnitt ausgeführt, dürfte der vermutlich wichtigste direkte Effekt in der Rettung bzw. zumindest in der Verbesserung der Wettbewerbsposition der unabhängigen Strassenbauunternehmen zu sehen sein. Dieser Eingriff war insofern erfolgreich, als beide Unternehmen noch heute im Markt aktiv sind.

Der eigentliche – sozusagen indirekte – Wert dieser Entscheidung ist demnach vielmehr in der Kreierung eines Signals zu sehen, dass Wettbewerbsabreden nun verboten sind und verfolgt werden. Wenn die Folge einer entsprechenden Realisierung auf Unternehmensseite eine Senkung des Kartellpreises um einen kleinen Betrag ist – um auf diese Weise die Wahrscheinlichkeit einer Aufdeckung des Kartells zu verhindern – so könnten die Einsparungen auf Konsumenten- und Kundenseite bereits substantiell sein. Im obigen hypothetischen Beispiel würde beispielsweise eine Senkung des Tonnenpreises um 5 Franken (von CHF 130 auf CHF 125) zu Einsparungen von pro Jahr rund CHF 5.419.722 führen. Man bedenke, dass sich dieser Wert nur auf die drei von der Abrede direkt betroffenen Kantone und innerhalb derer nur auf einen relativ kleinen Markt – nämlich den für Strassenbeläge – bezieht.

²⁴ Hämmerli, F. (1992), Absprachen am Alpenhang, Die Zeit, Nr.25, 12.6.1992.

Diese Einordnungen verdeutlichen, welches wohlfahrtserhöhende Potential einer effizient implementierten Wettbewerbspolitik insgesamt innewohnt. Die Schweiz hat erst vor verhältnismässig kurzer Zeit ernsthaft damit begonnen, diese Potentiale zu realisieren. Einiges wurde bereits erreicht, es ist allerdings zu vermuten, dass noch ein grosses Restpotential besteht – insbesondere in regional operierenden Branchen, in denen Absprachen über Generationen bedenkenlos praktiziert wurden. In diesem Zusammenhang hat die ökonomische Wissenschaft in jüngerer Zeit Möglichkeiten (weiter)entwickelt, den ‚Policy Impact‘ auf Unternehmensseite zu erhöhen. So kann die WEKO beispielsweise Screenings durchführen um mit Hilfe eines Kriteriensets potentiell kollusionsfreundliche Industrien zu identifizieren und in der Folge dort genauere Untersuchungen der Marktstruktur, des Marktverhaltens und der Marktergebnisse vorzunehmen – möglicherweise in Form von ‚Inquiries‘ nach dem Vorbild der UK Competition Commission. Auf diese Weise bestünde einerseits die Möglichkeit, aktiv Belege für bestehende Absprachen zu finden, andererseits würde alleine das Wissen über eine solche Untersuchung in der entsprechenden Industrie für Beunruhigung sorgen. Im Idealfall wird eines der Unternehmen nervös genug und entscheidet sich zur Anwendung der Bonusregelung. Ein wertvoller Nebeneffekt solcher Screenings bzw. Industriestudien liegt in der besseren Kenntnis der Märkte und somit in der Generierung von Wissen, das in der Folge die Qualität und Geschwindigkeit von Entscheidungen positiv beeinflusst.

Wenn einleitend erwähnter Kolumnist Fredy Hämmerli beispielhaft im Jahre 1992 feststellte, dass der Schweizer Heimatschutz für Kartelle teuer ist und „Nahrungsmittel beispielsweise .. fast die Hälfte mehr [kosten] als im benachbarten Ausland .. [e]ine identische Schulbank in Deutschland 160, in der Schweiz dagegen 420 Mark [kostet] ...“ so würde er heute vermutlich attestieren können, dass sich besagte Preisdifferentiale in der Zwischenzeit reduziert haben. Wenngleich eine solche Entwicklung natürlich typischerweise eine Vielzahl von Ursachen hat, so kann ein Teil dieses Etappen-Erfolges sicherlich der Schweizer Wettbewerbspolitik – und insbesondere dem Kampf gegen Abreden – zugeschrieben werden. Eine erhöhte Wachsamkeit, hartes Durchgreifen und weitere internationale Öffnung sind aber notwendige Bedingungen um die historisch gewachsenen kartellfreundlichen Strukturen nachhaltig zu bekämpfen.

4 Fallstudie zum Bereich Marktmachtmissbrauch: Swisscom ADSL (2003)

4.1 Einführung

Gemäss Art. 7 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht: a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre); b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen; d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung; f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Diese einleitend wiedergegebene Konzeption unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen lässt bereits erahnen, dass es sich dabei um ein sowohl aus juristischer wie auch ökonomischer Sicht schillerndes und intensiv diskutiertes Themenfeld handelt. Die entsprechenden kontroversen Diskussionen beginnen dabei nicht erst auf der Ebene der möglicherweise missbräuchlichen Verhaltensweisen an sich, sondern bereits bei der Definition, Interpretation und Operationalisierung des Begriffs der Marktbeherrschung. So existieren aus ökonomischer Sicht eine Vielzahl an Konzepten und Vorschlägen zur Feststellung von Marktbeherrschung, die zu teilweise recht unterschiedlichen Schlussfolgerungen führen. Oftmals wird das Vorliegen von Marktbeherrschung von der Ausprägungen einer Vielzahl von Indikatoren abhängig gemacht, wie beispielsweise dem Marktanteil, der Verteilung der Marktanteile auf dem jeweiligen Markt, der Entwicklung der Marktanteile, der Finanzkraft, dem Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, existierenden Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtlichen oder realen Marktzutrittsbeschränkungen sowie der Anzahl und Stärke der Konkurrenten.

Auch aus juristischer Sicht ist der Begriff der Marktbeherrschung uneinheitlich definiert. So ist ein Unternehmen gemäss des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) marktbeherrschend, wenn es auf dem relevanten Markt ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt als marktbeherrschend, wenn sie aus höchstens drei Unternehmen, die zusammen einen Marktanteil von 50 Prozent erreichen, oder aus höchstens fünf Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen, es sei denn, die Unternehmen weisen nach, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat (§ 19 GWB).²⁵

Im Schweizer Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, welche auf einem Markt in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerber, Anbieter oder Nachfragern) im wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). In der am 1. April 2004 in Kraft getretenen Revision des Kartellgesetzes wurde die Klammerformulierung "(Mitbewerber, Anbieter oder Nachfragern)" eingefügt. Ob dieser Einschub eine Präzisierung oder eine Ausweitung des Marktbeherrschungsbegriffs (auf sog. relative Marktbeherrschung) darstellt, ist umstritten. Vermutungstatbestände im Bezug auf die marktbeherrschende Stellung kennt das Schweizer Kartellgesetz nicht.

Neben diesen Diskussionen um eine Definition des Begriffs der Marktbeherrschung an sich gibt es ebenso auf der nachgelagerten Ebene der möglicherweise missbräuchlichen Verhaltensweisen kontroverse Diskussionen. Die aus ökonomischer Sicht in der jüngeren Zeit besonders intensiv analysierten

²⁵ Neben dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung kennt das deutsche Kartellrecht zusätzlich den Begriff der marktstarken Stellung (so genannte relative Marktmacht), der seinen gesetzlichen Niederschlag in § 20 GWB findet. Demnach kann ein Unternehmen, das nicht marktbeherrschend im Sinne des deutschen oder europäischen Kartellrechts ist, unter bestimmten Voraussetzungen dennoch marktstark sein und daher bestimmten kartellrechtlichen Beschränkungen unterliegen, namentlich dem Diskriminierungsverbots (Diskriminierung der vor- oder nachgelagerten Handelsstufe) und dem Behinderungsverbot (Behinderung der Wettbewerber). Voraussetzung für die Annahme einer marktstarken Stellung ist, dass eine Abhängigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu dem dann marktstarken Unternehmen in der Weise besteht, dass diese kleinen oder mittleren Unternehmen keine Möglichkeit haben, auf einen anderen Anbieter oder Nachfrager auszuweichen.

Spielarten des *Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen* sind der erzwungene Verkauf von Produktbündeln, Kampfpreissetzung (Predation), Marktbeschränkungen sowie das so genannte ‚margin squeezing‘. Allen diesen Verhaltensweisen ist gemein, dass solche Verhaltensweisen nicht per se volkswirtschaftlich schädlich sind. Es stellt sich demnach oftmals die Frage – für das Unternehmen wie die Wettbewerbsbehörde – ob eine bestimmte Verhaltensweise in einer bestimmten Situation schon missbräuchlich ist oder noch als wettbewerbskonformes Agieren im Markt unter Wettbewerb angesehen werden kann. So ist beispielsweise eine Preissenkung einerseits gewünscht und im zentralen Interesse der Konsumenten. Dies gilt allerdings nicht für den Fall, dass ein marktmächtiges Unternehmen lediglich damit bezweckt, ein kleineres Unternehmen vom Markt zu verdrängen. In solchen Fälle würden die Konsumenten nur kurzfristig in den Genuss niedrigerer Preise kommen, mittel- und langfristig aber mit Preisen über dem wettbewerblichen Niveau zu rechnen haben.

Aus diesem Beispiel folgt bereits, dass aus wohlfahrtsökonomischer Sicht wettbewerbspolitische Eingriffe auch im Bereich des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen das Potential haben, die Konsumentenwohlfahrt insofern zu erhöhen, als Preiserhöhungen der entsprechend marktmächtigen Unternehmen verhindert bzw. rückgängig gemacht werden und auf diesem Wege die entsprechenden Umverteilungs- bzw. Nettowohlfahrtsgewinne realisiert werden. Insbesondere im Vergleich zu relativ klar definierten und abgrenzbaren Verhaltensweisen wie horizontalen Abreden ist aber im Falle von solchen wettbewerbspolitischen Eingriffen typischerweise eine substantiell grössere Gefahr anzunehmen, so genannte Fehler 1. bzw. 2. Art zu begehen. Ein Fehler 1. Art liegt vor, wenn die Wettbewerbsbehörde eine Verhaltensweise als unzulässig klassifiziert, obwohl sie es in Wirklichkeit gar nicht ist. Ein Fehler 2. Art liegt hingegen vor, wenn die Wettbewerbsbehörde eine Verhaltensweise als zulässig ansieht, sie aber in Wirklichkeit als missbräuchlich hätte klassifiziert werden müssen. Beide Arten von Fehlern reduzieren die positiven Wohlfahrtseffekte von wettbewerbspolitischen Eingriffen. In Extremfällen kann dies dazu führen, dass es aus wohlfahrtsökonomischer Sicht besser ist, nicht aktiv zu werden, als das entsprechend hohe Risiko einzugehen, einen der erwähnten Fehler zu begehen. Eine wesentliche Voraussetzung zur Reduzierung besagter Fehler und zur Implementierung einer effizienten Wettbewerbspolitik sind damit möglichst klar definierte Regeln.²⁶ Diese sind auch aus Sicht des Unternehmens von grosser Bedeutung, da sich diese (sofern sie als potentiell marktmächtig anzusehen sind) bei vielen strategischen oder auch nur taktischen Überlegungen der Frage ausgesetzt sehen, ob ein entsprechendes Verhalten nun als missbräuchlich anzusehen ist oder nicht. Die Befragung der Anwälte, Unternehmen und Verbände (siehe dazu Kapitel 2) hat diesbezüglich gezeigt, dass die momentan empfundene Rechtsunsicherheit in der Schweiz als gross eingeschätzt werden muss.

Das bereits erwähnte grosse Spektrum an möglicherweise missbräuchlichen Verhaltensweisen ist auch reflektiert in den bisherigen Entscheidungen der WEKO in diesem Bereich. Dies dokumentieren Entscheidungen wie Migros BSE, Unique Airport Zürich²⁷, Swisscom Mobile, Swisscom ADSL²⁸ sowie verschiedene Verfahren bezüglich der regionalen Durchleitung von Strom.²⁹ Im Rahmen dieses Kapitels soll im Folgenden die Entscheidung Swisscom ADSL (2003) genauer dargestellt und analysiert werden. Für die Auswahl dieses Falles sprachen im Wesentlichen zwei Aspekte. Einerseits ist die Telekommunikationsbranche von grosser volkswirtschaftlicher Bedeutung für die Schweiz und somit sind auch entsprechende wettbewerbspolitische Entscheidungen von besonderem Interesse und besonderer Tragweite. Andererseits spielt im Rahmen von Telekommunikationsmärkten nicht nur die Wettbewerbspolitik eine Rolle, sondern typischerweise komplementär hierzu regulierungsökonomische Eingriffe. Dieses Umfeld ist deshalb von besonderem Interesse, als eine effiziente Wettbewerbspolitik nur dann möglich ist, wenn sie von entsprechend funktionsfähigen Regulierungskonzepten begleitet wird. Es muss in diesem Zusammenhang allerdings auch darauf verwiesen werden, dass eine Analyse und Isolierung der

²⁶ Der Begriff der ‚Regel‘ ist hier umfassend zu verstehen und umfasst sowohl per se Regeln als auch die sogenannte rule of reason. Die durch letztere Vorgehensweise kreierte Rechtsunsicherheit kann beispielsweise durch die Entwicklung von Untersuchungsschemata abgebaut werden, an die sich die Wettbewerbsbehörde bei ihrer Analyse zu orientieren haben und die es den Unternehmen besser ermöglichen, die Konformität der eigenen Verhaltensweisen einzuschätzen (vgl. dazu detailliert Hüscherlath, K. (2008), Competition Policy Analysis – An Integrated Approach, Heidelberg, S. 80ff.). Eine völlige Eliminierung der Unsicherheit erscheint allerdings auch mit der Entwicklung von Untersuchungsschemata nicht möglich, da (notwendigerweise) behördenseitig nach wie vor Ermessensspielräume bestehen bleiben.

²⁷ Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2005, WEKO belastet Flughafen Zürich AG (Unique) mit einer Sanktion, Bern.

²⁸ Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 18. Dezember 2003, Die WEKO stellt den Missbrauch von Marktbeherrschung durch Swisscom bezüglich ADSL-Dienste fest, Bern.

²⁹ Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 14. Juli 1999, Wettbewerbskommission eröffnet Untersuchung gegen BKW wegen Verweigerung der Stromdurchleitung, Bern, Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 19. Juni 2000, Die WEKO eröffnet eine Untersuchung gegen die Freiburgerische Elektrizitätswerke wegen Verweigerung der Durchleitung von Strom, Bern sowie Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 7. August 2000, WEKO eröffnet eine Untersuchung gegen die Elektra Baselland wegen Verweigerung der Durchleitung von Strom, Bern.

Effekte wettbewerbsrechtlicher Entscheide in teilweise regulierten Märkten noch ungleich schwerer ist als dies in unregulierten Märkten bereits der Fall ist.

Die Fallstudie ist in fünf Abschnitte gegliedert. Im Anschluss an diese Einführung erfolgt in Abschnitt 2 eine Darstellung des Falls ‚Swisscom ADSL‘ aus dem Jahr 2003. Neben einer kurzen Darstellung der Entscheidung wird dort insbesondere auf die ökonomische Argumentation in der Untersuchung der Wettbewerbskommission eingegangen. Im Anschluss daran erfolgt in Abschnitt 3 dann eine Charakterisierung des Marktes für Breitbandverbindungen vor und nach der Entscheidung. Dabei wird einerseits ein internationaler Vergleich des Schweizer Marktes vorgenommen, andererseits die Entwicklung des Schweizer Marktes untersucht. In Abschnitt 4 soll dann – basierend auf den Erkenntnissen aus Abschnitt 3 – der Versuch unternommen werden, die volkswirtschaftlichen Effekte der Entscheidung zu untersuchen. Hierbei erweist sich eine Dreiteilung der Analyse als zweckmässig. Zunächst einmal ist auf die bestehenden Abhängigkeiten von Regulierung und Wettbewerb in Telekommunikationsmärkten einzugehen und insbesondere zu verdeutlichen, dass funktionierender Wettbewerb nur bei Vorliegen eines entsprechend ausgestalteten regulierungsökonomischen Umfelds möglich ist. Weiterhin erscheint es geboten, kurz auf die ökonomischen Effekte von Rabatten einzugehen. Auf diese Weise kann beurteilt werden, ob die Entscheidung auch ökonomisch – und nicht nur juristisch – fundiert war. Im dritten und letzten Teil der Evaluation sollen dann die Meinungen zweier am Verfahren beteiligter Unternehmen zu den Auswirkungen des Falls dargestellt werden. Abschnitt 5 ist einer Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse der Fallstudie vorbehalten.

4.2 Der Fall ‘Swisscom ADSL’ im Überblick

In den folgenden Abschnitten wird der Fall ‚Swisscom ADSL‘ (2003) in der gebotenen Knappheit im Hinblick auf die Entscheidung sowie die Untersuchung der Wettbewerbskommission dargestellt. Dabei erfolgt eine Konzentration auf die ökonomisch bedeutsamen Zusammenhänge. Die gesamte Untersuchung und Entscheidung wurde in der Ausgabe 2004/2 von ‚Recht und Politik des Wettbewerbs‘ (RPW) veröffentlicht.

4.2.1 Entscheidung

Am 7. März 2002 erhielt das Sekretariat eine erste summarische Eingabe der TDC Switzerland betreffend der am 1. März 2002 von der Bluewin bekannt gegebenen Preissenkung ihrer ADSL-Produkte. Eine ähnliche Anzeige erfolgte am gleichen Tag von Profitel.

Die Swisscom liess sich am 27. März 2002 ein erstes Mal in der Sache vernehmen. Die Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG gegen die Swisscom wurde am darauffolgenden Tag beschlossen und den beteiligten Parteien mitgeteilt.

Am 6. Mai verfügte die WEKO per Entscheid die folgenden Punkte. Gemäss Artikel 27 Absatz 1 KG wird gegen die Swisscom AG eine Untersuchung eröffnet. Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme wird die Swisscom AG gemäss Artikel 50 bzw. 54 KG verpflichtet, ab sofort allen ihren Kunden auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste die gleiche Rabattstufe zu gewähren, wie sie ihrer Tochter Bluewin gewährt. Diese Massnahme ist zeitlich begrenzt, bis die WEKO den Hauptentscheid in der Sache trifft.

Am 4. August 2003 wurden die Parteien nach Artikel 30 Absatz 2 KG eingeladen, zum Verfügungsantrag des Sekretariats an die WEKO Stellung zu nehmen. Die Stellungnahmen der Parteien wurden der WEKO am 22. Oktober 2003 zusammen mit dem Antrag des Sekretariats zugestellt. Die WEKO kommt zu dem Entschluss, dass die Swisscom AG mittels der Swisscom Fixnet AG ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste missbraucht, indem sie die Anbieter von ADSL-Dienstleistungen gegenüber ihrer eigenen Tochtergesellschaft Bluewin AG diskriminiert. Sie erlässt am 15. Dezember 2003 eine Verfügung gegen die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG betreffend das Wholesale-Angebot für ADSL-Dienste. Eine unzulässige Quersubventionierung der Bluewin AG durch die Swisscom AG wird nicht bestätigt.

4.2.2 Untersuchung

Die Untersuchung betrifft die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Breitbanddienste, die im Wesentlichen dazu dienen den Zugang zum Internet zu gewähren. Neben anderen Technologien ist die ADSL-Technologie eine wichtige Möglichkeit, Breitbanddienste zu erbringen.

Die involvierten Unternehmen

Bei der TDC Switzerland AG (TDC) sowie der Profitel AG handelt es sich um Anbieter von Fernmeldeleistungen (FDA) im Bereich Internet und Telefonie. Beide bieten unter anderem auch den Zugang zum Internet durch ADSL an und sind somit als Internet Service Provider (ISP) zu bezeichnen.

Die Swisscom-Gruppe ist in Form eines Konzerns organisiert und bietet Dienstleistungen aller Art in den Bereichen Telefonie, Datenübertragung und insbesondere Internet an. Die Swisscom Fixnet AG, eine 100%-Tochter der Swisscom, bietet Dienstleistungen im Bereich der Sprach- und Datenübertragung auf dem Festnetz sowohl für Endkunden als auch für Weiterverkäufer von ähnlichen Dienstleistungen (sog. Wholesale-Geschäft) an. Die Bluewin, 100% im Besitz der Swisscom Fixnet, bietet insbesondere den Zugang zum Internet durch ADSL an und ist somit auch als ISP zu bezeichnen.

Die eingesetzte Technologie

Bei sog. xDSL-Technologien (Digital Subscriber Line) werden Datenübertragungsdienste mit hoher Geschwindigkeit auf den höheren Frequenzen bestehender Telefonleitungen angeboten, welche für die klassischen Telefondienste nicht genutzt werden. Durch das gleichzeitige Angebot von Sprach- und Datenübertragungsdiensten wird die Leitung somit optimal ausgenutzt. In der Regel kommt es zur Datenübertragung in Paketen gemäss Internet Protokoll (IP).

ADSL steht für Asymmetric Digital Subscriber Line. Diese Technologie bietet verschiedene Bandbreiten vom IP-Netz zum Endkunden sowie vom Endkunden zum IP-Netz an, die von der Swisscom bestimmt werden. Der Endkunde benötigt zum Anschluss an ADSL ein bestimmtes Modem. Auf Seite der FDA sind verschiedene Geräte in den Zentralen einzurichten sowie ein für die Übertragung von IP-Datensätzen geeignetes Netzwerk aufzubauen.

ADSL-Dienstleistungen können von mehreren ISP bezogen werden. Anbieter von ADSL benutzen jedoch alle das Netzwerk der Swisscom um ihre Kunden ans Internet anzuschliessen. Das Netzwerk der Swisscom ist somit als Schnittstelle zwischen Endkunden und seinem ISP zu betrachten, der letztendlich den Zugang zum Internet gewährt. Zwischen Swisscom und dem ISP wird ein Vertrag für die Erbringung von ADSL auf der Wholesale-Ebene abgeschlossen. Somit besteht zwischen Endkunden und Swisscom keine Kundenbeziehung. Zur Erbringung von ADSL offeriert die Swisscom den ISP das Produkt „Broadband Connectivity Service“ (BBCS).

Die Infrastruktur der Swisscom und deren Kosten

Um den Betrieb von BBCS sicherzustellen, wurde ein neues sog. IP-Netzwerk aufgebaut, das vom alten Telefonienetz getrennt und für die Übertragung von IP-Datenpaketen geeignet ist. Dieses Netzwerk dient ausschliesslich der Übertragung von Daten der Produkte BBCS und „Lan-I over IPSS“.

Die zur Erbringungen des BBCS anfallenden Kosten bestehen zu einem gewissen Teil aus Fixkosten. Diese fallen unabhängig von der Anzahl der Kunden, der Dauer des Netzwerkanschlusses und der Datenübertragungsmenge an. In der Regel sind hiermit Skalenerträge verbunden, die wesentlich zur Senkung der Durchschnittskosten pro Einheit beitragen. Fixkosten fallen zum einen für den Aufbau der BBCS-Plattform an, die trotz hohem Initialaufwand aufgrund der Möglichkeit des Bezugs der Plattform durch eine sehr grosse Anzahl von Kunden mit relativ geringen Kosten pro Endkunde verbunden sind. Weiterhin existieren Fixkosten in Form von Vertriebs-, Verwaltungs- Administrationskosten etc. Variable Kosten sind die Prozesskosten, d.h. alle direkten Produktkosten.

Die Preise des BBCS

Aufgrund des Vertrages zwischen Swisscom und dem ISP auf der Wholesale-Ebene werden die Kosten der Nutzung des Netzes der Swisscom mittels BBCS unmittelbar vom ISP und nur mittelbar vom Endkunden getragen. Hierbei fallen einmal Kosten für den „Access“ an. Diese entsprechen der Benutzung der Hochfrequenzen der Kupferlinie. Sie werden pro angeschlossene Leitung, d.h. pro Endkunde berechnet und bestehen aus einer einmaligen Anschlussgebühr sowie einer monatlichen Gebühr in Abhängigkeit von der bereitgestellten Bandbreite. Zusätzlich werden die in Tabelle 6 gezeigten Rabattsätze gewährt.

Tabelle 6: Rabattsätze ‚Access‘

Anzahl des Endkunden des ISP	% Rabatt
< 1000	0%
1000-2999	3%
3000-4999	5%
5000-9999	7%
10000-14999	10%
15000-19999	15%
> 20000	20%

Quelle: RPW 2004/2, S. 414

Die Preise für „Connectivity“ entsprechen der Inanspruchnahme des Netzwerkes der Swisscom zwischen den Quartierzentralen und der Verbindung des ISP ans Netzwerk der Swisscom für die Übertragung der Daten. Auch diese Preise bestehen aus einer einmaligen Gebühr sowie einer wiederkehrenden Gebühr die sich nach der Kapazität (Mbps) bemisst. Die Rabatte für „Connectivity“ lauten wie folgt: 0,5% pro 10Mbps, bis maximal 25% sowie 1% pro Point of Presence (PoP) des ISP.

Die Kosten pro Endkunde entsprechen somit einer Addition der Access- mit dem Anteil der Connectivity-Kosten. Abhängig von der jeweiligen Überbuchungsrate betragen die Connectivity-Kosten in der Regel zwischen 10% und 25% der Gesamtkosten für BBCS.

Die Preissenkung der Bluewin

Im Februar 2002 waren für das Produkt BBCS die Bluewin mit einem Rabatt von 20%, die TDC Switzerland mit einem Rabatt von 7%, Tiscali mit 5%, und VTX, Green und Cybernet mit einem Rabatt von 3% die wichtigsten Kunden der Swisscom. Daneben waren 13 weitere ISP mit je weniger als 1000 Kunden auf dem Markt tätig. Die Bluewin betreute zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung mehr als 20000 Kunden, was ihr die höchste Rabattstufe und somit einen wesentlichen Kostenvorteil gegenüber ihren Konkurrenten zusicherte.

Am 1. März 2002 setzte die Bluewin ihre Endkundenpreise für ADSL-Dienstleistungen herab. Ihre Konkurrenten waren aufgrund ihrer tieferen Rabattsätze nicht in der Lage auf diese Preissenkung zu reagieren.

Der sachlich relevante Markt

Grundsätzlich ist zwischen Retail- und Wholesale-Märkten zu differenzieren, wenn sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet, und es für ein auf einer Marktstufe tätiges Unternehmen wegen hoher Marktzutrittsschranken nicht möglich ist, in die andere Marktstufe einzusteigen. Ausgangspunkt für die Definition und Festlegung von Märkten ist demnach eine Beschreibung der Merkmale der Endkundenmärkte unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebots- und der Nachfrageseite. Danach sind unter Umständen die relevanten Grosskundenmärkte festzulegen.

Der sachliche relevante Markt - Retail

Ausgangspunkt ist das ADSL-Produkt der Swisscom. Folgende Merkmale differenzieren diese Technologie von herkömmlichen dial-up Anschlüssen. Zum einen ist ADSL durch eine hohe Geschwindigkeit der Datenübertragung gekennzeichnet und erlaubt eine gleichzeitige Nutzung von Sprach- sowie Datenübertragungsdiensten über dieselbe Leitung. Zum anderen zahlt der Endkunde in der Regel einen monatlichen Pauschalpreis für ADSL, unabhängig von der Nutzungsdauer und der Datenübertragungsmenge. Somit kann der Kunde ständig im Internet eingewählt bleiben.

Hinsichtlich dieser Eigenschaften bleibt festzuhalten, dass gewisse Dienstleistungen nur über einen ADSL oder einen vergleichbaren Anschluss erbracht werden können und nicht mittels dial-up Zugängen. Diese stellen demnach oftmals keine Substitute zu Breitbanddienstleistungen dar.

Swisscom zitiert eine Reihe von Technologien, welche vergleichbare Eigenschaften aufweisen und ADSL somit vollständig substituieren könnten. Hierbei handelt es sich vor allem um Internet über Fernsehkabel, über Satelliten oder über Stromnetze. Hinsichtlich der vergleichbaren Eigenschaften dieser Produkte könnten derartige Technologien ADSL durchaus unter erheblichen Wettbewerbsdruck setzen, jedoch bleibt im Hinblick auf technische Beschränkung – beispielsweise durch die Aufteilung der Bandbreite beim Fernsehkabel oder hohen Investitionskosten auf Seite der Endkunden bei der Nutzung von Satellitenleitungen – anzumerken, dass diese Produkte ADSL nur begrenzt substituieren könnten.

Andere Technologien wie bspw. Glasfaserleitungen, die Technologie des drahtlosen Teilnehmeranschlusses und Internet mittels Laserübertragung oder UMTS weisen in der Regel ähnliche Probleme auf und stellen somit nur in sehr begrenztem Masse ein Substitut zu ADSL dar. Darüber hinaus bleibt festzuhalten, dass sich viele dieser Technologien noch in der Entwicklungsphase befinden und mit generell geringen Zukunftschancen eingestuft werden.

Aus Sicht des Endkunden stellt das einzige Substitut zu ADSL die Fernsehkabeltechnologie dar, die bislang geographisch jedoch nur sehr begrenzt zur Verfügung steht. Demnach ist von einem Markt für Breitbanddienste auszugehen, der insbesondere die Technologien erfasst, welche die Datenübertragung auf Telefon- Fernsehkabel- oder Elektrizitätsnetzwerken erlauben.

Der sachliche relevante Markt - Wholesale

Für ein auf dem Wholesale-Markt tätiges Unternehmen ist es in der Regel kein Problem, sich auf dem Retail-Markt zu etablieren. Ein Einstieg in den Wholesale-Markt ist jedoch für Unternehmen aus dem Retail-Markt, hinsichtlich der in Netzwerkindustrien üblichen erheblichen Investitionen, praktisch unmöglich. Somit bleibt zu prüfen, ob die Unternehmen, welche das Produkt BBCS beziehen, tatsächlich

auf dem Retail-Markt tätig sind und ob für diese Unternehmen die Möglichkeit besteht, auf dem Wholesale-Markt einzusteigen.

Die Bezieher des Produktes BBCS sind keine Endkunden, sondern „Wiederverkäufer“ des Produktes der Swisscom. BBCS kann aufgrund seiner technologischen Konzeption nicht direkt von Endkunden nachgefragt werden. Swisscom Fixnet bietet Internetzugang an Endkunden nur über ihre Töchter Bluewin sowie Swisscom Enterprise Solutions an.

Weiterhin festzuhalten ist die Tatsache, dass die Kunden der Swisscom Fixnet für das Produkt BBCS in der Regel über kein eigenes Netzwerk verfügen, das ihnen erlauben würde, ohne erhebliche Investitionen auf dem Wholesale-Markt einzusteigen.

Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass nur ISP in Zusammenhang mit dem Produkt BBCS als Marktgegenseite der Swisscom Fixnet zu betrachten sind. Hinzu kommt, dass keiner dieser ISP in der Lage ist, auf dem Wholesale-Markt einzusteigen. Daher ist es gerechtfertigt, zum Zweck der wettbewerbsrechtlichen Analyse den Wholesale- vom Retail-Markt zu unterscheiden und von einem sachlich relevanten Markt für Breitbanddienste auf der Wholesale-Ebene auszugehen.

Der räumlich relevante Markt

Das Produkt BBCS wird in der ganzen Schweiz angeboten, während die ISP das Produkt ebenfalls auf das gesamte Schweizer Gebiet beziehen und zum Teil in der ganzen Schweiz wieder verkaufen.

Da die Hauptkonkurrenten der Swisscom in der gesamten Schweiz tätig sind, kann unterstellt werden, dass die Wettbewerbsverhältnisse in der gesamten Schweiz ähnlich sind und somit eine differenzierte geographische Marktabgrenzung in verschiedenen Regionen keinen Sinn ergibt. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass gewisse Alternativtechnologien nur in Ballungszentren verfügbar sind, da deren Verbreitung relativ schwach ausfällt. Aus diesen Gründen ist ein die ganze Schweiz umfassender räumlich relevanter Markt zugrunde zu legen.

Beurteilung der Marktstellung - Aktueller Wettbewerb

Auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste verfügt die Swisscom über einen Marktanteil von fast 100%, da sie die einzige Anbieterin eines die ganze Schweiz umfassenden Angebotes ist, welches den ISP offen steht. Dieser Marktanteil ist trotz eines starken Wachstums der ADSL-Dienste stabil geblieben.

Für die Marktgegenseite der Swisscom, die ISP, kommen mangels anderer Angebote nur die Wholesale-Dienste der Swisscom in Frage um die Kunden mit ihren ADSL-Diensten zu erreichen. Demnach ist deren Stellung gegenüber der Swisscom schwach. Hinzu kommt, dass der schnell wachsende Markt der ADSL-Dienste der Swisscom eine noch grössere Kontrollmöglichkeit eröffnet. Eine disziplinierende Wirkung des aktuellen Wettbewerbs auf das Verhalten der Swisscom beim Angebot von Breitbanddiensten auf der Wholesale-Ebene ist somit als gering bis nahezu inexistent einzustufen.

Beurteilung der Marktstellung - Potentieller Wettbewerb

Eine Analyse des potentiellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob die Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert wird. Dieser potentiellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es trotz Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, diese rasch erfolgen können und gross genug sind.

Für einen erfolgreichen Marktzutritt bedarf es im Bereich der Breitbanddienste eines bestehenden Netzwerkes. Diese werden zurzeit von den Fernsehkabelunternehmen betrieben. Die WEKO geht davon aus, dass ein Wholesale-Angebot auf Kabelnetzen technisch möglich ist und die Kabelnetzwerke somit eine potentielle Konkurrenz darstellen könnten, auch wenn mittels CATV mit ca. 2 Mio. Anschlüssen wesentlich weniger Kunden erreichbar sind als durch ADSL mit rund 3,8 Mio. Anschlüssen.³⁰

Cablecom ist mit einem Marktanteil von 40-50% der grösste Kabelnetzbetreiber in der Schweiz. Die Wirksamkeit eines Wholesale-Angebotes auf Kabelnetzen hängt in erheblichem Masse von der Teilnahme der Cablecom ab. Die Einführung eines derartigen Angebotes ist laut eigenen Angaben der Cablecom in naher Zukunft jedoch nicht zu erwarten.

Die übrigen Kabelnetzbetreiber, die zusammen einen Marktanteil von 50-60% ausmachen, treten in der Regel alleine auf dem Markt auf, was eine völlig zersplitterte Marktstruktur zur Folge hat. Ein Wholesale-Angebot von einem einzigen oder von wenigen Netzbetreibern hätte demnach aufgrund einer nur sehr begrenzten geographischen Abdeckung kaum Auswirkung auf den Wettbewerb. Mit einem flächendeckenden Angebot wären darüber hinaus erhebliche Investitions- und Transaktionskosten verbunden, welche mit der Wholesale-Lösung der Swisscom gespart werden könnten.

Insgesamt ist also festzuhalten, dass die Einführung eines Konkurrenzangebotes auf der Wholesale-Ebene in der nächsten Zeit nicht zu erwarten und der potentielle Wettbewerb somit als gering einzustufen ist. Da Marktzutritte von den von der Swisscom erwähnten potentiellen Konkurrenten (Satellit,

³⁰ Die genannten Anschlusszahlen beziehen sich auf den Zeitpunkt der Entscheidung und haben sich seitdem in beiden Bereichen substantiell erhöht.

WLAN, UMTS und WLL) auf Retailebene kaum zu erwarten sind, erübrigt sich in diesem Fall eine weitergehende Überprüfung von Marktzutritten auf der Wholesale-Ebene.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts, der die Swisscom rasch und wirksam einem Wettbewerbsdruck aussetzen würde, als gering einzustufen ist. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Wirkung des potentiellen Wettbewerbs nicht genügt, um Swisscom ein unabhängiges Verhalten zu verunmöglichen.

Beurteilung der Marktstellung - Einfluss des nachgelagerten Marktes

Unter Umständen können Wettbewerbsverhältnisse auf dem Endkundenmarkt disziplinierende Einflüsse auf den entsprechenden Grosskundenmarkt ausüben. Dieser Gesichtspunkt muss im vorliegenden Fall gerade wegen der Präsenz der Fernsehkabelnetzbetreiber und der daraus folgenden Konkurrenz zwischen ADSL und CATV auf dem Retail-Markt überprüft werden.

Da die Swisscom durchaus ein Interesse hat, sich gegen die Angebote der Kabelnetzbetreiber zu behaupten – damit ihre Investitionen so rasch wie möglich amortisiert werden – ist davon auszugehen, dass sie in der Festlegung der Preise ihres Wholesale-Angebots nicht völlig frei sein kann. Folgende Gründe sprechen jedoch dagegen, dass die auf der Retail-Ebene ausgeübte Konkurrenz der Kabelnetzbetreiber eine marktbeherrschende Stellung der Swisscom auf der Wholesale-Ebene verhindern kann.

Die Swisscom ist mit ihrer Tochter Bluewin auf dem Retail-Markt für Breitbanddienste vertreten, die mit einem Marktanteil von mehr als 50% der ADSL-Anschlüsse bei weitem Marktführerin unter den Anbietern von ADSL-Dienstleistungen ist. Diese Stellung ermöglicht der Swisscom, einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Endkundenpreise auszuüben. Weiterhin ist die Bluewin wegen der Abdeckung des Swisscom Netzwerkes in der Lage, eine weitaus grössere Anzahl von Kunden zu erreichen (ca. 3,8 Mio.) als die Kabelnetzbetreiber (ca. 2 Mio.). Mit Blick auf die Zukunft ist davon auszugehen, dass ADSL deshalb über einen erheblichen Vorteil verfügt, der sich unter anderem auch im schnelleren Wachstum von ADSL zeigt. Demnach wird Bluewin mit grosser Wahrscheinlichkeit in kurzer Zeit die grösste Anbieterin von Breitbanddiensten in der Schweiz sein. Die Struktur der Kabelnetzbetreiber, die wie zuvor erwähnt durch ein selbständiges Auftreten der einzelnen Betreiber im Markt gekennzeichnet ist, schwächt ausserdem deren Position gegenüber der Swisscom, die ihre einheitliche Plattform selbständig und schweizweit vermarkten kann. Die Bluewin profitiert darüber hinaus von der starken Finanzkraft der Swisscom, die es ihr ermöglicht sich erfolgreich auf dem Markt zu etablieren und eine gute Kundenbasis aufzubauen.

Aufgrund dieser Argumentation ist festzuhalten, dass die Swisscom auch im Retail-Markt über eine nicht zu unterschätzende Marktmacht verfügt und dass der Einfluss der Kabelnetzbetreiber auf die Preisgestaltung der Swisscom im Wholesale-Markt somit als nicht sehr hoch einzustufen ist.

Zwischenergebnis

Aufgrund des mangelnden aktuellen sowie potentiellen Wettbewerbs und des ungenügenden Einflusses des nachgelagerten Marktes ist die Swisscom in der Lage, sich auf dem relevanten Markt von den anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten. Sie ist deshalb gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren.

Unzulässige Verhaltensweisen - Diskriminierung durch die Rabattgestaltung

Am 1. März 2002 kam die Bluewin wegen ihrer mehr als 20.000 Kunden in den Genuss eines Rabattsatzes von 20%. Die zweitgrösste Anbieterin von ADSL-Dienstleistungen, die TDC Switzerland, konnte nur von einem Rabatt von 7% profitieren. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen sog. bevorzugten Rabatt der missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG und als unzulässig zu betrachten ist, wenn die Auslöseschwellen der verschiedenen Rabattstufen verbunden mit den Rabattsätzen dazu führen, dass der Vorteil des Rabatts oder des höheren Rabattsatzes gewissen Marktpartnern vorbehalten wird, so dass ihnen ein nicht durch eine entsprechende Kostensenkung gerechtfertigter Vorteil zukommt. Die Konkurrenten des bevorzugten Unternehmens werden durch solche Rabatte in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert.

Nachstehend ist zu prüfen, ob der Vorteil des Rabatts oder des höheren Rabattsatzes effektiv einem oder mehreren bestimmten Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt vorbehalten wird, ob dieser Rabatt durch das Tätigkeitsvolumen dieses Unternehmens oder durch Skalenerträge zu rechtfertigen ist und ob die Konkurrenten tatsächlich in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert worden sind.

Durch die Rabattgestaltung der Swisscom war allein Bluewin in der Lage, die Preise zu senken, da sie aufgrund des hohen Rabattes von einem bedeutenden Wettbewerbsvorteil profitierte. Somit war der Vorteil des Rabattes effektiv Bluewin vorbehalten. Auch die von der Swisscom vorgenommene Zusicherung eines zusätzlichen Rabattes von 13% konnte an diesem Umstand nichts ändern, da dieser Rabatt an bestimmte Bedingungen geknüpft war und für die ISP ohne Wirkung blieb. Auch die Argumentation

der Swisscom, wonach andere ISP die Zahl von 20.000 Kunden aufgrund des rasanten Wachstums des ADSL-Marktes innerhalb kürzester Zeit hätten erreichen können, ist nicht stichhaltig.

Rabatte lassen sich wettbewerbsrechtlich nicht beanstanden, wenn sie durch das Tätigkeitsvolumen des Unternehmens oder durch Skalenerträge gerechtfertigt werden können. Solche Rechtfertigungsgründe sind demnach mit einer Kostensenkung beim marktbeherrschenden Unternehmen verbunden. Da die Kostenstruktur des Unternehmens im vorliegenden Fall von bedeutenden Fixkosten geprägt ist, was auf Skalenerträge schliessen lässt, ist nachstehend zu prüfen, ob die Kosten der gelieferten ADSL-Leitung an einen bestimmten ISP in Zusammenhang mit der zunehmenden Anzahl Endkunden dieses ISP abnehmen.

Unter den Kostenposten der Swisscom für den Betrieb des BBCS treten mit der wachsenden Anzahl Endkunden eines bestimmten ISP Skaleneffekte auf. Diese sind jedoch zu relativieren, da die Infrastruktur hinsichtlich der Kapazität zum Anschluss des ISP ans Netzwerk der Swisscom aufgrund des Wachstums des ISP laufend angepasst werden muss und somit zusätzliche Kosten verursacht. Da die Kosten des BBCS mit der zunehmenden Anzahl Kunden eines ISP demnach nur in sehr geringem Masse abnehmen, bestehen Skaleneffekte in diesem Bereich kaum. Hieraus folgt, dass Rabatte bis zu 20% beim Access bzw. bis 25% bei der Connectivity aus diesen Gründen nicht anhand des Vorliegens von Skaleneffekten begründet werden können.

Anhand der Entwicklung der Kundenzahl jedes ISP soll geprüft werden, welche Wirkung die Rabattgestaltung auf den Wettbewerb entfaltet. Abbildung 41 illustriert die Marktentwicklung infolge der von der Bluewin vorgenommenen Preissenkung.

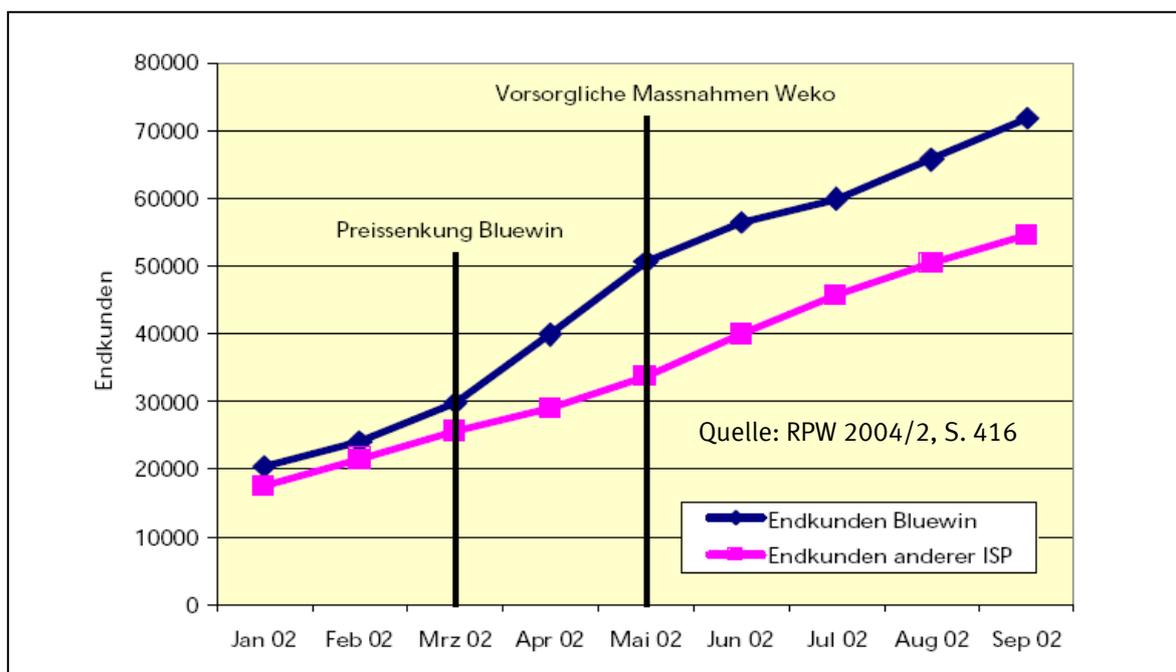


Abbildung 41: Entwicklung der Endkunden im ADSL-Markt

Wie Abbildung 41 zeigt, war die Bluewin aufgrund des erheblichen Wettbewerbsvorteils, den ihr die Rabattgestaltung der Swisscom einbrachte, in der Lage ihren Marktanteil laufend und erheblich zu erhöhen. Die Kundenzahlen ihrer Konkurrenten dagegen stiegen infolgedessen langsamer. Diese Entwicklung wurde mit dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen der WEKO gestoppt.

Durch die Senkung des Preises der Breitbanddienste der Bluewin und durch die Ungleichbehandlung der alternativen ISP gegenüber Bluewin konnte Swisscom die Kosten der Konkurrenten der Bluewin wesentlich erhöhen. Dadurch wurde der wirksame Wettbewerb zwischen Bluewin und den ISP behindert. Damit ist aufgezeigt, dass die Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste missbräuchlich ausnutzte, um die Konkurrenten der Bluewin in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs zu behindern. Dieses Verhalten ist kartellrechtlich unzulässig, sofern es sich durch keine sachlichen Gründe rechtfertigen lässt.

Diskriminierung durch Quersubventionierung

Die Quersubventionierung von Unternehmen kann als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert werden, wenn die Erträge aus einem Monopolbereich die Verluste eines nachgelagerten Dienstes abdecken, welcher ein strukturelles Defizit aufweist. Gemeint ist, dass die Einnahmen dieses Dienstes auf Dauer die eigenen Grenzkosten nicht decken.

Eine prospektive Analyse soll deshalb abklären, ob die Erbringung von ADSL-Diensten durch Bluewin zukünftig einmal rentabel sein kann. Anhand einer Untersuchung des Business Plans der Bluewin kommt diese Analyse zu dem Schluss, dass das ADSL-Geschäft Gewinn bringend sein sollte. Auch wenn diese Zahlen mit grosser Unsicherheit behaftet sind, zeigen sie, dass Bluewin in Zusammenhang mit der Erbringung von ADSL-Diensten mit grosser Wahrscheinlichkeit kein strukturelles Defizit aufweist.

Es ist somit davon auszugehen, dass keine unzulässige Quersubventionierung von Bluewin vorliegt. Hinsichtlich gewisser Unsicherheiten in Zusammenhang mit dem Business Plan kann eine Quersubventionierung je nach Marktentwicklung von vornherein jedoch nicht ausgeschlossen werden.

Verfügung der Wettbewerbskommission

Aufgrund des Sachverhaltes und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Swisscom AG verfügt mittels Swisscom Fixnet AG im Wholesale-Markt für Breitbanddienste über eine marktbeherrschende Stellung.
2. Die Swisscom AG missbrauchte mittels Swisscom Fixnet AG ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziffer 1, indem sie mittels Rabattgestaltung in Zusammenhang mit ihrem Produkt BBCS die ISP gegenüber Bluewin diskriminierte.
3. Der Swisscom AG und der Swisscom Fixnet AG wird untersagt, die Rabattgestaltung im Sinne von Ziffer 2 in den bestehenden Verträgen mit dem ISP oder anderweitig durchzusetzen.
4. Die Swisscom AG respektive die von ihr kontrollierten Gesellschaften werden verpflichtet, während zwei Jahren ab Rechtskraft dieser Verfügung alle Änderungen der Preis- und Rabattgestaltung des Produkts BBCS vorgängig dem Sekretariat der Wettbewerbskommission mitzuteilen.
5. Die Swisscom Fixnet AG wird verpflichtet, die ISP, die das Produkt BBCS beziehen, über den Inhalt dieses Dispositivs innerhalb von drei Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils zu informieren.
6. Zuwiderhandlungen gegen Ziffer 3 bis 5 dieses Dispositives können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 bzw. 54 KG belegt werden.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) hob die Verfügung der WEKO mit Entscheid vom 30. Juni 2005 wegen materieller und formeller Mängel auf (RPW 2005/3, S. 505 ff.). Aus materieller Sicht wurde insbesondere die unzureichende Analyse der Wirkungen des Retailwettbewerbs auf den Wholesalemarkt kritisiert.

4.3 Der Markt für Breitbandverbindungen vor und nach der Entscheidung

Das zentrale Ziel der Fallstudie liegt in der Identifikation von Auswirkungen der Entscheidung der Wettbewerbskommission. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es einerseits notwendig, den Schweizer Markt für Breitbandverbindungen im Hinblick auf verschiedene ökonomische Kriterien international zu vergleichen. Einen solchen Vergleich liefert der folgende Abschnitt 4.3.1 Im Anschluss daran soll in Abschnitt 4.3.2 der Wettbewerb im Schweizer Markt vor und nach der Entscheidung der Wettbewerbskommission eingehender untersucht werden.

4.3.1 Der Schweizer Markt im internationalen Vergleich

Zur Einschätzung der Intensität des Wettbewerbs in der Schweiz ist es zunächst naheliegend, mithilfe ausgewählter Kriterien den Schweizer Markt mit internationalen Märkten zu vergleichen. Da Telekommunikationsdienstleistungen an sich gut operationalisierbar und damit vergleichbar sind, können von einem solchen Vergleich erste wichtige Hinweise im Hinblick auf die beabsichtigte Abschätzung der Wettbewerbsintensität erwartet werden.

Das Broadband Portal der OECD bietet alle für einen solchen Vergleich notwendigen Daten an. In der Folge sollen jeweils diese Daten aufbereitet und im Hinblick auf die festgestellte Performance der Schweiz interpretiert werden. Dabei wird sich an der von der OECD entwickelten Systematik orientiert die zwischen fünf Untersuchungskategorien unterscheidet: Penetration, Usage, Coverage, Prices sowie Services & Speeds. Da für den Bereich Usage keine aktuellen Daten für die Schweiz vorliegen, soll sich im Folgenden auf die verbleibenden vier Kategorien konzentriert werden. Ergänzend soll im Anschluss noch kurz auf die Rolle öffentlicher Investitionen in Telekommunikation eingegangen werden.

Penetration

Sehr allgemein definiert beschreibt die sogenannte Penetration die Durchdringung eines Marktes oder einer Zielgruppe mit Produkten bzw. Technologien. Sie ist damit einerseits ein Mass für die Bedeutung des entsprechenden Objekts sowie gibt andererseits Hinweise auf zukünftiges Wachstumspotential.

Die OECD erhebt eine ganze Reihe von Penetrationsindikatoren. Der wohl grundlegendste ist in Abbildung 42 dargestellt, nämlich eine Darstellung der absoluten Marktgrösse (gemessen in Abonnenten einer Breitbandverbindung) für ausgewählte Staaten.

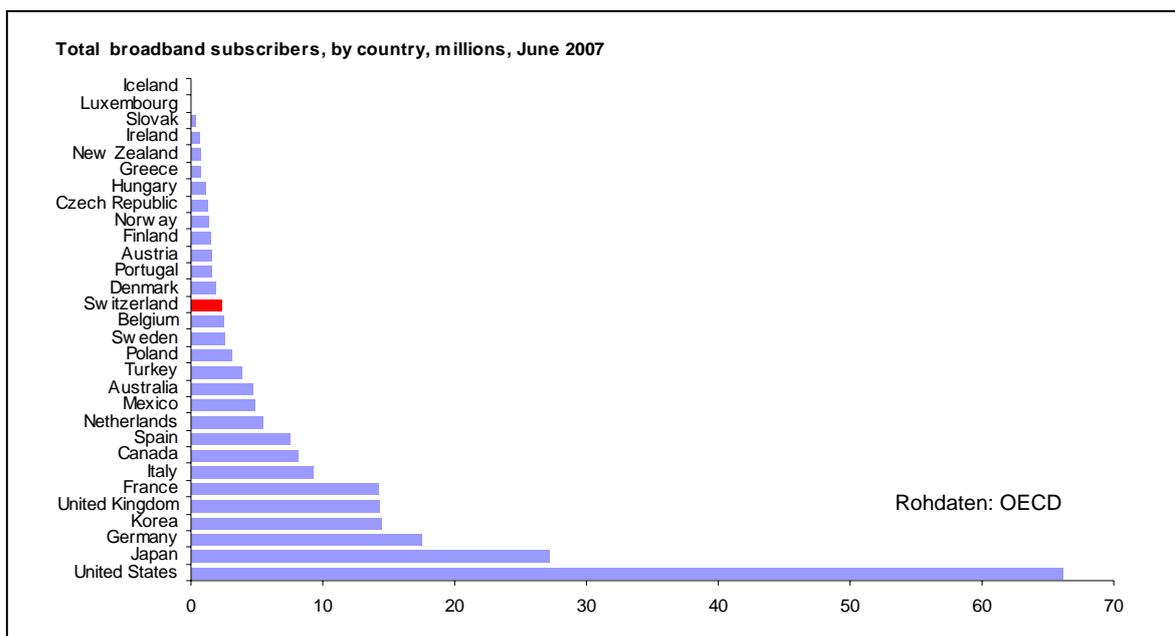


Abbildung 42: Breitbandabonnenten (in Millionen) für ausgewählte Staaten

Wie Abbildung 42 verdeutlicht verfügen die Vereinigten Staaten über die mit Abstand grösste Anzahl von Breitbandabonnenten, gefolgt von Japan und Deutschland. Die Schweiz ist mit ca. 2,3 Millionen Abonnenten im Mittelfeld der OECD Staaten angesiedelt.

Nun ist relativ offensichtlich, dass die Aussagekraft von Abbildung 42 dahingehend beschränkt ist, als sie die jeweilige Bevölkerungsgrösse unbeachtet lässt. Insofern ist es nicht überraschend, dass die Schweiz aufgrund ihrer deutlich geringeren Bevölkerungsanzahl eine absolut geringere Penetration aufweist als beispielsweise die Vereinigten Staaten oder Japan. Ein aussagekräftigeres Mass ist demnach in einem relativen Penetrationsmass zu sehen. Abbildung 43 zeigt beispielsweise die Breitbandabonnenten pro 100 Einwohner für ausgewählte Staaten.

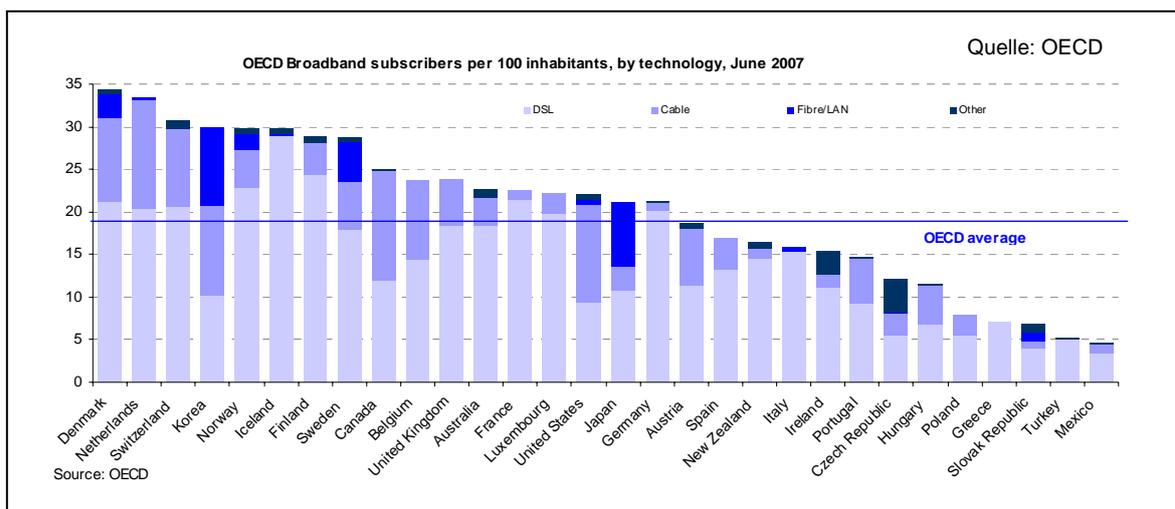


Abbildung 43: Breitbandabonnenten pro 100 Einwohner für ausgewählte Staaten

Wie Abbildung 43 verdeutlicht, fällt ein solcher relativer Vergleich deutlich günstiger für die Schweiz aus. Lediglich Dänemark und die Niederlande erzielen einen leicht höheren Wert als die Schweiz, in der durchschnittlich 30,7 von 100 Einwohnern über ein Breitbandabonnement verfügen.

Neben dieser relativen, aber immer noch statischen Betrachtung ist es in einem folgenden Schritt naheliegend, eine dynamische Komponente einzuführen. Abbildung 44 tut dies, indem sie die Entwicklung der Breitbandpenetrationsraten ausgewählter Länder von 2002 bis 2007 aufzeigt.

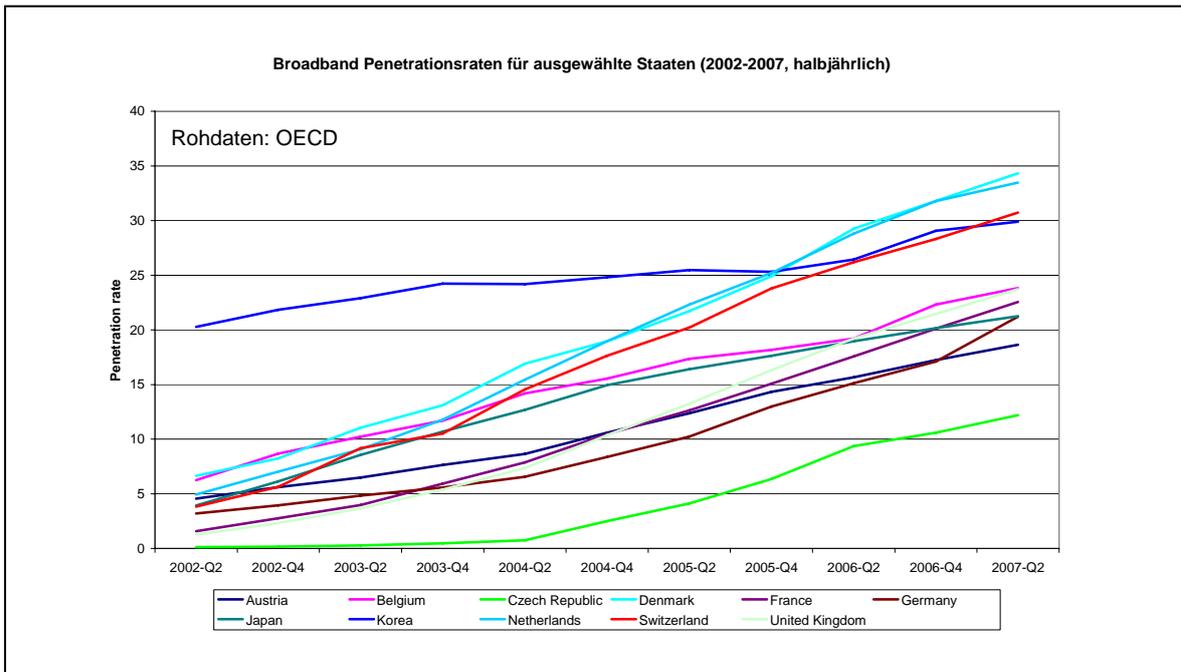


Abbildung 44: Breitband-Penetrationsraten für ausgewählte Staaten im Zeitablauf

Wie Abbildung 44 verdeutlicht, waren die Penetrationsraten in der Schweiz zu Beginn des Breitbandzeitalters lediglich durchschnittlich, stiegen im Laufe des Jahres 2003 aber auf den viertbesten Rang an und verblieben dort bis zu Beginn des Jahres 2007.

Abdeckung

Neben der Erhebung von absoluten und relativen Penetrationsraten von Breitbandabonnenten erhebt die OECD auch Daten zur Breitbandpenetration. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Betrachtung der Abdeckung durch DSL (vgl. Abbildung 45).

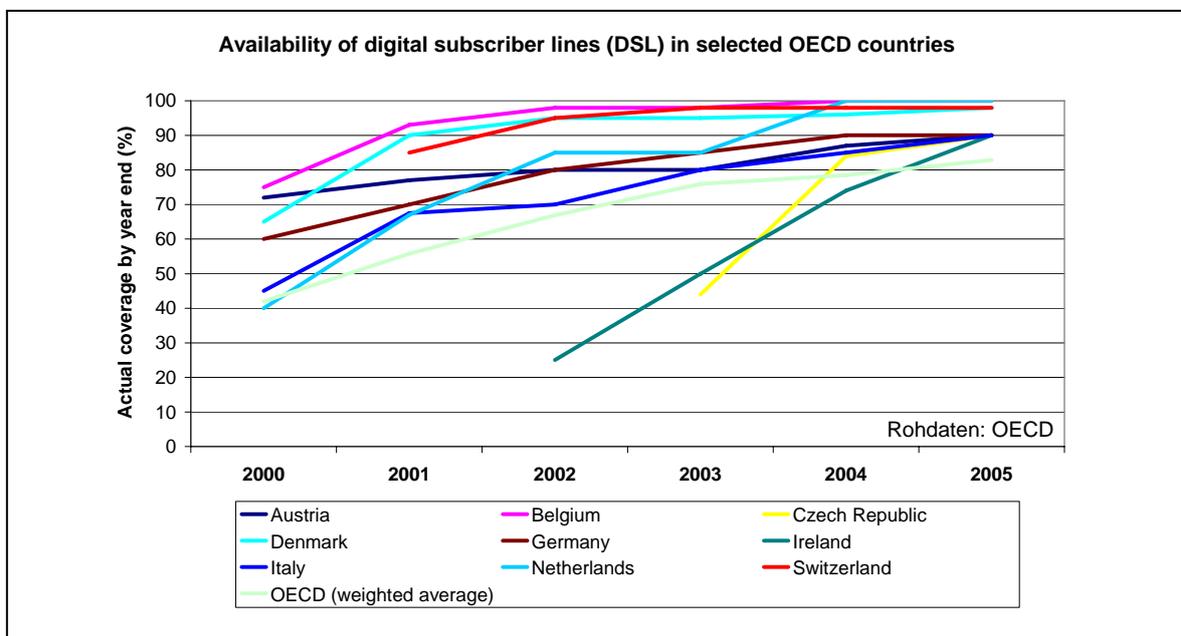


Abbildung 45: DSL Verfügbarkeit in verschiedenen OECD Staaten (2000-2005)

Wie Abbildung 45 verdeutlicht, ist die Verfügbarkeit von DSL in der Schweiz innerhalb weniger Jahre auf nahezu 100% gestiegen. Bereits ein Jahr nach dem Einstieg im Jahr 2000 betrug die Verfügbarkeit rund 85%. Im Vergleich zu anderen (grossen und kleinen) Staaten weisen nur Belgien und die Niederlande vergleichbare Verfügbarkeitsentwicklungen auf. Wenig überraschend belegen diese Länder auch vorde-re Ränge in einem Vergleich der DSL Abdeckung und der Bevölkerungsdichte (vgl. Abbildung 46).

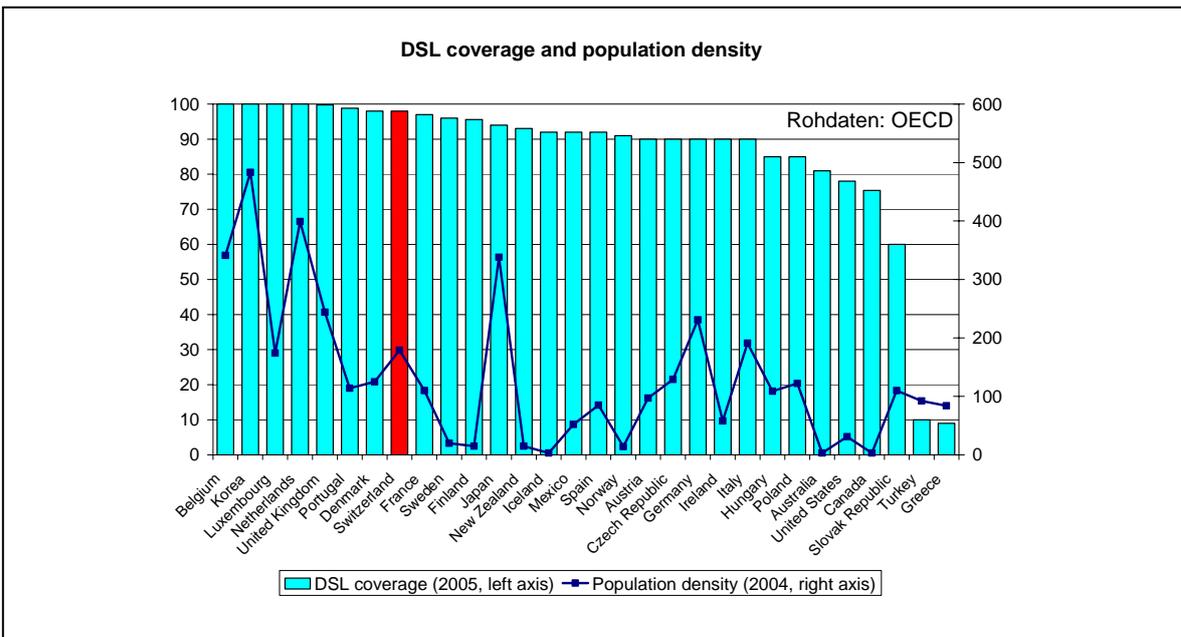


Abbildung 46: DSL Abdeckung und Bevölkerungsdichte

Wie Abbildung 46 zeigt, nimmt die Schweiz auch im weltweiten Vergleich im Jahre 2005 im Bezug auf die Verfügbarkeit von DSL einen vorderen Platz ein. Bemerkenswert ist dennoch, dass Portugal und Dänemark als Länder mit geringerer Bevölkerungsdichte eine im Vergleich zur Schweiz grössere Verfügbarkeit von ADSL aufweisen. Bei der Interpretation der Daten ist allerdings zu beachten, dass nur der DSL Markt betrachtet wird und nicht der gesamte Breitbandmarkt (der auch noch u.a. aus Kabelverbindungen besteht).

Preise

Eine aus wohlfahrtsökonomischer Sicht besondere Bedeutung in der Charakterisierung des Marktes für Breitbandverbindungen ist die Betrachtung des herrschenden Preisniveaus sowie der Preisentwicklung. Die OECD erhebt und veröffentlicht hier eine Fülle von verschiedenen Daten. Von besonderem Interesse ist dabei die Erhebung von Preisspannweiten für die Breitbandnutzung. Abbildung 47 zeigt in diesem Zusammenhang die entsprechenden Spannweiten für ein monatliches Abonnement.

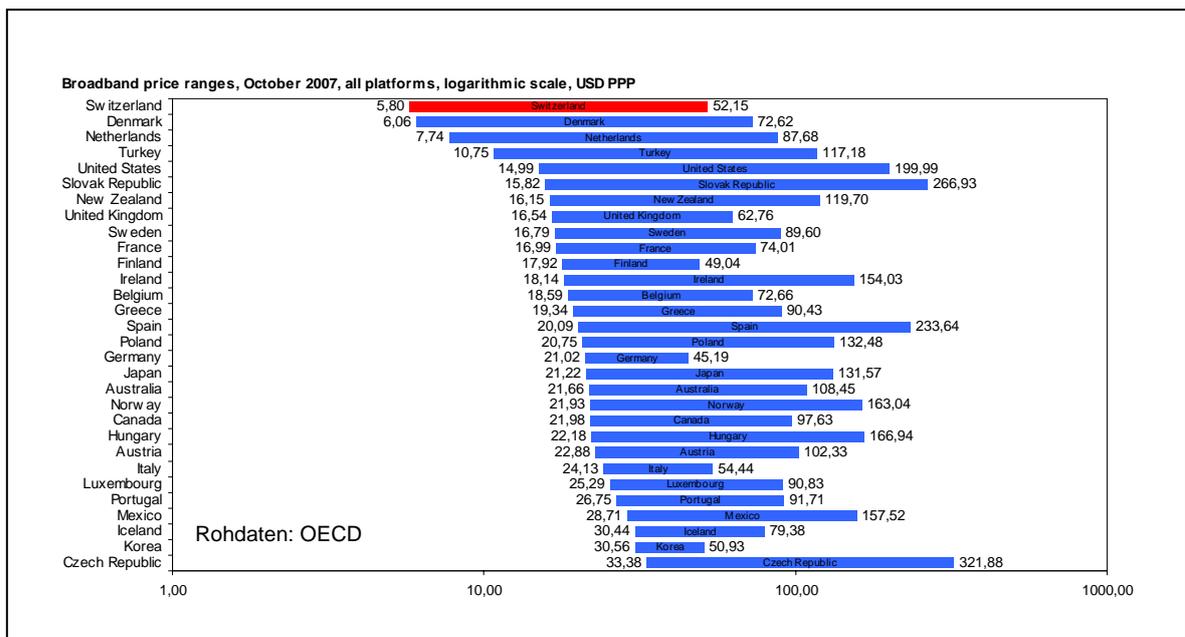


Abbildung 47: Preisspannweite für Breitbandnutzung (monatliches Abonnement) in ausgewählten OECD Staaten

Die Abbildung verdeutlicht, dass die monatlichen Kosten einer Breitbandverbindung zwischen 5,80 und 321,88 USD (PPP) liegen. Korea weist dabei die geringste Preisspannweite auf, die Tschechische Repu-

blik hat das absolut teuerste Angebot. Die Schweiz weist eine relativ grosse Spannweite auf, bietet aber von allen Ländern das günstigste Angebot an.

In Ergänzung zu dieser Betrachtung der Preisspannweiten für ein monatliches Abonnement soll mit Hilfe von Abbildung 48 untersucht werden, in welchem Ausmass Preise und Preisspannweiten pro m bit/s sich möglicherweise unterscheiden. Dies erscheint deshalb wichtig, weil in obiger Abbildung Qualitätsunterschiede nicht berücksichtigt werden.

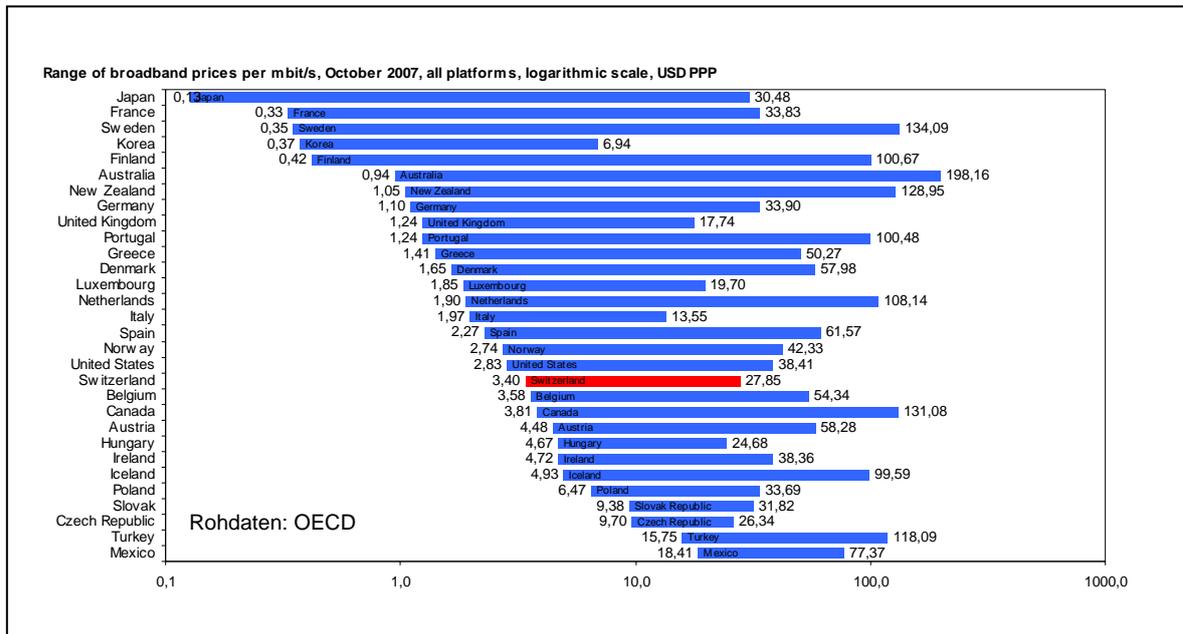


Abbildung 48: Preisspannweite für Breitbandnutzung pro mbit/s in ausgewählten OECD Staaten

Wie Abbildung 48 verdeutlicht, verschlechtert sich die Position der Schweiz deutlich auf Basis eines mbit/s-Vergleichs. Zwar ist die Preisspannweite der Schweiz nun relativ gering, allerdings erscheint selbst das günstigste Angebot als relativ teuer im internationalen Vergleich. Aus dieser Beobachtung kann bereits die Vermutung abgeleitet werden, dass die Schweiz im Bereich der Qualität eine relativ unvorteilhafte Position einnimmt. Eine genauere Untersuchung dieser Zusammenhänge erfolgt im nächsten Abschnitt.

Qualität

Die Messung von Qualität oder Servicequalität ist typischerweise schwierig aufgrund der oftmals existierenden subjektiven Komponente des Qualitätsbegriffs. Im Falle von Telekommunikationsmärkten existieren allerdings zumindest einige Indikatoren, die durchaus objektiven Qualitätscharakter haben. Dies gilt insbesondere für die verfügbaren Upload- und Downloadgeschwindigkeiten. Abbildung 49 zeigt in diesem Zusammenhang die schnellstmöglichen Downloadgeschwindigkeiten im Angebot der jeweiligen alteingesessenen Unternehmen der jeweiligen Länder.

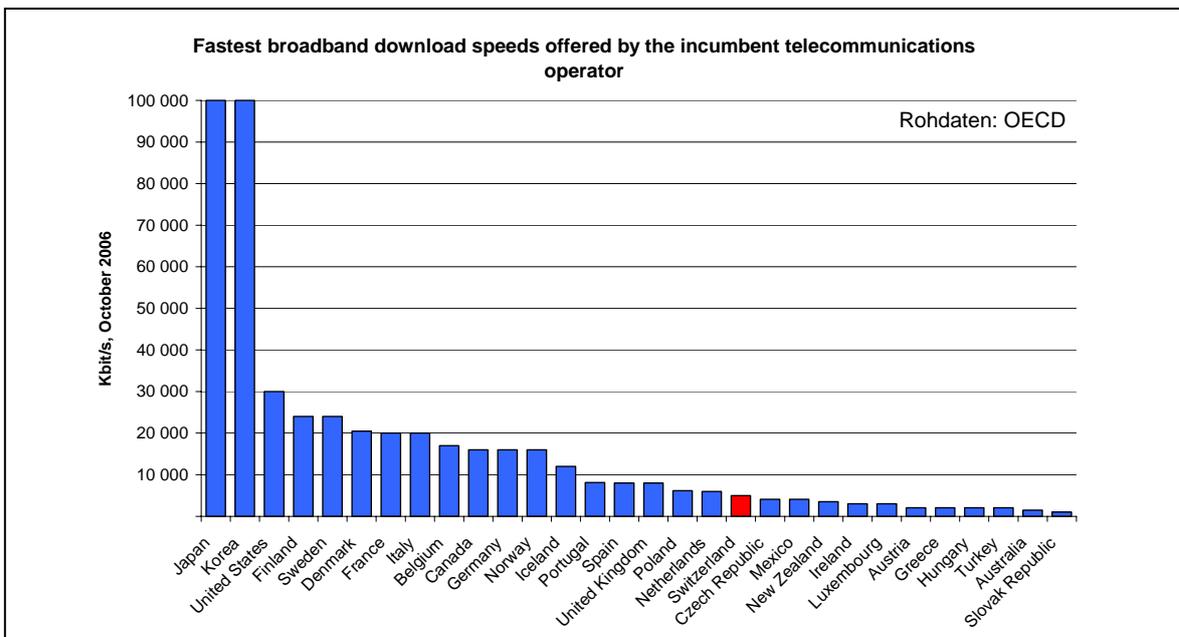


Abbildung 49: Schnellstmögliche Downloadgeschwindigkeiten im Angebot der jeweiligen alteingesessenen Unternehmen

Wie Abbildung 49 verdeutlicht, ist die Schweiz im Bezug auf die schnellstmögliche Downloadgeschwindigkeit im Angebot der jeweiligen alteingesessenen Unternehmen im hinteren Mittelfeld positioniert. Auch Staaten mit vergleichbarer Grösse wie Dänemark, die Niederlande oder Belgien weisen deutlich bessere Werte auf. Die Frage, inwiefern dies auf mangelnde Investitionen bzw. mangelnden Wettbewerbsdruck zurückzuführen ist, kann mit den vorliegenden Daten nicht beantwortet werden.

Öffentliche Investitionen in Telekommunikation

Moderne Telekommunikationsmärkte sind technologiegeprägte Märkte in denen laufend über die Profitabilität entsprechender Infrastrukturinvestitionen entschieden werden muss. Solche Investmententscheidungen sind insbesondere deshalb bedeutsam, da ein Zusammenhang zwischen der Verbesserung der Qualität der entsprechenden Dienstleistungen einerseits und den Investitionen in Infrastrukturen andererseits vermutet werden kann. Ein weiterer interessanter Punkt in diesem Zusammenhang ergibt sich aus der zunehmenden Privatisierung ehemals staatlicher Telekommunikationsunternehmen und der sich anschliessenden Frage, ob und wenn ja welche Auswirkungen solche Privatisierungen auf die Investitionsbereitschaft und damit die Qualität von Infrastrukturen haben. Vor diesem Hintergrund betrachtet Abbildung 50 die absoluten öffentlichen Investitionen in Telekommunikation in ausgewählten OECD Staaten.

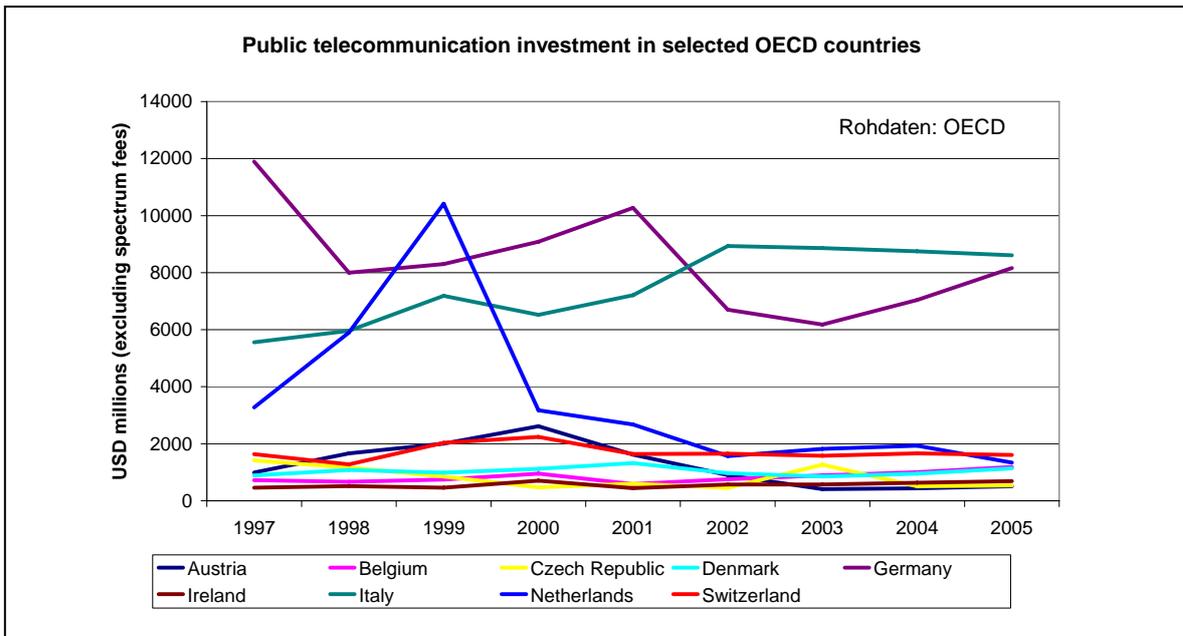


Abbildung 50: Öffentliche Investitionen in Telekommunikation (1997-2005)

Abbildung 50 verdeutlicht, dass das absolute Investitionsniveau in einigen Ländern wie beispielsweise den Niederlanden, Italien oder Deutschland – aus teilweise unterschiedlichen Gründen – relativ unsteigend verlief während solche Auffälligkeiten in anderen Staaten nicht zu beobachten waren. Es ist zu vermuten, dass die jeweiligen Investitionsvolumina der ausgewählten OECD Staaten von der Grösse und der Bevölkerungsdichte beeinflusst werden. Parallel zur Entwicklung in Deutschland ist für die Schweiz ein Anstieg der Investitionen ab 1998 zu erkennen, der vermutlich auf Investitionen in die ADSL-Technologie zurückzuführen ist.

Wie bereits im Bereich der Penetration erläutert, sind Vergleiche absoluter Datenausprägungen von nur beschränkter Relevanz. Abbildung 51 betrachtet daher die öffentlichen Investitionen in Telekommunikation pro Kopf für ausgewählte OECD Staaten.

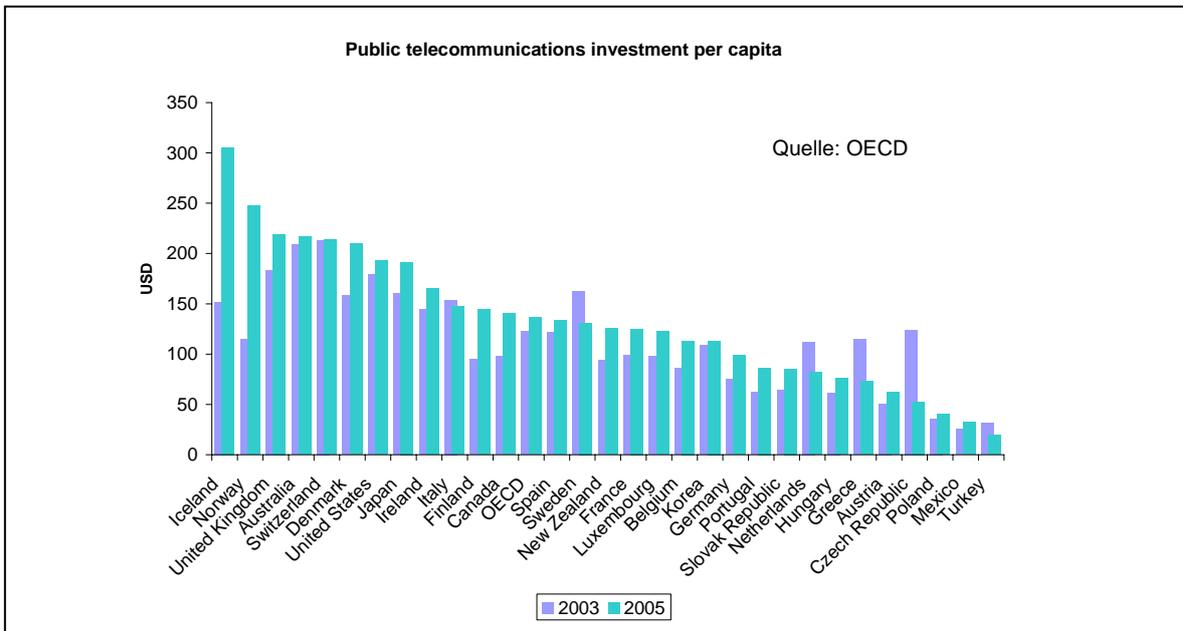


Abbildung 51: Öffentliche Investitionen in Telekommunikation pro Kopf (2003 und 2005)

Im Bezug auf die Investitionsvolumina pro Kopf zeigt die nebenstehende Abbildung für die Schweiz ein hohes und gleichbleibendes Niveau. Dies ist insofern bemerkenswert, als in der Mehrzahl der Vergleichsstaaten von 2003 auf 2005 ein Anstieg der Pro-Kopf Investitionen zu verzeichnen war. Die bereits hohe Verfügbarkeit von DSL in der Schweiz mag eine Erklärung für das stagnierende Investitionsniveau sein, allerdings ist in diesem Zusammenhang auch auf die oben attestierten Qualitätsprobleme im Schweizer Markt hinzuweisen.

4.3.2 Entwicklung des Wettbewerbs im Schweizer Markt

In Ergänzung zur Charakterisierung des Schweizer Marktes für Breitbandverbindungen im internationalen Vergleich ist für die Beurteilung des Wettbewerbs eine genauere Betrachtung des Schweizer Marktes notwendig. Ein naheliegender Start ist dabei die Betrachtung der entsprechenden Anschlusszahlen differenziert nach Wettbewerbern. Abbildung 52 zeigt folglich die Entwicklung der Anschlüsse im ADSL-Markt in der Schweiz von März 2004 bis September 2007.

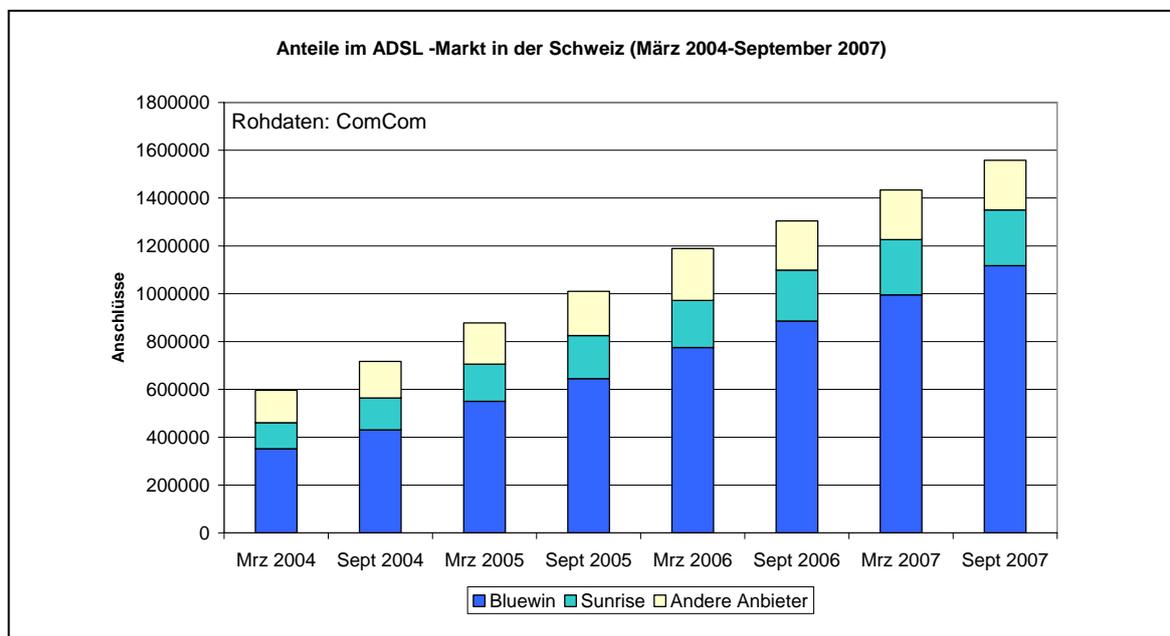


Abbildung 52: Zahl der ADSL-Anschlüsse in der Schweiz (2004-2007)

Wie Abbildung 52 verdeutlicht, hat sich die Anzahl der Anschlüsse zwischen März 2004 und September 2007 fast verdreifacht. Während Sunrise sowie die anderen Anbieter in diesem Zeitraum lediglich ein Wachstum auf moderaterem Niveau verzeichnen konnten, verdeutlicht Abbildung 52 die rasant wachsenden Anschlusszahlen der Bluewin die sich in entsprechenden Marktanteilsgewinnen entsprechend niederschlagen. Im Hinblick auf die Beurteilung der Wertigkeit der Intervention im Rahmen von Swisscom ADSL kann daher bereits an dieser Stelle vermutet werden, dass hierdurch keine strukturellen Änderungen ausgelöst wurden. Die sich bereits damals abzeichnenden Marktanteilsgewinne von Bluewin haben sich im weiteren Verlauf trotz der Intervention eingestellt, wurden aber vermutlich durch den Entscheid etwas gebremst so wie dies Abbildung 41 oben nahelegt. Das stagnierende Wachstum der Wettbewerber im Bereich ADSL könnte darauf zurückzuführen sein, dass in diesem Markt aufgrund der Preisgestaltung der Swisscom im Wholesalemarkt ohnehin kein Geld zu verdienen ist und entsprechende Angebote nur vorgehalten werden um insgesamt wettbewerbsfähige Produktbündel anbieten zu können. Eine im Jahre 2005 eröffnete Untersuchung der WEKO befasste sich dann auch mit der Frage, inwiefern die Preise der Vorleistungsangebote der Swisscom zu hoch angesetzt sind und den anderen Internet Service Providern keine genügende Marge verbleibt um im Markt überleben zu können (sogenanntes Margin Squeezing).³¹

Im Zusammenhang mit der Analyse des Wettbewerbs im Markt für Breitbandverbindungen ist bislang unberücksichtigt geblieben, dass der ADSL-Markt – zumindest nach überwiegender Ansicht der Kommentatoren im Bezug auf die Marktabgrenzung – nur einen Teil des gesamten Breitbandmarktes ausmacht. Dies liegt daran, dass substitutive Dienstleitungen mit Hilfe alternativer Technologien existieren, die die Unternehmen im ADSL-Markt in ihrer Preisgestaltung restringieren. Obwohl es grundsätzlich einige solcher potentiellen Substitute gibt, so ist der derzeit einzig ernstzunehmende Technologiewettbewerber in der Kabeltechnologie zu sehen. Die Schweiz verfügt über ein landesweites Kabelnetz, das sich zu einem grossen Anteil im Eigentum von Cablecom befindet (vgl. Abbildung 53).

³¹ Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2005, Weko eröffnet weitere Untersuchung zu ADSL-Diensten, Bern.

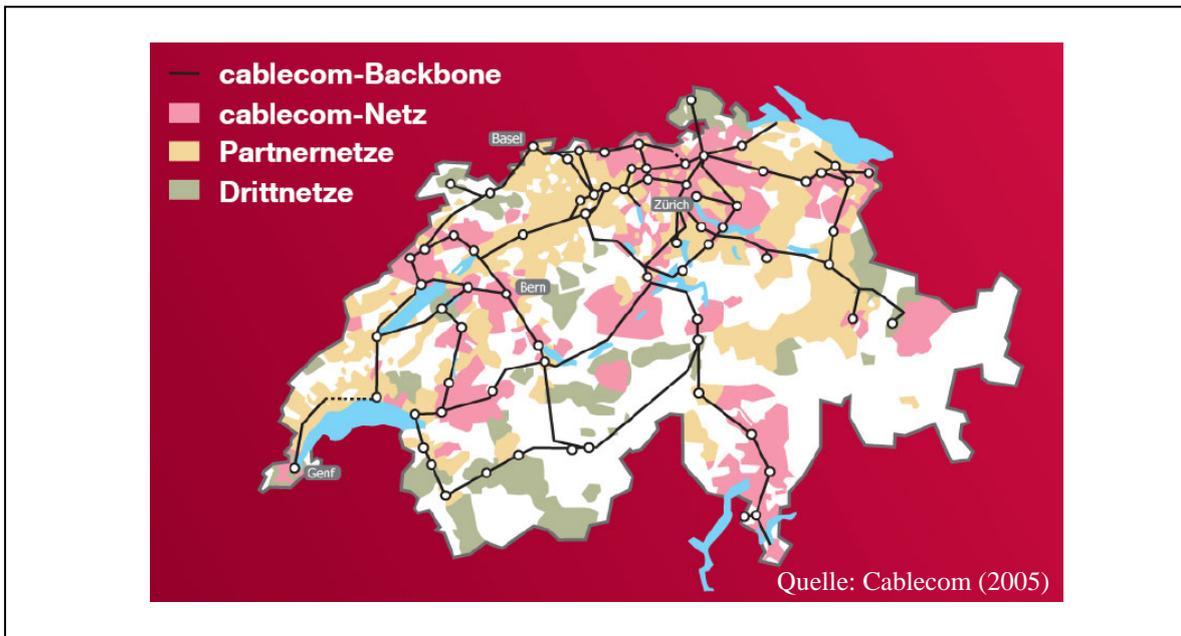


Abbildung 53: Kabelnetzabdeckung in der Schweiz

Wie Abbildung 53 verdeutlicht, deckt das Netz der Cablecom sowie der Partner- und Drittnetze insbesondere die Ballungszentren der Schweiz ab. In diesen Gegenden könnte folglich prinzipiell ein intensiver Wettbewerb mit ADSL-Anbietern erwartet werden, das festgestellte überhöhte Preisniveau in der Schweiz lässt allerdings eher den Schluss zu, dass diese Marktkräfte derzeit nur beschränkt wirken. Insbesondere in Ballungszentren müsste man ansonsten niedrigere Preise als in Randregionen erwarten. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu bemerken, dass es sich beim BBCS (als Vorleistung zu ADSL-Angeboten) um eine unregulierte Dienstleistung handelt und es der Swisscom somit im Falle eines starken Wettbewerbsdrucks möglich wäre, in Ballungszentren tiefere Preise anbieten. In der Grundversorgungspflicht ist gemäss Art. 16 Abs. 2 Bst. c der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) einzig vorgesehen, dass ein Breitband-Internetzugang mit einer garantierten Übertragungsrate von 600/100 Kbit/s angeboten werden muss. Bei den anderen ADSL-Angeboten, d.h. angesichts der niedrigen in der FDV vorgesehenen Übertragungsrate eigentlich bei allen Angeboten, ist Swisscom in der Preissetzung, auch hinsichtlich möglicher regionaler Unterscheidungen, völlig frei.

Um ein Gefühl für die Bedeutung der Kabeltechnologie im Breitbandmarkt der Schweiz zu geben, zeigt Abbildung 54 die Entwicklung der CATV Zugangsleitungen in ihrer absoluten Anzahl als auch in % der Bevölkerung.

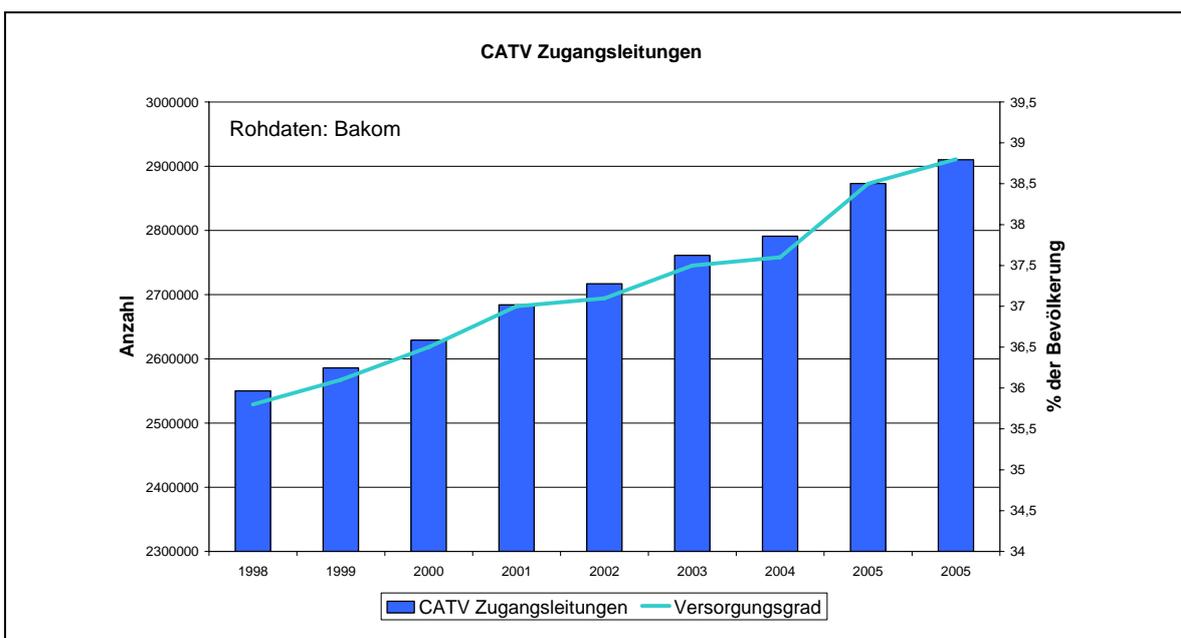


Abbildung 54: CATV Zugangsleitungen (1998-2006)

Wie Abbildung 54 verdeutlicht, ist die Anzahl an CATV Zugangsleitungen in den letzten Jahren relativ stetig angestiegen auf über 2,9 Millionen im Jahre 2006. Der entsprechende Versorgungsgrad lag im Jahr 2006 bei knapp unter 40% der Bevölkerung, das heisst in knapp 40 % der Haushalte besteht eine tatsächliche Wahlmöglichkeit zwischen ADSL-Angeboten und Kabel-Angeboten und es ist demzufolge ein entsprechender Wettbewerb zu vermuten.

Darüber hinaus gibt es Indizien dafür, dass die Kabeltechnologie in der Schweiz weiter an Bedeutung gewinnen wird. So zeigt beispielsweise Abbildung 55, dass der Anteil digitaler TV-Haushalte am Total aller nationalen TV-Haushalte im europäischen Vergleich nach wie vor gering ist. Dies könnte auf ein bestehendes Wachstumspotential hindeuten.

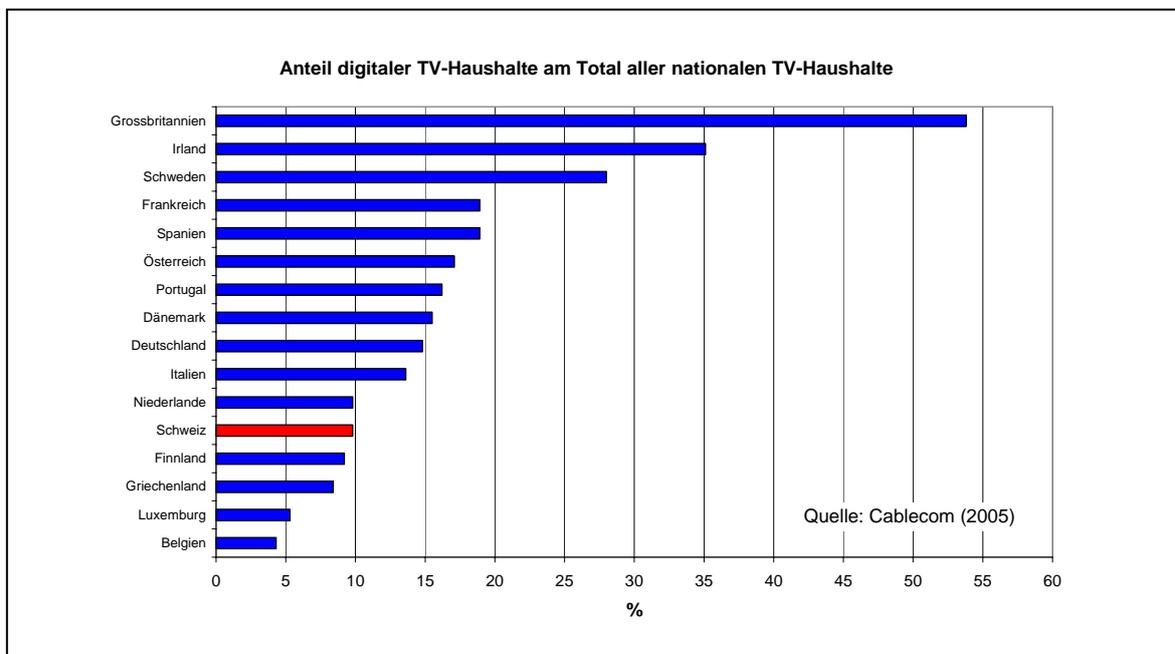


Abbildung 55: Anteil digitaler TV-Haushalte am Total aller nationalen TV-Haushalte

Dieses Wachstum könnte auch davon begünstigt werden, dass die Kabeltechnologie im Vergleich zur ADSL-Technologie bereits heute Preis- als auch Qualitätsvorteile aufweist. Insbesondere die so genannten Triple bzw. Quadrupel Play Angebote machen den Wechsel zu einem Kabelanbieter zunehmend attraktiv und setzen die ADSL-Anbieter zunehmend unter Druck.

Basierend auf der Erkenntnis, dass der Markt für Breitbandverbindungen in der Schweiz aus ADSL- und Kabeltechnologien besteht kann sich im Folgenden mit der Entwicklung der Marktanteile befasst werden. Marktanteile gelten gemeinhin als ein Indiz im Rahmen der Beurteilung der Intensität des Wettbewerbs in einem Markt. Abbildung 56 zeigt in diesem Zusammenhang die Marktanteile des Breitbandmarktes für die gesamte Schweiz für die Jahre 2000 bis 2005.

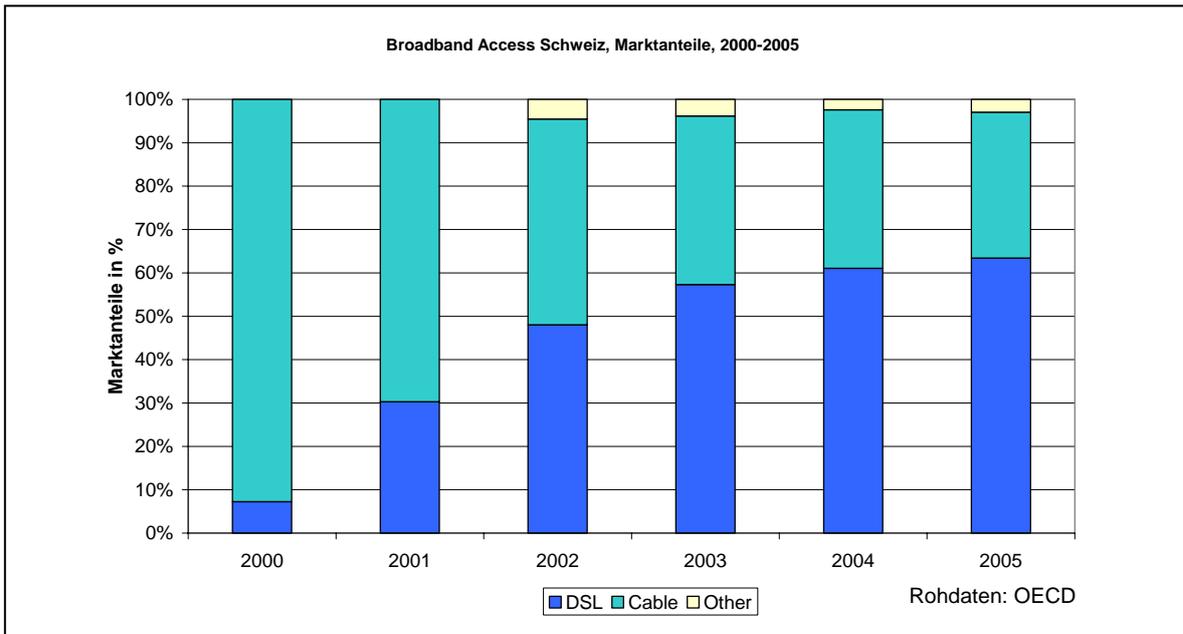


Abbildung 56: Entwicklung des Breitbandmarktes in der Schweiz (2000-2005)

Die Entwicklung des gesamten Breitbandmarktes in der Schweiz zeigt zu Beginn hohe Marktanteile für die Kabelnetzbetreiber die in den Folgejahren stark zugunsten der DSL Anbieter abbauten. Sonstige Technologien spielen – wie schon vermutet – eine untergeordnete Rolle. Zur weiteren Einordnung der Entwicklung in der Schweiz zeigt Abbildung 57 die Entwicklung der Breitbandmärkte in Belgien, Österreich, Dänemark und den Niederlanden.

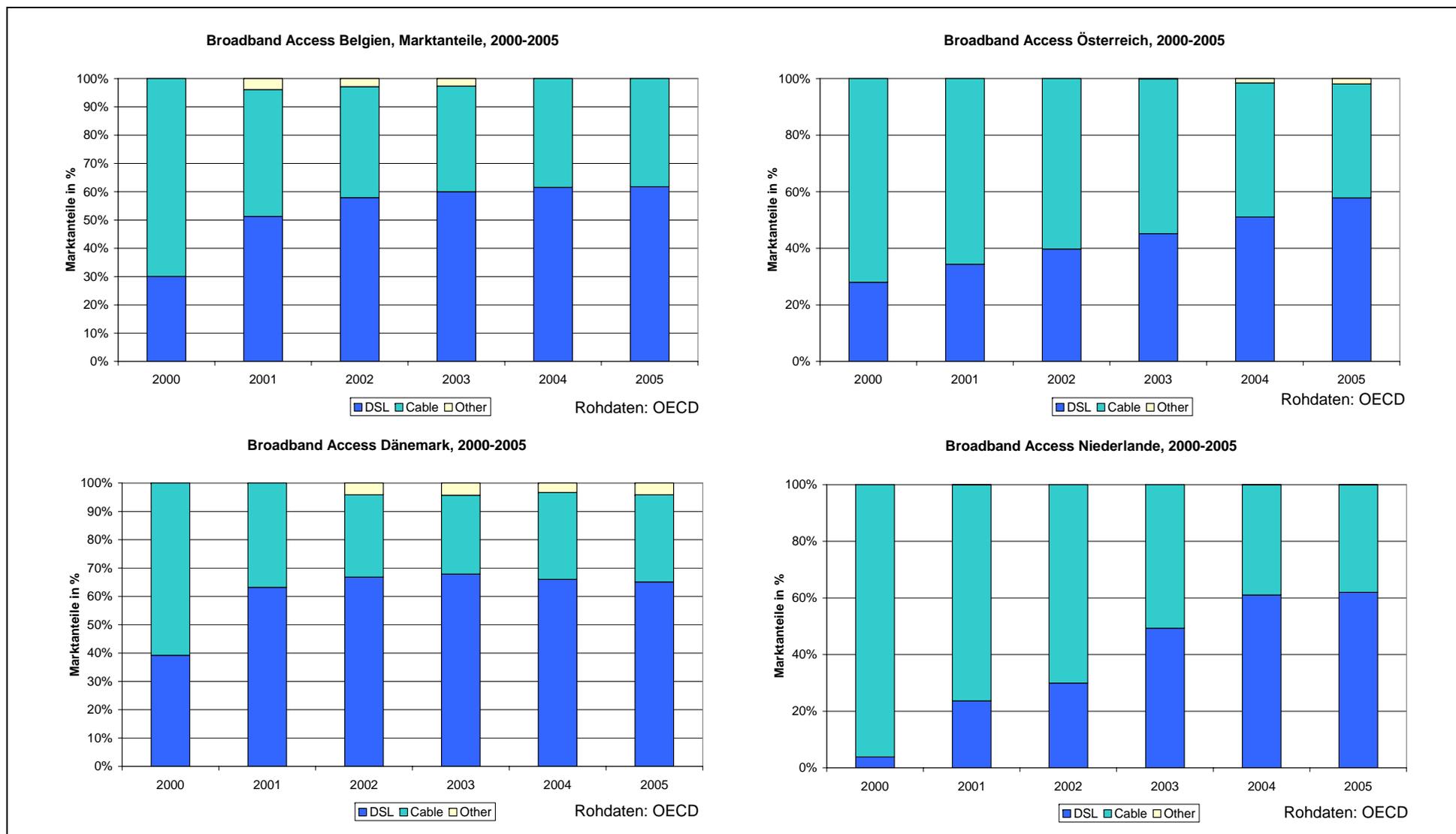


Abbildung 57: Entwicklung der Breitbandmärkte in Belgien, Österreich, Dänemark und den Niederlanden

Der Vergleich zu anderen Staaten in Abbildung 57 zeigt, dass die Marktanteilsgewinne der DSL-Anbieter in der Schweiz relativ rasant verlaufen sind. Diese Entwicklung könnte durch die inzwischen von der WEKO als unzulässig befundenen Rabattvorteile für Bluewin beeinflusst worden sein. In allen betrachteten Staaten ist beobachtbar, dass die Kabeltechnologie in gewisser Weise einen ‚first-mover advantage‘ hatte, diesen aber recht schnell verlor. In allen Fällen hat die DSL-Technologie inzwischen deutlich höhere Marktanteile als die konkurrierende Kabeltechnologie obwohl – wie unten für die Schweiz noch gezeigt wird – die Kabelanbieter oftmals günstigere und qualitativ hochwertigere Produkte anbieten. Als eine Erklärung für diese Entwicklung wird beispielsweise in einem Gutachten der Wettbewerbskommission vom 3. September 2007 (siehe dazu RPW 2008/1, S. 222ff.) betreffend schneller Bitstromzugang dargelegt, dass die DSL-Technologie meistens auf dem Festnetz der historischen Betreiberin aufbaut, während alternative Technologien von zahlreichen Betreiberinnen entwickelt werden müssen, die im Allgemeinen über weniger ausgedehnte Netze verfügen. Die historische Betreiberin verfügt gemäss der Studie dank der Bereitstellung der Telefonanschlüsse über ein landesweites Netz und eine grosse Kundenbasis, wodurch sie eindeutig einen Vorteil hat in Bezug auf die Flächenabdeckung und die Rentabilisierung des Marketingaufwands.

Wir schon im Rahmen des internationalen Vergleichs, ist eine Analyse des Preisniveaus für Breitbandverbindungen in der Schweiz ein notwendiger Bestandteil einer Charakterisierung des Marktes. Einleitend verdeutlicht Abbildung 58 die Entwicklung der Kosten und Bandbreiten der entsprechenden Dienste in der Schweiz von 2001 bis 2007.

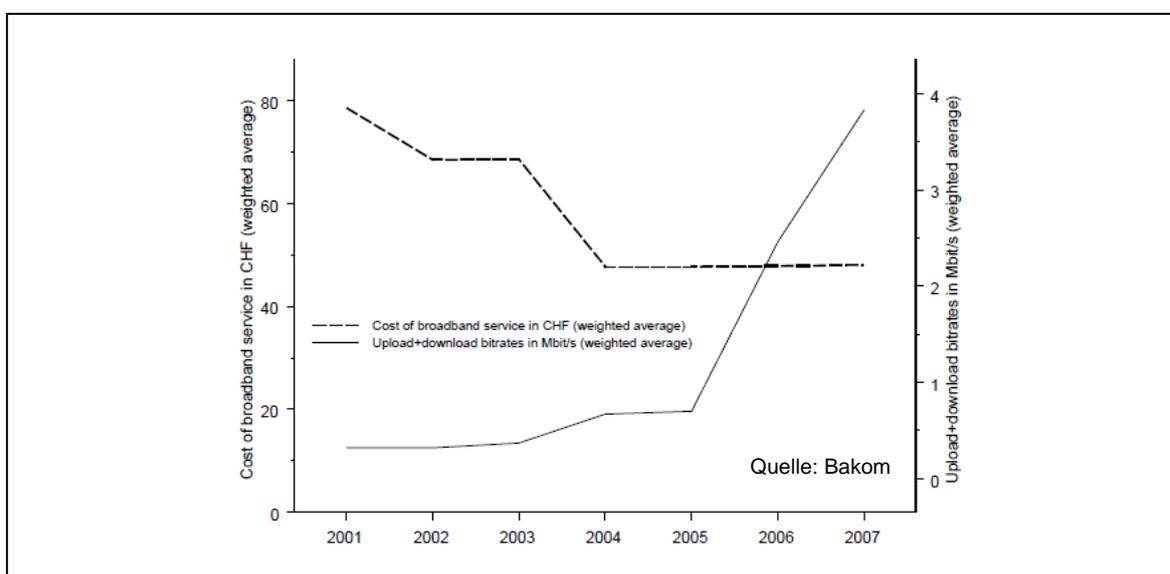


Abbildung 58: Kosten der Breitbanddienste und Bandbreiten (2001-2007)

Abbildung 58 verdeutlicht, dass die absoluten durchschnittlichen (gewichteten) Kosten der Breitbanddienste seit einigen Jahren stagnieren auf einem Niveau knapp über CHF 40 stagnieren. Die Qualität der entsprechenden Verbindung hat sich jedoch insofern deutlich verbessert, als sich die Upload- und Download-Geschwindigkeiten insbesondere in den letzten Jahren massiv erhöht haben. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass es sich dabei um maximal verfügbare Geschwindigkeiten handelt, die sich in Abhängigkeit des Verkehrs auf dem Netz deutlich von den verfügbaren Geschwindigkeiten unterscheiden können.

Diese Konstellation von konstanten Preisen bei wesentlich verbesserter Produktqualität legt nahe, dass ein Mass der standardisierten Kosten einen stark fallenden Verlauf aufweisen muss. Abbildung 59 bestätigt diese Vermutung.

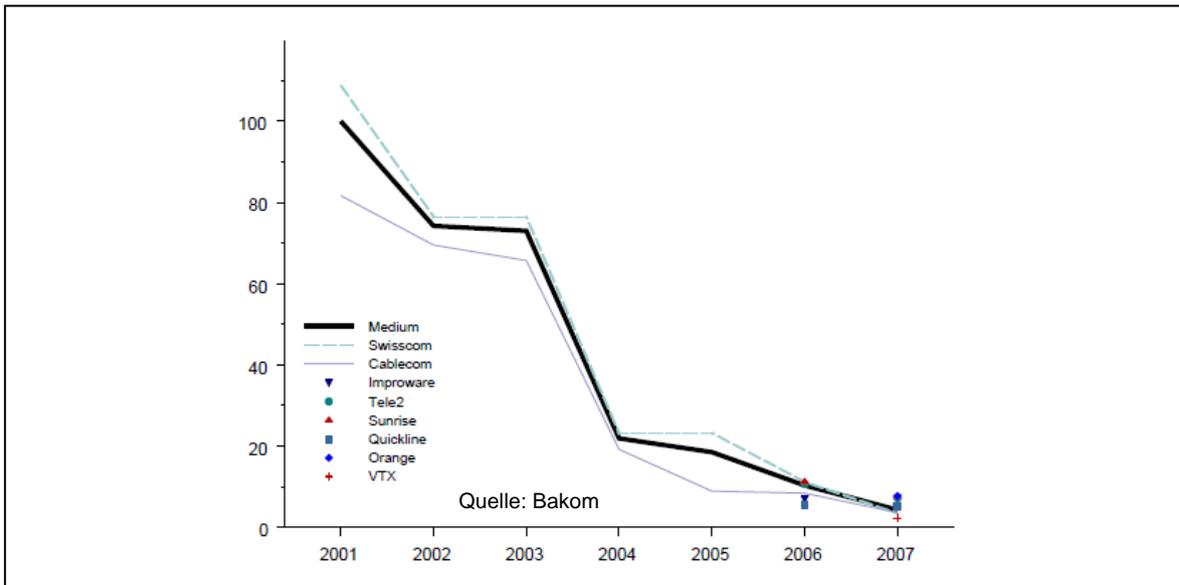


Abbildung 59: Standardisierte Kosten der Breitbanddienste (2001-2007)

Abbildung 59 zeigt Indizes der bezogen auf die Bandbreite standardisierten monatlichen Kosten der günstigsten Breitbanddienste nach Anbieterin (100=gewichteter Index des Zeitraums 2001). Es ist ein starker Rückgang der standardisierten Indizes erkennbar, der zurückzuführen ist auf steigende Übertragungsraten bei konstanten Preisen.

Den Abschluss der Analyse der Preisentwicklung soll ein Vergleich der Preis-/ Qualitätsoptionen für die Breitbandnutzung in der Schweiz bilden. Tabelle 7 liefert einen solchen selektiven Überblick.

Tabelle 7: Preis-/ Qualitätsoptionen für Breitbandnutzung in der Schweiz im Oktober 2006

Company	Type	Plan	Down	Up	Price USD	Price USD PPP	USD/MB	USD/MB PPP
Bluewin	ADSL	ADSL 2000	2 000	100	39,39	27,54	19,69	13,77
Bluewin	ADSL	ADSL 3500	3 500	300	55,46	38,78	15,85	11,08
Bluewin	ADSL	ADSL 5000	5 000	300	79,58	55,65	15,92	11,13
Tele2	ADSL	ADSL 2000/100	2 000	100	35,37	24,73	17,68	12,37
Tele2	ADSL	ADSL 3500/300	3 500	300	51,44	35,97	14,70	10,28
Tele2	ADSL	ADSL 5000/300	5 000	300	75,56	52,84	15,11	10,57
Cablecom	Cable	hispeed 3000	3 000	300	17,92	12,53	5,97	4,18
Cablecom	Cable	hispeed 4000	4 000	400	24,11	16,86	6,03	4,22
Cablecom	Cable	hispeed 6000	6 000	600	38,18	26,70	6,36	4,45
Ø			3 778	300	46,33	32,40	13,03	9,12

Quelle: OECD (2007)

Wie Tabelle 7 verdeutlicht, sind die Angebote von Cablecom deutlich günstiger als die ADSL Angebote und im Regelfall auch von höherer Qualität. Aus der Beobachtung, dass Bluewin dennoch Marktanteilszuwächse verzeichnen kann die Vermutung abgeleitet werden, dass der aktuelle Wettbewerbsdruck im Breitbandmarkt nicht ausreichend ist (siehe dazu auch die Erläuterungen weiter oben in diesem Ab-

schnitt). Der Preisvorteil direkter Wettbewerber im ADSL-Markt ist gering. Dies verdeutlicht die Relevanz der Bluewin Preissenkung sowie die Bedeutung des Eingriffs der WEKO im Rahmen des Swisscom ADSL-Falls.

4.4 Abschätzung der volkswirtschaftlichen Effekte der Entscheidung

Die Abschätzung der volkswirtschaftlichen Effekte der Entscheidung soll in drei Unterabschnitten erfolgen. Im folgenden Abschnitt 4.4.1 wird auf die Notwendigkeit einer effizienten Regulierung als Grundlage für funktionierenden Wettbewerb im Telekommunikationssektor eingegangen. Abschnitt 4.4.2 betrachtet dann Rabattsysteme aus ökonomischer Sicht und versucht eine Einschätzung der Korrektheit der Entscheidung der WEKO. Abschnitt 4.4.3 ist schliesslich der Einschätzung am Verfahren beteiligter Parteien vorbehalten: Swisscom und Sunrise.

4.4.1 Effiziente Regulierung als Grundlage funktionierenden Wettbewerbs

Eine wesentliche ökonomische Erkenntnis – die letztlich massgeblich zur Deregulierung vieler Netzindustrien geführt hat – liegt in der Feststellung, dass Wettbewerb auch in Netzwerkindustrien mit monopolistischen Elementen möglich ist. Eine zentrale Voraussetzung für das Entstehen solchen Wettbewerbs im Dienstebereich ist eine effiziente Regulierung der monopolistischen Bereiche. Wird dies von staatlicher Seite nicht durch ein entsprechendes Regulierungsschema sichergestellt, so haben es die Konkurrenten der ehemaligen Staatsbetriebe schwer, sich im (ungleichen) Wettbewerb zu behaupten.

Der ökonomischen Literatur sowie der aktuellen Diskussion lässt sich entnehmen, dass dieses Zusammenspiel zwischen Regulierung und Wettbewerb in der Schweiz derzeit noch suboptimal ausgestaltet ist.³² Um entsprechende Argumente zu verdeutlichen, soll im folgenden zunächst ein kurzer historischer Überblick der Regulierung des Schweizer Telekommunikationsmarktes sowie ein Überblick über die gesetzlichen Grundlagen gegeben werden. Anschliessend werden dann einige grundsätzliche Probleme und Verbesserungsvorschläge diskutiert.

Kurzer historischer Überblick

Die erste Stufe der Liberalisierung im Telekommunikationssektor vollzog sich in der Schweiz im Jahr 1992 mit der Reform der Gesetzgebung für die Telegraph- und Telefonkorrespondenz. In dieser neuen Gesetzgebung wurde die Liberalisierung des sog. breiten Sortimentes des Dienstleistungsmarktes beschlossen, worunter bspw. der Austausch von Nachrichten oder auch Erinnerungsdienste fallen. Für die Bereitstellung der grundlegenden Leistungen wie z.B. Telefondienste oder Leistungen rund um das Fernschreibenetz behielt die Swiss PTT weiterhin das Alleinverkaufsrecht (Monopol). Rasanter technologischer Fortschritt und das Ziel, den Wettbewerb zu fördern führte jedoch dazu, dass die Bemühungen der Schweiz, die verschiedenen Märkte des Telekommunikationssektors zu liberalisieren, mit denen der EU vergleichbar sind. Mit dem Antrag auf Liberalisierung der Telekommunikation ergriff der Bundesrat am 10. Juni 1996 die Initiative, die hierfür notwendigen Änderungen einzuführen. Das Bundesgesetz wurde am 30. April 1997 verabschiedet und trat am 1. Januar 1998 in Kraft (am selben Datum wurden auch die gesetzgebenden Rahmenbedingungen für die europäische Telekommunikation wirksam). Während der zwei Jahre, die dieser Liberalisierung vorausgingen, etablierte sich eine beträchtliche Anzahl von Firmen in der Schweiz und bereitete sich darauf vor, in diesen neuen wettbewerblichen Markt einzutreten. Das gesetzliche Monopol der Swiss Telecom PTT im Bereich der Telekommunikation war hiermit beendet. Ebenso wurden die Leistungen im Postbereich vom bislang landesweiten Telekomanbieter getrennt. Am 1. Oktober 1997 wurde die Swiss PTT in eine öffentliche „limited-traded“ Unternehmung umgewandelt und änderte ihren Namen in Swisscom AG. Mit der Entscheidung, auch anderen Anbietern die Möglichkeit einzuräumen ihre Dienste im Bereich der Telekommunikation im Wettbewerb mit der Swisscom anzubieten, machte die Schweiz den entscheidenden Schritt einen bisher monopolistisch organisierten Markt in einen wettbewerblichen Markt umzuwandeln.

Gegenwärtige gesetzliche Rahmenbedingungen

Das Bundesgesetz, das in der Schweiz die Liberalisierung und die Regulierung des Telekommunikationssektors einführte, trat am 1. Januar 1998 in Kraft. Der Bundesrat ergriff im Juni 1996 die Initiative und beantragte dessen Liberalisierung. Im August desselben Jahres nahm das Bundesparlament seine diesbezüglichen Überlegungen auf und bewilligte das Gesetz mit einer endgültigen Abstimmung am 30. April 1997. Die Begutachtung des Gesetzes, welches die grundlegende Veränderung des Telekommuni-

³² Siehe dazu unter anderem auch ein Interview mit Marc Furrer, Präsident der ComCom, mit dem Titel „Als Regulator machen wir den Wettbewerb erst möglich“, verfügbar unter <http://www.comcom.admin.ch/dokumentation/00442/00745/index.html?lang=de>

kationssektors in der Schweiz vorsah, beanspruchte weniger als ein Jahr. Dieses neue Fernmeldegesetz geht einher mit einer Reform des Postdienstes und vollzieht die Trennung von Dienstleistungen im Telekommunikations- und im Postbereich rechtsgültig. Dies veranschaulicht einerseits, dass dieser Thematik vom Gesetzgeber eine hohe Bedeutung beigemessen wird und zeigt andererseits die Dringlichkeit, ein Gesetz zu verabschieden, das sowohl technologische, kommerzielle und politische Entwicklungen im Telekommunikationssektor in Betracht zieht. Anbieter derartiger Dienstleistungen müssen sich bei der Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) eine Genehmigung einholen. Im Bereich der fixen Telekommunikation besitzt Swisscom ein Monopol über die letzte Meile und ist daher nicht dazu verpflichtet, Dritten den Zugang zum Teilnehmeranschluss zu gewähren. Dies ist relevant zum einen für die Telephonie über Drahtleitungen als auch für den Wettbewerb im Segment der Datenübertragung zu sehr hohen Geschwindigkeiten, welches insbesondere für die Entwicklung billiger Internetdienste wichtig ist. Im Februar 2003 strebte der Bundesrat eine Marktöffnung der letzten Meile sowie eine Entbündelung derselben in einzelne Branchen an. Um dies zu erreichen wurde das Gesetz betreffend der Dienstleistungen im Telekommunikationssektor ergänzt, um beide Formen der Entbündelung (geteilter und vollständiger Netzzugang) unter den Zugangsregeln zusammenzubringen. Der Bundesrat erachtete diese gesetzliche Basis für die Öffnung der letzten Meile mittels Regulierung als ausreichend. Eine gesetzliche Marktöffnung hätte sehr viel mehr Zeit in Anspruch genommen. ComCom, die den Standpunkt des Bundesrates zur gesetzlichen Basis hinsichtlich der Einführung eines geteilten sowie eines vollständigen Netzzuganges befürwortete, erliess hierzu eine Verfügung im Rahmen eines Interkonkonnktionsverfahrens, die von TDC Switzerland (Sunrise) im Juli 2003 gegen Swisscom eingereicht wurde und die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses betraf. Diese Entscheidung wurde jedoch beim Bundesgericht angefochten, welches den Widerspruch mit der Begründung aufrecht erhielt, dass die Gesetzesergänzung keine ausreichende gesetzliche Basis für eine Entbündelung der lokalen Leitung darstelle.

Die Gesetzgebung zu Dienstleistungen im Telekommunikationssektor, die im April 2003 eingeführt wurde, verpflichtete Anbieter derartiger Leistungen, die über eine dominante Position in diesem Markt verfügten, dazu, sowohl einen vollständigen als auch einen geteilten Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie einen Bitstream Zugang bereitzustellen. Aufgrund des gerichtlichen Vorgehens gegen Swisscom wurde eine Entbündelung nicht durchgeführt. Der Bundesrat führte in einem Gesetzesentwurf eine Auflage betreffend Entbündelungen als Ergänzung zum Fernmeldegesetz ein. Diese Ergänzung wurde im März 2006 verabschiedet. Eine wirksame Entflechtung ist aber noch immer nicht existent. Zwar bietet die Swisscom im Zuge der Inkrafttretung des revidierten FMG inzwischen einen „vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss“ an, allerdings ist die Preisfrage nach wie vor ungeklärt.³³ Solange der Zugang zwar formal angeboten wird, dies aber zu möglicherweise überhöhten Preisen, kann nicht von einer vollständigen Entbündelung der letzten Meile gesprochen werden.

In Übereinstimmung mit dem Fernmeldegesetz wurde Swisscom dazu verpflichtet von April 2007 an einen bitstream Zugang anzubieten. Swisscom weigerte sich dieser Regulierungsmassnahme nachzukommen mit der Begründung sie verfüge nicht über eine dominante Marktposition. Sunrise, der grösste Konkurrent der Swisscom, reichte daraufhin Klage ein die im November 2007 von der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) bestätigt wurde. Gegen diese Entscheidung klagte wiederum Swisscom. Im November 2007 beschloss die Swisscom ihren entbündelten DSL Zugang Wiederverkäufern anzubieten. Dieses Vorgehen kommt einer bitstream Regulierung jedoch nicht gleich.

Da die Schweiz kein Mitglied der Europäischen Union ist, ist sie nicht dazu verpflichtet, EU Gesetzen und Regulierungen nachzukommen. Anordnungen der EU werden jedoch häufig als Richtlinie für eine Ergänzung und Revision des Schweizer Gesetzes zugrunde gelegt. Die Entwicklung der Kommunikation in Richtung einer globalen Informationsgesellschaft und die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte die für Europa vorgesehen war, übte auf das Schweizer Telekommunikationssystem erheblichen Druck aus. Die Schweiz lancierte die Reform ihres Telekommunikationssektors zum gleichen Zeitpunkt wie die Europäische Union und die Liberalisierung trat am selben Tag in Kraft wie in den Mitgliedsländern der EU. Nichtsdestotrotz weist die Schweizer Gesetzgebung auch nach Jahren der Liberalisierung im Bezug auf die Zieldefinition sowie die regulatorischen Rahmenbedingungen einige Schwächen im Vergleich zur EU auf. Während die EU ihre Wettbewerbsziele klar festlegt, wie bspw. die Entbündelung ihres Teilnehmeranschlusses, ist das Fernmeldegesetz weniger präzise hinsichtlich der Wettbewerbsziele, was mehr Raum für eine jeweilige Interpretation bereithält.

Verbesserungspotentiale

Basierend auf dieser Beschreibung der Regulierungshistorie sowie der gesetzlichen Grundlagen sind abschliessend zentrale Probleme und Verbesserungspotentiale zu identifizieren. In diesem Zusammenhang kommt die OECD (2007)³⁴ in ihrem jüngsten Bericht in der Reihe Economic Surveys zu der grundsätzlichen Feststellung, dass Wettbewerbshindernisse das Produktivitätsniveau in der Schweiz

³³ Siehe dazu wiederum das oben genannte Interview mit Marc Furrer, Präsident der ComCom.

³⁴ OECD (2007), OECD Economic Surveys Switzerland, Volume 2007/19, November 2007, Supplement No. 1, Paris.

nach wie vor beeinträchtigen. Die OECD konkretisiert, dass „[m]easures taken to eliminate barriers to competition in product-market regulation need to be followed up if their benefits in terms of improved performance are to be reaped. Conditions are not yet in place to guarantee that new entrants in the network industries do not suffer discrimination by incumbents. Enforcement of general and sector-specific competition legislation would be improved by providing regulators with more resources and powers and by ensuring their independence. In agriculture, remaining production-related support and barriers to structural change in land law need to be removed.“

Im Hinblick auf die Regulierung des Telekommunikationsmarktes in der Schweiz wird die genannte OECD Studie konkreter und kommt zu relativ klaren Feststellungen bzw. Vorschlägen, wie der suboptimale Status Quo im Zusammenspiel von Regulierung und Wettbewerb verbessert werden kann:

- Die Wettbewerbskommission muss gestärkt werden
- Die Wettbewerbskommission benötigt mehr personelle Ressourcen
- Das Fehlen einer ex ante Regulierung bindet substantielle personelle Ressourcen der Wettbewerbskommission
- Die Breitbandpenetration ist in der Schweiz zwar hoch, doch der Preis für Breitbandleistungen ist ebenfalls hoch, während die Übertragungsraten tief sind
- Die Swisscom verfügt über nahezu 100% Marktanteil im ADSL Wholesalemarkt
- Die ex post Regulierung hat dazu geführt, dass neue Marktteilnehmer – aufgrund der schwierigen Vorhersehbarkeit der Verfahren – zurückhaltend operieren. Dies führt zu Wohlfahrtsverlusten

Um den Status quo der Telekommunikationsmärkte in der Schweiz zu verbessern, empfiehlt die OECD die folgenden Schritte:

- Sowohl Wettbewerbsrecht als auch sektorspezifische Regulierung müssen gestärkt werden
- Rechtliche Einschränkungen bezüglich Zugang zur letzten Meile müssen beseitigt werden
- Keine zeitliche Limitation der Bitstream-Pflicht
- Der Regulator muss sicherstellen, dass Kollokationsleistungen transparent angeboten werden
- Die ex ante Regulierung muss für den Zugang zur letzten Meile und für die Interkonnektion eingeführt werden

Diesen Vorschlägen ist sich aus ökonomischer Sicht im Wesentlichen anzuschliessen - teilweise wurden ähnliche Probleme auch im Rahmen der Befragungen von Anwälten, Unternehmen und Verbänden festgestellt (vgl. dazu Kapitel 2). Hinsichtlich der Wünschbarkeit eines Wechsels von einer ex post Regulierung zu einer ex ante Regulierung ist jedoch aus ökonomischer Sicht genauer zu hinterfragen, ob dies aus heutiger Sicht noch notwendig und sinnvoll erscheint. So lassen sich einerseits auch ökonomische Rechtfertigungen für eine ex post Regulierung finden (u.a. dass Unternehmen besser in der Lage sind einen Zugangspreis zu bestimmen als ein Beamter), andererseits wird in der ökonomischen Literatur auch die Auffassung vertreten, dass eine ex ante Regulierung nur in den frühen Phasen eines Marktes präferiert werden sollte und später ein Übergang zur ex post Regulierung ökonomisch geboten ist. Angesichts der zunehmenden Reife des Breitbandmarktes in der Schweiz erscheint es demnach nicht zwangsläufig notwendig, auf eine ex ante Regulierung umzusteigen. Im Hinblick auf das Ziel einer Intensivierung des Wettbewerbs unmittelbarer wirksame Schritte wären in der Reduzierung der Verfahrensdauern sowie der Vermeidung aufschiebender Wirkungen von Entscheiden zu sehen. Im Bezug auf den Zugang zur letzten Meile sollte insbesondere die Frage der Preisgestaltung geklärt werden, da die letzte Revision des FMG formal bereits die Entbündelung vorschreibt.

4.4.2 Wettbewerbspolitische Beurteilung von Rabattsystemen

Das festgestellte missbräuchliche Verhalten der Swisscom bezieht sich auf die Gestaltung der Rabattsätze im Bereich ‚Access‘. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist der Rabatt als bevorzugender Rabatt zu klassifizieren. Bevorzugende Rabatte sind dann missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG und als unzulässig zu betrachten, wenn die Auslöseschwellen der verschiedenen Rabattstufen verbunden mit den Rabattsätzen dazu führen, dass der Vorteil des Rabatts oder des höheren Rabattsatzes gewissen Marktpartnern vorbehalten wird, so dass ihnen ein nicht durch eine entsprechende Kostensenkung gerechtfertigter Vorteil zukommt. Durch solche Rabatte werden die Konkurrenten des bevorzugten Unternehmens in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert. Eine entsprechende Prüfung der Wettbewerbskommission bestätigte das Vorliegen eines unzulässigen bevorzugenden Rabatts, unter anderem weil er nicht durch das Vorliegen von Skalenerträgen gerechtfertigt ist und für viele Wettbewerber keine realistischen Möglichkeiten bestanden, ähnlich hohe Rabatte wie die Bluewin zu realisieren. Ferner war mit Hilfe der obigen Abbildung 41 relativ eindeutig dokumentiert, dass die Einführung der entsprechenden Rabattstaffel insofern eine Wirkung auf den Wettbewerb entfaltete, als es zu einem beschleunigten Zuwachs in der Anzahl der Endkunden bei Bluewin kam, der

bei den Konkurrenten nicht feststellbar war. Die Rabattstaffel wurde demzufolge als missbräuchliches Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung klassifiziert.

Aus ökonomischer Sicht werden Rabatte im Rahmen der Theorie der Preisdifferenzierung behandelt. Hierbei wird grundsätzlich zwischen drei verschiedenen Graden unterschieden: Preisdifferenzierung ersten, zweiten und dritten Grades. Eine Preisdifferenzierung ersten Grades liegt vor, wenn das Unternehmen in der Lage ist, die individuelle Zahlungsbereitschaft aller Konsumenten, die mindestens bereits sind, die Grenzkosten für ein bestimmtes Produkt zu zahlen, abzuschöpfen. Als Rabatt kann eine solche Form der Preisdifferenzierung deshalb gesehen werden, weil das entsprechende Unternehmen ausgehend vom Prohibitivpreis (d.h. dem Preis zu dem kein Nachfrager mehr bereit ist, das entsprechende Produkt zu erwerben) sukzessiv Preisnachlässe gewährt um auf diese Weise die gesamte Konsumentenrente abzuschöpfen. Trotz der Abwesenheit jeglicher Konsumentenrente wird eine effiziente Marktversorgung erreicht.

Eine Preisdifferenzierung zweiten Grades kann dann von einem Unternehmen angewandt werden, wenn es die individuellen Zahlungsbereitschaften der Nachfrager nicht exakt kennt und demnach eine Preisdiskriminierung ersten Grades nicht möglich ist. Das Unternehmen kann dann dazu übergehen, Nachfragergruppen zu bilden – beispielsweise im Bezug auf das Nachfragevolumen oder bestimmte Produktvarianten – in die sich die Nachfrager dann (endogen) entsprechend ihrer Ausprägungen selbst einordnen. Innerhalb einer Gruppe zahlen alle Nachfrager den identischen Preis. Auf diese Weise ist es einerseits dem Unternehmen möglich, seinen Gewinn im Vergleich zur Einheitspreissituation zu erhöhen, andererseits realisieren die Konsumenten eine höhere Konsumentenrente. Die Wohlfahrtsituation verbessert sich demzufolge – bei Vorliegen entsprechender Bedingungen – durch eine Preisdifferenzierung zweiten Grades.

Eine naheliegende Form der oben erwähnten endogenen Einordnung ist die Orientierung an der Verkaufsmenge. So bietet das Unternehmen einerseits weiterhin einen hohen Preis für Kunden mit relativ geringen Nachfragemengen an und zusätzlich einen niedrigeren Preis für Kunden die eine gewisse Mindestmenge abnehmen. Neben diesen hier unterstellten Mengenrabatten gilt eine entsprechende Argumentation in ähnlicher Weise für andere Rabattformen wie beispielsweise Umsatz- oder Gesamtumsatzrabatte, gebündelte Rabatte sowie Treuerabatte (vgl. beispielsweise Zauner, 2008)³⁵. In der Praxis haben Erfahrungen gezeigt, dass solche Formen der Preisdifferenzierung insbesondere in Industrien mit hohen Fix- und geringen Grenzkosten zu Wohlfahrtsverbesserungen führen können, da Unternehmen einerseits niedrige Preise anbieten können (die im Sinne der Konsumenten sind), aber andererseits auch die Möglichkeit haben, mit differenzierten höheren Preisen ihre Fixkosten zu decken (siehe dazu Bishop und Walker, 2002)³⁶.

Eine Preisdifferenzierung dritten Grades liegt im Unterschied zu einer Preisdifferenzierung zweiten Grades dann vor, wenn das Unternehmen die Nachfrager gruppieren kann nach bestimmten Preisgruppen wie beispielsweise Berufstätige vs. Rentner. Im Unterschied zur Preisdiskriminierung zweiten Grades entscheiden die Konsumenten also nicht selbst zwischen verschiedenen Preisen, sondern der Anbieter gibt objektive und überprüfbare Kriterien vor, die dann den zu zahlenden Preis determinieren.

Basierend auf diesen grundlegenden Einordnungen im Bezug auf Rabatte ist offensichtlich, dass es sich bei der im Rahmen des Swisscom ADSL-Falles untersuchte Rabattstaffel um eine Form der Preisdifferenzierung zweiten Grades handelt. Diesbezüglich wurde oben verdeutlicht, dass eine solche Form der Preisdifferenzierung das Potential hat, sowohl die Marktversorgung als auch die Produzenten- sowie Konsumentenrenten zu erhöhen. Dieser Effekt entsteht durch die Zusatznachfrage, die durch den zweiten (niedrigeren) Preis realisiert wird.³⁷

Aus wettbewerbspolitischer Sicht erfolgt typischerweise eine differenziertere Betrachtung von Rabatten. Zwar werden die grundsätzlich wohlfahrtserhöhenden und auch wettbewerbsbelebenden Effekte solcher Preisdifferenzierungen nicht grundsätzlich bestritten, es wird aber auch klar festgestellt, dass Rabatte negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben können. Zauner (2008 in Anlehnung an Schmidt, 2005)³⁸ unterscheidet dabei drei Ebenen auf denen negative Auswirkungen entstehen können: Auf dem Markt des rabattgewährenden Unternehmens, auf dem Markt des vom Rabatt profitierenden bzw. nicht profitierenden Unternehmens sowie auf Drittmärkten. Aufgrund der Fallbeschreibung zu Swisscom ADSL ist in diesem Fall insbesondere die zweite Ebene von besonderem Interesse, da die

³⁵ Zauner, M. (2008), Wettbewerbspolitische Beurteilung von Rabattsystemen, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 306, Bad Honnef.

³⁶ Bishop, S. und M. Walker (2002), *The Economics of EC Competition Law*, London.

³⁷ Am Rande sei hier bemerkt, dass die praktische Umsetzung solcher Rabatte aus theoretischer Sicht an verschiedene Bedingungen geknüpft ist, wie beispielsweise, dass der Anbieter in der Lage ist, einen Preis überhalb der Grenzkosten zu verlangen oder dass sich die einzelnen Nachfragesegmente klar abgrenzen lassen. Da die Swisscom den betreffenden Rabatt erfolgreich eingeführt hat, ist davon auszugehen, dass all diese Bedingungen erfüllt waren und im Folgenden keiner detaillierten Untersuchung bedürfen.

³⁸ Schmidt, I. (1996), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, Stuttgart.

Rabattgewährung im Bereich BBSCS möglicherweise zu Beeinträchtigungen des Wettbewerbs im nachgelagerten Markt für ADSL-Dienstleistungen führt.

Auf dieser zweiten Stufe können insbesondere dann Beeinträchtigungen des Wettbewerbs die Folge sein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen einen Mengenrabatt gewährt, der nicht kostenorientiert ist. Auf diese Weise erlangt ein nachfragestarkes Unternehmen einen nicht-leistungsbedingten Vorteil gegenüber seinen nachfrageschwächeren Konkurrenten (vgl. Zauner, 2008) der mittel- und langfristige zu Marktaustritten und dementsprechenden Konzentrationstendenzen führen kann. Im Hinblick auf eine mögliche diskriminierende Wirkung bemerkt Zauner (2008, S. 15): „Rabatte können eine diskriminierende Wirkung besitzen, wenn sie per se selektiv, d. h. nur bestimmten ausgesuchten Unternehmen gewährt werden. Dies gilt auch, wenn die Voraussetzungen zur Inanspruchnahme so gestaltet sind, dass sie nur von bestimmten Unternehmen erfüllt werden können. Beispielweise kann die Wahl der Schwelle, ab der ein Mengenrabatt gilt, so gewählt werden, dass nur bestimmte Grosskunden davon profitieren; die Schwellensetzung erfolgt dabei unabhängig von Kostenkriterien, sondern rein nach strategischen Gesichtspunkten. Der Anbieter hat dann dazu einen Anreiz, wenn der Grossabnehmer mit ihm assoziiert sein sollte (z. B. über ein Tochterunternehmen). Dies ist vor allem in ehemaligen Monopolnetzmärkten (also Post, Telekommunikation, Eisenbahn) der Fall, die dem Wettbewerb geöffnet wurden und in denen typischerweise mehrere Produktionsstufen vorliegen“. Die oben charakterisierte Rabattstaffel der Swisscom erscheint vor dem Hintergrund der Analyse der WEKO als Musterbeispiel für die von Zauner beschriebene strategische Rabattsetzung und ist somit aus ökonomischer Sicht stark verdächtig, ein Missbrauchspotential zu beinhalten. Insofern wäre das Eingreifen der Wettbewerbskommission in Swisscom ADSL im Einklang mit den ökonomischen Erkenntnissen zu sehen, auch wenn die Rekurskommission den Entscheid u.a. aufgrund der unzureichenden Analyse des Retailwettbewerbs später kippte. Diesbezüglich ist der Rekurskommission grundsätzlich zuzustimmen, dass – obwohl die sehr hohen Marktanteile im Bereich Wholesale stark für das Vorliegen einer marktmächtigen Position sprechen – es aber ohne entsprechende ökonomische Untersuchung nicht von vorneherein auszuschliessen ist, dass der herrschende Retailwettbewerb in Verbindung mit fehlenden geographischen Preisdifferenzierungsmöglichkeiten die Swisscom hinreichend in der missbräuchlichen Ausübung ihrer Marktmacht behindert. Die oben skizzierte Analyse kommt allerdings mit ökonomisch nachvollziehbaren Argumenten zu dem Schluss, dass dies zumindest zum Zeitpunkt der Rabattgewährung vermutlich nicht der Fall gewesen ist. Insofern kann davon ausgegangen werden – so wie dies auch in obiger Abbildung 41 dokumentiert wurde – dass die Rabattgewährung der Swisscom-Tochter Bluewin einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschaffte. Zwar konnte durch den Eingriff der Wettbewerbskommission dieser Wettbewerbsvorteil zunichte gemacht werden, die folgenden Einschätzungen der beteiligten Parteien zeigen aber, dass das Ziel der Swisscom – Marktanteilsgewinne – trotz des Eingriffs realisiert wurde.

4.4.3 Einschätzung von beteiligten Parteien

Im Rahmen der Durchführung der Fallstudie hatten wir die Gelegenheit, zwei am Verfahren beteiligte Unternehmen zu den Wirkungen des Falls zu befragen: Swisscom und Sunrise. Im Folgenden werden die Einschätzungen beider Unternehmen wiedergegeben.

Sichtweise der Swisscom

Generell ist die Swisscom der Ansicht, dass die Schweiz im Rahmen der regelmässigen internationalen Vergleiche der Telekommunikationsmärkte durch die OECD gut positioniert ist. Im Bereich der Abdeckung und Penetration weist sie Spitzenränge auf und auch im Bereich Preisniveau liegt sie im vorderen Drittel (zumindest solange eine Kaufkraftbereinigung stattfindet). Die von Seiten der Behörden häufig vorgebrachten relativ niedrigen Downloadgeschwindigkeiten in der Schweiz werden zum Teil mit unzutreffenden Vergleichen begründet. So ist die hohe Downloadgeschwindigkeit für Frankreich beispielsweise nicht im gesamten Land verfügbar, sondern allenfalls in bestimmten dicht besiedelten Regionen. Die in der Schweiz heute verfügbaren Bandbreiten sind im Vergleich mit dem Ausland durchaus als gleichwertig zu bezeichnen. Ferner ist festzustellen, dass die Position der Schweiz im Vergleich der Preise für einen auf 1 Mbit/s standardisierten Download durchaus gut ist.

Die Marktstellung der Swisscom im Breitbandbereich ist nach wie vor umstritten und juristisch immer noch ungeklärt. Aus Sicht der Swisscom sorgen der Infrastrukturwettbewerb mit der Kabeltechnologie sowohl auf der Retail- als auch auf der Wholesalestufe für intensiven Wettbewerb im Markt für Breitbandverbindungen in der Schweiz, der zweifelsohne ausreicht, um die Swisscom in ihrer Preissetzung auch auf der Wholesaleebene ausreichend zu disziplinieren. Insbesondere die Tatsache, dass eine geographische Preisdifferenzierung wegen des seit jeher flächendeckenden Angebots von Swisscom zu einheitlichen Konditionen, der neu hinzugekommenen Grundversorgungsverpflichtung und den Erwartungen der Konsumenten nicht umsetzbar ist, führt dazu, dass sich die wettbewerblichen Preise

in den Gebieten mit existierender Infrastrukturkonkurrenz (80% der Haushalte) auf die übrigen Regionen übertragen. Faktisch bedeutet dies, dass auch die Bevölkerung in den Gebieten mit weniger Wettbewerb vom intensiven Wettbewerb in den übrigen Regionen profitiert.

Insgesamt ist kaum zu beurteilen, wie sich der Markt ohne den Entscheid der WEKO entwickelt hätte. Angesichts der Tatsache, dass die juristische Aufarbeitung über fünf Jahre dauerte und der Fall letztlich von der Rekursinstanz aus materiellen und formellen Gründen aufgehoben wurde, stellt die Sinnhaftigkeit der Untersuchung des Falls in Frage. Aus Sicht der Swisscom stellt die Fallentscheidung der WEKO eine Bestrafung für das *freiwillige* Angebot dar, das die Swisscom im Wholesale-Bereich Wettbewerbern anbietet. Cablecom als aktuell stärkster Wettbewerber hat bislang aus strategischen Gründen darauf verzichtet, ein vergleichbares Wholesale-Angebot bereitzustellen. Das Ziel der Swisscom, das mit der Rabattgewährung verbunden war, bestand in der Anreizsetzung für Wettbewerber, zu wachsen um auf diese Weise den Kabelanbietern Paroli zu bieten. Nach Ansicht der Swisscom wären innerhalb eines relativ kurzen Zeitraums viele Wettbewerber in den Genuss des maximalen Rabatts gekommen. Es bestand somit keine wettbewerbsbeschränkende Absicht mit der Einführung der Rabattstaffel. Im Nachgang wurde eine solche Wirkung im Übrigen auch nicht belegt.

Sichtweise der Sunrise

Die Sunrise ist grundsätzlich der Auffassung, dass der Stand der Liberalisierung im Schweizer Telekommunikationsmarkt auf dem Niveau eines Entwicklungslandes ist. Die juristische Feststellung, dass die Swisscom im Bereich Wholesale marktmächtig ist, lässt seit nunmehr 8 Jahren auf sich warten. Dies ist ein Grund dafür, dass in der Schweiz im Gegensatz zu den meisten anderen Ländern der Incumbent Marktanteile hinzugewinnt. Die Hinweise von Beobachtern, dass dies schlichtweg mit der höheren Effizienz der Swisscom zu erklären ist, ist aus Sicht der Sunrise völlig unzutreffend. Es ist vielmehr so, dass die Liberalisierung in der Schweiz unvollständig ist. So ist beispielsweise die Entbündelung nach wie vor nicht gelungen. Daraus folgt, dass kostenbasierte Wholesalepreise für die Wettbewerber nicht verfügbar sind. Der Hauptkostenbestandteil der Wettbewerber sind die Zahlungen an die Swisscom für die Nutzung des BBSC. Da die Swisscom auch die Endverkaufspreise beobachten kann, ist ihr letztlich die Kosten- / Ertragsituation ihrer Wettbewerber bekannt. Schlimmer noch, sie kann durch die Festlegung der Wholesalepreise die Retailpreise und somit den Wettbewerb entscheidend beeinflussen. Trotz dieser Probleme wird die derzeit in der Schweiz praktizierte ex-post Regulierung von der Sunrise als prinzipiell geeignet eingeschätzt und einer ex-ante Regulierung vorgezogen.

Neben den Versäumnissen im Rahmen der Liberalisierung liegt ein weiteres zentrales Problem der aktuellen Wettbewerbspolitik bei der WEKO und dem geschickten Ausnutzen der von dort gewährten Spielräume durch die Swisscom. Von Seiten der Sunrise als ‚Salamitaktik‘ beschrieben ist seit einigen Jahren festzustellen, dass die Swisscom beständig neue Produkte auf den Markt bringt (die die Wettbewerber aufgrund der unvollständigen Liberalisierung nicht anbieten können), die dann in der Folge oftmals Untersuchungen der WEKO unterliegen. Die WEKO untersucht und gegebenenfalls untersagt dann aber oftmals nur einige dieser Praktiken, andere bleiben aber unberücksichtigt, mit der Begründung, dass der Wettbewerb ja nun hinreichend belebt sei (siehe auch die Ausführungen zum Swisscom ADSL-Fall unten). Ferner war in der Vergangenheit zu beobachten, dass sie Swisscom zweifelhafte Produkte/ Verhaltensweisen kurz vor Beendigung der Untersuchung durch die WEKO freiwillig aufgibt, aber gleichzeitig neue zweifelhafte Produkte/Verhaltensweisen einführt, die dann von der WEKO neu untersucht werden müssen. Die Zeit, die für diese neuen Untersuchungen ins Land geht, hilft der Swisscom bei der Gewinnung von Marktanteilen.

Eine die Anwendung der beschriebenen Salamitaktik erleichternde Tatsache ist in der chronischen Überlastung der WEKO zu sehen. Aus Sicht der Sunrise ist die WEKO substantiell unterbesetzt mit Fachleuten, die sich in Telekommunikationsmärkten auskennen. Ferner ist das Aufgabenspektrum der ungefähr drei Mitarbeiter viel zu gross, um die Arbeitslast zeitnah bewältigen zu können. Neben der Untersuchung von Eingaben müssen die Mitarbeiter Gutachten erstellen und auch in anderen Bereichen aushelfen. Dies führt dazu, dass Klagen gegen innovative aber möglicherweise illegale Swisscom-Produkte viel zu lange dauern und der Swisscom Marktanteilsgewinne bescheren. Weiterhin ist die Kräfteverteilung im Wettbewerb der ökonomischen Ansichten deutlich ungleich verteilt. Die paar Mitarbeiter der WEKO treten an gegen die geballte Fachkompetenz von Beratungen und Professoren, die von der Swisscom ins Rennen geschickt werden. Dass dies zu einem gewissen Grad aus Swisscom-Sicht zum Erfolg führt, ist verständlich aber dem Wettbewerb sicherlich nicht förderlich. Generell ist die Sunrise der Ansicht, dass die WEKO ihren Einfluss, den sie bei besserer Personalausstattung auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ausüben könnte, deutlich unterschätzt.

Der Fall Swisscom ADSL hatte nach Ansicht der Sunrise im Wesentlichen den Effekt, dass kleine Marktteilnehmer später den Markt verlassen haben. Aufgrund der Rabattstaffelung bzw. der Preissenkung der Bluewin sahen sich insbesondere die kleinen Firmen unter Druck. Die Sunrise selber wäre von der Rabattstaffel kaum geschädigt worden, da sie selbst bereits in den Genuss eines hohen Rabattes gekommen wäre.

Im Zusammenhang mit dem Swisscom ADSL-Fall ist wichtiger zu erwähnen, dass eine intensive Untersuchung des Falls nicht beabsichtigt war durch die Klage der Sunrise. Vielmehr war beabsichtigt, Margin Squeezing als Kernthema zu betrachten. Die Rabattstaffel wie auch das Thema Quersubventionierung waren nur Nebenkriegsschauplätze. Insofern ist der Swisscom ADSL-Fall ein weiteres Beispiel für die oben beschriebene Salamtaktik. Die Swisscom ist innovativ in der Generierung neuer Produkte / Verhaltensweisen, die von der Sunrise und Wettbewerbern nicht ohne weiteres ‚imitiert‘ werden können. Die WEKO untersucht einige und untersagt gegebenenfalls die eine oder andere Verhaltensweise. Im Regelfall wird dann argumentiert, dass dadurch der Wettbewerb ausreichend belebt ist und keine weiteren Massnahmen gegen andere Verhaltensweisen nötig sind. In diesem Fall blieb die Frage des Margin Squeezing völlig unbetrachtet. Die Tatsache, dass sich selbst die Swisscom überrascht zeigte von der Klage der Sunrise gegen die Rabattstaffel kann damit erklärt werden, dass eine solche Klage als Hauptschwerpunkt gar nicht beabsichtigt war. In der Summe der vielen kleinen Nadelstiche der Swisscom stellt sich der Erfolg steigender Marktanteile ein. Das Standardargument, dass eine isolierte Verhaltensweise für sich genommen den Wettbewerb nicht nennenswert beeinflusst, verkennt die Tatsache, dass viele kleine solcher Verhaltensweisen insgesamt einen grossen Effekt haben. Diese Unterschätzung der Sachlage von Seiten der WEKO wird von der Sunrise als zentrales Problem wahrgenommen.

Das von der Swisscom bemühte Argument, dass neben ihr ebenso der Infrastrukturkonkurrent Cablecom verpflichtet werden sollte, ein Wholesaleangebot anzubieten wird von der Sunrise als unzutreffend befunden, schon alleine deshalb, weil Cablecom nicht marktmächtig ist und daher nicht verpflichtet werden kann, seine Infrastruktur auch Wettbewerbern zur Verfügung zu stellen.

4.5 Schlussfolgerungen

Das vorliegende Kapitel untersuchte einen Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Im direkten Vergleich eines solchen möglichen Verstosses gegen das Wettbewerbsrecht mit dem im vorangegangenen Kapitel beleuchteten horizontalen Wettbewerbsabreden fallen aus ökonomischer Sicht zwei Unterschiede besonders ins Auge. Einerseits ist der Bereich des Marktmachtmissbrauchs inhaltlich viel breiter gefasst und beinhaltet eine Vielzahl von verschiedenen Verhaltensweisen und Spielarten wie den erzwungenen Verkauf von Produktbündeln, Kampfpreissetzung (Predation), Marktbeschränkungen sowie das so genannte ‚price squeezing‘. Zweitens ist allen diesen potentiell missbräuchlichen Verhaltensweisen gemein, dass sie – im Gegensatz zu horizontalen Abreden – nicht per se als volkswirtschaftlich schädlich zu betrachten sind. Es stellt sich folglich oftmals die Frage – für das Unternehmen wie die Wettbewerbsbehörde – ob eine bestimmte Verhaltensweise in einer bestimmten Situation schon missbräuchlich ist oder noch als wettbewerbskonformes Agieren im Markt unter Wettbewerb angesehen werden kann.

Aus wohlfahrtsökonomischer Sicht folgt daraus, dass wettbewerbspolitische Eingriffe auch im Bereich des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen das Potential haben, die Konsumentenwohlfahrt insofern zu erhöhen, indem sie beispielsweise Preiserhöhungen der entsprechend marktmächtigen Unternehmen verhindern bzw. rückgängig machen und auf diesem Wege Umverteilungs- bzw. Nettowohlfahrtsgewinne realisiert werden. Insbesondere im Vergleich zu relativ klar definierten und abgrenzbaren Verhaltensweisen wie horizontalen Abreden ist aber im Falle von solchen wettbewerbspolitischen Eingriffen typischerweise eine substantiell grössere Gefahr anzunehmen, so genannte Fehler 1. bzw. 2. Art zu begehen. Eine wesentliche Voraussetzung zur Reduzierung besagter Fehler und zur Implementierung einer effizienten Wettbewerbspolitik sind damit möglichst klar definierte Regeln.

Das bereits erwähnte grosse Spektrum an möglicherweise missbräuchlichen Verhaltensweisen ist auch reflektiert in den bisherigen Entscheidungen der WEKO in diesem Bereich. Dies dokumentieren Entscheidungen wie Migros BSE, Unique Airport Zürich³⁹, Swisscom Mobile, Swisscom ADSL⁴⁰ sowie verschiedene Verfahren bezüglich der regionalen Durchleitung von Strom.⁴¹ Im Rahmen dieses Kapitels wurde die Entscheidung Swisscom ADSL (2003) genauer dargestellt und analysiert. Für die Auswahl dieses Falles sprachen im Wesentlichen zwei Aspekte. Einerseits ist die Telekommunikationsbranche

³⁹ Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 16. Dezember 2005, WEKO belastet Flughafen Zürich AG (Unique) mit einer Sanktion, Bern.

⁴⁰ Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 18. Dezember 2003, Die WEKO stellt den Missbrauch von Marktbeherrschung durch Swisscom bezüglich ADSL-Dienste fest, Bern.

⁴¹ Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 14. Juli 1999, Wettbewerbskommission eröffnet Untersuchung gegen BKW wegen Verweigerung der Stromdurchleitung, Bern, Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 19. Juni 2000, Die WEKO eröffnet eine Untersuchung gegen die Freiburgerische Elektrizitätswerke wegen Verweigerung der Durchleitung von Strom, Bern sowie Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 7. August 2000, WEKO eröffnet eine Untersuchung gegen die Elektra Baselland wegen Verweigerung der Durchleitung von Strom, Bern.

von grosser volkswirtschaftlicher Bedeutung für die Schweiz und somit sind auch entsprechende wettbewerbspolitische Entscheidungen von besonderem Interesse und besonderer Tragweite. Andererseits spielt im Rahmen von Telekommunikationsmärkten nicht nur die Wettbewerbspolitik eine Rolle, sondern typischerweise komplementär hierzu regulierungsökonomische Eingriffe. Dieses Umfeld ist deshalb von besonderem Interesse, als eine effiziente Wettbewerbspolitik nur dann möglich ist, wenn sie von entsprechend funktionsfähigen Regulierungskonzepten begleitet wird. Es muss in diesem Zusammenhang allerdings auch darauf verwiesen werden, dass eine Analyse und Isolierung der Effekte wettbewerbsrechtlicher Entscheide in teilweise regulierten Märkten noch ungleich schwerer ist als dies in unregulierten Märkten bereits der Fall ist.

Die quantitativen Analysen im Rahmen der Fallstudie haben zunächst gezeigt, dass der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich eine gemischte Performance aufweist. Zwar gehört die Schweiz in den Kategorien Penetration, Abdeckung und öffentliche Investitionen zu den Spitzenreitern oder hat zumindest eine Position im oberen Mittelfeld inne, in den Bereichen Preise sowie Qualität nimmt sie jedoch nur Plätze im Mittelfeld ein. Die Entwicklung des gesamten Breitbandmarktes in der Schweiz (d.h. ADSL und CATV) zeigt zu Beginn (um das Jahr 2000) hohe Marktanteile für die Kabelnetzbetreiber die in den Folgejahren stark zugunsten der DSL Anbieter abbauten. Ein internationaler Vergleich der Marktanteilsentwicklungen im Zeitablauf zeigt, dass die Marktanteilsgewinne der DSL-Anbieter in der Schweiz relativ rasant verlaufen sind. Diese Entwicklung könnte durch die von der WEKO als unzulässig befundenen Rabattvorteile für Bluewin beeinflusst worden sein, mag allerdings wesentlich auch von der imperfekten Regulierung, dem bestehenden Wachstumspotential der Kabeltechnologie sowie historisch bedingten Vorteilen der alteingesessenen Telekommunikationsanbieter (insbesondere der grösseren flächen- und mengenmässigen Abdeckung durch die bestehende Infrastruktur) gelenkt worden sein.

Eine zentrale Voraussetzung für das Entstehen von Wettbewerb im Dienstebereich ist eine effiziente Regulierung der monopolistischen Bereiche. Wird dies von staatlicher Seite nicht durch ein entsprechendes Regulierungsschema sichergestellt, so haben es die Konkurrenten der ehemaligen Staatsbetriebe schwer, sich im (ungleichen) Wettbewerb zu behaupten. Dieses Zusammenspiel zwischen Regulierung und Wettbewerb erscheint in der Schweiz derzeit noch suboptimal ausgestaltet und war dies folglich auch schon zum Zeitpunkt der Entscheidung.

Um den Status quo der Telekommunikationsmärkte in der Schweiz zu verbessern kann sich im wesentlichen den Empfehlungen der OECD angeschlossen werden, dass sowohl Wettbewerbsrecht als auch sektorspezifische Regulierung gestärkt werden müssen, Einschränkungen bezüglich des Zugangs zur letzten Meile beseitigt werden müssen, es keine zeitliche Limitation der Bitstream-Pflicht geben sollte und der Regulator sicherstellen muss, dass Kollokationsleistungen transparent angeboten werden.

Hinsichtlich der Wünschbarkeit eines Wechsels von einer ex post Regulierung zu einer ex ante Regulierung ist aus ökonomischer Sicht genauer zu hinterfragen, ob dies aus heutiger Sicht noch notwendig und sinnvoll erscheint. So lassen sich einerseits auch ökonomische Rechtfertigungen für eine ex post Regulierung finden, andererseits wird in der ökonomischen Literatur auch die Auffassung vertreten, dass eine ex ante Regulierung nur in den frühen Phasen eines Marktes präferiert werden sollte und später ein Übergang zur ex post Regulierung ökonomisch geboten ist.

Die im Rahmen des Falls untersuchten Rabatte können aus theoretischer Sicht (vgl. sogenannte Preisdifferenzierungen 2. Grades) durchaus ein wohlfahrtserhöhendes Potential haben (insbesondere in Industrien mit hohen Fix- und niedrigen Grenzkosten), können aber auch negative Wirkungen auf den Wettbewerb entfalten auf dem Markt des rabattgewährenden bzw. rabattprofitierenden Unternehmens sowie auf Drittmärkten. Im Falle der Rabattsetzung der Swisscom sprechen die öffentlich verfügbaren Indizien dafür, dass vermutlich ein Fall von wohlfahrtsmindernder strategischer Rabattsetzung vorlag, unter anderem, da die Rabatte nicht aufgrund unterschiedlicher Kosten gewährt werden und lediglich das Ziel verfolgen, den Wettbewerb in ehemaligen Monopolnetzmärkten zu behindern.

Trotz der fundierten Entscheidung der WEKO in Swisscom ADSL wird der Einfluss der Entscheidung von beiden Unternehmensseiten – aus unterschiedlichen Gründen – als gering eingeschätzt. Swisscom bestreitet die unterstellte Monopolisierungsabsicht und kritisiert insbesondere das langwierige Verfahren, Sunrise gibt insbesondere an, dass mit der seinerzeitigen Klageeinreichung gar nicht zentral auf die Rabattstaffel abgestellt war, sondern vielmehr auf den Bereich des Margin Squeezing (der unberücksichtigt blieb). Insgesamt erschwert nach Aussage der Sunrise eine Fülle von strategischen Verhaltensweisen der Swisscom den Wettbewerb im Schweizer Telekommunikationsmarkt grundlegend. Darüber hinaus ist zu bemerken, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Entscheid der WEKO aus formellen wie materiellen Gründen aufhob. Diese Aufhebung muss aber nicht zwangsläufig die Wirkung des Entscheides reduzieren oder gar aufheben. Sie besagt auch nicht zwangsläufig, dass die Analyse der WEKO unzutreffend oder im Ergebnis falsch war, sondern lediglich, dass sie aus der Sicht der Rekurskommission unvollständig war.

Zusammenfassend erscheint es im Hinblick auf die Förderung des Wettbewerbs im Breitbandmarkt bedeutsam, eine effiziente Regulierung herzustellen. Dabei kann sich den oben skizzierten Vorschlägen der OECD im Kern angeschlossen werden. Ohne eine entsprechende Regulierung der monopolistischen Bereiche können die Entscheide der WEKO nicht ihre volle Wirkung entfalten und erschweren jungen Unternehmen den Wettbewerb mit alteingesessenen Marktteilnehmern.

5 Fallstudie zum Bereich Horizontale Zusammenschlüsse: Fusion Pfizer Inc./Pharmacia Corp. (2003)

5.1 Einführung

Im Rahmen der Evaluation des Schweizer Kartellgesetzes haben wir die Fusion „Pfizer/Pharmacia“⁴² als Fallstudie im Bereich „Horizontale Zusammenschlüsse“ ausgewählt. Die Auswahl dieses Fusionsfalles erfolgte aufgrund unserer Erwartung, eine gute Datenbasis zu den Pharmamärkten in der Schweiz vorzufinden. Ferner hat dieser Markt aufgrund seiner Grösse eine sehr grosse Bedeutung für die Schweizer Volkswirtschaft. Nach der Fusion ist Pfizer das zweitgrösste Pharmaunternehmen in der Schweiz geworden. Ziel dieser Fallstudie ist es, die volkswirtschaftlichen Effekte dieses Zusammenschlusses zu untersuchen.

In der Schweiz ist die Fusionskontrolle im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) und der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) geregelt. Besondere Regelungen gibt es für einige Sektoren wie Banken oder wenn die Fusion Unternehmen betrifft, die spezielle Konzessionen halten, beispielsweise Radio und Fernsehen, Telekommunikation, Bahntransport oder Lufttransport.⁴³

Gemäss Art. 10 Kartellgesetz (KG) kann ein Zusammenschluss von der Wettbewerbskommission untersagt werden, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss „eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt“, und der Zusammenschluss „keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.“ Die Schweizer Fusionskontrolle sieht keine explizite wohlfahrtsbezogene Prüfung, d.h. eine Überprüfung von Effizienzeffekten, wie sie beispielsweise im Rahmen des SLC-Tests (Substantial Lessening of Competition) möglich ist, vor. Allerdings ergab ein Vergleich verschiedener nationaler Fusionskontrollregimes durch das Deutsche Bundeskartellamt, dass die nationalen Konzeptionen in ihren realen Ausgestaltungen starke Gemeinsamkeiten aufweisen⁴⁴. Die Berücksichtigung wohlfahrtsökonomischer Konsequenzen von Fusionskontrollentscheidungen der Wettbewerbskommission ist damit faktisch gegeben.

Zur Evaluation von Unternehmenszusammenschlüssen in der Schweiz wurden keine aktuellen Studien gefunden. Ausserdem liegen unseres Wissens keine Studien zur Evaluation (einzelner) Fusionen in der Pharmaindustrie insgesamt vor.⁴⁵ Darum könnte unsere Fallstudie einen wertvollen Beitrag bezüglich beider Aspekte liefern.

Die Fallstudie ist wie folgt gegliedert. Zunächst wird der Fusionsfall Pfizer/Pharmacia kurz beschrieben. Anschliessend gehen wir allgemein auf die Pharmaindustrie sowie ihre Regulierung in der Schweiz ein. Anschliessend vergleichen wir die institutionelle Fusionskontrolle in der Schweiz mit der Europäischen und der US-amerikanischen Praxis, um in der Folge dann auf den konkreten Fusionsfall einzugehen. Nach einer genaueren Betrachtung der ausgesprochenen Auflagen schliessen wir mit einem Fazit.

⁴² Siehe Wettbewerbskommission (2003): Pfizer/Pharmacia. RPW/2003/2.

⁴³ Siehe Hoffet, Franz, und Marcel Dietrich (2008): Switzerland: Merger Control. www.icgl.co.uk.

⁴⁴ Siehe Bundeskartellamt (2001): Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle. Arbeitspapier, Bonn.

⁴⁵ Die einzige Ausnahme ist die Studie von Morgan, Eleanor J. (2001): Innovation and Merger Decisions in the Pharmaceutical Industry. Review of Industrial Organization, Vol. 19, pp. 181-197, in der insbesondere die Auswirkungen der Auflagen besprochen werden. Die anderen Studien untersuchen die allgemeinen Gründe oder Auswirkungen von Fusionen in der Pharmaindustrie (wie z.B. Cockburn and Henderson (1994), Danzon et al. (2004), Ornaghi (2005), Bruegman (2007)). Siehe Cockburn, Iain, and Rebecca Henderson (1994): Racing to Invest? The Dynamics of Competition in Ethical Drug Discovery. Journal of Economics and Management Strategy, Fall 1994, Vol. 3, No. 3. Danzon, Patricia M., Andrew Epstein, and Sean Nicholson (2004): Mergers and Acquisitions in the Pharmaceutical and Biotech Industries. Mimeo, Wharton School, University of Pennsylvania. Ornaghi, Carmine (2005): Mergers and Innovation: the Case of the Pharmaceutical Industry. Mimeo, University of Southampton. Bruegman, Elias (2007): Pharmaceutical Mergers and the Organization and Productivity of Innovation. Mimeo, Harvard University. September 16, 2007. Es gibt ferner einige Event-Studien zu den Auswirkungen von Fusionen (z.B. Higgins and Rodriguez (2005), Hassan et al. (2007)). Siehe Higgins, Matthew J., and Daniel Rodriguez (2005): The Outsourcing of R&D through Acquisitions in the Pharmaceutical Industry. Mimeo, George State University/Emory University. Hassan, Mahmud, Dilip K. Patro, Howard Tuckman, and Xiaoli Wang (2007): Do Mergers and Acquisitions Create Shareholder Wealth in the Pharmaceutical Industry? International Journal of Pharmaceutical and Healthcare Marketing, Vol. 1, No. 1, pp. 58-78.

5.2 Pfizer/Pharmacia Fusion: der Fall im Zeitablauf

Die Meldung des Zusammenschlussvorhabens von Pfizer und Pharmacia ist bei der Wettbewerbskommission am 11. November 2002 eingegangen. Bei der EU-Kommission wurde das Zusammenschlussvorhaben von Pfizer und Pharmacia am 25. Oktober 2002 angemeldet; bei der US Federal Trade Commission ging das ‚Agreement and Plan of Merger‘ von Pfizer und Pharmacia am 13. Juli 2002 ein. Der Zusammenschluss sollte dadurch realisiert werden, dass die Pilsner Acquisition Sub Corporation, eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Pfizer, die Aktienanteile von Pharmacia übernimmt. Damit würde Pharmacia eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Pfizer.

Pfizer war zum Zeitpunkt der Entscheidung das grösste pharmazeutische Unternehmen in den USA. Ausserdem war Pfizer der grösste Hersteller von Tiermedizin und einer der weltweit grössten Hersteller von Consumer Health Produkten (FTC (2003)).⁴⁶ Der Hauptsitz von Pfizer ist New York City. Die weltweiten Erlöse von Pfizer betragen in 2001 USD 32 Mrd. bzw. rund CHF 54 Mrd. Das Unternehmen betreibt eigene Produktionsstätten in der Schweiz. Pharmacia beschäftigte sich mit der Forschung, Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von pharmazeutischen Produkten, Tiermedizin (animal health), Feinchemikalien (fine chemicals) und Consumer Health Produkten. Der Hauptsitz der Firma war Peapack, New Jersey. Pharmacia's Erlöse lagen im Jahr 2001 bei USD 13.8 Mrd. oder rund CHF 23.3 Mrd. Darauf entfielen USD 11.9 Mrd. auf rezeptpflichtige pharmazeutische Verkäufe. Das Unternehmen hatte keine eigene Produktion in der Schweiz. Pfizer hat einen Kaufpreis von etwa USD 60 Mrd. für den Kauf von Pharmacia angeboten.

Die Parteien begründen den Zusammenschluss mit der gesteigerten Nachfrage nach günstigen aber hochwirksamen Arzneimitteln infolge der Kostensteigerungen im Gesundheitswesen und der demographischen Entwicklung. Ausserdem sei der Konsolidierungsdruck durch den Ablauf des Patentschutzes auf verschiedene Arzneimittel und die Einführung von Generika gestiegen. Ferner streben sie bedeutende Synergien im Bereich der Forschung und Entwicklung an.

Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 11. Dezember 2002 zur Fusion von Pfizer und Pharmacia wurde in RPW/2003/2 veröffentlicht. Es wurde festgestellt, dass der Zusammenschluss den aktuellen Wettbewerb nicht stark beschränken wird und dass potentieller Wettbewerb auf dem Schweizer Pharmamarkt vorhanden ist. Das Zusammenschlussvorhaben wurde unter Auflagen genehmigt. Diese verpflichten Pfizer und Pharmacia das Produkt ‚Darifenacin‘ und die Rechte von Pharmacia zur Entwicklung und Kommerzialisierung von Apomorphin-Hydrochlorid Nasenspray zur Behandlung von Erektionsstörungen zu veräussern.

Die EU Entscheidung zur Fusion von Pfizer und Pharmacia wurde am 27. Februar 2003 veröffentlicht.⁴⁷ Die Fusion wurde mit Auflagen erlaubt, um Wettbewerbsbeschränkungen in den betroffenen Märkten zu vermeiden. Zu diesem Zeitpunkt war die Fusionsuntersuchung in den USA noch nicht abgeschlossen. Die US Entscheidung zur Pfizer/Pharmacia Fusion wurde am 14. April 2003 veröffentlicht.⁴⁸ Die Fusion wurde auch dort unter Auflagen zugelassen. Zwischen der Schweiz, der EU und den USA unterscheiden sich die ausgesprochenen Auflagen. Auf sie wird in Abschnitt 5.8 eingegangen.

5.3 Überblick zu M&A auf dem Pharmamarkt

Die Pfizer/Pharmacia Fusion ist Teil der allgemeinen M&A Aktivitäten in der globalen Pharmaindustrie. In den letzten Jahren unterliegen die weltweiten M&A-Aktivitäten in der Pharmaindustrie starken Schwankungen (ZEW (2007)⁴⁹). Die Entwicklung der Transaktionsvolumina und der Transaktionsaktivität ist sehr unterschiedlich. Wenige Jahre vor der zu untersuchenden Fusion haben andere Zusammenschlüsse in der Schweizer Pharmaindustrie stattgefunden, beispielsweise Roche/Corange (RPW 1998/1), Hoechst/Rhone-Poulenc (RPW 1999/3), Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC (RPW 2001/2, s. 338 ff). Die zahlreichen Fusionsaktivitäten in der Pharmaindustrie erschweren die isolierte Analyse der Auswirkungen der Fusion von Pfizer und Pharmacia. Diese soll zwischen dem Produktmarkt Wettbewerb, dem potenziellen Wettbewerb mit zukünftigen Produkten und dem Innovationswettbewerb differenzieren. Einige Effekte zeigen sich eher nach längerer Frist (wie z.B. die Auswirkungen der

⁴⁶ Siehe Federal Trade Commission (FTC) (2003): Pfizer, Pharmacia will Divest Assets to Settle FTC Charges. Press Release, April 14, 2003.

⁴⁷ Siehe European Commission (2003): Case No. COMP/M.2922 – Pfizer/Pharmacia. Entscheidung vom 27.02.2003. Im Fortgang der Untersuchung bezeichnen wir diese Entscheidung mit ‚EU-Fusionsentscheidung‘.

⁴⁸ Siehe Federal Trade Commission (2003): Docket No. C-4075 Decision and Order in the Matter of Pfizer Inc., and Pharmacia Corporation. 14 April, 2003. Im Fortgang der Untersuchung bezeichnen wir diese Entscheidung mit ‚US-Fusionsentscheidung‘.

⁴⁹ Siehe ZEW (2007): M&A-Report. April.

Fusionen auf den Innovationswettbewerb), so dass bei einem fortlaufenden Konzentrationsprozess der Effekt dieser einen Fusion nicht isoliert werden kann.

Für Fusionen in der Pharmaindustrie gibt es zahlreiche Erklärungsansätze.⁵⁰ Oft wird genannt, dass sie eine Reaktion auf erhöhten Innovationsbedarf und intensiveren Wettbewerb mit Generika darstellen.⁵¹ Ausserdem werden hohe Entwicklungskosten eines Medikamentes und der Patentablauf für ‚blockbuster drugs‘ als Gründe genannt. Abbildung 60 zeigt wie sich die Entwicklungskosten eines neuen Medikamentes entwickelt haben. Seit 1995 haben sich die Kosten mehr als verdoppelt.

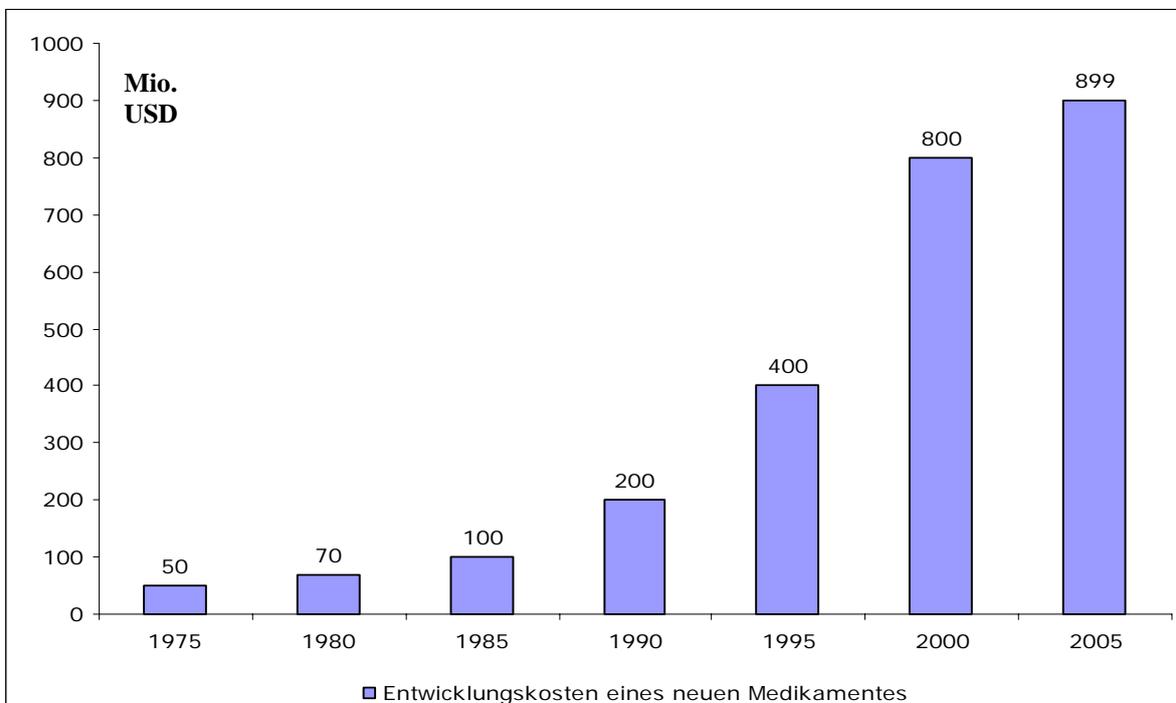


Abbildung 60: Entwicklungskosten eines neuen Medikamentes, Mio. USD

Quelle: Pharma-Markt Schweiz, Ausgabe 2007

Dass nicht alle Substanzen zu einem Medikament führen, veranschaulicht die folgende Tabelle 8. Die Zeitspanne von der Isolierung eines Wirkstoffes bis zu seiner Zulassung als Medikament kann bis zu 20 Jahre dauern und nur die wenigstens Substanzen eignen sich schliesslich als Medikament. Dies bedeutet, dass zusätzlich zu der langen Entwicklungsdauer auch eine grosse Unsicherheit über den Erfolg einer Produktentwicklung die Investitionsentscheidung beeinflusst.

⁵⁰ Die Fusionsmotive in der Pharmaindustrie werden z.B. in CRA (2004) dargestellt. Siehe Charles River Associates (CRA) (2004): Innovation in the Pharmaceutical Sector. A study undertaken for the European Commission.

⁵¹ Die Auswirkungen des Generikawettbewerbs werden z.B. von Dalen et al. (2006) untersucht (aber nicht im Bezug auf Fusionen). Siehe Dalen, Dag Morten, Steinar, Strom, and Tonje Haabeth (2006): Price Regulation and Generic Competition in the Pharmaceutical Market. Health Economics Research Programme at the University of Oslo HERO 2006. Wir haben keine empirischen Studien gefunden, die die Effekte von Fusionen auf den Generikawettbewerb untersucht haben.

Tabelle 8: Werdegang eines Medikamentes

<i>Jahre</i>	<i>Zahl der Substanzen</i>	<i>Phase der Entwicklung</i>	<i>Wirkstofffindung</i>
0	10 000 Substanzen	Forschung	Wirkstofffindung
	20 Substanzen	Präklinische Phase	Patentanmeldung Tierversuche zu Wirksamkeit und Verträglichkeit Wirkstoffherstellung/Anwendungsform
zwischen 5-15	10 Präparate	Klinische Phase	Phase I (Prüfung an gesunden Menschen) Phase II (Dosisfindung an Patienten) Phase III (Erprobung an Patienten)
zwischen 10-20	1 Präparat	Verkauf	Phase IV (Überwachung - Pharmacovigilance) Zulassung (Swissmedic) Aufnahme Spezialitätsliste (SL)/Preisfestsetzung (BAG)
20			Patentablauf

Quelle: Interpharma

Nach Ablauf des Patentes für einen Wirkstoff können andere Hersteller Generika auf den Markt bringen, die typischerweise zu erheblich niedrigeren Preisen als das Originalpräparat angeboten werden. Dies bedeutet, dass ein Unternehmen seine durch das Patent temporär gewährte Monopolstellung verliert. Für Pfizer zeigt Tabelle 9 in welcher Höhe Erlöse mit patentgeschützten Präparaten erzielt werden, für die in den kommenden Jahren der Patentschutz ausläuft.

Tabelle 9: Auswirkungen des Patentablaufes auf die grössten Pharmaunternehmen der Welt

<i>Unternehmen</i>	<i>2010</i>		<i>2011</i>		<i>2012</i>		<i>Teil der Erlöse (%)</i>
Astra Zeneca	Arimidex	USD2.2bn	Seroquel	USD4.7bn	Symbicort	USD3.7bn	38
BMS			US Plavix	USD4.8bn	Abilify	USD2.1bn	30
			Avapro	USD1.3bn			
GSK	Advair	USD3.8bn			Avandia	USD2.5bn	23
Eli Lilly			Zyprexa	USD4.8bn			22
Merck	Co-zaar/Hyzaar	USD3.2bn			Singulair	USD4.5bn	22
Novartis	Femara	USD1.1bn			Diovan	USD6.0bn	14
Pfizer	Aricept	USD800m	Lipitor	USD12.1bn	Viagra	USD1.7bn	41
			Xalatan	USD1.6bn	Detrol	USD860m	
					Geodon	USD1.1bn	
Sanofi-Aventis	Taxotere	USD2bn	US Plavix	USD3.8bn	Lovenox	USD3.1bn	34
			Avapro	USD2.1bn			

Quelle: PriceWaterhouseCoopers (auf Basis von AXA Framlington Daten)

Die industrieökonomische Literatur unterscheidet generell zwei zentrale (sich gegenseitig nicht ausschliessende) Gründe für Unternehmenszusammenschlüsse (1) die Integration zur Erhöhung der unternehmerischen Effizienz, und (2) die Integration zur Erhöhung von Marktmacht. Hierbei wird Marktmacht als die Fähigkeit definiert, Preise dauerhaft über das Wettbewerbsniveau anheben zu können. In Standard-Oligopol Modellen impliziert ein horizontaler Unternehmenszusammenschluss für alle Unterneh-

men im Markt (unilaterale) Anreize die Angebotspreise zu erhöhen; *ceteris paribus* sinkt damit die Wettbewerbsintensität am Markt und die Gewinne aller Unternehmen am betroffenen Markt steigen. Diese Anreize können allerdings durch - dem Zusammenschluss potentiell inhärente - Effizienzeffekte bei den fusionierenden Unternehmen kompensiert oder sogar überkompensiert werden. In letzterem Fall sinkt der Marktpreis und damit der Gewinn der nicht am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist somit der Trade-off zwischen den beiden Effekten zu beachten. Ausprägungen der möglichen Effizienzgewinne im Fall der Pharmaindustrie werden ausführlich in CRA (2004) dargelegt. Die empirische Literatur zu den Motiven der Fusionen in der Pharmaindustrie ist nicht extensiv und gibt keine klare Antwort welche Effekte für die Pharmaindustrie relevanter sind. Hassan et al. (2007) z.B. haben kurzfristig und langfristig abnormale Gewinne und Effizienzeffekte für Akquisitionen aber nicht für Fusionen gefunden. Higgins and Rodriguez (2005) haben ebenso positive Gewinne im Fall von Akquisitionen gefunden.

Der Trend zur Konsolidierung in der Pharmaindustrie wird von weiteren Faktoren getrieben: Für die grossen Pharmaunternehmen sind die Fusionen eine Reaktion auf Überkapazitäten (*excess capacity*) infolge der erwarteten Patentabläufe und Lücken in der Produktlinie des Unternehmens⁵². Ausserdem können Unternehmen so leichter in neue geographische und therapeutische Märkte eindringen.

Durch Akquisitionen erhalten Unternehmen Zugriff auf neue Technologien und Methoden aus der Biotechindustrie. Diese können einen Beitrag zur Entwicklung neuer Medikamente leisten. Typischerweise sind solche Verfahren durch Patente geschützt. Daher stellen Zusammenschlüsse eine Alternative zu Lizenzierungen dar. Dies stellt sicher, dass man auch Zugriff auf zukünftige Entwicklungen eines spezialisierten und erfolgreichen Forscherteams erhält. Intellektuelles Eigentum stellt in dem von hoher technischer Komplexität geprägten Pharmamarkt nämlich eine Markteintrittsbarriere dar, weil die auf einem bestimmten Markt aktiven Unternehmen von IPR abhängig sind.

Die Auswirkungen von Fusionen auf die F&E-Anreize sind nicht eindeutig. Einerseits vermindert eine Fusion den Druck auf die Unternehmen möglichst schnell zu einem erfolgreichen Produkt zu kommen. Andererseits bringt eine Fusion komplementäre Assets zusammen, beispielsweise die Kompetenz verschiedener Wissenschaftler, so dass die Produktivität der F&E-Aktivitäten ansteigt. Überwiegt der erste Effekt könnte das fusionierte Unternehmen weniger in F&E investieren. Danzon et al. (2004) finden heraus, dass die F&E-Ausgaben von kleinen Unternehmen nach einer Fusion sinken. Überwiegt der zweite Effekt, sind Unternehmen wegen der gesteigerten Produktivität bereit mehr für F&E auszugeben. Da F&E-Aktivitäten typischerweise *spillovers* zugunsten anderer Unternehmen verursachen, entstehen in Folge der Fusion Wohlfahrtsgewinne. Diese addieren sich zu den Gewinnen der fusionierten Unternehmen (Cockburn and Henderson, 1996)⁵³.

5.4 Zulassung, Preisgestaltung und Regulierung im Schweizer Pharmamarkt

Um die Pfizer/Pharmacia Fusion zu evaluieren ist es unerlässlich die staatliche Preisregulierung zu berücksichtigen. Wie auch in anderen Ländern ist die Entwicklung eines Medikamentes auf allen Stufen von der Patentanmeldung bis zur Markteinführung stark reguliert.

In der Schweiz werden Arzneimittel nach Artikel 9 des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000 durch Swissmedic zugelassen. Die Qualität, Wirksamkeit und Sicherheit eines Arzneimittels müssen nachgewiesen werden, um eine Zulassung zu bekommen (Artikel 10 HMG). Für importierte Medikamente in die Schweiz gibt es ein vereinfachtes Zulassungsverfahren nach Art. 14 Abs. 2 und 3. Importe von Medikamenten sind nach Art. 20 zulässig, wenn der Importeur die Voraussetzungen der Art. 18f. erfüllt. Für den besonderen Fall, dass ein Medikament in der Schweiz durch ein Patent geschützt ist, das Patent im Ausland aber bereits ausgelaufen ist, ist ein so genannter Parallelimport möglich. Als zusätzlichen Schutz nach Ablauf des Patentbesitzes gibt es so genannte Ergänzende Schutzzertifikate. Sie geben den Herstellern maximal zusätzliche fünf Jahre die Möglichkeit zur Amortisation ihrer F&E-Kosten. Dies ist insofern wichtig, als aufgrund der langen Entwicklungszeiten der Patentschutz für einen Wirkstoff schon kurz vor dem Ablauf stehen kann, wenn die Zulassung des Medikamentes gerade erteilt wird. Voraussetzungen und Anmeldeverfahren für die Ergänzenden Schutzzertifikate unterliegen nationalem Recht und können daher voneinander abweichen.⁵⁴ Eine ähnliche Regelung gibt es auch für die USA.⁵⁵

⁵² Siehe z.B. Danzon et al. (2004).

⁵³ Siehe Cockburn, Ian, und Rebecca Henderson (1996): *Scale, Scope and Spillovers: the Determinants of Research Productivity in the Drug Industry*. RAND Journal of Economics, Vol. 27, No.1 (Spring, 1996).

⁵⁴ Siehe Accenture (2005): *Die Bedeutung der Generikaindustrie für die Gesundheitsversorgung in Deutschland*.

⁵⁵ Siehe Congressional Research Service (CRS) (2006): *Authorized Generic Pharmaceuticals: Effects on Innovation*. CRS Report for Congress. August 8, 2006.

Der Verkaufspreis für ein Medikament in der Schweiz setzt sich zusammen aus dem Herstellerabgabepreis, Beratungsgebühren, Verwaltungskosten und Steuern.⁵⁶ Diese Preisbestandteile werden durch den Regulierer administriert. Die so genannten Spezialitätsliste (SL) des Bundesamtes für Gesundheit enthält alle kassenpflichtigen Arzneimittel. Die Kriterien für die Aufnahme eines Medikamentes in die SL sind seine Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit. Die Höchst- und Fabrikabgabepreise aller SL-Arzneimittel werden auf der Webseite www.sl-preise.ch publiziert. Die Höchstpreise gelten bei der Abgabe durch Apothekerinnen und Apotheker, Ärztinnen und Ärzte sowie Spitäler und Pflegeheime und dürfen gemäss Art. 44 Krankenversicherungsgesetz (KVG)⁵⁷ nicht überschritten werden. Nach Art. 67 der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV)⁵⁸ besteht der Höchstpreis aus dem Fabrikabgabepreis und dem Vertriebsanteil. Der Fabrikabgabepreis beinhaltet Leistungen der Hersteller- und Vertriebsfirma bis zur Ausgabe ab Lager in der Schweiz, Abgaben inbegriffen und wird vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) festgesetzt. Eine Bewilligung des BAG ist für die Erhöhung der in der SL festgesetzten Preise nötig und diese kann erteilt werden nur wenn ‚a) das Arzneimittel die Aufnahmebedingungen noch erfüllt; b) seit der Aufnahme oder der letzten Preiserhöhung mindestens zwei Jahre verstrichen sind‘ (Art. 67 KVV). Präparate, die nicht in der SL verzeichnet sind, werden als Liste-Medikamente genannt. Für sie werden die Preise nicht reguliert.⁵⁹

Eine weit verbreitete Meinung ist, dass die Schweizer Medikamentenpreise viel höher sind als im Ausland. Eine Veröffentlichung der Interpharma (2007)⁶⁰ findet jedoch, dass die Preise in der Schweiz nicht höher sind als in vergleichbaren europäischen Ländern. Dies gilt für Deutschland, Dänemark, Grossbritannien und die Niederlande. Die Verkaufspreise der 200 meistverkauften Originalprodukte, darunter Medikamente, die vor 1995 in die SL aufgenommen wurden, liegen unter den deutschen Preisen. Die Ergebnisse der Studie von *santésuisse* zeigen aber ein etwas anderes Bild: die Medikamentenpreise im Ausland sind niedriger als in der Schweiz, besonders sind Generikapreise viel höher in der Schweiz als im Ausland.⁶¹

5.5 Fusionskontrolle in der Pharmaindustrie

In diesem Abschnitt stellen wir die Besonderheiten der Fusionskontrolle in forschungsintensiven oder ‚high innovation‘ Industrien⁶² heraus, da ihre Berücksichtigung für die folgende Evaluierung der Fusion unerlässlich ist. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass sich die Effekte von Zusammenschlüssen unterscheiden können, je nachdem, ob es sich um dynamische, forschungsintensive Branchen handelt oder solche, die eher statischem Wettbewerb unterliegen.

In den USA und in der EU werden nach 2004 ähnliche Kriterien zur Beurteilung einer Fusion angelegt. Ein Zusammenschluss wird in den USA untersagt, wenn er zu einem ‚substantial lessening of competition‘ (SLC) führt, also zu einer signifikanten Reduzierung des Wettbewerbs.⁶³ Nach den neuen EU Horizontal Merger Guidelines von 2004 prüft die Europäische Kommission, ob die Fusion den effektiven Wettbewerb beschränkt insbesondere aufgrund der Begründung oder Verstärkung einer marktbe-

⁵⁶ Siehe Interpharma. Polit-Dossier. Schweizer Pharmamarkt. Medikamentenpreise (www.interpharma.ch).

⁵⁷ Krankenversicherungsgesetz (KVG) vom 18. März 1994.

⁵⁸ Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) vom 27. Juni 1995 (Stand am 1. Januar 2008).

⁵⁹ Interpharma Polit-dossier (www.interpharma.ch): ‚Der Staat überwacht die Preise der Arzneimittel, die in der Spezialitätsliste (SL) aufgeführt sind. Bei den übrigen Arzneimitteln richtet sich die Preisbildung nach dem Wettbewerb‘.

⁶⁰ Siehe Interpharma (2007): Pharma-Markt Schweiz.

⁶¹ Siehe *Santésuisse* (2007): Die Schweizer Versicherten bezahlen nach wie vor zu viel für Medikamente. Communiqué, Bern, 9. August 2007.

⁶² Die Termini ‚High innovation markets‘, ‚high innovation sectors‘, ‚innovation intensive markets‘ werden von der OECD benutzt (OECD, 2002). Nach OECD (2002) haben ‚innovation intensive‘/‚high innovation‘ Märkte die folgenden Charakteristika: ‚high R&D intensity and dependence on intellectual property rights (IPRs) coupled with a closely related heavy reliance on human instead of physical capital; a high degree of technical complexity; rapid technological change and short product cycles; increasing returns to scale; important network effects (i.e., buyers are better off the more buyers there are); and significant compatibility and standard issues‘. Siehe OECD (2002): Merger Review in Emerging High Innovation Markets. DAFNE/COMP(2002)20, January 24, 2003. Der ‚High-tech industries‘ Terminus wird von der FTC benutzt (siehe z.B., Leary, Thomas B. (2007): The Patent-Antitrust Interface. June 25, 2007. www.ftc.gov/speeches/leary/ipspeech.shtml), es wurde aber keine präzise Definition von ‚high-tech‘ Industrien gefunden.

⁶³ Nach US Horizontal Merger Guidelines (1992) ‚Mergers should not be permitted to create or enhance market power or to facilitate its existence‘. Siehe FTC (1992): 1992 Horizontal Merger Guidelines (with April 8, 1997, Revisions to Section on Efficiencies).

herrschenden Stellung (Art.2(2) und (3) der EC Merger Regulation⁶⁴).⁶⁵ Differenzen zwischen der US und EU Fusionskontrolle entstehen vor allem durch die grössere Bedeutung der Effizienzberücksichtigung in den USA.⁶⁶ Insbesondere die Ansichten der beiden Wettbewerbsbehörden zur Berücksichtigung der R&D Effizienzen unterscheiden sich. In der Schweiz kann gemäss Art. 10 Kartellgesetz (KG) ein Zusammenschluss von der Wettbewerbskommission untersagt werden, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss „eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt“, und der Zusammenschluss „keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.“ Im Vergleich zu den US und EU Horizontal Merger Guidelines sieht die Schweizer Fusionskontrolle keine Berücksichtigung der Effizienzeffekte vor.

Im Allgemeinen umfasst die Fusionskontrolle zunächst die Abgrenzung des relevanten Produktmarktes und des geographischen Marktes, anschliessend erfolgt die wettbewerbsrechtliche Würdigung. Gegebenenfalls wird dabei auf die durch die fusionierenden Parteien vorgeschlagenen Abhilfemassnahmen eingegangen. In der wettbewerbspolitischen Beurteilung wird vor allem der Effekt der Fusion auf die Konsumentenpreise und somit auf die Konsumentenrente geprüft. Dabei spielen auch mögliche Markteintrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb eine Rolle. Um die Preise nach einer Fusion zu erhalten, müssen die Preiseffekte geschätzt oder simuliert werden. Am häufigsten werden dazu Modelle für heterogene Produkte unter Annahme von Bertrand-Preiswettbewerb angewandt. Zusätzlich wird geprüft, ob die neu entstehende Marktstruktur ein koordiniertes Verhalten der Unternehmen wahrscheinlicher macht. Damit ist gemeint, dass sich die Unternehmen explizit oder implizit absprechen, um den Preiswettbewerb abzuschwächen.⁶⁷

In der Pharmaindustrie entstehen typischerweise wenig Bedenken über mögliche koordinierte Effekte, weil die Produkte sehr heterogen sind. Ausserdem sind die Märkte sehr dynamisch, weil sie schnellen technologischen Änderungen unterliegen. Diese Eigenschaften der Märkte machen koordiniertes Verhalten weniger wahrscheinlich und schwieriger als in statischen Märkten.⁶⁸ Wichtiger ist daher die Frage nach der Modellierung der nicht koordinierten Effekte.⁶⁹ Die Wettbewerbsbehörden haben sich bei der Fusionskontrolle in innovationsintensiven Märkten auf die Bedeutung von unilateralen Effekten sowie von Marktausschlusseffekten konzentriert (OECD, 2002).

In der oben beschriebenen Abgrenzung der relevanten Produktmärkte wird nicht erfasst, dass die Entwicklung und der Vertrieb neuer Produkte durch einen Zusammenschluss beeinflusst werden können. Gerade in dynamischen Sektoren wie der Pharmaindustrie spielen Innovationen eine gewichtige Rolle. Beispielsweise könnte der Zusammenschluss die Entwicklung und Einführung neuer Produkte verhindern oder verzögern, oder sie werden zu höheren Preisen eingeführt als wenn die Fusion nicht stattgefunden hätte. In der Folge würde die Konsumentenwohlfahrt sinken. Diesem Aspekt trägt die Fusionskontrolle in forschungsintensiven Sektoren Rechnung. Hier unterscheiden sich die US-amerikanischen von den EU-Richtlinien. Während die US Fusionskontrolle für die forschungsintensiven Industrien das ‚innovation markets concept⁷⁰‘ (Innovationsmärkte) verwendet, wendet die EU Kommission die ‚future markets⁷¹‘ Methode im Rahmen der traditionellen Fusionsanalyse an.

Die Fusionskontrolle in ‚high innovation‘ Märkten erfordert eine dynamische Analyse, im Rahmen derer die spezifische Natur des Wettbewerbs in solchen Märkten berücksichtigt wird (OECD, 2002). Die

⁶⁴ European Commission (2004): Council Regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings (the EC Merger Regulation). Official Journal of the European Union, L 24/1, 29.1.2004.

⁶⁵ European Commission (2004): Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings. Official Journal of the European Union, 2004/C 31/03.

⁶⁶ Ein Vergleich der EU und US Fusionspolitik bezüglich der Effizienzen kann z.B. in Brouwer (2008) gefunden werden. Siehe Brouwer, Maria T. (2008): Horizontal Mergers and Efficiencies; Theory and Anti Trust Practice. European Journal of Law and Economics, Vol. 26, pp. 11-26. Die dynamischen Effizienzen in der Fusionsanalyse werden in OECD (2008) diskutiert. Siehe OECD (2008): Dynamic Efficiencies in Merger Analysis. DAF/COMP(2007)41. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee.

⁶⁷ Siehe US und EU Horizontal Merger Guidelines und FTC and US Department of Justice (2006): Commentary on the Horizontal Merger Guidelines. March 2006.

⁶⁸ Siehe Schulz (2001).

⁶⁹ Eine detailliertere Diskussion dazu kann man in Daniel (2005) finden. Siehe Daniel, Timothy P. (2005): Three Economic Issues that Arise in Transactions Involving Pharmaceuticals, Medical Devices, and Medical Equipment. Prepared for Food and Drug Law Institute Conference ‘Mergers, Acquisitions, Joint Ventures, and Licensing Deals: Overcoming Antitrust Hurdles’. NERA Economic Consulting.

⁷⁰ Die ‘Innovation Markets’ Methode wurde z.B. von der FTC in den folgenden Fällen verwendet: Ciba-Geigy/Sandoz (1997), Baxter Int (1997), Upjohn Co. (1996), American Home Products (1995).

⁷¹ Einige Beispiele dazu sind Ciba-Geigy/Sandoz (1996) oder Bayer/Schering (2006). Siehe European Commission (1996): Commission Decision of 17 July 1996 in a Proceeding Pursuant to Council Regulation (EEC) No. 4064/89 (Case No. IV/M.737 – Ciba-Geigy/Sandoz). Official Journal L 201, 29/07/1997). European Commission (2006): Case No. Comp/M.4198 – Bayer/Schering.

Erfahrungen der Europäischen Kommission zeigen, dass ein Untersuchungsframework eine solche Analyse erlauben kann und keine speziellen Richtlinien nötig sind. Die EU Horizontal Merger Guidelines berücksichtigen aber einige Effekte der Fusionen auf Innovation: z. B. die Berücksichtigung der Effekte der Fusion auf das Innovationsverhalten des fusionierten Unternehmens und der Wettbewerber (Par. 38).

In der Diskussion um die Fusionskontrolle in besonders innovativen Industrien geht es um die Frage, ob sich die Untersuchung auf den aktuell herrschenden und potentiellen Wettbewerb beziehen soll, oder ob sie auch neue Produkte umfassen soll und ob man überhaupt ein besonderes Vorgehen für die Fusionskontrolle in solchen Industrien braucht. Die beiden Ansätze unterscheiden sich im Wesentlichen darin, dass statt der traditionellen Abgrenzung des relevanten Marktes nun Innovationsmärkte abgegrenzt werden müssen. In der Beurteilung der zukünftigen Entwicklung muss dann untersucht werden, ob die Fusion den Innovationswettbewerb behindern würde. So wie auch der statische Ansatz auf den Bestand wirksamen Wettbewerbs abzielt, soll die Berücksichtigung des Innovationsverhaltens dafür sorgen, dass auf einem Markt weiterhin Anreize für Innovationen bestehen.⁷² Deshalb definieren die US Wettbewerbsbehörden zusätzlich zu den traditionell zu beurteilenden Produktmärkten auch Innovationsmärkte, um die Auswirkungen eines Unternehmenszusammenschlusses auf die F&E zu ermitteln. Im Gegensatz zur EU gibt es in den USA spezielle Vorschriften für 'Innovationsmärkte' die in den 'Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property'⁷³ definiert werden: 'An innovation market consists of research and development directed to particular new or improved goods and processes, and the close substitutes for that research and development'. Ein Innovationsmarkt wurde erstmals im Zusammenhang mit der Lizenzierung von geistigem Eigentum definiert. Die in diesen Richtlinien behaltene Voraussetzungen können ohne weiteres auf die Fusionskontrolle angewandt werden.⁷⁴ Ergibt die Analyse, dass die Einführung neuer Produkte oder Verfahren durch die Fusion verzögert wird, weil der Wettbewerb auf dem entsprechenden Innovationsmarkt beeinträchtigt wird, untersagen die US Wettbewerbsbehörden den Zusammenschluss oder gestatten ihn lediglich unter Auflagen.

Die 'Innovation Markets' Methode wird oft kritisiert. Eine Einschränkung für diese Analysemethode ist, dass man keine Sicherheit darüber hat, ob eine Innovation auch zu einem marktfähigen Produkt führt⁷⁵. Die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass keine speziellen Regeln für die Fusionskontrolle in den dynamischen Sektoren nötig sind (OECD, 2002). Obwohl diese Sektoren eigene Charakteristika haben, durch welche sie sich von den anderen Sektoren unterscheiden, sind die analytischen Methoden dieselben wie in den anderen Industrien. Insbesondere wird der Effekt der Fusion auf den aktuellen und zukünftigen Produktwettbewerb analysiert. Diese Methoden sollen nur auf dynamische Industrien Anwendung finden, beispielsweise bezüglich der Definition der Marktanteile, Bedeutung der Änderungen in der Marktstruktur, etc. So ist im Fall der dynamischen Sektoren selbst die Abgrenzung eines relevanten Produktmarktes schwieriger als im Fall der existierenden Märkte. Im Vergleich zu den statischen Situationen werden Marktanteilsanalysen weniger informativ sein. Die möglichen dynamischen Effekte von Fusionen machen die Fusionsbeurteilung schwierig: z.B. ein hoher Marktanteil in einem dynamischen Markt heute bedeutet nicht unbedingt die Präsenz und Persistenz von Marktmacht morgen (OECD, 2002). Ob und wie die Fusionspolitik Innovation berücksichtigt, wird z.B. in Katz und Shelanski (2006)⁷⁶ diskutiert. Die Autoren empfehlen die existierenden Rahmenbedingungen durch besseres Verständnis der Verbindung zwischen Wettbewerb und Innovation zu verstärken.

In der Schweiz gibt es keine speziellen gesetzlichen Richtlinien zur Fusionskontrolle in den forschungsintensiven Industrien. Nach der VKU (Par. 11) soll die Fusionsanmeldung die Beschreibung aller Märkte, in denen die 20% bzw. 30% Marktanteilsschwellen überschritten werden, enthalten. Diese Beschreibung muss die Informationen über die Vertriebs- und Nachfragestrukturen sowie die Bedeutung von F&E berücksichtigen.

⁷² Siehe Abrantes-Metz, Rosa M., Adams Christopher P., and Metz Albert D. (2005): Empirical Facts and Innovation Markets: Analysis of the Pharmaceutical Industry. Antitrust Source. March, 2005.

⁷³ Herausgegeben von U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission am April 6, 1995.

⁷⁴ Siehe Bryan R. Dunlap (1995). A Practical Guide to Innovation Markets, Antitrust Vol. 21

⁷⁵ Siehe Abrantes-Metz et al. (2005).

⁷⁶ Siehe Katz, Michael L. and Howard A. Shelanski (2006): Mergers and Innovation. Mimeo, University of California, Berkeley.

5.6 Fusionsevaluation in der Pharmaindustrie

5.6.1 Ziele und Methoden der Fusionsevaluation

Ziel dieses Abschnitts ist es, die möglichen Methoden einer ex-post Evaluation von Fusionsentscheidungen zu beschreiben. Grundsätzlich können Fusionen in dreierlei Hinsicht evaluiert werden (LEAR, 2006)⁷⁷. Zunächst kann man untersuchen, ob die Meinung dass die Fusion nicht zu weniger Wettbewerb führen kann/Wettbewerb nicht beschränken wird, richtig war (z.B. kann man analysieren, ob die Fusion nicht zu höheren Preisen geführt hat). Zweitens, für den Fall, dass man keine Wettbewerbsbeschränkungen nach der Fusion beobachtet, kann man untersuchen, ob die Gründe hierfür die seinerzeit von der Wettbewerbsbehörde festgestellten waren oder ob es andere Wettbewerbsbeschränkungen gab, die sich als bedeutsamer erwiesen haben. Drittens, für den Fall, dass Wettbewerbsbeschränkungen nach der Fusion stattgefunden haben, kann man untersuchen wie und wie schnell der Markt/die Marktakteure darauf reagiert haben.

Für die Fusionsevaluation in der Pharmaindustrie bietet es sich an, sich auf die allgemeine Fusionsanalyse (insbesondere Wettbewerb bezüglich der aktuellen Produkte) und Analyse der spezifischen Auswirkungen der Fusionen in den Pharmamärkten (insbesondere Wettbewerb bezüglich der zukünftigen Produkte („future product market competition“) und Innovationswettbewerb) zu fokussieren. Damit sind die obigen Fragen der Fusionskontrolle auch für die Fusionsevaluation in solchen forschungsintensiven Industrien wie der Pharmaindustrie relevant.

Ziel des ersten Teils der Fusionsevaluation ist zu erfahren, ob die Fusion keine wettbewerbsbeschränkenden Effekte (z.B. keine Preiserhöhung, Wachstum der Marktanteile) hatte (im Rahmen der allgemeinen volkswirtschaftlichen Analyse). Dies sind die eher kurz- bis mittelfristigen Effekte der Fusion. Zusätzlich muss man im zweiten Teil der Analyse untersuchen, ob die Fusion keine negativen Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb („innovations markets approach“) und/oder potentiellen Wettbewerb bezüglich der zukünftigen Produkten („future goods approach“) hatte. Das sind die eher langfristigen Effekte der Fusion.

Die Literatur zur Fusionsevaluation in den forschungsintensiven Industrien ist nicht etabliert. Unseres Wissens gibt es kaum empirische Studien zu diesem Thema.⁷⁸ Die möglichen Methoden der Analyse der allgemeinen Auswirkungen einer Fusion sind die deskriptive Analyse (darunter Analyse der Konzentration, Marktanteile und Preise, in den einzelnen Produktkategorien und auf dem gesamten Pharmamarkt), die Befragungen der Unternehmen und Verbände, sowie eine Reihe von Möglichkeiten für die empirische Analyse (im wesentlichen sind dies strukturelle Modelle und Simulationen, Evaluationsmethoden und Event-Studien)⁷⁹. Einige von diesen Methoden kann man auch für die Evaluation des potentiellen Wettbewerbs und des Innovationswettbewerbs anwenden.

Deskriptive Statistik

Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung basiert im ersten Schritt auf der Ermittlung der Marktanteile eines Unternehmens auf den jeweils relevanten Produktmärkten. In der Pharmabranche kann es zusätzlich erforderlich sein unterschiedliche Absatzkanäle (Apotheken, Drogerien, selbst dispensierenden Ärzte, Spitäler) zu berücksichtigen. Dazu ist der Zugang zu Marktdaten erforderlich. In einem weiteren Schritt muss dann beurteilt werden, ob aus den Marktdaten die Vermutung einer Marktbeherrschung begründbar ist. Konzentration, Marktanteile und Preise werden vor und nach der Fusion verglichen.

Befragungen

Befragungen ermöglichen den Zugang zu Informationen, die über die reine Beobachtung von Märkten nicht verfügbar werden. Diese Informationen ermöglichen zudem, die beobachteten statistischen Tendenzen besser zu interpretieren. Einerseits kann man im Gespräch mit Insidern ein Verständnis für die Funktionsweise eines Marktes erlangen. Trotz der kodifizierten Regulierung im Pharmamarkt hängt ihre tatsächliche Umsetzung vom Verhalten der Unternehmen und der Behörden ab. Ferner können Auswirkungen der Fusion auf den Innovationswettbewerb oder auf den potentiellen Produktmarkt Wettbewerb aufgrund von Produkten, die zum Zeitpunkt der Fusion noch in der Entwicklung waren, identifiziert werden. Dabei sollte zwischen kurzfristigen Effekten wie Preisreaktionen und langfristigen Effekten wie

⁷⁷ Siehe LEAR (2006): Ex-post Review of Merger Control Decisions. A Study for the European Commission prepared by LEAR. December 2006.

⁷⁸ Siehe dazu die in der Einführung genannten Referenzen.

⁷⁹ Eine ausführliche Beschreibung und Bewertung dieser Methoden findet sich in LEAR (2006).

Änderungen der Marktstruktur oder des Nachfrageverhaltens unterschieden werden. Die Effektivität dieses Instrumentes hängt von der Gesprächsbereitschaft der Befragten ab.⁸⁰

Alle diese Informationen können dazu beitragen die realen Auswirkungen mit den geschätzten Auswirkungen der Fusion in der Fusionsentscheidung zu vergleichen und zu beurteilen, ob die Wettbewerbsbehörde die richtigen Schritte unternommen hat und korrekte Entscheidungen getroffen hat.

Empirische Analyse

Eine Methode zur Abschätzung der Wohlfahrtseffekte einer Fusion ist die Schätzung so genannter struktureller Modelle. Dabei werden Wohlfahrtseffekte in Folge der Fusion auf der Basis von Modellsimulationen ermittelt. Diese Methode erfordert Preis- und Nachfragedaten über mehrere Produktvarianten innerhalb einer Produktkategorie. Ausserdem erlaubt diese Methode nur dann die Schätzung dieser Effekte, wenn fusionierende Unternehmen gleichzeitig auf denselben Produktmärkten tätig sind. Diese Methode erlaubt theoretisch sowohl eine ex-ante als auch eine ex-post Evaluation von Fusionen.⁸¹ Aufgrund der hohen qualitativen Anforderungen an die Datenbasis und wegen ihres hohen Zeitbedarfs, verwenden beispielsweise die US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden einfache „back-of-the-envelope“-Formeln, die eine grobe Abschätzung der (hypothetischen) Preiseffekte von untersagten oder mit Auflagen versehenen Fusionen erlauben.⁸² Obgleich eine solche Quantifizierung der Wohlfahrtseffekte durchaus wertvolle Einblicke in die volkswirtschaftlichen Wirkungen von Fusionskontrollentscheidungen erlaubt, so ist zu bedenken, dass jeweils nur der Preiseffekt einer Fusion Eingang in eine solche Quantifizierung findet.

Eine weitere empirische Methode stellen Eventstudien dar. Typischerweise werden dabei die Entwicklung von Masszahlen für Unternehmenserfolg vor und nach einem bestimmten Ereignis oder einer Massnahme betrachtet. Diese Methode ist geeignet, sofern das Ereignis einen substantziellen Beitrag zum Unternehmenserfolg hat. Die Ereignisstudie erlaubt die Effizienz- und Marktmachteeffekte von Fusionen zu evaluieren. Diese Untersuchungstechnik wird im Bereich des Kartellrechts, und insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle in den letzten Jahren verstärkt angewendet.⁸³ So wurden in den vergangenen Jahren u.a. von Duso et al. (2006)⁸⁴ diverse Studien zu Fusionskontrollentscheidungen der EU Kommission veröffentlicht.

Unter Evaluationsmethoden werden verschiedene empirische Techniken verstanden. Die Idee hinter diesen Methoden (soziale Experimente, naturelle Experimente, Matchingmethoden, und Instrumentvariablemethoden) ist der Vergleich des Verhaltens zwischen zwei Gruppen: Kontrollgruppe und Experimentgruppe. Ceteris paribus soll die Differenz im Verhalten der zwei Gruppen den Politikeffekt ergeben.

5.6.2 Ziele und Methoden der Evaluation der Auflagen

Auflagen in Fusionsfällen werden normalerweise ausgesprochen, wenn es in bestimmten Märkten zu Wettbewerbsbedenken kommt. Ziel der Analyse der Auflagen ist es, zu untersuchen, ob die Auflage funktioniert hat und ob die Auflage so funktioniert hat wie es geplant wurde. Gesetzt den Fall, dass die Auflage nicht funktioniert hat, sollen die Gründe hierfür untersucht werden.⁸⁵ Das ultimative Ziel der Analyse ist zu beurteilen, ob die Auflage erfolgreich war oder nicht, und ob sie den effektiven Wettbewerb fördern könnte.

⁸⁰ Siehe LEAR (2006) für eine detaillierte Beschreibung dieser Methode.

⁸¹ Einige Beispiele für die ex-ante Evaluation von Fusionen sind z.B. Nevo (2000) und Ivaldi and Verboven (2005). Siehe Ivaldi, Mark, and Frank Verboven (2005): Quantifying the Effects from Horizontal Mergers: the European Heavy Trucks Market. *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23 (9-10), pp. 669-691. Nevo, Aviv (2000): Mergers with Differentiated Products: the Case of the Ready-to-Eat Cereal Industry. *RAND Journal of Economics*, Vol. 31(3), pp. 395-421. Ein Beispiel für die ex-post Evaluation von Fusionen ist Pinske und Slade (2004). Siehe Pinske, Joris, and Margaret E. Slade (2004): Mergers, Brand Competition and the Price of a Pint. *European Economic Review*, Vol. 48(3), pp. 617-643.

⁸² Siehe Nelson, Philip, and Su Sun (2001): Consumer Savings from Merger Enforcement: A Review of the Antitrust Agencies' Estimates. *Antitrust Law Journal*, Vol. 69, Issue 3, ss. 921-954. Auch Office of Fair Trading (2002): The Development of Targets for Consumer Savings Arising from Competition Policy. *Economic Discussion Paper No. 4*.

⁸³ Ein Überblick findet sich bei Cichello, Michael, and Douglas Lamdin (2006): Event Studies and the Analysis of Antitrust. *International Journal of the Economics of Business*, Vol. 13(2), ss. 229-245. Eine aktuelle Studie von Langus und Motta (2006) untersucht Kartellverfahren der EU Kommission. Siehe Langus, Gregor, and Massimo Motta (2006): The Effect of Antitrust Investigations and Fines on the Firm Valuation. Working Paper. February 13, 2007.

⁸⁴ Siehe Duso, Tomaso, Klaus Gugler, and Burcin Yurtoglu (2006): Is the Event Study Methodology Useful for Merger Analysis? A Comparison of Stock Market and Accounting Data. Discussion Papers No. 163, SFB/TR 15 Governance and the Efficiency of Economic Systems, Free University of Berlin, Humboldt University of Berlin, University of Bonn, University of Mannheim, and University of Munich.

⁸⁵ Für detailliertere Informationen siehe European Commission (2005): Merger Remedies Study. DG Competition, October 2005.

In der Analyse der Effekte der Auflagen sind folgende Aspekte besonders zu betrachten:

- Verständnis der Gründe für die Wahl der Auflage,
- Untersuchung der Marktentwicklungen nach der Veräusserung der Auflage (insbesondere die Entwicklung der Marktanteile der veräusserten Geschäfte und der behaltene Geschäfte),
- Untersuchung nach eventuellen Nebenwirkungen,
- Untersuchung, ob die Auflage so funktioniert hat wie es erwartet wurde,
- Mögliche Verbesserungen bezüglich der Funktionsweise der Auflagen.

Die Analyse der Auflagen in den forschungsintensiven Industrien wie der Pharmaindustrie könnte im Vergleich zur Analyse der Auflagen in den traditionellen Industrien unterschiedlich sein. In der Pharmaindustrie sind einerseits oft Auflagen ausgesprochen worden, um die Abschottungsbedenken bezüglich F&E Inputs zu beseitigen; andererseits aber auch für die Produkte mit den aktuellen Überschneidungen, um die Wettbewerbsbedenken zu beseitigen, bezüglich der Produkte, die sich bereits im Markt befinden, sowie bezüglich der Produkte für die die fusionierte Partei vielversprechende F&E hat.⁸⁶ Besonders bezüglich des dritten Falls könnte die Analyse schwieriger sein als im Rahmen der statischen Analyse der Fusionen.

Einige Effekte der Auflagen lassen sich nur langfristig evaluieren. Die Analyse der Auflagen für die Produkte, die sich in der letzten Phase der Entwicklung befinden, und bezüglich derer, für die die Marktzulassung schon beantragt wurde, könnte sich kurzfristig bis mittelfristig evaluieren lassen. Die Analyse der Auflagen bezüglich der Produkte, die sich in den früheren Phasen der Entwicklung befinden, ist oftmals sehr kompliziert. Zwei Aspekte sind hier besonders wichtig: Schätzung der Wahrscheinlichkeit, dass das Produkt überhaupt auf den Markt kommt (siehe Graphik und Diskussion oben) und die Schätzung des Erfolges für den Fall, dass diese Auflagen ausgesprochen wurden (z.B. ob der Käufer das Produkt überhaupt auf den Markt bringen könnte). Die Effekte der Auflagen auf den Innovationswettbewerb insgesamt sind oft schwierig zu beurteilen.

Die passenden Methoden zur Analyse der Auflagen in der Pharmaindustrie ist die Befragung von Unternehmen, und die deskriptive Analyse der Marktkonzentration, die Marktanteile und Preise in den Märkten mit den Auflagen.⁸⁷ Die Befragung ist eine wichtige Methode, um die möglichen Marktentwicklungen zu ermitteln, wenn keine Fusion stattgefunden hätte (das ist das so genannte kontrafaktische Szenario) und diese dann mit den aktuellen Marktentwicklungen zu vergleichen. Duso et al. (2006)⁸⁸ haben eine Event-Studie durchgeführt, um die Effekte der Auflagen zu untersuchen. Die Auswirkungen der Fusionen in der Pharmaindustrie und die Analyse der Auflagen für die drei Fusionsentscheidungen Glaxo/Wellcome, Upjohn/Pharmacia und Ciba-Geigy/Sandoz wurden in Morgan (2001) analysiert.

5.7 Untersuchung der Pfizer/Pharmacia Fusion

5.7.1 Analysemethoden im Pfizer/Pharmacia Fall

Im Folgenden erläutern wir im Lichte der obigen Darstellung der Evaluationsmethoden die im Rahmen dieser Fallstudie zur Anwendung kommenden Techniken.

Befragungen

Die Befragungen könnten insbesondere die folgenden Aspekte von Fusionen in der Pharmaindustrie untersuchen: Generika (Ziel: zu prüfen, ob es keine wettbewerbsschädlichen Effekte der Fusion gab); Markteintritt/Marktaustritt (Ziel: zu prüfen, ob es keine wettbewerbsschädlichen Effekte für den Markteintritt aufgrund der Fusion gab); F&E (Ziel: spezielle (dynamische) Auswirkungen der Fusionen in der Pharmaindustrie zu untersuchen); positive/negative Auswirkungen der Fusion (Ziel: vor allem die wettbewerbsschädlichen Effekte auf den verschiedenen Stufen wie z.B. Vertrieb, Grosshandel/Detailhandel zu identifizieren). In unserer Fallstudie haben wir versucht die Konkurrenten und Kunden von Pfizer zu befragen, auf den verschiedenen Stufen, wie z.B. Vertrieb, Grosshandel/Detailhandel als auch Verbände. Leider haben wir kaum Rückmeldungen auf unsere Ersuchen zu einem Interview bekommen.

⁸⁶ Für eine detailliertere Diskussion siehe CRA (2004).

⁸⁷ Für eine detailliertere Beschreibung der Methoden der Analyse der Auflagen insgesamt, siehe European Commission (2005).

⁸⁸ Siehe Duso, Tomaso, Klaus Gugler, and Burcin Yurtoglu (2006): EU Merger Remedies: a Preliminary Empirical Assessment. GESY Working Paper.

Empirische Analyse/quantitative Methoden

Die Schätzung struktureller Modelle und anschliessende Fusionssimulationen konnten wir in unserer Studie nicht anwenden, aufgrund der technischen Voraussetzungen (z.B. oft nur ein Produkt in der Produktkategorie, d.h. keine sich überschneidenden Bereiche zwischen den fusionierten Unternehmen (abgesehen vom Markt der Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen)). Die ‚Back of the envelope method‘ Methode kann in der vorliegenden Fallstudie aufgrund des Aggregationsgrades der Marktdaten, der geringen Überschneidungen in den Produktmärkten und insbesondere der Regulierung vieler Preise nicht zum Einsatz kommen. Im vorliegenden Fall wären nur wenige Geschäftsbereiche der fusionierenden Unternehmen von einer Änderung der Wettbewerbsintensität betroffen. Ausserdem haben Abhilfemassnahmen diesen Effekt erheblich abgeschwächt.

Die Aussagekraft von quantitativen Methoden hat Grenzen. Da Fusionen auch zu Vor- bzw. Nachteilen für die Volkswirtschaft führen können, die sich nicht oder nicht unmittelbar in Preiseffekten widerspiegeln, muss dies im Rahmen einer Fallstudie ebenso betrachtet werden. Beispiele für solche zusätzlichen Effekte sind beispielsweise die Effekte von Fusionen auf die Innovationsanreize der Firmen oder die Produktvielfalt für die Konsumenten. Die Quantifizierung solcher Effekte erscheint - zumindest im Rahmen des Projekts - als sehr schwierig und eine Betrachtung etwaiger Fälle mit solchen Bezügen müsste zwangsläufig auf qualitativer Ebene erfolgen.

Deskriptive Statistik

Da wir Befragungen nicht durchführen konnten und sich die Anwendung von quantitativen Methoden in unserer Fallstudie als sehr schwierig herausgestellt hat, haben wir uns auf die deskriptive Analyse der Fusionsauswirkungen auf der Basis der Marktanteils- und Preisdaten konzentriert.

In Kapitel 5.7.2 untersuchen wir im Detail die Akquisition von Pharmacia durch Pfizer. Dazu vollziehen wir die Beurteilung der WEKO bezüglich des aktuellen und des potentiellen Wettbewerbs nach. Anschliessend nehmen wir auch noch nicht marktgängige Produkte in die Untersuchung auf, um zu beurteilen, ob der Zusammenschluss den F&E-Wettbewerb beschränkt und ob die Berücksichtigung von Innovationsmärkten von Nöten war. In den folgenden Abschnitten gehen wir auf die konkreten Produktmärkte und ihre Abgrenzung ein. Anschliessend prüfen wir die Auswirkungen auf die Marktkonzentration, den Innovationswettbewerb, den Markt für Generika, die Rolle von IPR, sowie Vertrieb und Marketing bevor wir zu einer Beurteilung der WEKO-Entscheidung kommen.

5.7.2 Ergebnisse der Analyse

5.7.2.1 Fusionsanmeldung in der Schweiz

Pfizer/Pharmacia wurde die erleichterte Meldung im Sinne von Artikel 12 VKU erlaubt. Pfizer/Pharmacia wurde insbesondere erlaubt, auf die Einreichung der Angaben bezüglich der Märkte, in denen die Marktanteilschwellen niedriger als 20-30% sind⁸⁹, zu verzichten. Ausserdem wurde seitens der Parteien vorgeschlagen, dass die Schweizer Anmeldung nur solche Informationen beinhalten sollte, die nicht in der eingereichten Meldung an die EU enthalten sind und auch, dass die WEKO die EU-Anmeldung für die Schweizer Zwecke berücksichtigen sollte. Zusätzlich mussten die fusionierten Parteien Informationen über Forschung und Entwicklung nachreichen. Durch dieses Vorgehen der WEKO wird im Rahmen der Antragstellung doppelte Arbeit seitens der Fusionsparteien vermieden.

5.7.2.2 Überschneidungen in den Geschäftsbereichen von Pfizer und Pharmacia

Die Überschneidungen in den Geschäftsfeldern von Pfizer und Pharmacia vor der Fusion sind in Tabelle 10 dargestellt. Obwohl die beiden Unternehmen sehr gross waren, gab es sehr wenige Überschneidungen in ihren Tätigkeiten.

⁸⁹ In der EU Fusionsentscheidung zur Pfizer/Pharmacia Fusion wurden die Marktanteilsschwellen auf 40% festgesetzt.

Tabelle 10: Überschneidungen in den Geschäftsfeldern von Pfizer und Pharmacia

Pfizer	Pharmacia
Allgemeine Bereiche	
Entwicklung, Herstellung und Vermarktung von Arzneimitteln	Entwicklung, Herstellung und Vermarktung von Arzneimitteln
Rezeptpflichtige Medikamente	
Behandlung von kardiovaskulären und infektiösen Erkrankungen	Behandlung von <u>Arthritis</u>
Störungen des zentralen Nervensystems	Überaktive Blase
Diabetes	Parkinson
Erektile Dysfunktionen	Krebs
Allergien	Augenkrankheiten
<u>Arthritis</u>	Hormonstörungen
Rezeptfreie Medikamente	
Schmerzmittel	Präparate gegen Nikotinabhängigkeit
<u>Erkältungen</u>	Haarausfall
Schlafstörungen	<u>Erkältungen</u> (Nasensprays)
Haut- und Augenpflege	Vitaminmangel
	Pilzerkrankungen
Sonstiges	
<u>Veterinärmedizin</u>	<u>Veterinärmedizin</u>
Konfektionsprodukte wie Kaugummis, Knall-Kaugummis, Minzbonbons und Hustendrops	diagnostische Produkte, Blut-Test-Systeme, Feinchemikalien und biopharmazeutische Aktivitäten

Quelle: WEKO Entscheidung

Laut der WEKO-Fusionsentscheidung soll der Geschäftsbereich von Konfektionsprodukten wie Kaugummis, Knall-Kaugummis, Minzbonbons und Hustendrops mittelfristig verkauft werden. Die FTC hat eine separate Auflage für Over-the-Counter Cough Drops ausgesprochen, nämlich den Verkauf von Halls Cough Drop an Cadbury Schweppes. In der Schweiz und der EU wurde für diese Geschäftsbereiche keine Auflage ausgesprochen.

Anstatt alle Geschäftsfelder fortzuführen, kann sich das neue Unternehmen nach der Fusion aussuchen, auf welche Kernbereiche es sich konzentrieren möchte. Darum haben wir geprüft, welche Bereiche Pfizer nach der Fusion ver- oder zugekauft hat.

Durch die Fusion wurde das Portfolio von Pfizer um die Produkte von Pharmacia erweitert. Einige neue Produktkategorien wurden hinzugefügt. Vor der Fusion hatte Pfizer eine Zahl von eigenen wichtigen Medikamenten: z.B. Zoloft, Lipitor, Viagra. Mit der Fusion hat sich Pfizer Pharmacia Produkte wie Celebrex, Beztra, Detrol, Nicorette, Rogaine und Luden einverleiben können. 11 von 12 kombinierten Blockbuster Medikamenten von Pfizer und Pharmacia sind bis zum Jahre 2010 durch Patente geschützt.⁹⁰ Die Pipeline von Produkten in den letzten Phasen der Entwicklung wurde durch einige viel versprechende Pharmacia Produkte (wie z.B. Eplerenone, Parecaxib, und CDP-870) erweitert. Pfizer hat auch beabsichtigt, in zwei neue Märkte einzutreten: Krebs und Ophthalmologie.

In 2006 hat Pfizer seine Geschäftseinheit Consumer Healthcare (die vor der Fusion Pharmacia gehört hat) an Johnson & Johnson verkauft. Diese Geschäftseinheit besitzt weltweit bekannte Marken wie Listerine, Nicorette, Sudafed, Benadryl und Neosporin. Mit dieser Entscheidung hatte Pfizer angekündigt sich auf das Pharmageschäft konzentrieren zu wollen.⁹¹ Damit sollte eine Intensivierung der internen F&E

⁹⁰ Siehe New York Times (2002): Pfizer Said to Buy Drug Rival in USD60 Billion Deal. July 15, 2002.

⁹¹ Siehe Pfizer (2006): Pfizer einigt sich über den Verkauf seines Consumer Healthcare-Geschäfts für 16.6 Mrd. US-Dollar an Johnson & Johnson. Pfizer Pressemitteilung vom 27.06.2006.

sowie ein Ausbau der Palette an neuen Medikamenten erzielt werden. Pfizer plant auch den Kauf von Produkten und Technologien, die das langfristige Wachstum des Geschäfts vorantreiben könnten, in der Zukunft fortzusetzen. Nach der Fusion hat Pfizer Produkte, Produktkandidaten und Technologien in Therapiegebieten wie Alzheimer, Diabetes, Adipositas und Infektionskrankheiten zugekauft.

Der Fokus unserer Fallstudie liegt auf der Analyse der Märkte für pharmazeutische Produkte. Die WEKO hat in ihrem Bericht festgestellt, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb im Bereich Veterinärmedizin nicht beschränkt und der potentielle Wettbewerb nicht untersucht werden braucht (Par. 156 der WEKO-Fusionsentscheidung).

5.7.2.3 Abgrenzung des relevanten Marktes

Der *sachlich* relevante Markt wurde auf der Basis der therapeutischen Klassen der ATC-Klassifikation (Anatomical Therapeutic Chemical Classification) mit ‚Stufe 3‘ definiert. Nach dieser Klassifikation werden die humanpharmazeutischen Produkte auf der Basis des Systems oder Organs, auf das sie wirken, und ihrer chemischen, pharmazeutischen und therapeutischen Charakteristika in die entsprechenden therapeutischen Gruppen eingeordnet. Die ATC-Klassifikation wird auch von der Europäischen Kommission und der FTC verwendet. Die WEKO ist damit den Praktiken von US- und EU-Wettbewerbsbehörden gefolgt.

In den einzelnen Fällen können die Pharmamärkte breiter oder enger definiert werden. In den US- und EU-Entscheidungen wurde eine weitere Abgrenzung des Marktes vorgenommen, beispielsweise im Markt für Medikamente gegen Erektionsstörungen (rezeptpflichtige vs. rezeptfreie Produkte, Tabletten vs. einspritzbare Medikamente in der EU Entscheidung⁹²) oder im Markt für Mittel gegen Inkontinenz in der US Entscheidung („extended release“ Produkte, die einmal oder zweimal pro Tag genommen werden vs. Produkte, die dreimal pro Tag genommen werden sollen⁹³). Eine weitere Differenzierung des relevanten Marktes könnte Originalpräparate von Generika unterscheiden, wie es in Stern (1996)⁹⁴ erfolgte (dies ist ein Beispiel für eine breitere Abgrenzung des Marktes).

Eine Schwierigkeit in der Evaluation des Wettbewerbs bei Produkten, die sich in der Entwicklung befinden, ist, dass dieser Prozess sehr unsicher ist. Tabelle 8 veranschaulicht wie viele Substanzen am Anfang eines Präparates stehen. In jeder Phase der Entwicklung wird die Zahl der in Frage kommenden Substanzen reduziert. Selbst in der klinischen Phase besteht noch eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass ein Präparat keine Zulassung erhält, so dass dieses keinen Einfluss auf einen Produktmarkt nehmen wird. Darum ist die Europäische Kommission dazu übergegangen, nur Produkte in der letzten Phase (Phase III) der klinischen Tests zu berücksichtigen⁹⁵. Eine weitere Unsicherheit erwächst aus dem Umstand, dass die Entscheidung, in welche ATC-Kategorie ein Produkt fällt, erst kurz vor Marktzulassung getroffen wird (Par. 116 der WEKO-Fusionsentscheidung).

Als *räumlich* relevanter Markt wurde die gesamte Schweiz definiert.

Indem die WEKO den Methoden der EU-Kommission und der FTC folgt, verwendet sie international und wissenschaftlich anerkannte Methoden zur Marktabgrenzung im Pharmamarkt. Dies trägt den zahlreichen Besonderheiten dieses Marktes – insbesondere der hohen Unsicherheit hinsichtlich neuer Produkte – Rechnung.⁹⁶

5.7.2.4 Analyse der Marktanteile, Konzentration, und Preise

5.7.2.4. 1. Allgemeine Analyse

In diesem Abschnitt analysieren wir die Änderungen in den Marktanteilen im gesamten pharmazeutischen Bereich der Schweiz sowie in den einzelnen Produktkategorien, als auch Preisänderungen in den einzelnen Produktkategorien.

Es wurde von der Wettbewerbskommission erwartet, dass Pfizer und Pharmacia nach dem Zusammenschluss von den bisherigen Plätzen sechs und acht auf den zweiten Rang im Schweizer Gesamt-

⁹² Caverject wird eingespritzt und ist daher für einen Patienten sehr schwierig und schmerzhaft anzuwenden, während Viagra in Form von Tabletten eingenommen wird. Die Europäische Kommission hat festgestellt, dass Viagra und Caverject nicht substituierbare Produkte sind.

⁹³ Die Produkte, die dreimal pro Tag genommen werden sollen, sind ältere Generikaprodukte (FTC (2003)). Siehe FTC (2003): Pfizer Inc. and Pharmacia Corporation; Analysis to Aid Public Comment. File No. 021 0192). In den beiden US und EU Entscheidungen wurde festgestellt, dass Detrusitol und Darifenacin substituierbare Produkte sind.

⁹⁴ Siehe Stern, Scott (1996): Market Definition and the Returns to Innovation: Substitution Patterns in Pharmaceutical Markets. MIT Sloan School & NBER, mimeo.

⁹⁵ Siehe OECD (2001).

⁹⁶ Zur Diskussion der Marktdefinition für die US Pharmaindustrie siehe Morse, M. Howard (2003): Product Market Definition in the Pharmaceutical Industry. Antitrust Law Journal, No. 2.

markt für Pharmaprodukte vorrücken werden (Tabelle 11). Nach der Fusion auf der Basis der Daten für 2006 ist Pfizer auf dem zweiten Rang plazierte. Aufgrund fehlender Daten können wir keine Vergleiche im Bezug auf Unterschiede zwischen verschiedenen Verkaufskanälen (Apotheken, Drogerien, selbst dispensierende Ärzte, und Spitäler) anstellen.

Tabelle 11: Schweiz: Marktanteile für den gesamten Markt

Rang	Firma	Marktanteil Gesamtmarkt in % (Schätzung)	Rang 2006	Marktanteil Gesamtmarkt in % (aktuell 2006)*
1 (1)	Novartis (Pharma&Consumer Health)	5-10	1	10.7
2 (-)	Pfizer&Pharmacia	5-10	2	7.3
3 (2)	AstraZeneca	5-10	4	6.7
4 (3)	GSK Pharma	5-10	3	6.8
5 (4)	Roche Pharma Schweiz	5-10	6	5.5
6 (5)	MSD-Chibret	5-10		
- (6)	Pfizer	0,1-5		
7 (7)	Sanofi-Synthelabo	0,1-5		
- (8)	Pharmacia	0,1-5		
8 (9)	Janssen-Cilag	0,1-5		
9 (10)	Bristol-Myers/Squibb	0,1-5	11	2.3
10 (11)	Aventis Pharma	0,1-5		
	Sanofi-Aventis		5	6.2
	Johnson&Johnson		10	2.7
	Merck&Co		8	3.5
	Bayer Healthcare		9	2.9
	Merpha		7	3.8

Quelle: WEKO Entscheidung, 2006 Daten aus IMS Health (2006)⁹⁷

Anmerkung: * APO/SD/SPI/DRO Index, Swissmedic A, B, C, D, Z inkl. Impfstoffe.

MSD-Chibret ist Teil von Merck&Co. Janssen-Cilag ist Tochtergesellschaft von Johnson&Johnson. Sanofi-Synthelabo und Aventis haben in 2004 fusioniert.

Um die voraussichtlichen Auswirkungen abschätzen zu können, müssen diejenigen Märkte eingehend beschrieben werden, auf denen eine der Fusionsparteien einen Marktanteil von mindestens 30% innehat oder beide Fusionsparteien gemeinsam mindestens 20% erreichen. Die Beschreibung muss gemäss Art. 11 Abs. 1 Buchstabe d VKU die Vertriebs- und Nachfragestruktur sowie die Bedeutung der Forschung und Entwicklung umfassen. Im vorliegenden Fall sind folgende Produktmärkte mit möglichen Wettbewerbsbedenken betroffen: A7A (antiinfektiöse antidiarrhöische Darmmittel), B1B (injizierbare Antikoagulantien), C1E (Nitrite und Nitrate), C2A (einfache Antihypertonika), C8A (einfache Kalziumantagonisten), C10A (Cholesterin und Triglyceriden-Reduktoren), G1C (Gynäkologische Antibiotika und Sulfanamide), G2A (Geburtseinleitungsmittel), G2D (Prolaktin-Hemmer), G4B (G4B3 und G4B4), J1A (Tetrazykline und Kombinationen), J1F (Macrolide und ähnliche Präparate), J2A (systemische Antimykotika), L1D (Zytostatistische Antibiotika), N7B (Produkte zur Behandlung von Nikotinabhängigkeit), N7D (Präparate gegen Alzheimer), P1B (Wurmbekämpfungsmittel), R1B (systematische Nasalpräparate), R5F (Andere Präparate gegen Husten und Erkältung), S1E (Miotika und Präparate gegen den grünen Star), S1S (Hilfsmittel für die ophtalmologische Chirurgie), S3C (Corticosteroide antiinfektiöse Kombinationen für Augen und Ohren)⁹⁸.

⁹⁷Siehe IMS Health (2006): Pharmamarkt Schweiz 2006. Bern, 22. Januar 2007, von Thomas Binder.

⁹⁸In der EU Fusionsentscheidung wurden nur 7 ATC Märkte, in denen der gemeinsamer Marktanteil 40% überschritten wurde, analysiert: C2A, C8A, D4A, G4B3, H2A, J1F, und L1D. Die Europäische Kommission analysierte auch die

Einige Produkte in diesen Märkten sind auf der S-Liste verzeichnet und unterliegen der Preisregulierung. Für diese sind keine Preiseffekte zu erwarten. Die Preise der übrigen Produkte sind nicht reguliert. Abbildung 61 zeigt die Preisänderungen ausgewählter Pfizer Medikamente auf dem Schweizer Pharmamarkt. Bei den meisten Medikamenten sind keine starken Preisänderungen zu erkennen. Aufgrund der geringen Schwankungen der Preise ist es nicht sinnvoll empirische Schätzungen bezüglich des Einflusses der Fusion auf die Preise durchzuführen.⁹⁹ Ebenso sind Preissimulationen kaum möglich.

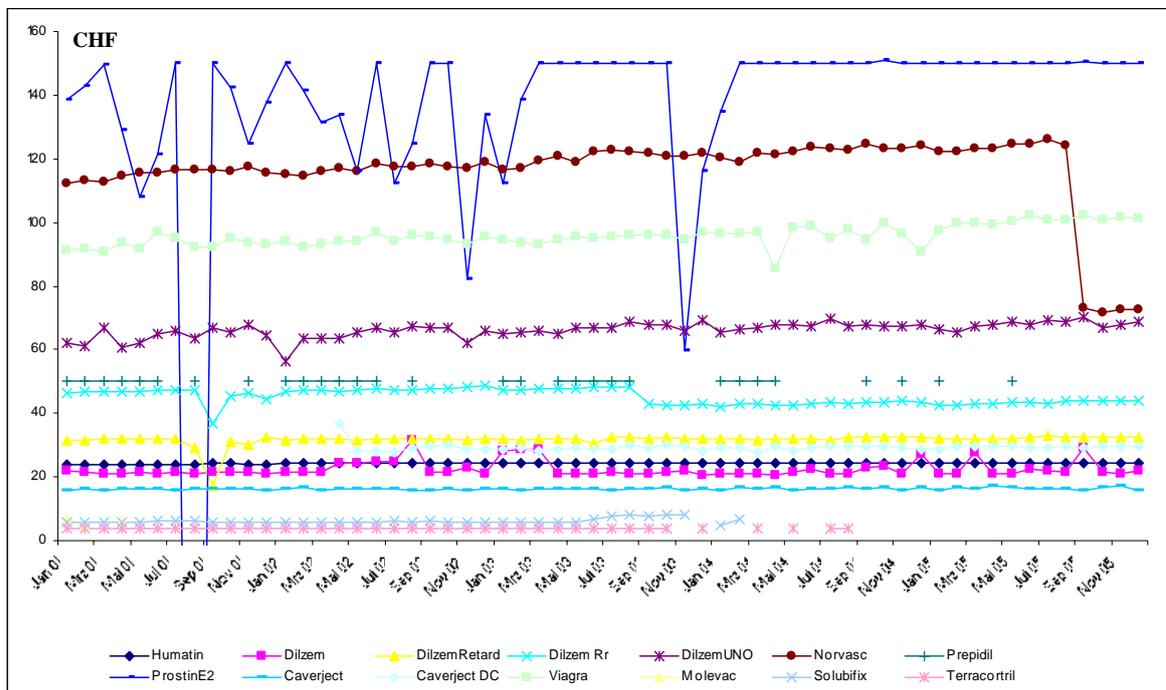


Abbildung 61: Schweiz: Medikamentenpreise von Pfizer vor und nach der Fusion

Quelle: IMS Health, eigene Berechnungen

Anmerkung: Die durchschnittlichen Preise wurden für den gesamten Schweizer Pharmamarkt berechnet.

Preise für Medikamente auf der S-Liste werden von der BAG festgelegt. Dabei werden die Kosten des Unternehmens und die erwartete Nachfrage nach dem jeweiligen Medikament berücksichtigt. Es lässt sich daher nicht genau vorhersagen, wie hoch der Preis letztlich ausfallen wird. Während kurzfristig die regulierten Preise von bestehenden Medikamenten konstant bleiben, könnte die Verhandlungsposition von Pfizer nach dem Zusammenschluss gestärkt sein, so dass bei Verhandlungen tendenziell höhere Preise festgelegt werden. Insofern könnten Preise aufgrund des Zusammenschlusses höher liegen als sie ohne ihn liegen würden. Dieser Effekt liesse sich allenfalls langfristig in einem Vergleich mit anderen Unternehmen oder anderen Märkten identifizieren und nicht im Rahmen der vorliegenden Untersuchung.

Von der WEKO wurde festgestellt, dass die Marktanteilzuwächse durch den Zusammenschluss entweder gering sind oder dass es zumindest wichtige Konkurrenten in den entsprechenden Märkten gibt. Der Ablauf von Patenten, die Einführung von neuen Produkten sowie von Generika können zu Marktanteilsverschiebungen führen (siehe WEKO-Fusionsentscheidung). In der folgenden Abbildung 62 werden die Marktanteile von Pfizer's Produkten am Umsatz der entsprechenden Produktmärkte im Zeitablauf dargestellt. Die Marktanteile von Viagra (von 92% am 1. Januar 2001 auf 54% am 1. Dezember 2005),

Produkte, die noch nicht auf dem Markt waren, sich aber in einer fortgeschrittenen Phase der Entwicklung befanden. Zwei potentielle Pipeline Überschneidungen wurden entdeckt: chronische obstruktive Lungenerkrankung (keine eigenen Produkte aber Pfizer hatte eine Allianz mit Boehringer Ingelheim, um Spiriva ko-voranzutreiben und ko-zu-vermarkten, und Pharmacia hatte eine Allianz mit Altana Pharma bezüglich Roflumilast, aber keine ernsthafte Wettbewerbsbedenken wurden gefunden) und Blasen-Inkontinenz. In der US Entscheidung wurden die Effekte der Fusion auf die folgenden Märkte analysiert: F&E, Herstellung und Vertrieb in OAB, ‚hormone replacement therapy‘, ‚canine arthritis‘, ‚dry cow mastitis‘, ‚lactating cow mastitis‘ und Herstellung und Vertrieb der OTC ‚hydrocortisone creams und ointments‘, ‚OTC motion sickness medication‘, und ‚OTC cough drops‘.

⁹⁹ Ein Beispiel aus methodischer Sicht ist die Studie von Ashenfelter und Hosken (2008). Siehe Ashenfelter, Orley und Daniel Hosken (2008): The Effect of Mergers on Consumer Prices: Evidence from Five Selected Case Studies. NBER Working Paper No. 13859. Ashenfelter und Hosken (2008) haben auch die Effekte der Fusionen auf die Marktanteile untersucht.

Caverject (von 5% auf 1%) und Norvasc (von 59% auf 26%) sind gesunken. Die Marktanteile der anderen Produkte sind relativ stabil geblieben im Zeitraum von 2001 bis 2005.

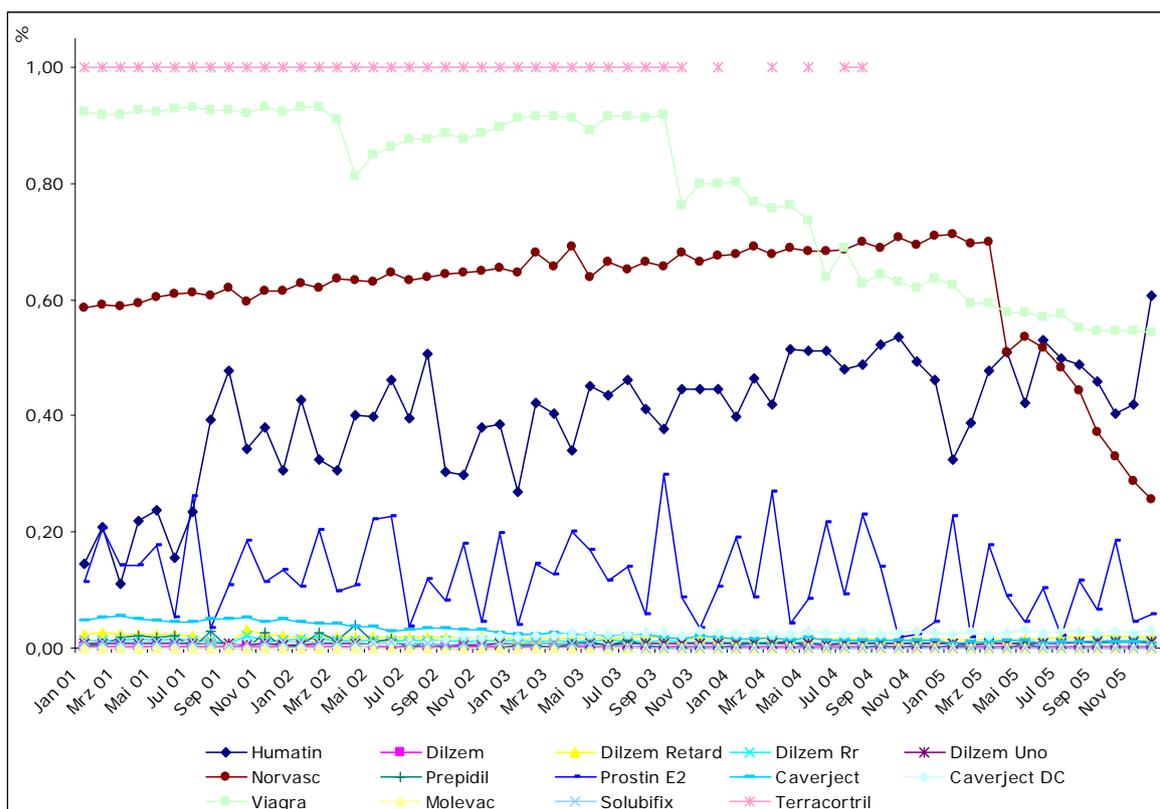


Abbildung 62: Schweiz: Medikamentenmarktanteile von Pfizer vor und nach der Fusion, % des Umsatzes eines Produktmarktes

Quelle: IMS Health, eigene Berechnungen

Im folgenden Abschnitt gehen wir näher auf die betroffenen Märkte ein, für die Preis- und Marktanteilsdaten verfügbar sind¹⁰⁰ und gleichzeitig solche Märkte, für die die Preise nicht reguliert sind (nicht in der S-Liste) (siehe Appendix, Tabelle 25 für die Zuordnung der Produkte von Pfizer in die S-Liste):

- G2A Geburtseinleitungsmittel: Dieser Markt wird im Folgenden analysiert.
- G04E Erektionsstörungen: Caverject ist in der S-Liste. Der Markt wird im Folgenden analysiert.
- R5F Husten und Erkältung: Dieser Markt weist keine hohe Marktkonzentration auf. Seit 2004 wird Solubifix von Pfizer nicht mehr verkauft und Rhinotussal wurde an McNeil Consumer verkauft.
- A7A Antiinfektiöse antidiarrhöische Darmmittel: Dieser Markt wird im Folgenden analysiert.
- P1B Wurmbekämpfungsmittel: Cobantril ist in der S-Liste, aber Molevac ist seit Mai 2001 abgelaufen.
- R1B Systematische Nasalpräparate: Der Markt ist von der hohen Marktkonzentration charakterisiert, Rhinopront wurde an McNeil Consumer verkauft.
- S3C Corticosteroide antiinfektiöse Kombinationen für Augen und Ohren: Das einzige Produkt in diesem Markt, Terracortril, ist von Pfizer und seit September 2005 nicht mehr im Markt.
- N7B Nikotinabhängigkeit: Das Consumer Healthcare Geschäft von Pfizer wurde in 2006 an Johnson&Johnson verkauft¹⁰¹ und damit alle Produkte im diesem Markt (kürzlich wurden sie von einer Tochterfirma McNeil Consumer Healthcare verkauft).

¹⁰⁰ Die Daten für C8A, Einfache Kalziumantagonisten, sind verfügbar, aber alle Produkte von Pfizer in dieser Produktkategorie stehen auf der S-Liste.

¹⁰¹ Siehe Pfizer (2006).

- S1S Hilfsmittel für die ophtalmologische Chirurgie: In der Produktkategorie S1S wurde Healon in 2005 an Advanced Medical Options verkauft¹⁰².

Aufgrund der obigen Argumente analysieren wir im nächsten Abschnitt die Märkte G2A und A7A genauer, da die Produkte von Pfizer in diesen Produktkategorien nicht reguliert sind; zumindest wurden sie in der S-Liste nicht gefunden, und auch die zwei anderen Produktmärkten, nämlich Produkte gegen Erektionsstörungen und Produkte gegen Inkontinenz, in denen die Wettbewerbsbedenken, insgesamt und hinsichtlich des Innovationsverhaltens und der F&E genannt wurden und in denen Auflagen ausgesprochen wurden. Diese letzten zwei Märkte werden in Kapitel 5.8 bezüglich der Auswirkungen der Auflagen besprochen.

5.7.2.4.2. Analyse für die einzelnen Märkte

1) G2A: Geburtseinleitungsmittel

Marktabgrenzung

Der Markt Geburtseinleitungsmittel wurde auf der Ebene ATC-3 abgegrenzt.

Beschreibung des Marktes vor der Fusion

G2A Geburtseinleitungsmittel ist ein Produktsegment, in dem beide Parteien tätig sind. Pharmacia hat alleine einen Marktanteil von über 30% mit den Produkten Prostin E2, Prepidil und Prostin F2 Alpha. Zusammen mit dem Produkt Pitressin von Pfizer (Anteil von 0.1-10%) hätten beide Unternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von 40-50% (Tabelle 12). Die WEKO schätzt, dass der Zuwachs an Verkaufsvolumen in der Folge des Zusammenschlusses gering sein wird. Ausserdem gibt es mehrere Konkurrenten innerhalb dieser Produktkategorie.

Tabelle 12: Marktanteile in der Kategorie G2A in der Schweiz, %

Unternehmen	1999-2000	2000-2001	2001-2002
Pfizer	0.1-10	0.1-10	0.1-10
Pharmacia	30-40	40-50	30-40
Novartis	30-40	40-50	40-50
Schering AG	20-30	10-20	10-20

Quelle: RPW/DPC 2003/2

Preis- und Marktanteil-Entwicklungen nach der Fusion

Die Preise für die Pfizer Produkte Prepidil und Prostin E2 sind vor und nach der Fusion stabil geblieben (Abbildung 63). Der Preis für Prepidil liegt über die gesamte Periode bei CHF50. Der Preis für Prostin ist volatil.

¹⁰² Siehe Sweden Today (2005): Uppsala Gets US Lab. No. 4, 2005.

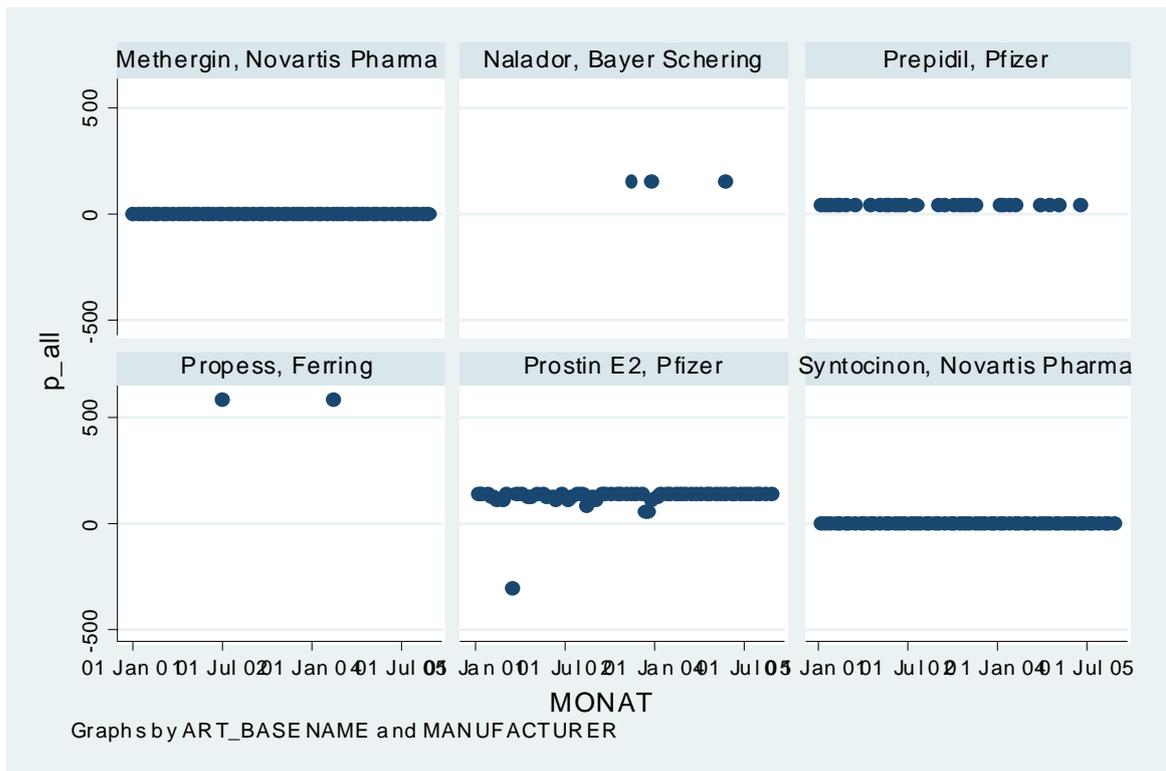


Abbildung 63: G2A: Preisentwicklungen vor und nach der Fusion

Quelle: IMS Health Schweiz, eigene Berechnungen

Anmerkung: Der durchschnittliche Preis wurde für jedes Medikament als Quotient von Umsatz und Menge berechnet.

Die Marktanteile von Pfizer sind von 15.5% in 2001 auf 10.3% in 2005 gesunken (Tabelle 13).

Tabelle 13: G2A: Marktanteile vor und nach der Fusion, %

	2001	2002	2003	2004	2005
Bayer Schering	0	0	0.9	0	0.4
Novartis Pharma	84.5	84.7	85.3	85.5	89.4
Pfizer	15.5	14.7	13.8	13.4	10.3
Ferring	0	0.5	0	1.1	0

Quelle: IMS Health Schweiz, eigene Berechnungen

Wir können sehen, dass Novartis Pharma seine marktbeherrschende Stellung nach der Fusion beibehalten konnte. Pfizer hat im Hinblick auf seine Marktposition sogar an Boden verloren.

2) A7A: Antiinfektiöse antidiarrhöische Darmmittel

Marktabgrenzung

Der Markt Antiinfektiöse antidiarrhöische Darmmittel wurde auf der Ebene ATC-3 abgegrenzt.

Beschreibung des Marktes vor der Fusion

A7A ist ein Produktsegment, in dem nur Pfizer aktiv ist und über Marktanteile von mehr als 30% verfügt (Tabelle 14). Für das Pfizer Produkt Humatin wird ein Marktanteil von 30-40% angegeben. Aus Tabelle 14 ist zu ersehen welche anderen Wettbewerber auf diesem Markt aktiv sind und über welche Marktanteile sie verfügen. Bemerkenswert ist, dass Pfizer und der Konkurrent Drossapharm im Zeitraum 2001/02 erheblich an Marktanteilen gewinnen konnten. Dies ist zu Lasten von Abbott und Sanofi-Synthelabo gegangen, die 2001/02 ihr Produkt vom Markt genommen haben. An diesem Markt kann man erkennen, dass trotz hoher Konzentration die Marktanteile volatil sein können, so dass eine

marktbeherrschende Stellung heute nicht unbedingt bedeutet, dass man den Markt auch zukünftig kontrolliert.

Tabelle 14: Marktanteile in der Kategorie A7A in der Schweiz, %

Unternehmen	1999-2000	2000-2001	2001-2002
Pfizer	10-20	10-20	30-40
Pharmacia	-	-	-
Abbott	20-30	30-40	0.1-10
Drossapharm	20-30	20-30	40-50
Sanofi-Synthelabo	20-30	10-20	-
Bioforce	0.1-10	0.1-10	10-20

Quelle: RPW/DPC 2003/2

Preis- und Marktanteil-Entwicklungen nach der Fusion

Die Preise für Humatin von Pfizer sind vor und nach der Fusion stabil geblieben (Abbildung 64).

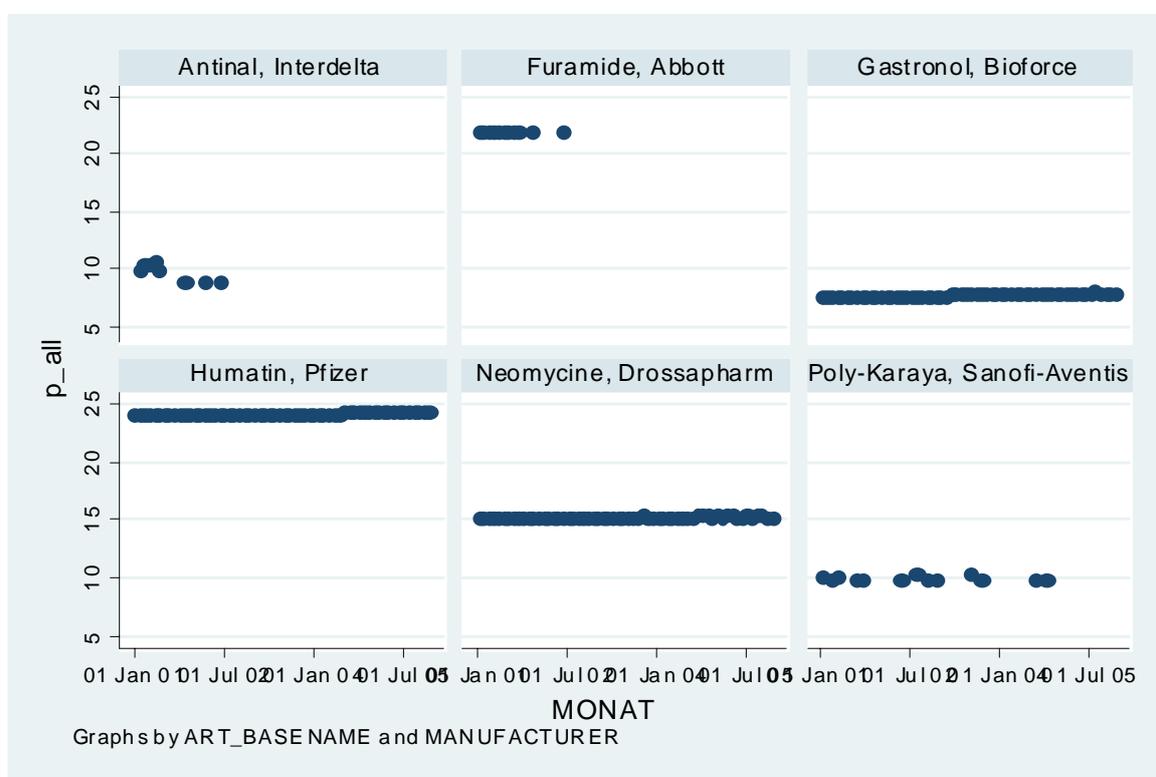


Abbildung 64: A7A: Preisentwicklungen vor und nach der Fusion

Quelle: IMS Health Schweiz, eigene Berechnungen

Die Marktanteile von Pfizer sind zwischen 2001 und 2005 gestiegen (vgl. Tabelle 15). Das Produkt von Abbott ist nicht mehr im Markt und sein Marktanteil ist nahezu vollständig an Pfizer gegangen. Nach der Fusion ist der Marktanteil von Pfizer weiter gewachsen. Der Marktanteil von Drossapharm war im Zeitraum von 2001 bis 2005 recht deutlichen Schwankungen unterworfen.

Tabelle 15: A7A: Marktanteile vor und nach der Fusion, %

Unternehmen	2001	2002	2003	2004	2005
Abbott	25.8	0.05	0	0	0
Bioforce	23.9	29.0	28.1	26.3	28.3
Drossapharm	25.2	32.8	30.9	25.4	24.9
Pfizer	25.2	38.2	41.1	48.4	46.8
Sanofi-Aventis	0.2	0	0	0	0

Quelle: IMS Health, eigene Schätzungen

Wir können sehen, dass Pfizer seine Marktposition auf dem Markt verstärkt hat. Schon nur dieses Beispiel zeigt, wie volatil Pharmamärkte sein können und wie schnell sich Marktanteile verschieben können. Dies verkompliziert sowohl die Marktabgrenzung als auch die Abschätzung des potentiellen Wettbewerbs. Markteintritte und Marktaustritte können die Marktstruktur in relativ kurzer Zeit signifikant ändern.

3) G4B3: Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen

Marktabgrenzung

In der WEKO Entscheidung wurde der Markt 'Präparate zur Behandlung von Erektionsstörungen' auf der Ebene ATC-4 definiert. Die WEKO hat festgestellt, dass die beiden Produkte nicht direkt miteinander konkurrieren: Caverject von Pharmacia (einspritzbares Produkt und Viagra von Pfizer (orale Darreichungsform) sind nicht substituierbar. Caverject wird üblicherweise in den Fällen gebraucht, wenn Viagra kontra-angezeigt (contra-indicated) ist und/oder keine Ergebnisse bringt.

Das in der Entwicklung befindlichen Produkt Apomorphin-Hydrochlorid Nasenspray, konnte sich relativ zuverlässig ein Markt zuordnen lassen, da dasselbe Produkt in Form von Tabletten (Uprima) schon auf dem Markt war. Im Vergleich zu Uprima ist Apomorphin nur eine andere Form der Darreichung des Produktes. Uprima-Tabletten konkurrieren direkt mit Viagra. Darum ist die Wahrscheinlichkeit, dass das neue Produkt in dieser Kategorie erscheint, sehr hoch. In den meisten Fällen ist dennoch die Zuteilung der Produktkategorie bis kurz vor der Marktzulassung kaum vorsehbar (siehe Par. 116 der WEKO-Fusionsentscheidung). Allerdings ist es bei den Wettbewerbsbehörden üblich, sich auf die Zuordnung der Produkte in der Phase III der Entwicklung zu verlassen (OECD, 2001).

Beschreibung des Marktes vor der Fusion

Die WEKO hat in ihrer Fusionsentscheidung festgestellt, dass G4B3 'Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen' ein Produktsegment mit sich überschneidenden Aktivitäten der beteiligten Unternehmen mit einem Marktanteil von über 20% ist (vgl. Tabelle 16): Pfizer hat Viagra mit einem Anteil von 90-100%, Pharmacia hat Caverject mit einem Anteil von 0.1-10%, sodass damit der gemeinsame Verkaufsanteil 90-100% erreicht.

Tabelle 16: Schweiz: Marktanteile in der Kategorie G4B4, %

Unternehmen	1999-2000	2000-2001	2001-2002
Pfizer	80-90	90-100	90-100
Pharmacia	0.1-10	0.1-10	0.1-10
Abbot	-	-	0.1-10
Astra Zeneca	0.1-10	0.1-10	0.1-10

Quelle: RPW/DPC 2003/2

Im aktuellen Wettbewerb wurde diese Produktkategorie als betroffene im Bereich der humanpharmazeutischen Produkte bezeichnet. Es wurde festgestellt, dass neue Konkurrenzprodukte (z.B., Uprima von Abbot, Cialis von Lilly, Levitra von Bayer) auf den Markt kommen sollten und damit Pfizer an Marktanteilen einbüßen könnte. Von der EU Kommission wurde auch festgestellt, dass sich eine Anzahl der Wettbewerber in der Phase der Entwicklung mit PDE-5 and non-PDE5 inhibitors zur Behandlung der Erektionsstörungen befinden (siehe EU-Fusionsentscheidung).

Preis- und Marktanteils-Entwicklungen nach der Fusion

Die Preise der Pfizer-Produkte Caverject und Caverject DC waren sowohl vor als auch nach der Fusion stabil (Abbildung 65). Beide Produkte sind in der S-Liste zu finden, die Preise der anderen Produkte in dieser Produktkategorie sind nicht reguliert. Die Preise von Viagra sind um 10.5% im Zeitraum von 2001 bis 2005 gestiegen. Seit Januar 2003 ist der Preis von Viagra um 6.6% gewachsen. Die Preise für die Konkurrenzprodukte Cialis (Eli Lilly) und Levitra (Bayer Schering) sind viel deutlicher gestiegen: Der Preis von Cialis ist um 52.4% seit seiner Markteinführung gestiegen, während der Preis von Levitra um 35.1% gewachsen ist.

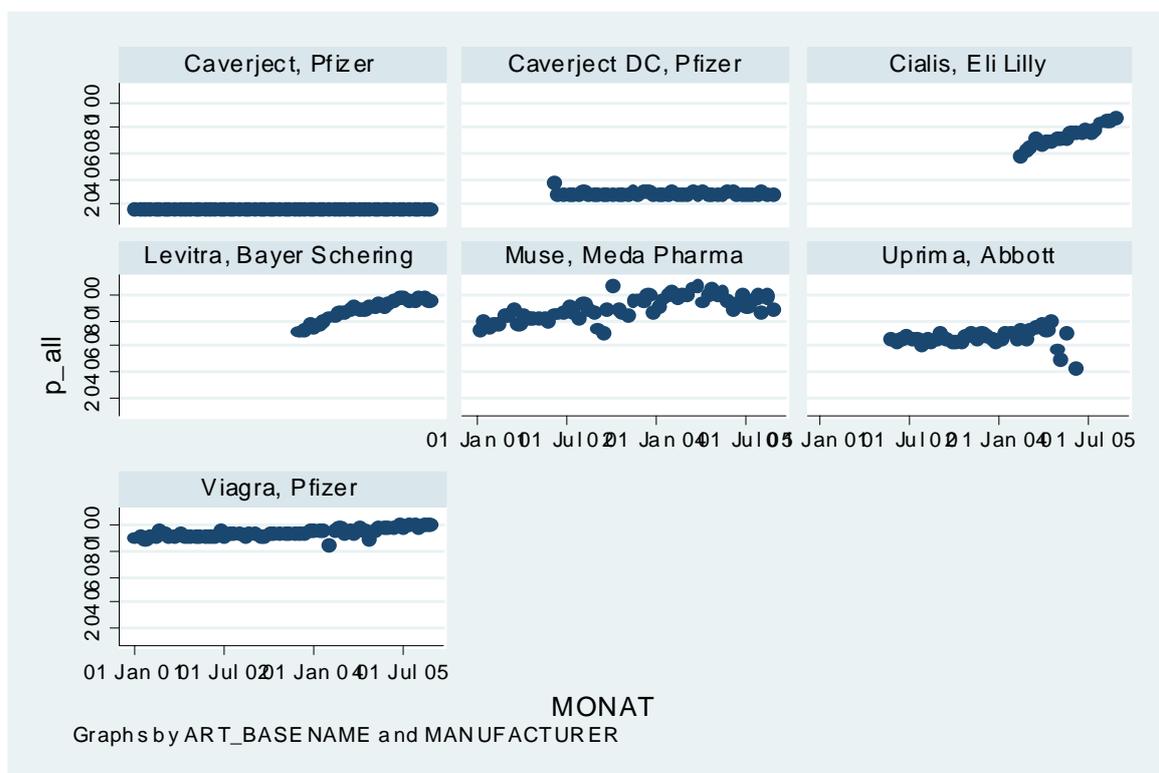


Abbildung 65: G04E: Preisentwicklungen vor und nach der Fusion

Quelle: IMS Health Schweiz, eigene Berechnungen

Aufgrund der steigenden Preise von Viagra, Levitra und Cialis wurde von der WEKO eine Untersuchung durchgeführt, ob insbesondere die Preisempfehlungen für nicht-SL-Präparate (sogenannte Hors-Liste-Medikamente), die auf den Datenbanken der e-mediag AG (Galat, Pharmavista) publiziert sind, zulässig sind.¹⁰³ Die Untersuchung wurde gegen die drei Pharmaunternehmen, e-mediag AG, Grossistinnen Galexis AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Voigt AG, Amedius-UE SA, sowie gegen die Apotheker/innen bzw. SD-Ärzt/innen eröffnet.

Der Marktanteil von Pfizer in dieser Produktkategorie ist zwischen 2001 und 2005 deutlich geringer geworden: er ist von 97.4% in 2001 auf 60.7% in 2005 gesunken (vgl. Tabelle 17). Seit Markteinführung im Jahr 2004 hat Cialis von Eli Lilly mit 23.7% im Jahr 2005 einen hohen Marktanteil erlangt. Levitra von Bayer ist auch ein starker Konkurrent von Viagra geworden. Die niedrigen Marktanteile von Uprima könnten mit einigen ernsthaften Nebenwirkungen dieses Produktes erklärt werden. Aber die anderen zwei Produkte sind starke Konkurrenten von Pfizer geworden.

¹⁰³ Siehe WEKO RPW/DPC 2007/1, 2007/3 und WEKO Medienmitteilung (2007): WEKO untersucht Preisempfehlungen bei drei Hors-Liste-Medikamenten.

Tabelle 17: G04E: Marktanteile vor und nach der Fusion, %

Unternehmen	2001	2002	2003	2004	2005
Abbott	0	5.5	2.2	0.6	0.01
Bayer Schering	0	0	4.0	15.9	14.5
Eli Lilly	0	0	0	9.6	23.7
Meda Pharma	2.6	2.1	1.5	1.2	1.0
Pfizer	97.4	92.5	92.3	72.7	60.7

Quelle: IMS Health, eigene Schätzungen

Die Marktanteile auf der Produktebene sind auf der Abbildung 66 dargestellt. Viagra ist der grösste Marktanteilsverlierer.

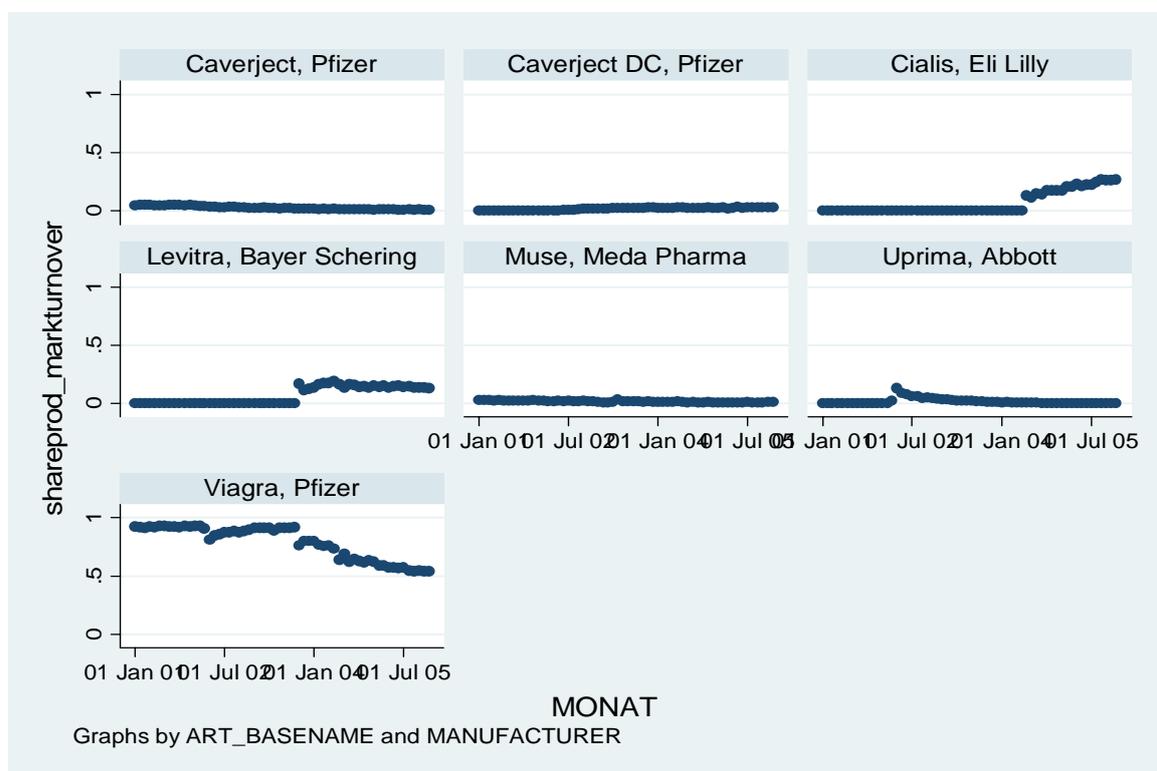


Abbildung 66: G04E: Marktanteile vor und nach der Fusion, %

Quelle: IMS Health Schweiz, eigene Berechnungen

4) G4B4: Produkte gegen Inkontinenz

Marktabgrenzung

In Ihrer Entscheidung hat die WEKO die Auflage erteilt, das Produkt Darifenacin zu veräussern. Dazu hat die WEKO die entsprechende Auflage der EU-Kommission übernommen. Dies entsprach dem Vorschlag der Fusionsparteien gegenüber der EU-Kommission, der mögliche Bedenken hinsichtlich einer Verstärkung einer dominanten Wettbewerbsposition in der Produktkategorie G4B4 ‚Produkte gegen Behandlung von Inkontinenz‘ ausräumen sollte.

In der WEKO Entscheidung wurde der Markt ‚Präparate zur Behandlung von Inkontinenz‘ auf der Ebene ATC-3 definiert. Bezüglich des sich in der Entwicklung befindlichen Produktes Darifenacin wurde festgestellt, dass Detrusitol und Darifenacin substituierbar sind. In der US-Fusionsfallentscheidung wurde der Markt enger abgegrenzt: ‚extended release‘ (die Produkte, die einmal oder zweimal pro Tag genommen werden) vs. ‚not extended release‘ (die Produkte, die dreimal pro Tag genommen werden) Produkte. Im letzten Fall sind dies ältere Generikaprodukte.

Beschreibung des Markts vor und nach der Fusion

Zum Zeitpunkt der Fusionsanmeldung war nur Pharmacia mit dem Produkt Detrusitol in dieser Produktkategorie tätig (Tabelle 18). Pfizer war in diesem Segment nicht aktiv, aber das Produkt Darifenacin befand sich in der letzten Entwicklungsstufe (Phase III). Es war abzusehen, dass im Erfolgsfalle die dominante Position von Pharmacia mit einem Marktanteil von 50-60% noch verstärkt würde. In Stellungnahmen zur Fusionsanmeldung wurden diese Bedenken auch geäussert. Von den vier weiteren Wettbewerbern auf diesem Markt hatte nur Madaus mit 20-30% einen signifikanten Marktanteil.

Pfizer und Pharmacia haben den EU-Wettbewerbsbehörden angeboten, Darifenacin zu veräussern, um die Wettbewerbsbedenken bezüglich dieses Marktes zu beseitigen. Die WEKO hat festgestellt, dass somit keine Notwendigkeit (mehr) besteht, einen Innovationsmarkt zu definieren, weil alle Bedenken ausgeräumt sind.

Tabelle 18: G4B4: Marktanteile vor und nach der Fusion, %

Unternehmen	1999-2000	2000-2001	2001-2002
Pfizer	-	-	-
Pharmacia	40-50	50-60	60-70
Madaus	20-30	20-30	20-30
Sanofi-Synthelabo	10-20	10-20	0,1-10
Pierre Fabre	0.1-10	0.1-10	0.1-10
Novartis	0.1-10	0.1-10	0.1-10

Quelle: WEKO Entscheidung

In der EU Entscheidung wurden einige mögliche Konkurrenten, die ebenfalls Produkte in diesem Markt entwickeln, erwähnt: Schwarz Pharma mit dem Präparat Fesoterodine, und AstraZeneca (siehe EU-Fusionsentscheidung). Leider sind die Daten zu dieser Produktkategorie nicht verfügbar, was eine weitere Analyse der Preise und Marktanteile nach der Fusion unmöglich macht.

5.7.2.5 Analyse des Innovationswettbewerbs

Bei der Untersuchung des Innovationswettbewerbs geht es in erster Linie darum abzuschätzen, ob in Folge einer Fusion mehr oder weniger Innovationen auf dem Markt zu erwarten sind. Dabei muss berücksichtigt werden, ob die fusionierenden Parteien einen grösseren oder geringeren Anreiz zu F&E haben und wie die Anreize für die Wettbewerber beeinflusst werden. Angesichts der langen Vorlaufzeiten ist kurzfristig eine Steigerung der F&E-Anstrengung nur schwer vorstellbar. Dagegen könnte es sein, dass laufende Projekte eingestellt werden, so dass in der Entwicklung befindliche Produkte nicht weiter verfolgt werden. Ein Grund für solches Verhalten könnte sein, dass die fusionierenden Unternehmen bereits ein vergleichbares Produkt führen, so dass ein weiteres Produkt keinen zusätzlichen Markt abdecken würde. Gerade im Hinblick auf solche Anreize ist der Zusammenschluss nur unter Auflagen genehmigt worden. Auf diese Auflagen gehen wir in Kapitel 5.8 ein.

Langfristig ist es denkbar, dass die F&E im fusionierten Unternehmen neu ausgerichtet wird. Wenn eine Duplizierung von bestimmten Aufgaben vermieden werden kann, steigert dies die Effizienz der F&E-Aktivitäten. Dafür können Wissenschaftler mit komplementären Fähigkeiten aus den vorher unabhängigen Unternehmen zusammenarbeiten. Dadurch könnte die Leistungsfähigkeit der F&E-Abteilung gesteigert werden. Schliesslich kann der höhere Cashflow des grösseren Unternehmens für neue Projekte eingesetzt werden, die für jeweils eines der unabhängigen Unternehmen zu gross oder zu riskant gewesen wären. Dies würde bedeuten, dass manche Projekte erst durch den Zusammenschluss ermöglicht würden.

Andererseits kann ein Zusammenschluss auch die F&E-Anreize senken. In erster Linie könnte ein solcher Effekt auftreten, weil etwa mit dem Zusammenschluss der wichtigste Wettbewerber bei der Entwicklung neuer Wirkstoffe einverleibt wird. Ausserdem könnte es sein, dass die Zusammenlegung der IPR-Portfolios eine so starke Markteintrittsbarriere schafft, dass Konkurrenten vor einem Eintritt in den von dem fusionierten Unternehmen dominierten Markt abgeschreckt werden. Gerade aus diesem Grund nehmen die ausgesprochenen Auflagen Bezug auf die IPR-Portfolios. Wegen des Strebens nach den Kostensenkungen können einige F&E Einrichtungen (Laboratorien, Personal) nach der Fusion ge-

geschlossen werden.¹⁰⁴ Die F&E Effizienzgewinne können die wettbewerbschädlichen Effekte kompensieren, wobei solche Fälle in der Fusionspraxis eher selten beobachtet werden.

Bei der Fusionsentscheidung ist es wichtig festzustellen, dass die Fusion den F&E Wettbewerb in den Märkten, in denen die beiden Unternehmen tätig sind, nicht beschränkt. Diese dynamischen Effekte der Fusionen auf den Innovationswettbewerb sind schwierig quantitativ abzuschätzen, qualitative Aussagen sind eher möglich.

Insbesondere im Fall der Fusion von Pfizer und Pharmacia wurde von der WEKO erwähnt, dass keine Innovationsmärkte definiert werden sollten, weil die Bedenken schon durch die Auflagen beseitigt werden könnten. Zusätzlich wurde festgestellt, dass kein spezieller Innovationsmarkt für eine bestimmte Produktkategorie abgegrenzt werden kann, weil die Zuordnung eines in der Entwicklung befindlichen Produktes zu einer ATC-Klasse bis kurz vor der Marktzulassung kaum vorhersehbar ist. Im vorliegenden Fusionsfall befanden sich keine Produkte in diesem Stadium der Entwicklung.

Pfizer erwartete durch die Fusion signifikante Synergien im Bereich F&E zu realisieren (siehe WEKO-Fusionsentscheidung). Es wurde erwartet, dass sich die bisherigen Tätigkeiten der beiden Unternehmen sehr gut ergänzen und keine Beeinträchtigung der F&E Tätigkeit insgesamt und innerhalb der einzelnen Produktkategorien erwartet werden kann. Da die beiden Unternehmen international tätig sind, soll die F&E Analyse auf der globalen Ebene durchgeführt werden. Die Parteien machen geltend, dass sie bedeutende Synergien im Bereich F&E zu erzielen hoffen, weil „sich die bisherigen Tätigkeitsbereiche der beiden Pharmaunternehmen gut ergänzen“ (WEKO-Fusionsentscheidung, Par. 5). Die Formulierung ist sehr vorsichtig und unbestimmt gewählt. Die WEKO greift an keiner Stelle dieses Argument auf um damit Effizienzgewinne zu begründen, die für die Genehmigung des Zusammenschlusses entscheidend wären. Tatsächlich wäre es nicht angezeigt gewesen, dieses Argument ohne weitere Unterlegung mit Kostennachweisen zu akzeptieren. Dies entspricht auch dem Vorgehen der EU-Kommission.¹⁰⁵ Die Schweizer Fusionskontrolle sieht keine explizit wohlfahrtsbezogene Prüfung, d.h., eine Überprüfung von Effizienzeffekten, vor.

Im Ranking der Pharmaunternehmen nach F&E steht Pfizer an Platz 1 gefolgt von GlaxoSmithKline, Sanofi-Aventis und Johnson&Johnson (vgl. Tabelle 19).

Tabelle 19: Ranking der Pharmaunternehmen auf der Basis F&E Investitionen, 2005

Unternehmen	F&E, Mio. britische Pfund	F&E/Umsatz
1. Pfizer, USA	4334.81	14.5
2. Johnson & Johnson, USA	3676.81	12.5
3. GlaxoSmithKline, UK	3136.00	14.5
4. Novartis, Schweiz	2822.69	15.0
5. Sanofi-Aventis, Frankreich	2778.62	14.8
6. Roche, Schweiz	2521.44	16.1
7. Merck, USA	2241.38	17.5
8. AstraZeneca, UK	1968.20	14.1
9. Eli Lilly, USA	1762.29	20.7
10. Wyeth, USA	1601.46	14.7

Quelle: DTI (2006): The R&D Scoreboard 2006: The Top 800 UK and 1250 Global Companies by R&D Investment. Commentary and Analysis.

Eine Messung des F&E-Outputs der fusionierten Unternehmen ist nicht möglich. Das Zählen von Patenten oder Patentanmeldungen würde ein verzerrtes Bild liefern, da Zugang zu IPR auch durch Lizenzieren oder Kaufen bestehender Patente erlangt werden kann. Diese Quellen sind aber nicht dokumentiert. Ausserdem hängt die Zahl von Patentanmeldungen stark vom Entwicklungsstadium eines Medikamentes ab, da Patentschutz überwiegend in der präklinischen Phase beantragt wird. Aus diesen Gründen eignen sich Patentanmeldungen nicht als Indikator für kurzfristige Reaktionen auf diesen Zusammenschluss. Dafür sind Daten verfügbar über den F&E-Input. Trotz der oben genannten Wirkungsmechanismen können F&E-Ausgaben als Indikator für den F&E-Aktivität herangezogen werden. Tabelle 20 zeigt die F&E-Aufwendungen von Pfizer und Pharmacia vor und nach der Fusion. Die Datenreihe zeigt, dass

¹⁰⁴ Siehe CRA (2004) für einige Beispiele und eine detailliertere Diskussion.

¹⁰⁵ Siehe European Commission (2001) oder EU Horizontal Merger Guidelines. European Commission (2001): Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No. 4064/89. COM(2001) 745/6, Brussels, 11.12.2001.

die F&E-Aufwendungen sehr volatil sind. Daher sind Schwankungen der gemeinsamen F&E-Ausgaben nicht unmittelbar als Reaktion auf den Zusammenschluss zu interpretieren. Dennoch lässt sich sagen, dass Pfizer nach der Fusion nicht signifikant die F&E-Aufwendungen reduziert hat. Dies spricht dafür, dass die F&E-Aktivität auf einem ähnlichen Niveau wie vor dem Zusammenschluss verbleibt. Dies bestätigen auch Informationen, die aus Gesprächen mit Branchen-Insidern gewonnen wurden: Der F&E-Wettbewerb ist durch den Zusammenschluss weder verstärkt noch abgeschwächt worden. Dem Effekt, dass es einen Wettbewerber weniger auf dem Markt gibt, wirkt entgegen, dass das grössere Unternehmen auch grössere Projekte in Angriff nehmen kann, wozu die einzelnen Unternehmen vorher nicht in der Lage waren. Welcher Effekt nun überwiegt, ist nicht zu sagen, aber kurzfristige negative Effekte sind nicht zu beobachten.

Die Innovationsintensität (F&E/Umsatz) nach der Fusion hat sich nicht stark verändert. Die gemeinsamen Investitionen sind niedriger geworden. Die Innovationseffekte lassen sich mit höherer Sicherheit eher langfristig evaluieren, konnte in unserer Fallstudie aber nur für einen relativ kurzen Zeitraum beobachtet werden.

Tabelle 20: Innovationsindikatoren von Pfizer und Pharmacia vor und nach der Fusion

Jahr	Unternehmen	F&E, Mio. Britische Pfund	Gemeinsame F&E, Mio. Britische Pfund	Investition, Mio. Britische Pfund	Patente	F&E/Umsatz	F&E zusammen/Umsatz zusammen
1993	Pfizer	658.60			90	0.13	
1994	Pfizer	728.28			70	0.14	
1995	Pfizer	929.02	1736.42		86	0.14	0.16
1995	Pharmacia & Upjohn	807.40	1736.42		74	0.18	0.16
1996	Pfizer	984.05	1723.84		119	0.15	0.16
1996	Pharmacia & Upjohn	739.79	1723.84		76	0.18	0.16
1997	Pfizer	1171.75	1911.39		131	0.16	0.17
1997	Pharmacia & Upjohn	739.64	1911.39		73	0.18	0.17
1998	Pfizer	1369.76	2090.40		186	0.17	0.17
1998	Pharmacia & Upjohn	720.64	2090.40		58	0.18	0.17
1999	Pfizer	1722.41	2612.15		226	0.20	0.20
1999	Pharmacia & Upjohn (now Pharmacia)	889.74	2612.15		125	0.20	0.20
2000	Pfizer	2968.94	4811.89	1466.87	257	0.15	0.15
2000	Pharmacia	1842.95	4811.89	907.86	178	0.15	0.15
2001	Pfizer	3346.45	4908.86	1536.77	211	0.15	0.15
2001	Pharmacia	1562.41	4908.86	697.37	180	0.16	0.15
2002	Pfizer	3215.11	4680.42	1085.89	204	0.16	0.16
2002	Pharmacia	1465.31	4680.42	704.05	227	0.17	0.16
2003	Pfizer	3983.58	3983.58	1468.91	106*	0.16	0.16
2004	Pfizer	4002.29	4002.29	1359.09	5*	0.15	0.15
2005	Pfizer	4334.81	4334.81			0.15	0.15

Quelle: R&D DTI Scoreboard, eigene Berechnungen

Anmerkung: * Patentanmeldungen werden mit einer Verzögerung von 18 Monaten veröffentlicht. Die Gewährung eines Patentes kann weitere 18 Monate oder deutlich länger in Anspruch nehmen, so dass die Zahlen von 2003 und 2004 einer durch die Erfassung bedingten Zensurierung unterliegen.

Mit dem erhöhten F&E Budget erwartete Pfizer einen Anstieg in der Produktentwicklung. So sollte Pfizer und Pharmacia zusammen etwa 120 neue chemische Einheiten in der Entwicklung und 80 so genannten Projekte für Produkterweiterung nach der Fusion besitzen (siehe WEKO-Fusionsentscheidung).

5.7.2.6 Analyse des Generika-Wettbewerbs

Der Markt der kassenpflichtigen Generika ist in den letzten Jahren stark gewachsen, alleine in 2006 hat er um 46,4% zugelegt im Vergleich zu 2005 (vgl. Abbildung 67). Die Frage ist, wie sich der Generikamarkt ohne Zusammenschlüsse entwickelt hätte. Im Bezug auf die Fusionsentscheidung ist es wichtig festzustellen, dass die Fusion den Generikawettbewerb in den Märkten, in denen die beiden Unternehmen tätig sind, nicht beschränkt zu haben scheint.¹⁰⁶

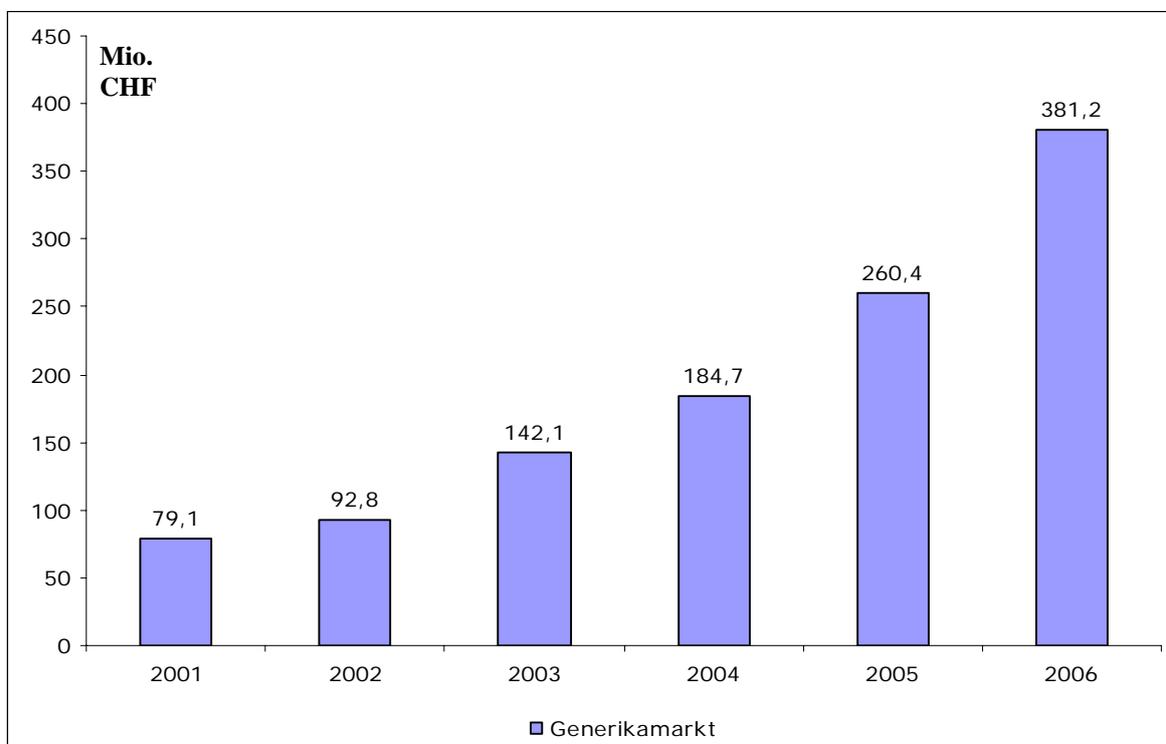


Abbildung 67: Schweiz: Generikamarkt, Mio. Franken

Quelle: *Pharma-Markt Schweiz, Ausgabe 2007*

Anmerkung: Die Daten sind zu Fabrikabgabepreisen dargestellt.

Das Wachstum des Generikamarktes in der Schweiz hat zu einer Erhöhung des Wettbewerbsdrucks auf die Medikamentenhersteller der Markenprodukte geführt. Dies dokumentiert, dass mit Ablauf des Patentschutzes durchaus Wettbewerb durch Generika-Produkte einsetzt. Es besteht eine Markteintrittsmöglichkeit für dritte Hersteller, so dass potentieller Wettbewerb besteht. Einige von den neuen Produkten, die nach der Fusion auf den Schweizer Pharmamarkt eingeführt wurden, wurden durch Generikahersteller eingeführt (vgl. Tabelle 21).

¹⁰⁶ Siehe Europäische Kommission (2008): Pharmaceuticals: Overview. http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/pharmaceuticals/overview_en.html

Tabelle 21: Schweiz: Eintritt der neuen Produkte nach 01.04.2003

Unternehmen	Produkt	Datum der Einführung
R05F		
Arko Diffusion	Messegue	01.05.2003
Herbamed	Tussex	01.01.2004
Similasan	Similasan H-Versch	01.03.2005
Similasan	Similasan Reizhusten	01.02.2005
G04E		
Bayer Schering	Levitra	01.09.2003
Eli Lilly	Cialis	01.05.2004
R01B		
Bioforce	Vogel Stirnhohlen	01.02.2004
Boiron	Rhinallergy	01.01.2005
Herbamed	Herballerg	01.05.2003
Homberger	Salixyl	01.05.2005
Homberger	Sinaryl	01.09.2004
Janssen-Cilag	Rhinopront	01.10.2004
Permamed	Pollivita	01.02.2004
Phytopharma	Phytoph Heuschn	01.02.2004
Similasan	Similasan Fl Schn	01.08.2005
Similasan	Similasan Schnupf	01.09.2005
Zeller Medical	Tesalin	01.04.2003
C08A		
Helvepharm	Amlodipin Helveph	01.04.2005
Helvepharm	Nifedipin-Helveph.	01.06.2003
Mepha	Amlodipin Mepha	01.04.2005
Robapharm	Zanidip	01.01.2005
Sandoz	Amlo Eco	01.04.2005
Sandoz	Amlodipin Sandoz	01.03.2005
Sandoz	Felodil	01.09.2003
Spirig	Amlopin	01.04.2005
Streuli Pharma	Amlovasc	01.04.2005
Teva Pharma	Amlodipin Teva	01.04.2005

Quelle: IMS Health Schweiz, Apotheke-Kanal

Ob Pfizer auf die Einführung eines Generikas verzichtet, weil das Original-Medikament vorher von Pfizer angeboten wurde und man diesem Produkt kein konkurrierendes entgegensetzen möchte, kann nicht geklärt werden. Das Verhalten von Pfizer mit Produkten bei denen der Patentschutz abgelaufen ist, kann man am Beispiel des Marktes C2A beobachten.

Im Markt für Mittel gegen Bluthochdruck C2A haben Pfizer (Cardura, Minipress) und Pharmacia (Loniten, Nipruss) verschiedene Produkte angeboten. Für Antihypertonika gibt es mehrere ATC-3-Klassen und die Parteien plädieren für eine weite Marktabgrenzung auf Ebene einer ATC-2-Klasse (Par. 41). Tatsächlich ist zumindest jeweils eines der Präparate von Pfizer und Pharmacia für den Einsatz in lebensbedrohlichen Fällen vorgesehen. Diese Präparate lassen sich nicht ohne weiteres durch solche mit schwächerer Wirkung ersetzen. Daher ist eine weitere Marktdefinition, als auf der ATC-3-Klasse, nur bedingt sinnvoll. Die Europäische Kommission hat festgestellt, dass C2A einen relevanten Produktmarkt bezeichnet. Die WEKO hat daher zurecht den aktuellen und potentiellen Wettbewerb für C2A untersucht.

Ungeachtet dieser oder der engeren Marktdefinition ist entscheidend, dass für Minipress, Loniten und Nipruss der Patentschutz für die Wirkstoffe, die sie enthalten, ausgelaufen ist. Dies gilt u.a. für die beiden Medikamente, die bei lebensbedrohlichen Fällen eingesetzt werden. Auch wenn aufgrund des Zusammenschlusses der Wettbewerb unter diesen Medikamenten ausgesetzt wird, könnten Generikahersteller Produkte mit dem gleichen Wirkstoff anbieten. Daher könnte eine Nachfrage nach Generikaprodukten in diesem Markt durchaus bedient werden.

Derzeit werden Cardura und Loniten von Pfizer verkauft. Nipruss wird von Schwarz Pharma (Generika-hersteller) verkauft. Minipress ist nicht auf der Liste der von Pfizer Schweiz¹⁰⁷ vertriebenen Produkte verzeichnet.

5.7.2.7 Intellectual Property Rights (IPRs)

Patente können eingesetzt werden, um einen Markt vor Eintritt durch Wettbewerber abzuschotten. Durch eine Fusion kann ein gemeinsames Patent-Portfolio generiert werden, das potentielle substitutive Produkte so weit abdeckt, dass Wettbewerber keine konkurrierenden Produkte auf den Markt bringen können. Patente können somit als Eintrittsbarriere eingesetzt werden.

Im Markt für Mittel gegen Erektionsstörungen waren die Patentrechte zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht geklärt. Nach dem Erfolg von Viagra (Pfizer) hat neben einigen weiteren Unternehmen auch Pharmacia an Mitteln gegen Erektionsstörungen gearbeitet. Strittig war unter anderem, ob Pfizer die orale Darreichung geschützt hatte, weil dies keine Neuheit darstellen würde¹⁰⁸. Nach Erteilung des Patentes 0702555 legten 13 Unternehmen Einspruch gegen die Erteilung ein, darunter auch Bayer, Schering und Eli Lilly. Diesem Einspruch wurde stattgegeben und das Patent wurde widerrufen. Pfizer klagte gegen diese Entscheidung vom 11. Oktober 2001. Diese Klage von Pfizer wurde mit Entscheidung vom 3. Februar 2005 abgewiesen¹⁰⁹.

Inzwischen – nach Genehmigung des Zusammenschlusses – sind Substitute zu Viagra auf den Markt gekommen: Cialis (Eli Lilly), Levitra (Bayer Schering) und Uprima (Abbott). Aus Tabelle 21 ist ersichtlich, wann die Produkte Cialis und Levitra in der Schweiz auf den Markt gekommen sind. Dass die WEKO eine Verzögerung in der Markteinführung von Uprima, Cialis und Levitra durch eine in der EU anhängige Patentstreitigkeit mit Pfizer vorhergesagt hat, ist in der Entscheidung dokumentiert. Die EU-Kommission hatte nicht nur Bedenken bezüglich einer starken Marktstellung von Viagra, sondern auch aufgrund der laufenden Patentstreitigkeiten rund um Viagra¹¹⁰, die aktuellen und potentiellen Wettbewerbern den Marktzutritt erschweren könnten. Ebenso hat die FTC vorhergesehen, dass die Patentstreitigkeiten einen Markteintritt durch andere Anbieter als Pharmacia unwahrscheinlich machen würden oder zumindest um mindestens zwei Jahre verzögern würden.

Die Fusionsparteien haben angeboten, dass die in der Entwicklung befindlichen Produkte von Pharmacia, die in den gleichen Markt wie Viagra fallen würden, veräussert werden. Eine solche unbedingte Auflage ist insofern sinnvoll, als dann keine Unsicherheit über das Verhalten der Fusionspartner besteht. Mit der Veräusserung hat Pharmacia keinen Anreiz, die Entwicklung seiner Produkte zu verhindern oder zu verzögern, weil es gegen das hauseigene Viagra konkurrieren könnte. Für den Erwerber des neuen Produktes besteht nur ein Risiko hinsichtlich des Entwicklungserfolges und nicht über den Schutzbereich der mit dem Produkt verbundenen Patente, denn im Vergleich zu anderen Branchen definiert ein Patent im Pharmabereich in wesentlich präziserer Weise ein Eigentumsrecht als in anderen Branchen, beispielsweise in der Halbleitertechnik. Ein Grund liegt darin, dass ein Wirkstoff durch ein Molekül beschrieben ist. Daher ist unmittelbar ersichtlich, ob ein Wirkstoff durch ein Patent geschützt ist oder nicht.

Zum Zeitpunkt der Fusionsanmeldung war das Patent, das Konkurrenzprodukte zu Viagra hätte verhindern können, widerrufen worden. Unter diesen Umständen bewirkt die Veräusserung der Rechte nach Schedule V der EU-Entscheidung, dass ein substitutives Produkt eher von einem Wettbewerber auf den Markt gebracht wird. Mit einer Entscheidung im Patentverfahren, die den Widerruf des Patentes zurückgenommen hätte, hätten die Rechte an dem Nasenspray gegen Erektionsstörungen, in Händen eines Konkurrenten von Pfizer, Wert verloren, da sie ohne zusätzliche Lizenzrechte an dem umstrittenen Patent nicht zu einem neuen Produkt auf dem Markt geführt hätten. In diesem Fall hätte die hausinterne Entwicklung des Nasensprays eher zu einer Markteinführung geführt. Unter der bestehenden Rechtslage ist die Entscheidung der WEKO sinnvoll gewesen.

¹⁰⁷ Siehe die Webseite von Pfizer Schweiz: <http://www.pfizer.ch/internet/de/home.html>.

¹⁰⁸ Nach Art. 52 (1) des Europäischen Patentübereinkommens werden „Europäische Patente .. für Erfindungen auf allen Gebieten der Technik erteilt, sofern sie neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind“. Siehe Europäisches Patentamt (2007): Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente. 13. Auflage, Juli 2007.

¹⁰⁹ Siehe <http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t011212eu1.htm>.

¹¹⁰ Insbesondere hat Pfizer Patentverletzungsverfahren in den US gegen eine Reihe von Wettbewerbern eingeleitet. Diese Wettbewerber entwickeln mit Viagra vergleichbare Produkte. Pfizer hat Einspruch gegen die Entscheidung des Europäischen Patentamtes eingelegt, da mit dieser Entscheidung sein Europapatent für ungültig erklärt wurde.

5.7.2.8 Auswirkungen auf Vertrieb, Marketing und Beschäftigung

Die WEKO hat festgestellt, dass Pfizer und Pharmacia ein beträchtliches Synergiepotential im Bereich Vertrieb und Marketing realisieren können. Das wurde durch eine grössere Finanzkraft und durch ein breiteres Sortiment des fusionierenden Unternehmens begründet. Das fusionierende Unternehmen kann einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern bekommen und kann – bis zu einem bestimmten Grad – den Markt beeinflussen. Insgesamt hat Pfizer grosse Ersparnisse im Vertrieb erwartet. Die kombinierten Vertrieb und Marketing Kräfte sollen zu Umsatzsteigerungen führen. In Tabelle 22 kann man sehen, dass die gemeinsamen Umsätze von Pfizer und Pharmacia nach einer Senkung in 2003 im darauffolgenden Jahr fast zum 2002er Niveau zurückgekehrt sind. Man muss aber eine längere Zeitperiode beobachten, um robuste Schlussfolgerungen bezüglich möglicher Effekte der Fusionen auf den Umsatz zu ziehen.

Die Senkung in der Zahl der Beschäftigten ist evident: In 2004 ist die Zahl um 18.4% im Vergleich zu 2002 gesunken. In den anderen Studien wurde festgestellt, dass die Beschäftigung des fusionierten Unternehmens um 8-13% nach der Fusion reduziert wird.¹¹¹

Tabelle 22: Beschäftigung und Umsatz von Pfizer und Pharmacia vor und nach der Fusion

Jahr	Unternehmen	Beschäftigung	Gemeinsame Beschäftigung	Umsatz, Mio. britische Pfund	Gemeinsamer Umsatz, Mio. britische Pfund
1993	Pfizer			5054	
1994	Pfizer			5293	
1995	Pfizer			6454	10929
1995	Pharmacia & Upjohn			4475	10929
1996	Pfizer			6607	10800
1996	Pharmacia & Upjohn			4193	10800
1997	Pfizer			7407	11410
1997	Pharmacia & Upjohn			4003	11410
1998	Pfizer			8140	12202
1998	Pharmacia & Upjohn			4062	12202
1999	Pfizer	51000	82000	8769	13269
1999	Pharmacia & Upjohn (now Pharmacia)	31000	82000	4500	13269
2000	Pfizer	90000	149000	19798	31944
2000	Pharmacia	59000	149000	12146	31944
2001	Pfizer	90000	149600	22272	31825
2001	Pharmacia	59600	149600	9553	31825
2002	Pfizer	98000	141000	20109	28801
2002	Pharmacia	43000	141000	8692	28801
2003	Pfizer	122000	122000	25243	25243
2004	Pfizer	115000	115000	27354	27354

Quelle: R&D DTI Scoreboard, eigene Berechnungen

Pharmaunternehmen haben hohe Aufwendungen für Marketing. Sie übersteigen sogar die Aufwendungen für F&E.¹¹² IMS Health erhebt diese Daten und stellt sie gegen Entgelt zur Verfügung. Tabelle 23 zeigt, dass Pfizer das Pharmaunternehmen mit den zweihöchsten Marketing-Aufwendungen ist.

¹¹¹ Siehe z.B. CRA (2004).

¹¹² Siehe OECD (2001).

Tabelle 23: Top 10 Pharma-Unternehmen nach Promotionsaufwendungen (4. Q. 2007)

Rang	Konzern
1	MSD-Chibret
2	Pfizer
3	AstraZeneca
4	Novartis Pharma
5	Sanofi-Aventis
6	GSK Pharma
7	Mepha
8	Janssen-Cilag
9	Bristol-Myers Squibb
10	Vifor

Quelle: IMS Health Schweiz

5.7.2.9 Gesamtbeurteilung des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs

In diesem Abschnitt stellen wir die Einschätzung der WEKO und die tatsächliche Entwicklung der betroffenen Märkte gegenüber (vgl. Tabelle 24). Aufgrund der Integration der Schweiz in den umliegenden Wirtschaftsraum können die Auswirkungen der WEKO-Entscheidung nicht isoliert von der Europäischen Entscheidung betrachtet werden.

Tabelle 24: Zusammenfassung der Analyse

Gesamturteilung des aktuellen Wettbewerbs WEKO Schätzung/Beurteilung	Aktuelle Entwicklungen nach der Fusion
Die Marktanteilszuwächse durch den Zusammenschluss sind entweder gering oder es gibt andere wichtige Konkurrenten in den entsprechenden Märkten	Entspricht den aktuellen Entwicklungen nach der Fusion
Es wurde festgestellt, dass der Wettbewerb nur in der Produktkategorien G4B3 und G4B4 beeinträchtigt werden kann (in G4B3 angesichts des hohen Marktanteils von Pfizer und der Entwicklung eines Nachfolgeprodukts durch Pharmacia und in G4B4 angesichts des hohen Marktanteils von Pharmacia und der Entwicklung eines Nachfolgeprodukts durch Pfizer)	Pfizer hat seine Marktanteile im Markt der Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen verloren
Die Marktstruktur ist eher stabil aber unterschiedlich in den verschiedenen Produktkategorien (mit unterschiedlichen Marktanteilsverschiebungen)	Trifft zu
Der Zusammenschluss wird zu keiner Begründung und Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führen	Trifft insgesamt zu (nur: eine Untersuchung bezüglich der Preisempfehlungen für Viagra, Levitra und Cialis wurde eröffnet)
Der Zusammenschluss kann auf den verschiedenen Vertriebsstufen von der Herstellung bis zum Detailhandel (ÄrztInnen, Apotheken, Drogerien, Spitäler) zu einem erhöhten Wettbewerbsdruck führen	Keine Evidenz für erhöhten Wettbewerbsdruck wurde gefunden
Pfizer und Pharmacia werden mehr Mittel als die Konkurrenten für Forschung und Entwicklung sowie Vertrieb und Marketing haben. Man muss mit keiner Beeinträchtigung der F&E Tätigkeit rechnen (mit Ausnahme von G4B3 und G4B4)	Pfizer's R&D Aufwendungen sind etwas gesunken; eine Beeinträchtigung der F&E Tätigkeit konnten wir auf der Basis unserer Analyse nicht feststellen

Pfizer und Pharmacia können auch ein beträchtliches Synergiepotential im Bereich Vertrieb und Marketing realisieren	Wir konnten Synergieeffekte im Rahmen unserer Analyse und auf Basis der verfügbaren Daten nicht untersuchen
Insgesamt wird der Zusammenschluss den aktuellen Wettbewerb nicht stark beschränken	Trifft zu
Gesamturteilung des potentiellen Wettbewerbs	
Die Markteintrittskosten sind sehr hoch (die hohen Entwicklungskosten eines Medikaments, die sehr zeitintensive Entwicklung eines Arzneimittels, hohe Entwicklungsrisiken, weitere Kosten und Zeitaufwand bei der Registrierung bei der Swissmedic)	Trifft zu
Es gibt trotzdem die Möglichkeit eines Markteintritts (die zahlreichen Konkurrenten von Pfizer und Pharmacia können in die Marktsegmente, die von Pfizer oder Pharmacia dominiert werden, eindringen: z.B., kleinere, spezialisierte Unternehmen können eintreten; neue Wettbewerber mit Generika)	Trifft zu, obwohl Pfizer ein bedeutendes Patentportfolio besitzt, welches Markteintritte erschweren könnte
Zusammenfassend ist potentieller Wettbewerb vorhanden	Trifft zu

5.8 Analyse der Auflagen

5.8.1 Beschreibung der Auflagen

In der Schweiz wurde der Zusammenschluss unter den Auflagen zugelassen, dass Pfizer und Pharmacia das Produkt ‚Darifenacin‘ sowie die Rechte von Pharmacia zur Entwicklung und Kommerzialisierung von Apomorphin-Hydrochlorid Nasenspray, welches der Behandlung von Erektionsstörungen dient, an einen Dritten veräussern. Somit sollen die Wettbewerbsbedenken im Markt der Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen und im Markt der Produkte zur Behandlung der Inkontinenz ausgeräumt werden.

In der Fusionsentscheidung der Europäischen Kommission wurden mehrere Auflagen ausgesprochen: im Bereich der Erektionsstörungsmittel sollen die Produkte von Pharmacia, nämlich Dopaminrezeptor D2 (PNU-142774E)¹¹³ und das Apomorphin-Hydrochlorid-Nasenspray, ausgelagert werden; im Markt der Urinar-Inkontinenzmittel soll Darifenacin weltweit veräussert werden; hinsichtlich der Bluthochdruckmittel nicht pflanzlichen Ursprungs soll in den Niederlanden der Verkauf von Ketensin eingestellt werden und die Rechte bzw. Vermögenswerte an den ursprünglichen Lizenzgeber oder an Dritte veräussert werden; im Bereich der Tiergesundheit soll das Produkt Parkemoxin von Pharmacia in Deutschland verkauft werden.

In der FTC Fusionsentscheidung wurden in neun Märkten folgende Auflagen vorgeschlagen: ‚Extended Release‘ Produkte im Inkontinenz Markt; ‚combination hormone replacement therapies‘; Produkte zu Behandlung der Erektionsstörungen; Produkte gegen ‚canine Arthritis‘; Antibiotiken gegen ‚lactating cow Mastitis‘; Antibiotiken gegen ‚dry cow mastitis‘; ‚over-the-counter hydrocortisone creams and ointments‘; ‚over-the-counter motion sickness medications‘; und ‚over-the-counter cough drops‘. Im Bereich der Produkte gegen Erektionsstörungen sollte Pfizer die Produkte von Pharmacia, namentlich den Dopaminrezeptor D2 (PNU-142774E) und das Apomorphin-Hydrochlorid Nasenspray, auslagern. Die beiden Produkte befanden sich in den früheren Phasen der klinischen Entwicklung. Im Markt der Urinar-Inkontinenzmittel sollte Pfizer – wie auch in der EU-Auflage – Darifenacin weltweit veräussern.

Obwohl die US- und EU-Fusionsentscheidungen vor allem die Wettbewerbsentwicklungen und die Marktsituation in den Inlandsmärkten betreffen, ist es im Moment noch unklar, warum die zweite Auflage, die in den EU- und US-Fusionsentscheidungen ausgesprochen wurde, nämlich Dopaminrezeptor D2, in der Schweizer Fusionsentscheidung weder ausgesprochen noch erwähnt wurde. Die WEKO hat den

¹¹³ Gemäss Schedule V der EU Fusionsentscheidung wurde D2 an Neurocrine Biosciences in Q1 2003 verkauft (der Käufer wurde in der US Fusionsfallentscheidung genannt). Neurocrine Biosciences hat bereits Erfahrungen im Bereich F&E in diesem Bereich gesammelt. Dieses Produkt befand sich in der Phase II der Entwicklung (Siehe Neurocrine Biosciences (2003): Neurocrine Biosciences Reports First Quarter 2003 Results. Press Release, April 29, 2003). Es wurde auch erwartet, dass dieses Produkt wegen der non-invasiven Methode der Administration (Tablette) mit Viagra konkurrieren könnte (siehe EU-Fusionsentscheidung).

Parteien erlaubt, die Schweizer Meldung auf diejenigen Informationen zu beschränken, die nicht in der EU Meldung enthalten waren, und wollte eigentlich die EU-Meldung allgemein für Schweizer Zwecke berücksichtigen (Par. 7,8 der WEKO-Fusionsentscheidung). Innovationstätigkeiten der Unternehmen werden normalerweise auf der globalen Ebene untersucht.

5.8.2 Ziele der Analyse

Im Fall der Fusion von Pfizer und Pharmacia in der WEKO-Fusionsentscheidung werden Wettbewerbsbedenken bezüglich Produkten, die noch in der Entwicklung sind, ausgesprochen, und entsprechend Auflagen angeordnet, wie es auch oft in den anderen Fusionsentscheidungen in der Pharmaindustrie zu beobachten ist. Das Ziel unserer Analyse ist zu untersuchen, welche Wirkungen die Auflagen hatten, die durch die WEKO angeordnet wurden. Ausserdem wollen wir auf Basis dieser Erhebung eine mutmasslich positive/negative Wirkung dieses Eingriffs feststellen. Die Wirksamkeit potentiellen Wettbewerbs kann zum Beispiel anhand von Markteintritten mit neuen Produkten untersucht werden. Möglicherweise kann über das Patentverhalten der kaufenden Unternehmen eine stärkere oder schwächere Innovationstätigkeit beobachtet werden.

5.8.3 Methoden der Analyse

Da die Durchführung einer Umfrage nicht möglich war, beschränken wir uns auf eine qualitative Analyse der Frage, ob die Auflage funktioniert hat. Unsere Analyse der Auflagen soll Antworten auf die folgenden Fragen geben:

1. Worin besteht die Auflage?
2. Was war damit beabsichtigt?
3. Wer hat die der Auflage zugrundeliegenden Produktlinien gekauft? ¹¹⁴
3. Wie war die Marktentwicklung nach der Fusion und mit der Auflage?
4. Wie hätte die Marktentwicklung ohne die Auflage ausgesehen?
5. Beurteilung: War die Auflage wirksam, erforderlich?

5.8.4 Ergebnisse der Analyse

5.8.4.1 Markt ‚Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen‘

Zum Zeitpunkt der Fusion hatte Pfizer mit dem Produkt Viagra eine marktbeherrschende Stellung im Markt der Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen. Ausserdem entwickelte Pfizer bereits die zweite Generation von Viagra-ähnlichen Produkte für diesen Markt (siehe EU-Fusionsentscheidung). Die marktbeherrschende Stellung von Pfizer in diesem Markt könnte wegen des neuen zusätzlichen Produktes von Pharmacia, Apomorphin, verstärkt werden. Um die Wettbewerbsbedenken in diesem Markt zu beseitigen, wurde die Auflage, nämlich die Rechte von Pharmacia zur Entwicklung und Kommerzialisierung von Apomorphin-Hydrochlorid Nasenspray (Schedule V) zu veräussern, von der WEKO angeordnet.

2002 befand sich Apomorphin in der Testphase II der Entwicklung. Es wurde erwartet, dass die neue Administration dieses Produktes einige nachteilige Effekte des aktuellen Apomorphin-basierenden Produktes Uprima lösen könnte. Gemäss unserer Daten wird Uprima seit 01.03.2005 nicht mehr auf dem Schweizer Markt verkauft. Das Produkt wurde wegen zu geringer Verkaufszahlen vom Markt genommen. Das Inhalation-basierte Apomorphin könnte eine wachstumsfähige potentielle Alternative zu Viagra werden wegen der non-invasiven Methode der Administration (Nasenspray) werden (siehe EU Fusionsentscheidung).

Während der EU Fusionsfalluntersuchung haben die befragten Experten behauptet, dass die beiden Produkte Apomorphin und Dopamine D2 Rezeptor gute Chancen hätten, auf den Markt zu kommen (siehe EU-Fusionsentscheidung). Diese beiden Produkte von Pharmacia könnten den aktuellen und potentiellen Wettbewerb negativ beeinflussen, aber nur wenn Pfizer seine aktuell starke Marktstellung

¹¹⁴ Ausserdem wäre es wünschenswert mögliche Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb zu analysieren, insbesondere die Analyse der Wahl der Käufer: Verfügen sie über die nötigen Fähigkeiten, um mit dem fusionierten Unternehmen in einem bestimmten Innovationsmarkt zu konkurrieren? Ermöglichen es die Auflagen, das Innovationsniveau des Pre-Fusion Niveaus wieder herzustellen? Werden die möglichen Effizienzen aufgrund der ergänzenden F&E Assets durch die Auflagen nicht gefährdet?, etc. ¹¹⁴ (OECD, 2001).

hält und die Patentrechtsstreitigkeiten in dieser Produktkategorie nicht beendet werden können. Weiterhin wurde erwähnt, dass Pharmacia auch zwei non-PDE5 Produkte in der Entwicklung in dieser Produktkategorie hätte.

Gemäss Schedule IV der Europäischen Kommission wurde Apomorphine an die Nastech Pharmaceutical Company verkauft. Diese Auflage hat die WEKO in ihrer Entscheidung in identischer Weise übernommen. Gemäss des Schedules sollte Pharmacia alle Rechte zur Entwicklung und Kommerzialisierung von Apomorphine Nastech übergeben. Ausserdem sollte Pfizer Nastech in finanzieller und technischer Weise bei diesem Produkt unterstützen, um die Realisierbarkeit dieses Projektes zu gewährleisten. 2003 hat Nastech alle Rechte zu Apomorphin zurückbekommen. Nastech wollte einen neuen Partner für dieses Produkt finden¹¹⁵.

Wir können aufgrund der fehlenden Informationen über den aktuellen Status dieses Produktes nicht beurteilen, wann Apomorphin im Markt erwarten werden kann, um einzuschätzen, ob die Apomorphin Auflage erfolgreich war. Man kann nur feststellen, dass Nastech genug Erfahrungen in diesem Gebiet hat, u.a. aufgrund der früheren Zusammenarbeit mit Pharmacia.

5.8.4.2 Markt ‚Produkte zur Behandlung der Inkontinenz‘

Zum Zeitpunkt der Fusion hatte Pharmacia mit dem Produkt Detrusitol eine marktbeherrschende Stellung im Markt der Produkte zur Behandlung von Inkontinenz inne. Pfizer hatte das Produkt Darifenacin, das sich in der letzten Phase der Entwicklung befand, sodass die Position des fusionierten Unternehmens in diesem Markt die marktbeherrschende Stellung hätte verstärken können. Um die Wettbewerbsbedenken in diesem Markt auszuräumen, haben Pfizer und Pharmacia angeboten, das Produkt Darifenacin zu veräussern (siehe WEKO-Fusionsentscheidung).

Gemäss Schedule III der Europäischen Kommission wurde Darifenacin an Novartis verkauft.¹¹⁶ Diese Auflage hat die WEKO in ihrer Entscheidung in identischer Weise übernommen.

In den USA wurde das Zulassungsgesuch für Darifenacin, das in den USA unter dem Namen Enablex vermarktet wurde, im Dezember 2002 eingereicht, die Marktzulassung wurde 2003 erreicht, und die Markteinführung von Enablex in den USA hat 2004 stattgefunden. Die Zulassung in Europa (vermarktet unter dem Namen Emselex) erfolgte 2004.¹¹⁷

Von der FTC wurde Novartis als ein gut geeignetes Unternehmen beurteilt, welches die Entwicklungsbemühungen von Pfizer fortsetzt und ohne individuelle Wettbewerbsbedenken als der Käufer von Darifenacin Assets agiert (siehe US-Fusionsentscheidung).

In der EU-Fusionsentscheidung werden weitere Unternehmen genannt, die an ähnlichen Produkten arbeiten, darunter Schwarz Pharma mit dem Präparat Fesoterodine und AstraZeneca. Allerdings liegen keine Daten über die Marktentwicklung in der Zeit nach dem Zusammenschluss vor, um die Wirksamkeit dieser Auflage zu beurteilen. Auch wenn Pfizer die Rechte an Darifenacin verkaufen musste, scheint das Engagement von Pfizer in diesem Markt weiter zu bestehen, da verlautbart wurde, dass der Kauf eines Konkurrenzprodukts zu Darifenacin in Betracht gezogen wird.¹¹⁸ Pfizer hat exklusive weltweit Rechte für NCE Fesoterodine von Schwarz Pharma gekauft. Die beiden Unternehmen haben alle Patentstreitigkeiten und Patentansprüche bezüglich dieses Produktes geschlichtet.

5.8.4.3 Beurteilung der Auflagen

Bezüglich Darifenacin könnte man zu dem Schluss kommen, dass die Auflage funktioniert hat. Das Produkt ist auf dem Markt; allerdings können wir aufgrund fehlender Daten die Entwicklung dieses Produktes in der Schweiz nicht nachvollziehen. Novartis verfügt über hinreichende Erfahrungen in diesem Bereich und scheint daher eine gute Wahl als Käufer von Darifenacin.

Bezüglich Apomorphin ist es schwieriger zu urteilen. Nastech hat viele Erfahrungen in diesem Bereich, aber das Unternehmen wollte einen weiteren Partner für dieses Produkt finden. Allerdings liegen uns keine Informationen dafür vor, dass jemand dieses Produkt gekauft hat. Des Weiteren gibt es keine Auskünfte über den weiteren Verlauf des Produktes. Aber insgesamt hat der Markt für Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen zwei starke Konkurrenten bekommen – Eli Lilly und Levitra – und Pfizer hat folglich deutlich an Marktanteil eingebüsst. Darum könnte man auch vermuten, dass Pfizer

¹¹⁵ Siehe Nastech (2003): Nastech to Reacquire All Intranasal Apomorphine Produkt Licenses and Intellectual Property and Receive USD13.5 from Pharmacia. Nastech News Press Release. January 27, 2003.

¹¹⁶ Siehe Novartis (2003): Novartis übernimmt das neue Inkontinenzmittel Enablex® (Darifenacin) von Pfizer für eine schnell wachsende Patientengruppe. Medienmitteilung, Basel, 18. März 2003.

¹¹⁷ Novartis (2004): Novartis Announces Commercialization Collaboration in Germany for Emselex® for the Treatment of Overactive Bladder. Press Release, Basel, December 17, 2004.

¹¹⁸ Siehe <http://www.medicalnewstoday.com/articles/41688.php>

aus diesem Grund das Produkt nicht veräussert haben könnte. Es ist unklar, warum die Auflage Dopaminrezeptor D2, die in der EU und in den USA ausgesprochen wurde, in der Schweiz nicht angeordnet wurde, besonders da die Innovationstätigkeiten der fusionierten Parteien auf der Konzernebene definiert sind.

Da beide Auflagen von den Fusionsparteien vorgeschlagen wurden, ist eine Prüfung, ob die gleiche Wirkung mit schwächeren Eingriffen in die Geschäftstätigkeit des Unternehmens hätte erreicht werden können, nicht erforderlich. Lediglich die Bemühungen von Pfizer, Konkurrenz zu dem verkauften Produkt Darifenazin aufzubauen, könnten kritisch sein. Ein befristetes Konkurrenzverbot, das dem Käufer der Rechte an Darifenacin ausreichend lange Zeit lässt, ein konkurrenzfähiges Produkt zu etablieren, hätte geboten sein können. Es hat sich im Nachhinein erwiesen, dass sich mit Novartis ein kompetenter Käufer für Darifenacin gefunden hat, so dass die Bemühungen von Pfizer um Fesoterodine unschädlich sind. Ein Dispositiv der WEKO-Entscheidung hatte für den Fall, dass sich Darifenacin nicht zügig zu einem Konkurrenzprodukt entwickelt hätte, ein befristetes Konkurrenzverbot aussprechen können. Diese Beurteilung gilt unter dem Vorbehalt, dass eine äquivalente Regelung nicht im Rahmen der zensierten „Fall-back“ remedy in der EU-Entscheidung (Seite 41) enthalten ist.

Die grundsätzliche Überlegung in wie weit die WEKO systematisch die Entscheidung der EU-Kommission übernehmen darf oder kann, ist eine juristische Fragestellung. Im vorliegenden Fall war die gewählte Vorgehensweise sinnvoll. Dennoch bestehen Gefahren, wenn diese Praxis unbesehen für weitere Fälle übernommen werden würde. Die EU-Entscheidung könnte langwieriger als die Schweizer sein und ausgesprochene Auflagen könnten zurückgenommen oder abgeschwächt werden, nachdem das Dispositiv der WEKO bereits ausgesprochen ist. Um einem solchen Fall zuvorzukommen, ist es erforderlich die Mindest-Anforderungen für Auflagen, die den Schweizer Markt betreffen, zu ermitteln. So könnte sichergestellt werden, dass die effektiv werdenden EU-Auflagen den Erfordernissen des Schweizer Marktes genügen. Es ist zu erwarten, dass weltweit tätige Unternehmen wie Pfizer eher die strengeren Auflagen der EU-Kommission erfüllen, um weiterhin auf dem Europäischen Markt aktiv bleiben zu können, als dass sie auf den Europäischen Markt verzichten, um dafür eventuell weniger strenge Schweizer Auflagen zu erfüllen und sich auf den Schweizer Markt konzentrieren. An dieser Stelle kann auf eine ähnliche Überlegung bei Vertriebsvereinbarungen im Automobilsektor verwiesen werden, wo um der Praktikabilität Willen einheitliche Vertriebsverträge für EU-Länder und die Schweiz formuliert werden, auch wenn die Erfordernisse der EU strenger wären.

Umgekehrt birgt eine strengere Auflage in der Schweiz als in der EU die Gefahr, dass sich ein Unternehmen gänzlich aus dem Schweizer Markt zurückzieht, da dies einen geringeren Verlust bereitet als auf den Europäischen Markt zu verzichten. Auch dies sollte berücksichtigt werden. Im vorliegenden Fall beruhen die ausgesprochenen Auflagen auf Vorschlägen der Anmelder. Daher ist anzunehmen, dass die Fusionsparteien nicht gegen sie vorgehen würden. Die WEKO war also nicht der Gefahr ausgesetzt, dass ihr Dispositiv strenger als die Europäische Entscheidung ausfallen würde.

5.9 Schlussfolgerungen

Der Zusammenschluss von Pfizer und Pharmacia hat den Wettbewerb auf dem Schweizer Pharmamarkt kaum verändert. Die Gründe liegen in erster Linie darin, dass die aktuellen Produktportfolien der beiden Unternehmen nur wenige Überschneidungen aufwiesen. In den beiden kritischen Fällen wurden Auflagen ausgesprochen, die verhindert haben, dass eine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird. Dabei wurden auch Produkte berücksichtigt, deren Markteinführung absehbar war.

Konkret haben die Auflagen für den Fall der Mittel gegen Erektionsstörungen verhindert, dass alleine Patentrechte den Markteintritt neuer Produkte hätten verhindern können. Diese Entscheidung unterlag keiner wettbewerbsrechtlichen Beurteilung, so dass einer Marktverschliessung aufgrund von Patentrechten eine Wettbewerbsbehörde nicht hätte entgegen wirken können. Im Fall der Mittel gegen Inkontinenz konnte durch die Auflage eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Pharmacia mit dem Produkt Detrusitol verhindert werden. Mit Novartis wurde ein kompetenter Käufer gefunden, der das Produkt schon auf den Markt gebracht hat.

In den anderen Märkten, in denen es eine Überschneidung in den Geschäften der beiden Unternehmen gab oder eines der beiden Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehatte, sind Effekte der Fusion durch die Preisregulierung in der Schweizer Pharmaindustrie bzw. durch Änderungen in Pfizers Produktportfolio nicht zu erkennen. Ferner ist anzumerken, dass einige mögliche Auswirkungen der Fusion wie beispielsweise auf das Investitionsverhalten, F&E, die Erlösentwicklung oder die Beschäftigung allenfalls auf Konzernebene untersucht werden können. Ein Rückschluss auf den Effekt des Zusammenschlusses ist nicht isolierbar.

Insgesamt stellt sich die Frage, wie man Fusionen aus Sicht der Wettbewerbsbehörden beurteilen soll, wenn der Hauptsitz der fusionierenden Unternehmen im Ausland ist und diese Unternehmen eine starke globale Präsenz haben. Viele Effekte finden auf der Konzernebene statt, wie z.B. die Entwicklung

von Innovations- oder Marketingstrategien. Die Auflagen sind folglich oft international/weltweit auszusprechen. In diesem Zusammenhang stellt sich demnach auch die Frage nach der Organisation der internationalen Kooperation zwischen den Wettbewerbsbehörden bei einer Fusionsuntersuchung. Überlappungen bei der Fusionskontrolle zwischen den Wettbewerbsbehörden sollten erkannt und doppelte Arbeit weitmöglichst vermieden werden um die vorhandenen Ressourcen und Expertise der einzelnen Wettbewerbsbehörden effizient zu nutzen.

5.10 Anhang

Tabelle 25: Schweiz: Pfizer Produkte auf den pharmazeutischen Märkten in der S-Liste

<i>Gruppe</i>	<i>Name des Medikaments</i>	<i>S-Liste</i>	<i>Firma</i>	<i>Bemerkung</i>
C1E	Isoket Spray	1	UCB – Pharma	
	Isoket	1	UCB – Pharma	
	Isoket Retard	1	UCB – Pharma	
	Nitro Mack	1	Pfizer AG	
	Iso Mack	1	Pfizer AG	
	Iso Mack Retard	1	Pfizer AG	
C2A	Cardura	1	Pfizer AG	
	Minipress			
	Loniten	1	Pfizer AG	
C10A	Nipruss		Schwarz Pharma AG	
	Sortis	1	Pfizer AG	
	Gevilon	1	Pfizer AG	
	Gevilon Uno		Pfizer AG	
	Lipanthyl 200M	1	Solvay Pharma AG	
	Lipanthyl	1	Solvay Pharma AG	
	Colestid	1	Pfizer AG	
	Olbetam	1	Pfizer AG	
G2A	Prostin E2		Pfizer AG	
	Prepidil		Pfizer AG	
G4B3	Pristin F2 Alpha			
	Viagra			
J1F	Caverject	1	Pfizer AG	
	Zithromax	1	Pfizer AG	
R5F	Dalacin-C	1	Pfizer AG	
	Lincocin			seit 2000 in der Schweiz nicht mehr vertrieben
	Rhinotussal		Seit 2006 McNeil Consumer	
A7A	Solubifix			
	Hemantin		Pfizer AG	
C8A	Norvasc	1	Pfizer AG	
	Dilzem Retard	1	Pfizer AG	
	Dilzem RR	1	Pfizer AG	
	Dilzem Uno	1	Pfizer AG	
	Dilzem	1	Pfizer AG	
J1A	Vibramycine		Pfizer AG	
	Vibravenoes		Pfizer AG	
J2A	Diflucan	1	Pfizer AG	
N7D	Aricept	1	Pfizer AG	
	Cognex			
P1B	Cobantril	1	Pfizer AG	

	Molevac			
R1B	Rhinopront		seit 2006 McNeil Consumer	
S3C	Terracortril		Pfizer AG	abgelaufen
B1B	Fragmin	1	Pfizer AG	
G1C	Dalacin-V	1	Pfizer AG	
G2D	Dostinex	1	Pfizer AG	
L1D	Farmorubicin	1	Pfizer AG	
	Adriblastin	1	Pfizer AG	
	Zavedos	1	Pfizer AG	
	Mithracin			
N7B	Nicorette		seit 2006 McNeil Consumer	
	Nicorette Depotpfl		seit 2006 McNeil Consumer	
	Nicorette Inhalator		seit 2006 McNeil Consumer	
S1E	Xalatan	1	Pfizer AG	
	Xalacom	1	Pfizer AG	
S1S	Healon		seit 2004 Advanced Medical Optics (AMO)	
G4B4	Detrusitol	1	Pfizer AG	

Quelle: S-liste, Nachrichten, Pressemitteilungen, etc.

6 Fallstudie zum Bereich Vertikale Vereinbarungen: Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Automobilhandel (2002)

6.1 Einführung

Es hat verschiedene Untersuchungen zu *Vertikalabreden* in der Schweiz gegeben, beispielsweise Buchpreisbindung¹¹⁹, Uhrenvertrieb¹²⁰ und Tierarzneimittelvertrieb¹²¹. In der Vergangenheit haben sich von der Wettbewerbskommission untersuchte Vertikalabreden oftmals als gesetzeskonformes Verhalten herausgestellt.¹²² Für die Fallstudie im Bereich ‚Vertikale Vereinbarungen‘ wurde die WEKO ‚Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel‘ (Beschluss der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2002) ausgewählt.¹²³ Wie die Wettbewerbskommission selbst verlautbart, betreffen ihre wichtigsten Entscheidungen auf dem Gebiet des Vertikalabredens die Automobilimporte: ‚Sie haben Modellcharakter für die Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen in der Schweiz‘ (Stoffel, 2008).¹²⁴ Das Distributionssystem in der Automobilindustrie hat eine lange Geschichte und hat immer wieder zu viel Diskussion unter den europäischen Wettbewerbsbehörden geführt. Mit ihrer Bekanntmachung hat die Schweizer Wettbewerbskommission eine Übereinstimmung der Schweizer Regelungen mit der durch die Europäische Kommission entwickelten Praxis zum Automobilmarkt angestrebt. Neben der grossen volkswirtschaftlichen Bedeutung dieses Sektors ist ein weiterer Grund für die Wahl des Automobilhandels die relativ gute Verfügbarkeit von Daten zum Schweizer Automobilmarkt. Im Rahmen dieser Fallstudie sollen die volkswirtschaftlichen Effekte der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission zum Automobilmarkt untersucht werden.

Nach Art. 5 des Schweizer Kartellgesetzes sind „Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen“ unzulässig. In bestimmten Fällen können Vereinbarungen aufgrund der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. So kann die Wettbewerbskommission gemäss Art.6 KG „[...] in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen definieren, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art.5 Abs.2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Wenn ein Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit es erfordert, kann sie in analoger Anwendung von Art.6 KG auch andere Grundsätze der Rechtsanwendung in allgemeinen Bekanntmachungen veröffentlichen“ (WEKO, 2002¹²⁵).

Die WEKO Bekanntmachung zum Automobilmarkt steht im Einklang mit der allgemeinen Bekanntmachung für vertikale Vereinbarungen in der Schweiz: ‚Die (allgemeine) Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 findet auf vertikale Abreden im Kraftfahrzeughandel insoweit Anwendung, als die vorliegende Bekanntmachung keine Vorschriften enthält‘ (WEKO, 2002).¹²⁶

¹¹⁹ WEKO (1999): Wettbewerbskommission verbietet Preisbindung im deutschsprachigen Buchhandel. Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 7. September 1999, Bern. Auch WEKO (2006): Rekurskommission bestätigt den Entscheid der WEKO zur Buchpreisbindung. Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 12. Juli 2006, Bern.

¹²⁰ WEKO (2005): Wettbewerbskommission eröffnet Untersuchung zum Uhrenvertrieb. Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 24. August 2005, Bern.

¹²¹ WEKO (2004): Vertrieb von Tierarzneimitteln. RPW 2004/4.

¹²² Die Zahl der Entscheidungen entspricht nicht der Zahl der (vorläufigen) Untersuchungen, die das Sekretariat der WEKO abwickelt. Beispielsweise wurden in 2002 rund 120 Fälle im Bereich ‚Vertikale Vereinbarungen‘ gemeldet. 76 von diesen Fällen waren 2002 schon abgeschlossen. Es wurden keine rechtswidrigen vertikalen Vereinbarungen gefunden (Hoffet et al., 2007). Siehe Hoffet, Franz, Marcel Dietrich, und Gerald Brei (2007): Vertical Agreements. In ‚Getting the Deal Through‘, Homburger.

¹²³ Im Fortgang der Untersuchung bezeichnen wir diese Bekanntmachung mit ‚WEKO Bekanntmachung‘.

¹²⁴ Siehe Stoffel, Walter A. (2008): Vertikalabsprachen und Marktabschottung: Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission. Vortrag gehalten an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung am 22. Januar 2008 in Zürich, sowie an der Geneva Conference ‚Economic Experts in Competition Law‘ am 1. Februar 2008.

¹²⁵ WEKO (2002): Bekanntmachung über die Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel. Beschluss der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2002.

¹²⁶ Die allgemeine Bekanntmachung von 2002 wurde mit dem Inkrafttreten der neuen allgemeinen Bekanntmachung für vertikale Vereinbarungen von 2007 aufgehoben. Diese Bekanntmachung ist am 1. Januar 2008 in Kraft getreten.

Ziel der WEKO Bekanntmachung ist es, den Wettbewerb im Automobilmarkt zu stärken: Preisbindungen und Abschottungen des Schweizer Marktes sollen verhindert werden, markeninterner Wettbewerb soll gefördert werden und der Wettbewerb auf dem Kundendienstmarkt soll stimuliert werden (WEKO, 2002). In unserer Fallstudie untersuchen wir, ob diese Ziele durch die Entscheidung der Wettbewerbskommission erreicht wurden, welche Auswirkungen die Bekanntmachung auf den Schweizer Automobilmarkt hatte, welche Wohlfahrtseffekte diese Entscheidung hatte, und welche möglichen regulatorischen Nachbesserungen vorgeschlagen werden können.

Diese Fallstudie ist wie folgt gegliedert. Zunächst werden die Hauptpunkte der Schweizer Bekanntmachung zum Automobilmarkt dargestellt. Anschliessend erläutern wir die Methoden der Evaluierung der Bekanntmachung. Nach einem Überblick über Europäische und Schweizer Studien zum Automobilmarkt werten wir die Ergebnisse unserer Automobilmarktanalyse und Unternehmensbefragung aus. Abschliessend erörtern wir unsere Ergebnisse aus volkswirtschaftlicher Sicht und fassen die wichtigsten Aspekte zusammen.

6.2 Die rechtlichen Grundlagen und Entscheidungen zum Schweizer Automobilmarkt im Überblick

Die rechtlichen Grundlagen zu vertikalen Abreden in der Schweiz bilden das Kartellgesetz (Art.5, Abs.4) und die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007).

Im Automobilmarkt liegen bereits einige Entscheidungen der Wettbewerbskommission zu vertikalen Vereinbarungen vor. Zunächst sollen zwei individuelle WEKO Entscheide erwähnt werden, namentlich die Fälle Citroën und VW. Im Volkswagen-Vertriebssystem (RPW/DPC 2000/2) wurden keine erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch die Wettbewerbsabrede, die ein Verbot von Passivverkäufen in die Schweiz vorsieht, festgestellt. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung konnte nicht festgestellt werden, weil sich die Preise zwischen der Schweiz und dem Ausland angeglichen haben. Im Fall von *Système de Distribution Citroën* (RPW/DPC 2002/3) hat sich Citroën verpflichtet die Klauseln über geographischen Beschränkungen in ihren Verträgen mit Konzessionären und Vertretern, die eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellen, zu streichen.

Mit der WEKO Bekanntmachung von 2002 werden die aktuellen Regeln für den Automobilhandel in der Schweiz festgelegt. Dazu liegen weitere ‚Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel‘ vor.¹²⁷ Aufgrund des starken Interesses an der veröffentlichten Bekanntmachung, insbesondere an ihrer Umsetzung in die Praxis sollten diese Erläuterungen Antworten auf die gängigsten Fragen geben.

Die WEKO Bekanntmachung nimmt Bezug auf die Verordnung No. 1400/2002 der Europäischen Kommission vom 31. Juli 2002 im Kraftfahrzeugsektor¹²⁸, die am 1. Oktober 2002 für den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) in Kraft getreten ist. Die WEKO Bekanntmachung berücksichtigt die in der Schweiz herrschenden ökonomischen und rechtlichen Bedingungen. Sie ersetzt den Entscheid der Wettbewerbskommission über Exklusivvertriebsverträge im Kraftfahrzeuggewerbe (RPW 1997/1, S. 55 und RPW 1997/2, S. 178). Laut der Übergangsregelung sollte die Bekanntmachung am 1. November 2002 in Kraft treten. Die bestehenden Vertriebsvereinbarungen im Kraftfahrzeughandel sollten bis 1. Januar 2005 mit der vorliegenden Bekanntmachung in Einklang gebracht werden.

¹²⁷ Siehe <http://www.weko.admin.ch/publikationen/00213/ERLaeUTERUNGEN.pdf?lang=de>.

¹²⁸ European Commission (2002): Commission Regulation (EC) No. 1400/2002 of 31 July 2002 on the Application of Article 81(3) of the Treaty of Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices in the Motor Vehicle Sector. Im Fortgang der Untersuchung bezeichnen wir diese Verordnung mit ‚EU GVO von 2002‘. Die EU GVO von 2002 hat das EU Regime von 1985, das in 1995 revidiert wurde (EU Verordnung No. 1475/95), ersetzt. Im Fortgang der Untersuchung bezeichnen wir diese EU Verordnung mit ‚EU GVO von 1995‘.

Die Hauptpunkte der WEKO Bekanntmachung sind

- im Automobilmarkt: Das selektive¹²⁹ und exklusive¹³⁰ Vertriebssystem dürfen nicht mehr kombiniert werden. Es besteht die Möglichkeit zwischen den beiden Systemen zu wählen. Parallelimporte sind zulässig. Die Importeure oder Hersteller dürfen Mehrmarkenbetriebe nicht behindern, d.h. die Möglichkeit eines Verkäufers, in den gleichen Räumlichkeiten mehrere Marken anzubieten, so dass Mehrmarkenbetriebe ohne Einflussnahme durch Importeure entstehen können. Die zugelassenen Händler können die Endverbraucherpreise ohne Beschränkungen durch Kraftfahrzeuglieferanten festlegen.
- im Ersatzteilmarkt: Der Verkauf und die Parallelimporte von Ersatzteilen werden vereinfacht. Importeure müssen Originalersatzteilhändler oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von Dritten (Ersatzteilhersteller) zulassen, sofern diese die entsprechenden Qualitätskriterien erfüllen.
- im Servicemarkt: Jeder Autohändler darf jede Automarke verkaufen, ohne für diese Marke Serviceleistungen erbringen zu müssen. Unabhängige Reparaturwerkstätten bekommen einen vereinfachten Zugang zu Ersatzteilen, Informationen (inkl. Ausbildung) und Diagnoseinstrumenten. Importeure dürfen weiterhin Qualitätsvorschriften für Service und Reparaturarbeiten erlassen. Sie müssen jedoch jede Werkstatt, welche die entsprechenden Kriterien erfüllt, als zugelassene Werkstatt im Werkstattnetz anerkennen. Ungeachtet des Kaufortes eines Kraftfahrzeuges im EWR oder in der Schweiz haben zugelassene Werkstätten die Verpflichtung, alle Kraftfahrzeuge der betreffenden Marke im Rahmen der Garantieleistung zu reparieren, die kostenlose Wartung und sämtliche Arbeiten im Rahmen einer Rückrufaktion durchzuführen.

Mit der Bekanntmachung wollte die WEKO ihre Praxis der Übereinstimmung ihrer Politik im Automobilsektor mit der Politik auf EU-Ebene fortsetzen. Bereits vor 2002 wurden Händlerverträge im Schweizer Automobilgewerbe als wettbewerbsrechtlich unbedenklich eingestuft, wenn sie den Schweizer ‚Rahmenbedingungen für die Gestaltung der Händlerverträge im Automobilhandel‘ oder der Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) Nr. 1475/95 der EU entsprochen haben (‚Händlerverträge im Automobilgewerbe‘, RPW 1997/1). Die Ziele der europäischen ‚Block Exemption Regulation‘ (BER) von 2002 sind den Intra-brand-Wettbewerb und die Preisharmonisierung in der EU zu fördern, den Händlern mehr Unabhängigkeit von den Automobilherstellern zu gewähren, und den Kundenservicemarkt sowie den Ersatzteilmarkt zu liberalisieren.

Die allgemeinen Regeln zum Automobilmarkt in der EU GVO von 2002 und in der WEKO Bekanntmachung sind sehr ähnlich. Im Fall der Europäischen Kommission sind die Regeln detaillierter beschrieben. Es bestehen einige Unterschiede zwischen beiden Dokumenten bezüglich der Anwendung, Umsetzung und Überwachung der neuen Regeln im Automobilmarkt. Die Marktanteilsschwellen für die Anwendung der EU GVO von 2002 werden im Vergleich zur WEKO Bekanntmachung definiert, waren aber für den Schweizer Automobilmarkt weniger relevant, weil der Schweizer Automobilmarkt weniger konzentriert ist viele andere Automobilmärkte in Europa. Es gibt auch keine eigene Produktion in der Schweiz: Üblicherweise haben die heimischen Automobilhersteller grosse Marktanteile auf den Inlandsautomobilmärkten.¹³¹ Die EU GVO von 2002 gilt bis zum 31. Mai 2010 (Art. 12, Abs. 3), ähnlich wie die allgemeinen Richtlinien zu vertikalen Vereinbarungen. Die Übergangsfrist war auf den 30. September 2003 (Schweiz: Januar 1, 2005) festgesetzt worden.

6.3 Methodik der Evaluierung

Um zu untersuchen, ob die oben genannten Ziele der WEKO Bekanntmachung erreicht wurden und welche Auswirkungen die Bekanntmachung auf die relevanten Akteure im Automobilmarkt hatte, erwei-

¹²⁹ Das selektive Vertriebssystem wird in der WEKO Bekanntmachung folgendermassen definiert: ‚In einem Selektivvertriebssystem wählt der Kraftfahrzeuglieferant seine Vertragshändler aufgrund vorbestimmter qualitativer und/oder quantitativer Kriterien aus. Als Beispiele können folgende Kriterien gelten. Qualitative Kriterien: Schulpflicht für das Verkaufspersonal, Anforderungen an die Produktpräsentation, separate Ausstellung der Kraftfahrzeuge einer Marke im Ausstellungsraum. Quantitative Kriterien: jährliche Mindestabnahmemengen, Begrenzung der Händlerzahl im Verkaufsgebiet, Mindestumsatz, quantitative Vorgaben für die Lagerung, Anzahl der zugelassenen Händler‘.

¹³⁰ Das exklusive Vertriebssystem wird in der WEKO Bekanntmachung folgendermassen definiert: ‚In einem Exklusivvertriebssystem wird dem zugelassenen Händler ein bestimmtes Verkaufsgebiet oder ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen‘.

¹³¹ Die Begründung hinter diesen Marktanteilsschwellen in der EU sollte auf einer gründlicheren volkswirtschaftlichen Analyse beruhen und ihre Anwendung in der Praxis sollte transparenter werden (Verboven, 2007). Siehe Verboven, Frank (2007): Efficiency Enhancing or Anti-Competitive Vertical Restraints? Selective and Exclusive Car Distribution in Europe. Forthcoming as Book Chapter in Cases in European Competition Policy: the Economic Analysis, edited by Bruce Lyons, Cambridge University Press (2008).

tern wir die statistische Analyse durch Unternehmensbefragungen. Zusätzlich besprechen wir die Möglichkeit der quantitativen Analyse im Rahmen dieser Fallstudie, insbesondere die Quantifizierung der Wohlfahrtseffekte.

6.3.1 Deskriptiv-statistische Analyse

Die deskriptiv-statistische Analyse umfasst die Preise, Marktanteile, Konzentrationsmasse und Parallelimporte. Die Preisanalyse hat zwei Bestandteile: Einerseits die Entwicklung des gesamten Automobilpreisindex und Preise einzelner Modelle in der Schweiz und andererseits die Unterschiede in den Automobilpreisen zwischen der Schweiz und der EU. Im ersten Teil untersuchen wir, ob die Automobilpreise in der Schweiz gesunken sind. Eine Reduktion der Preise nach der Bekanntmachung könnte durch mehr Wettbewerb nach Einführung der neuen Regeln auf dem Automobilmarkt bewirkt worden sein. Der zweite Teil der Preisanalyse erlaubt uns die Preisharmonisierung zwischen der EU und der Schweiz zu untersuchen, die durch bisherige (auf der Basis der EU GVO von 1995 und Schweizer ‚Rahmenbedingungen für die Gestaltung der Händlerverträge im Automobilhandel‘) Regeln im Automobilmarkt verhindert wurde: das selektive und exklusive Distributionssystem hat den grenzüberschreitenden Handel verhindert, und somit die Preisharmonisierung unterbunden.

Anhand der Marktanteile und Konzentrationsmasse untersuchen wir, ob nach der WEKO Entscheidung eine höhere Volatilität in den Marktanteilen zu beobachten war und ob die gängigen Konzentrationsmasse (z.B. C1, C4) eine fallende Tendenz aufweisen. Eine höhere Volatilität der Marktanteile sowie eine geringere Konzentration könnte man als Folge von mehr (Interbrand) Wettbewerb im Automobilverkauf interpretieren. Zusätzlich können Qualitätsunterschiede, Imageverlust oder –gewinn, stärkere globale Konkurrenz und andere Faktoren eine wichtige Rolle für die Entwicklung von Preisen und Nachfrage spielen. Des Weiteren können wir Marktein- und austritte beobachten und somit untersuchen, ob Markteintritte nach der WEKO Entscheidung (im Automobilvertrieb, Ersatzteil- und Servicemärkten) häufiger waren als zuvor.

Es wird untersucht, ob die Parallelimporte in die Schweiz nach dem Inkrafttreten der Bekanntmachung zugenommen haben. Die Steigerung von Parallelimporten sollte zu mehr Intra-brand-Wettbewerb und zur Senkung der Automobilpreise in der Schweiz und Preisharmonisierung im EWR und in der Schweiz führen.

Die Liberalisierung des Service- und Ersatzteilmarktes kann deskriptiv-statistisch untersucht werden¹³². Da die meisten Daten zu den Schweizer Ersatzteil- und Servicemärkten aber nicht erhältlich sind¹³³ und diese bisher in den anderen Studien meist durch Umfragen erhoben wurden (z.B. Dudenhöffer et al. (2006)¹³⁴ und London Economics (2006)¹³⁵), sind Unternehmensbefragungen eine weitere Möglichkeit, um Informationen über die aktuellen, vor allem qualitativen Änderungen in den Schweizer Service- und Ersatzteilmärkten zu erhalten. Deshalb führten wir im Rahmen unserer Fallstudie ebenso eine Unternehmensbefragung durch und stellen sowohl diese Ergebnisse als auch einige Ergebnisse der anderen Studien zu den Entwicklungen in den Schweizer Service- und Ersatzteilmärkten vor.

6.3.2 Unternehmensbefragung

Mit Hilfe einer Unternehmensbefragung können wir die Auswirkungen der Bekanntmachung qualitativ untersuchen und insbesondere herausfinden, ob Händler unabhängiger von Importeuren geworden sind, ob es mehr Interbrand- und Intra-brand-Wettbewerb im Automobilhandel gibt und ob die Bekanntmachung der Wettbewerbskommission zu mehr Wettbewerb in den Service- und Ersatzteilmärkten geführt hat. Mit Hilfe dieser Befragung beleuchten wir Aspekte der WEKO Bekanntmachung, die

¹³² Die benötigten Daten für eine solche Untersuchung sind z.B.: Händlerstatistiken: Zahl der Händler (Rationalisierung der Händlernetze); Zahl und Grösse der Händlergruppen und grossen Händler (Multibranding, Inter-brand-Wettbewerb); Zahl der Händler, die mehr als eine Marke verkaufen (desselben Herstellers (z.B. Fiat, Alfa Romeo, und Lancia) oder Zahl der verschiedenen Hersteller (z.B. VW und Fiat)) (Interbrand-Wettbewerb); Entwicklung der neuen Vertriebskanäle (z.B. Internet), etc. Ersatzteilmarkt-Statistiken: Grösse und Struktur des Ersatzteilmarktes; Zahl der autorisierten Ersatzteillieferer und ihre Bezugsquellen (z.B. von den Automobilherstellern oder Ersatzteilerstellern); Zahl der Ersatzteillieferer, die dem Hersteller gehören, etc. Servicemarktstatistiken: Zahl der zugelassenen Reparaturwerkstätten; Zahl der unabhängigen Reparaturwerkstätten (um den Wettbewerbsdruck seitens der zugelassenen Händler und Ex-Sub-Händler zu messen); Preisunterschiede zwischen zugelassenen und unabhängigen Reparaturwerkstätten, etc.

¹³³ Einige Daten kann man in ‚European Car Distribution Handbook‘ (veröffentlicht von HWB International) finden.

¹³⁴ Dudenhöffer, Ferdinand, Peter Wiegand, Karsten Neuberger, und Johannes Steinel (2006): Entwicklungen und Erfolgsfaktoren im Automobilvertrieb. Gemeinschaftsstudie von KPMG und der Fachhochschule Gelsenkirchen.

¹³⁵ London Economics (2006): Developments in Car Retailing and After-Sales Markets under Regulation Nr. 1400/2002. Final Report to EC DG Competition. June 2006.

quantitativ nicht untersucht werden konnten. Insbesondere können wir durch die Befragungen Änderungen im Verhalten der Unternehmen aufdecken, die aus statistischen Daten wie Preisen und Marktanteilen nicht eindeutig abzuleiten gewesen wären. Die Unternehmensbefragung ergänzt die oben genannte deskriptiv-statistische Analyse des Automobilmarktes, indem sie einen Erklärungsbeitrag zu den beobachteten statistischen Trends (in Preisen, Marktanteilen, Konzentrationsindizes, Parallelimporten) leistet.

6.3.3 Empirische Schätzungen

Die Quantifizierung der Auswirkungen vertikaler Beschränkungen ist in der Wettbewerbsforschung noch nicht völlig etabliert. Der Grossteil der existierenden empirischen Studien analysiert die Effekte von exklusiven vertikalen Vereinbarungen (sog. exclusive retail relationships) (Lafontaine und Slade (2008)¹³⁶). Das Ziel der Untersuchungen ist es zu ermitteln, ob vertikale Vereinbarungen zwischen Unternehmen zu weniger Wettbewerb geführt haben und ob die Preise ohne diese vertikalen Vereinbarungen niedriger gewesen wären.

Die folgenden quantitativen Methoden werden am häufigsten in empirischen Studien zu vertikalen Vereinbarungen angewendet:¹³⁷

- Querschnittsdaten-, Zeitreihendaten- und Paneldaten-Schätzungen (z.B. Azoulay und Shane (2001)¹³⁸, Sass (2005)¹³⁹): Unternehmen oder geographische Gebiete mit und ohne vertikale Vereinbarungen werden bezüglich Preise, Profite, Dienstleistungen, etc. direkt verglichen. Der Fokus der Schätzungen ist der Koeffizient der Dummyvariable für eine vertikale Vereinbarung.
- Natürliches Experiment/Event-Studien (z.B. Marin und Sicotte (2003)¹⁴⁰): Viele Gesetzänderungen können als natürliche Experimente betrachtet werden. Das natürliche Experiment stellt in diesem Kontext eine exogene Politikänderung dar. Es gibt eine Gruppe von Beobachtungen, die von dieser Änderung betroffen wurde (die so genannte Treatmentgruppe) und eine Gruppe, die nicht beeinflusst wurde (die so genannte Kontrollgruppe). Der Effekt der vertikalen Vereinbarung wird in diesem Fall durch die differenzierte Reaktion der zwei Gruppen identifiziert. Im Fall der Eventstudien wird der Effekt der Politikänderung im Bereich der vertikalen Vereinbarungen auf den Unternehmensmarktwert untersucht.
- Strukturelle Modelle (z.B. Asker (2004)¹⁴¹, Brenkers und Verboven (2006)¹⁴²): Das strukturelle Modell wird auf der Basis der Daten vor der Politikänderung geschätzt. Die Effekte der vertikalen Vereinbarungen werden durch Modellsimulationen identifiziert.

Die Mehrheit der empirischen Untersuchungen über vertikale Vereinbarungen auf verschiedenen Produktmärkten konnte bisher keinen Nachweis für gesetzwidriges Verhalten finden. Vielmehr deuten einige Studien auf Effizienzgewinne hin (z.B. Asker (2004), Sass (2005) und Sass und Sauermaun (2003)¹⁴³).

Die Schätzung eines strukturellen Modells für den Schweizer Automobilmarkt könnte uns erlauben, die Wohlfahrtseffekte der Automobilmarktliberalisierung und des dadurch verstärkten Wettbewerbs zu quantifizieren. Der mögliche Ansatz wäre die Situation ohne Intra-brand-Wettbewerb vor der Bekanntmachung mit der Situation mit Intra-brand-Wettbewerb nach der Bekanntmachung zu vergleichen. Unsere Befragungsergebnisse haben jedoch gezeigt, dass kaum Änderungen im Intra-brand-Wettbewerb im Schweizer Automobilmarkt stattgefunden haben. Daher ist die Identifikationskraft eines solchen empirischen Modells a priori, allein aufgrund der geringen Variation zwischen vor- und nachher-Situationen, fraglich und konnte somit nicht in die Untersuchung einbezogen werden.

¹³⁶ Lafontaine, Francine and Margaret E. Slade (2008): Exclusive Contracts and Vertical Relationships: Empirical Evidence and Public Policy. In Paolo Buccirossi (ed.), Handbook of Antitrust Economics, Cambridge: MIT Press.

¹³⁷ In diesem Abschnitt geben wir einen kurzen Überblick über die möglichen Methoden. Die detaillierte Beschreibung und Probleme in der Anwendung dieser Methoden werden z.B. in Lafontaine und Slade (2008) beschrieben.

¹³⁸ Azoulay, Pierre, and Scott Shane (2001): Entrepreneurs, Contracts, and the Failure of Young Firms. Management Science, Vol. 47, No. 3, March 2001.

¹³⁹ Sass, Tim R. (2005): The Competitive Effects of Exclusive Dealing: Evidence from the US Beer Industry. International Journal of Industrial Organization, Vol. 25 (2005), Issue 3-4 (April).

¹⁴⁰ Marin, Pedro L., und Richard Sicotte (2003): Exclusive Contracts and Market Power: Evidence from Ocean Shipping. Journal of Industrial Economics, Vol. 51.

¹⁴¹ Asker, John (2004): Measuring Advantages from Exclusive Dealing. Harvard University, mimeo.

¹⁴² Brenkers, Randy, and Frank Verboven (2006): Liberalizing a Distribution System: the European Car Market. Journal of the European Economic Association, Vol. 4(1).

¹⁴³ Sass, Tim R., and David S. Sauermaun (1993): Mandated Exclusive Territories and Economic Efficiency: An Empirical Analysis of the Malt-beverage Industry. Journal of Law and Economics, Vol. 36.

6.3.4 Ökonomische Effekte vertikaler Vereinbarungen

Die theoretische Literatur diskutiert vertikale Vereinbarungen sehr lebhaft und kontrovers (z.B. Katz (1989), Rey (2003), Whinston (2006)¹⁴⁴). Empirische Arbeiten hierzu sind immer noch rar, wenngleich zunehmend nach einer besseren empirischen Fundierung der Diskussion gesucht wird. Einen guten Überblick bieten Cooper et al. (2005) und Lafontaine und Slade (2008).¹⁴⁵

In der Theorie vertikaler Vereinbarungen unterscheidet man zwischen Effizienzgewinnen und wettbewerbsschädlichen Effekten. Empirisch sind die Wohlfahrtseffekte aufgrund der gleichzeitigen Präsenz von positiven (Effizienzgewinne) und negativen Auswirkungen (Beschränkung des Wettbewerbs) nur schwer eindeutig identifizierbar. Effizienzgewinne sind zum Beispiel die Verstärkung des Nicht-Preis-Wettbewerbs, Förderung von Investitionen und Innovationen, Abschwächung des ‚doppelten Preisaufschlags‘ (double marginalization) und des Free-ridings bei Vertriebshändlern. Wenn ein Unternehmen über ausreichend hohe Marktmacht verfügt, können vertikale Vereinbarungen wettbewerbsschädlich sein, z.B. durch Marktabschottung (market foreclosure), Erhöhung der Kosten von Wettbewerbern, Beschränkung des Interbrand-Wettbewerbs und Intra-brand-Wettbewerbs und eine Erleichterung von Absprachen zwischen Lieferanten und zwischen Käufern.

Als mögliche Effizienzgewinne im Automobilmarkt wurden vor allem die Reduzierung des doppelten Preisaufschlags, die Lösung des Trittbrettfahrerproblems (free riding), die Schaffung von Anreizen für Serviceleistungen bei Händlern sowie die Schaffung von Anreizen für Investitionen bei Herstellern identifiziert (siehe z.B. Verboven (2007)). Die folgenden wettbewerbsschädlichen Effekte sind für den Automobilmarkt besonders relevant: Beschränkungen des grenzüberschreitenden Handels durch internationale Preisdiskriminierung, Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs, Beschränkung des Binnenhandels und des Interbrand-Wettbewerbs und die Marktabschottung gegenüber konkurrierenden Ersatzteilherstellern. Diese Effekte werden detaillierter in Sektion 6.6.4.3 beschrieben, in der wir diese Effekte für den Schweizer Automobilmarkt qualitativ einzuschätzen versucht haben.

Das Ziel der Automobilmarktanalyse, unter Anwendung der oben genannten Methoden, ist es, abzuklären, ob die wettbewerbsschädlichen Effekte der früheren vertikalen Vereinbarungen zumindest teilweise beseitigt wurden, sowie Effizienzgewinne durch die neuen Verhältnisse im Automobilmarkt abzuschätzen. Falls die WEKO Bekanntmachung im Vergleich zu den Regeln im Automobilmarkt vor 2002 Effizienzgewinne gebracht hat und einige wettbewerbsschädliche Effekte unterbunden hat, dann könnte man die WEKO Bekanntmachung aus volkswirtschaftlicher Sicht als positiv beurteilen. Dies ist von besonderer Bedeutung, da gerade in der Automobilindustrie vertikale Vereinbarungen oft mit der volkswirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

6.4 Empirische Studien zur EU GVO im Automobilmarkt

Im Folgenden geben wir einen kurzen Überblick über verschiedene empirische Studien, die sich mit den Problemen der EU GVO von 1995 beschäftigt haben, die die möglichen Szenarien der BER Reform von 2002 untersucht haben und die die Auswirkungen der Liberalisierung des EU Automobilmarktes aufgrund der EU GVO von 2002 untersucht haben.

Ein Ziel der EU GVO von 2002 ist die Preisharmonisierung auf dem europäischen Automobilmarkt. Das selektive und exklusive Distributionssystem könnte den grenzüberschreitenden Handel verhindert haben und zur Preisdiskriminierung geführt haben. Degryse und Verboven (2000)¹⁴⁶ haben die Gründe für die Automobilpreisunterschiede in der Europäischen Union aus verschiedenen Studien zusammengefasst. Dabei spielen die Unterschiede in den Automobilspezifikationen, Margen, Steuern, Wechselkursvariationen, etc. eine grosse Rolle. Die internationalen Preisdifferenzen sind deshalb nicht unbedingt auf die Darstellung des Distributionssystems im Automobilhandel zurückzuführen.

In einigen Studien wurden die einzelnen problematischen Aspekte des Automobildistributionssystems analysiert, wie z.B. Trennung von Service und Verkauf (Autopolis (2000) und Dr. Lademann & Partner (2001)) und Zugang zu den technischen Informationen (IKA (2004)).

Das Verhältnis zwischen Verkauf und Service wurde in der Studie von Autopolis (2000)¹⁴⁷ untersucht. Für die Analyse wurden die Daten und Befragungen der Europäischen Kommission verwendet. Im

¹⁴⁴ Katz, Michael L. (1989): Vertical Contractual Relations, In Richard Schmalensee und Rober Willig, Handbook of Industrial Organization, Vol. 1. Whinston, Michael D. (2006): Lectures on Antitrust Economics. Cambridge. Rey, Patrick (2003): The Economics of Vertical Restraints. Toulouse University, mimeo, May 5, 2003.

¹⁴⁵ Cooper, James C., Luke M. Froeb, Dan O'Brien, und Michael G. Vita (2005): Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference. International Journal of Industrial Organization, Vol. 23, pp. 639-664.

¹⁴⁶ Degryse, Hans, and Frank Verboven (2000): Car Price Differentials in the European Union: an Economic Analysis. An Investigation for the Competition Directorate-General of the European Commission.

¹⁴⁷ Autopolis (2000): The Natural Link between Sales and Service. An investigation of the Competition Directorate-General of the European Commission. November 2000.

Durchschnitt werden rund 50% der Service- und Reparaturarbeiten im unabhängigen Servicemarkt durchgeführt. Darum gibt es eine deutliche Trennung von Automobilverkauf und Service. Die Studie hat festgestellt, dass es keine natürliche Verbindung zwischen Verkauf und Service gibt. Die Verbindung wird oft erzwungen und wird eher von Herstellerseite als durch Marktentwicklungen gefördert. Insgesamt wurde festgestellt, dass die Verbindung zwischen Service und Verkauf stark durch die EU GVO von 1995 erzwungen wurde. Es gibt aber auch viele Kunden, die sich die Verbindung von Service und Verkauf wünschen („one-stop shopping“). In solchen Fällen kann man von einer Verbindung zwischen Service und Verkauf reden, die durch Marktentwicklungen gefördert wird. Die Entwicklung von elektronischen und diagnostischen Systemen kann den Wettbewerb aus dem unabhängigen Servicemarkt verhindern und die Verbindung zwischen Service und Verkauf verstärken.

Die Präferenzen der Kunden bei Automobilkäufen und Servicemöglichkeiten im Automobilvertriebssystem wurden in der Studie von Dr. Lademann & Partner (2001)¹⁴⁸ anhand von Kundenbefragungen in Deutschland, Frankreich, den Niederlanden, Spanien und UK untersucht. Die EU GVO von 1995 hat der Automobilindustrie die Möglichkeit gegeben, den Vertrieb und Service bei neuen Automobilen durch selektive und exklusive Verträge zu bündeln. Bei der Evaluierung dieser Regelung wurde festgestellt, dass einige Probleme aufgrund dieser Regelung entstanden sind, z.B. Behinderung von Parallelimporten oder Preisbindungen. Die Autoren haben festgestellt, dass sich der Kunde schon beim Automobilkauf über Servicedienstleistungen Gedanken macht. Die Analyse der Kundenpräferenzen hat gezeigt, dass markenbezogener Kauf und Service die bevorzugte Alternative der Konsumenten ist. Allgemein zeigen die Ergebnisse der Kundenbefragung, dass die neuen Verkaufskanäle von den Kunden akzeptiert werden, wenn sie mit einem Mindestmass an Service verbunden sind.

Die Studie von IKA (2004)¹⁴⁹ untersucht den Zugang zu technischen Informationen im Automobilsektor, indem eine Umfrage unter neun Automobilherstellern (BMW, DaimlerChrysler, Fiat, Ford, GM, PSA, Renault, Toyota, VW) in Deutschland, Italien, Frankreich, Grossbritannien, den Niederlanden, Irland, Dänemark und Polen durchgeführt wurde. Es wurde festgestellt, dass sich die Situation der unabhängigen Reparaturwerkstätten nach der EU GVO von 2002 verbessert hat, wobei der Zugang zu technischen Informationen durch ihren hohen Preis und das Problem der Nutzung verschiedener Informationssysteme weiter behindert wird.

Die ökonomische Wirkung der möglichen legislativen Szenarien für die Reform des Automobilvertriebssystems von 2002 auf den Wettbewerb im europäischen Automobilmarkt wurden von Andersen (2001)¹⁵⁰ untersucht. Die Auswirkungen werden auf vier Ebenen des Wettbewerbs untersucht: Interbrand-Wettbewerb, Intra-brand-Wettbewerb, Wettbewerb im Servicemarkt und die Integration des europäischen Marktes. Fünf Szenarien wurden analysiert, nämlich völlig freier Vertrieb (1), Vertrieb auf Basis der Gebietsexklusivität (2), selektiver Vertrieb auf Basis von qualitativen Kriterien (3), selektiver Vertrieb auf der Basis von qualitativen und quantitativen Kriterien (4), selektiver Vertrieb auf Basis von qualitativen und quantitativen Kriterien mit beschränkter Gebietsexklusivität (5), und wurden mit dem Szenario verglichen, unter denen die Regeln von 1995 bis 2005 verlängert wurden. Die Auswirkungen der verschiedenen Szenarien auf Wettbewerb, Verbraucherzufriedenheit und Position der Automobilmarktakteure wurden analysiert. Die Studie beschreibt volkswirtschaftliche Effekte der oben charakterisierten Szenarios, gibt aber keine Politikempfehlungen. Ausserdem wurden die einzelnen problematischen Aspekte des aktuellen Distributionssystems unter verschiedenen Szenarien analysiert wie z.B. die Verbindung zwischen Kauf und Service, Multi-branding, Zugang zu den technischen Informationen, etc.

Brenkers und Verboven (2006) haben die Effekte der Liberalisierung des EU Automobilmarktes auf der Basis der Schätzung eines strukturellen Modells für den Automobilmarkt in Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien und Grossbritannien auf der Basis der Daten vor der EU GVO von 2002 simuliert und quantifiziert.¹⁵¹ Die Autoren haben die Wohlfahrtseffekte unter verschiedenen Szenarien quantifiziert. Zwei Szenarien vor der Liberalisierung des Automobilmarktes wurden untersucht: 1) Das aktuelle Vertriebssystem beschränkt nur den internationalen Intra-brand-Wettbewerb und erlaubt so die internationale Preisdiskriminierung, trotzdem gibt es nationalen Intra-brand-Wettbewerb. 2) Das aktuelle Ver-

¹⁴⁸ Dr. Lademann & Partner (2001): Customer Preferences for Existing and Potential Sales and Servicing Alternatives in Automotive Distribution. Report for the EC Competition Directorate-General.

¹⁴⁹ Institut für Kraftfahrwesen Aachen (IKA) (2004): Study on Access to Technical Information: Do Motor Vehicles Suppliers Give Independent Operators Effective Access to all Technical Information as Required under the EC Competition Rules Applicable to the Motor Vehicle Sector? Report for EC DG Competition.

¹⁵⁰ Andersen (2001): Study on the Impact of Possible Future Legislative Scenarios for Motor Vehicle Distribution on All Parties Concerned. Report for the European Commission.

¹⁵¹ In einer anderen Studie nehmen Brenkers und Verboven (2006) eine Marktabgrenzung im Automobilmarkt auf der Basis des SSNIP-Tests vor. Die Marktabgrenzung ist besonders wichtig im Bezug auf die Marktanteilschwellen bei der Anwendung der EU GVO von 2002. Siehe Brenkers, Randy, and Frank Verboven (2006): Market Definition with Differentiated Products – Lessons from the Car Market. In Jay Pil Choi (ed.): Recent Developments in Antitrust: Theory and Evidence. MIT Press.

triebssystem beschränkt auch den nationalen Wettbewerb und kann so zusätzlich wie ein stillschweigende Kollusion (tacit collusion)-Mechanismus¹⁵² wirken. Zwei Szenarien nach der Liberalisierung des Automobilmarktes wurden beachtet: 1) Der internationale Intra-Brand-Wettbewerb wird gefördert, und so gibt es weniger Anreize für die internationale Preisdiskriminierung. 2) Zusätzlich kann nationaler Intra-Brand-Wettbewerb geschaffen werden, so dass der ‚tacit collusion‘-Mechanismus beseitigt wird. Die höchsten geschätzten Wohlfahrtsgewinne werden im Szenario gefunden, in dem angenommen wurde, dass das aktuelle Vertriebssystem den nationalen Intra-Brand-Wettbewerb beschränkt und die Liberalisierung der vertikalen Vereinbarungen die internationale Preisdiskriminierung verringern und stillschweigende Kollusion beseitigen wird. Bei den geschätzten Wohlfahrtseffekten werden mögliche grosse Effizienzverluste nicht berücksichtigt.¹⁵³

Die Studie von London Economics (2006)¹⁵⁴ untersucht die ex-post Auswirkungen der EU GVO von 2002. Sie liefert deskriptive Statistiken und basiert auf einer Umfrage unter Automobilherstellern, Ersatzteilherstellern, zugelassenen Händlern, unabhängigen Reparaturwerkstätten und Vereinen der unabhängigen Händler für 12 Länder zwischen 1997 und 2004. Die Beurteilung des Wettbewerbs im EU-Automobilmarkt nach der Reform ist gemischt: der Wettbewerb funktioniert im Markt für Neufahrzeuge, allerdings bestehen Bedenken den Wettbewerb in den Ersatzteil- und Servicemärkten betreffend.

Vor kurzem hat auch die Europäische Kommission ihre Evaluationsstudie zur Auswirkung der EU GVO von 2002 veröffentlicht (European Commission, 2008¹⁵⁵). Die Studie basiert auf einer Befragung, externen Studien und statistischen Datenbanken. Die Wettbewerbssituation im Neuwagenverkauf, Service- sowie Ersatzteilmärkten hat sich zwischen 2002 und 2007 verbessert.¹⁵⁶ Der Inter-Brand-Wettbewerb hat zwar zugenommen. Das lag aber an anderen Faktoren als der Einführung der EU GVO von 2002. Insbesondere gab es Überkapazitäten, Innovationen und eine verstärkte Marktintegration. Die unabhängigen Werkstätten haben einen besseren Zugang zu den technischen Informationen aufgrund der EU GVO von 2002 bekommen. Die Zahl der autorisierten Werkstätten hat zugenommen. Die Originalersatzteilehersteller können mit den autorisierten Ersatzteilhändlern konkurrieren. Insgesamt hat die EU GVO von 2002 positive Auswirkungen. Aber viele darin enthaltene, detaillierte industriespezifische Regelungen werden als unnötig angesehen. Die Automobilkunden würden stärker profitieren, wenn die Regeln im Automobilmarkt weniger kompliziert wären.

Einige Aspekte der zwei letztgenannten Studien werden wir noch detaillierter in Kapitel 6.6.4 darstellen, wo wir die Ergebnisse unserer Analyse der Auswirkungen der WEKO Bekanntmachung präsentieren und mit den Auswirkungen der EU GVO von 2002 vergleichen.

6.5 Automobilstudien zu den Auswirkungen der WEKO Bekanntmachung von 2002

Nach einer Umfrage der UBS (2007)¹⁵⁷ gibt es unter den Automobilimporteuren keine Preisabsprachen mehr. Die Händler können frei wählen, welche Automarken sie verkaufen und reparieren wollen. Es ist noch unklar, ob die Liberalisierung des Automobilmarktes eine Konsolidierung des Händlernetzes zur Folge haben wird. In den Jahren nach der WEKO Bekanntmachung wurde stark in Ausstellungsräume und spezielle Werkzeuge investiert, um die härteren Auflagen der Hersteller und Importeure zu erfüllen.

Trotz des harten Wettbewerbs auf dem Automobilmarkt und neuen Regeln aufgrund der WEKO Bekanntmachung gab es keinen grossen ‚shake-out‘ in der Schweizer Automobilindustrie (UBS, 2007¹⁵⁸). Im Oktober 2005 gab es auf Basis des Business Zensus 15429 Unternehmen in der Automobilindustrie, nur 2% weniger als 2001. Die Zahl der Verkaufsstellen (+15%) und Tankstellen (+8%) ist gestiegen. Die Zahl der Reparatur- und Service-Werkstätten ist dagegen um 2% gesunken. Es gibt Anzeichen für eine Konsolidierung des Automobilmarktes nach der WEKO Bekanntmachung.

¹⁵² Beschränkter Intra-Brand-Wettbewerb verursacht den Effekt des doppelten Preisaufschlags (double marginalization effect), der den Wettbewerb zwischen den Herstellern verringert (Verboven, 2007).

¹⁵³ Die vertikalen Vereinbarungen im Automobilhandel vor 2002 wurden mit hohen Effizienzgewinnen begründet, die durch neue Regeln verloren gehen könnten (Verboven, 2007).

¹⁵⁴ London Economics (2006): Developments in Car Retailing and After-Sales Markets under Regulation Nr. 1400/2002. Final Report to EC DG Competition. June 2006.

¹⁵⁵ Europäische Kommission (2008): Commission Evaluation Report on the Operation of Regulation (EC) No. 1400/2002 Concerning Motor Vehicle Distribution and Servicing, Brüssel.

¹⁵⁶ European Commission (2008a): Antitrust: Commission Report on Car Block Exemption Reform Shows that Competition has Improved. Pressemitteilung IP/08/810. Brüssel, Mai 28, 2008.

¹⁵⁷ UBS (2007): Autogewerbe. Outlook Q1 2007.

¹⁵⁸ UBS (2007): Commerce and Logistics. Outlook Q1 2007.

Nach der WEKO Bekanntmachung von 2002 sind die Schweizer Automobilpreise gesunken (Galambos, 2007)¹⁵⁹. Werkstätten und Händler haben ihre Geschäftspraktiken geändert, um unter den veränderten Umständen nach der WEKO Bekanntmachung konkurrieren zu können. Einige kleine Unternehmen mussten schliessen oder sind am Rande der Insolvenz.

Eine Umfrage unter Schweizer und Deutschen Automobilhändlern und Automobilhändlergruppen wurde von Dudenhöffer et al. (2006) durchgeführt. Nach Meinung der Befragten werden mehr als 25% der unabhängigen Automobilhändler innerhalb der nächsten 10 Jahre aus dem Markt austreten oder von grösseren Händlergruppen übernommen. Somit wird sich der Trend der Marktkonsolidierung in beiden Ländern fortsetzen. Es wird erwartet, dass die Zahl der unabhängigen Händler stärker als die Zahl der Händlergruppen abnehmen wird. Zum Teil ist dies begründet durch die Zunahme an neuen Vertriebskanälen, wie zum Beispiel das Internet. Der Marktanteil der Parallelimporte wird von derzeit geschätzten 3.5% auf 4% in 2015 steigen. Es herrschte keine Einstimmigkeit in der Beantwortung der Frage, ob Parallelimporte zur Konsolidierung des Händlernetzes führen werden. Der Anteil der Vertragshändler wird abnehmen, während Niederlassungen bedeutsamer werden. Im Servicemarkt werden laut der Befragten die Autohauswerkstätten (Markenautohaus mit Werkstatt) Marktanteile verlieren, während die Marktanteile von Markenwerkstätten (ohne Neuwagenverkauf) und Serviceketten (wie A.T.U) steigen werden. Der Marktanteil von freien Werkstätten wird sich eher nicht ändern.

Evenett und Meier (2007)¹⁶⁰ schätzen die Wohlfahrtseffekte der WEKO Bekanntmachung für die Schweizer Verbraucher und ihren Einfluss auf die Preise. Die Autoren ermitteln, dass die Automobilpreisdifferenzen zwischen der Schweiz und den EU Ländern im Mittelklassensegment und im Oberklassensegment um 4.2% (kumulativ für 2003-2004) beziehungsweise 6.6% (kumulativ für 2004-2005) gesunken sind (nachdem die Variation in den Preisen aufgrund von Transportkosten, Hersteller, Steuern, Wechselkursen und Inflationsraten berücksichtigt wurde). Für Kleinwagen wurde keine statistisch signifikante Preisreduktion gefunden. Die Automobilpreissenkungen im Mittelklassensegment und im Oberklassensegment sehen die Autoren als Folge der WEKO Bekanntmachung an. Sie berücksichtigen dabei aber nicht, dass es weitere Faktoren geben könnte, die die Preise beeinflussen, beispielsweise ein verstärkter Wettbewerb durch die Globalisierung oder der Einfluss der EU GVO auf das Automobilpreisniveau und die Preiskonvergenz. Auch die Änderungen in den Modellcharakteristika sowie die Unterschiede in den Modellcharakteristika zwischen der Schweiz und den anderen EU Ländern gehen nicht in die Quantifizierung ein.

Zusätzlich haben die Autoren die Wohlfahrtseffekte geschätzt und sie mit dem jährlichen Budget der WEKO verglichen. Ein weiteres Problem dieser Studie liegt daran, dass den geschätzten Wohlfahrtseffekten die Nachfrageelastizitäten aus anderen empirischen Studien zugrunde liegen. Dies ist eine nur beschränkt sinnvolle Vorgehensweise, da die Schweizer Kunden eher weniger preissensitiv sind als die Kunden in der EU.

6.6 Ergebnisse der Fallstudie

6.6.1 Die Struktur des Schweizer Automobilmarktes

Für die Evaluierung der Auswirkungen der Bekanntmachung auf die beteiligten Unternehmen ist es wichtig, die Struktur des Schweizer Automobilmarktes darzustellen. Die Hauptakteure im Schweizer Automobilmarkt, bezüglich derer die Auswirkungen der Bekanntmachung evaluiert werden können, sind Automobilimporteure, Parallelimporteure, Automobilhändlergruppen, markengebundene und unabhängige Händler (mit Service und ohne Service) sowie markengebundene und unabhängige Werkstätten, Serviceketten, Ersatzteilproduzenten/-importeure/-händler von originalen Ersatzteilen und qualitativ gleichwertigen Ersatzteilen.¹⁶¹

In der Schweiz gibt es keine Produktion von Automobilen. Fahrzeuge werden in die Schweiz vor allem durch Vertriebsgesellschaften der Automobilhersteller, die ein Händlernetz unterhalten, importiert. Es gibt rund 40 offizielle *Automobilimporteure* in der Schweiz und einige *Parallelimporteure* (z.B. Auto Direkt Import AG, American Automobile, AutoGlobalTrade AG, etc.).

Die Fahrzeuge werden auch durch zwei *Automobilhändlergruppen* Emil Frey AG und AMAG AG importiert. AMAG ist ein offizieller Importeur von VW in der Schweiz und verkauft Autos der VW Gruppe, d.h. VW, Audi, Skoda, und Seat. Die Emil Frey AG verkauft Autos verschiedener Automobilimporteure und

¹⁵⁹ Galambos, Sandor (2007): Country: Switzerland (Automotive Industry). Automotive Parts, Accessories and Specialty Equipment Market. US Commercial Service, United States of America, Department of Commerce.

¹⁶⁰ Evenett, Simon J., and Michael Meier (2007): Does the WEKO Deliver Value for Money? Evidence from the Swiss Car Market. Swiss Institute for International Economics and Applied Economic Research.

¹⁶¹ Die wichtigsten Automobilverbände in der Schweiz sind Auto Schweiz, Auto Gewerbe Verband, Verband Freier Automobilhandel und Swiss Automotive Aftermarket (SAA).

führt damit ein breites Sortiment mit Modellpaletten von insgesamt 26 Marken. Einige Händler der Emil Frey AG sind exklusive Markenbetriebe. Sie verkaufen Produkte von Toyota und Lexus sowie markenspezifische Leistungen. Die Mehrmarkenbetriebe der Emil Frey AG vertreten vorwiegend Produkte der zur Gruppe gehörenden Importeure¹⁶²: Aston Martin, Daihatsu, Jaguar, Kia, Land Rover, Lexus, Mitsubishi, Subaru, Suzuki und Toyota. Einige Emil Frey Händler verkaufen auch Fahrzeuge von Marken, die nicht durch die Emil Frey AG importiert werden: Alfa Romeo, BMW, Cadillac, Chevrolet, Chrysler, Corvette, Dodge, Fiat, Jeep, Lancia, Mini, Opel, Saab und Volvo¹⁶³.

Ein Beispiel für eine kleinere Automobilhändlergruppe (die sich auf den Schweizer Automobilmarkt fokussieren) ist die Franz-Gruppe von Peugeot. Die meisten *markengebundenen und unabhängigen Händler und Werkstätten* in der Schweiz sind kleine und mittlere Betriebe, die Autos verkaufen und reparieren.

Es gibt eine Reihe von *Serviceketten* in der Schweiz. A.T.U ist seit 2007 im Schweizer Automobilmarkt präsent. Die Firma hat bereits zwei Filialen in der Schweiz: Spreitenbach (eröffnet im Juli 2007) und Winterthur (eröffnet im Dezember 2007). Das Unternehmen plant mittelfristig 20 bis 25 Standorte in der Schweiz (A.T.U, 2007¹⁶⁴). Die Schweizer Werkstattketten sind beispielsweise AD Garagen, Auto Fit (Hostettler), Le Garage (ESA), Garage Plus (Derendinger), Bosch Car Service.

Als *Ersatzteilproduzenten/-importeure* sind z.B. Audatex (Schweiz GmbH), AUGROS-Lumecor AG, Auto-i-DAT AG, Autoaccessorio SA, Banner Batterien AG, Bosch Robert AG, DS-Technik Handels AG, Duramont AG, Glas Troesch AG Autoglas, HR Car-Design GmbH, Johnson Controls Batterie AG, Michelin Suisse AG, MTS Multi Technology Services, Oscar Fäh AG, Rhiag Group Ltd., Vredestein AG, etc. in der Schweiz tätig¹⁶⁵.

Einige Firmen, so genannte *Systemanbieter*¹⁶⁶, bieten verschiedene Produkte und Dienstleistungen an (Ersatzteile, Werkstatteinrichtungen, Informatik, Nutzfahrzeuge, Schmierstoffe/Chemie, Zubehör/Tuning). Beispiele hierfür sind Derendinger, ESA, FIBAG AG, Hostettler Autotechnik AG, SIKA Schweiz AG, Technomag, Bosch Service etc. Sie bedienen vorwiegend den freien Grosshandel.

6.6.2 Automobilmarktanalyse

6.6.2.1 Preisanalyse

Die Entwicklung des Schweizer Automobilpreisindex

Die Änderungen der Schweizer Automobilpreise im Vergleich zu den Preisänderungen in den ausgewählten EU-Ländern sind in Abbildung 68 dargestellt. Eine Preisanalyse vor und nach der Bekanntmachung zum Automobilmarkt war nicht möglich, da die Preisindexdaten von RoadToData zum gesamten Schweizer Markt erst ab Q1 2005 vorliegen. Die Automobilpreiszuwächse in der Schweiz waren während der Beobachtungsperiode stets niedrig. In der EU waren die Automobilpreise in einigen Perioden auch rückläufig. Der europäische durchschnittliche Preisanstieg in den jeweils vorangegangenen 12 Monaten lag bei 1.7%. Die Zuwachsraten in der Schweiz haben sich nach Q2 2006 etwas erhöht. Die Preiszuwächse in den anderen europäischen Ländern sind nach Q1 2006 zurückgegangen, auch in vielen Ländern deutlicher als in der Schweiz.

¹⁶² Die Emil Frey Gruppe hat sieben Importgesellschaften, die eigenständige Unternehmen sind. Sie importieren insgesamt zehn Automobilmarken (www.emilfrey.ch).

¹⁶³ Siehe für mehr Information www.emilfrey.ch.

¹⁶⁴ A.T.U (2007): A.T.U weiter auf Expansionskurs – das Unternehmen eröffnet die zweite Niederlassung in der Schweiz. Weiden, Dezember 18, 2007.

¹⁶⁵ Alle diese Unternehmen sind Mitglieder der Fachgruppe ‚Ersatzteile‘ des Swiss Automotive Aftermarket (SAA) Verbandes.

¹⁶⁶ In der EU werden diese Systemanbieter ‚independent repairer groups‘ genannt.

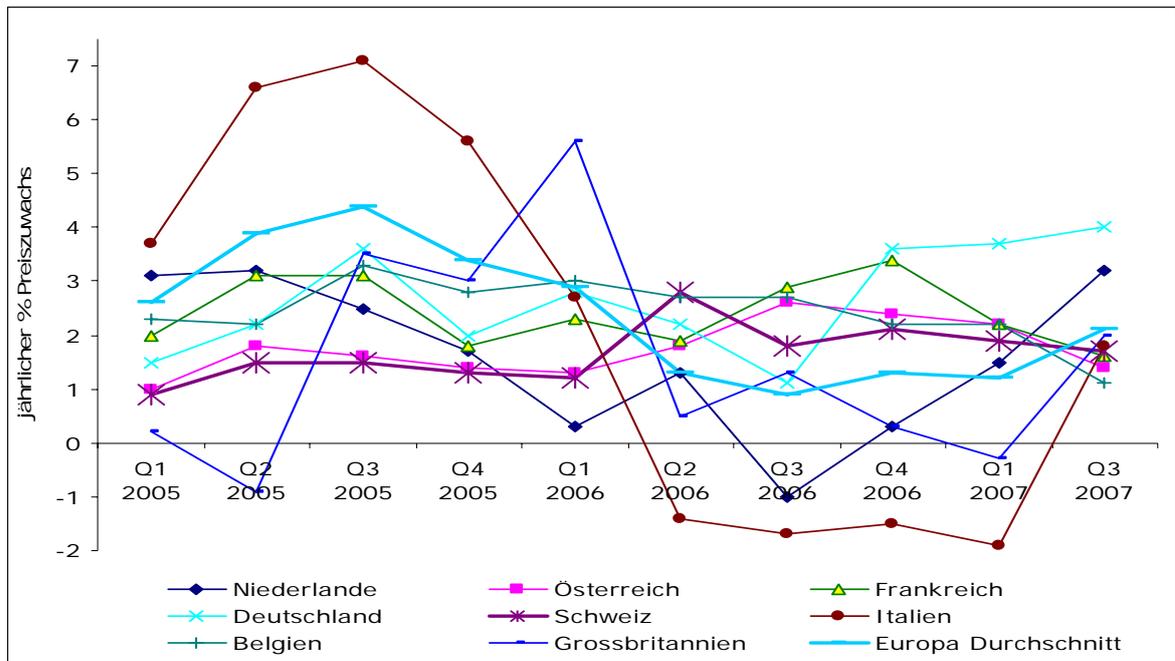


Abbildung 68: Schweiz: Automobilpreisänderungen im Vergleich zu den letzten 12 Monaten

Quelle: RoadToData

Anmerkung: Die Abbildung zeigt die Änderungen im Automobileinzelhandelspreisindex (von Jahr zu Jahr).

Des Weiteren haben wir versucht aufgrund von Preis- und Mengendaten für den Schweizer Automobilmarkt einen Schweizer Automobilpreisindex zu bilden, um die Preise vor und nach der Bekanntmachung zu vergleichen. Als problematisch erwies sich hierbei, dass sich die Preisdaten auf Modellvarianten beziehen, während sich die Mengendaten auf Modelle beziehen. Deshalb war es unmöglich, einen mengengewichteten Preisindex zu konstruieren. Die Alternative wäre die Schätzung qualitätsbereinigter Preise, die aber im Rahmen dieses Projektes nicht versucht wurde.

Vergleich der Schweizer Automobilpreise mit den EU Automobilpreisen nach Steuern

Der Automobileinzelhandelspreisindex in der Schweiz ist von 98% in Q1 2005 auf 87% in Q3 2007 gesunken und somit der niedrigste im Vergleich zu den anderen EU-Ländern (Abbildung 69). Der Schweizer Automobilpreisindex ist durchgängig sehr niedrig und liegt unterhalb der Preisindizes der meisten EU Länder und unter dem europäischen Durchschnitt.

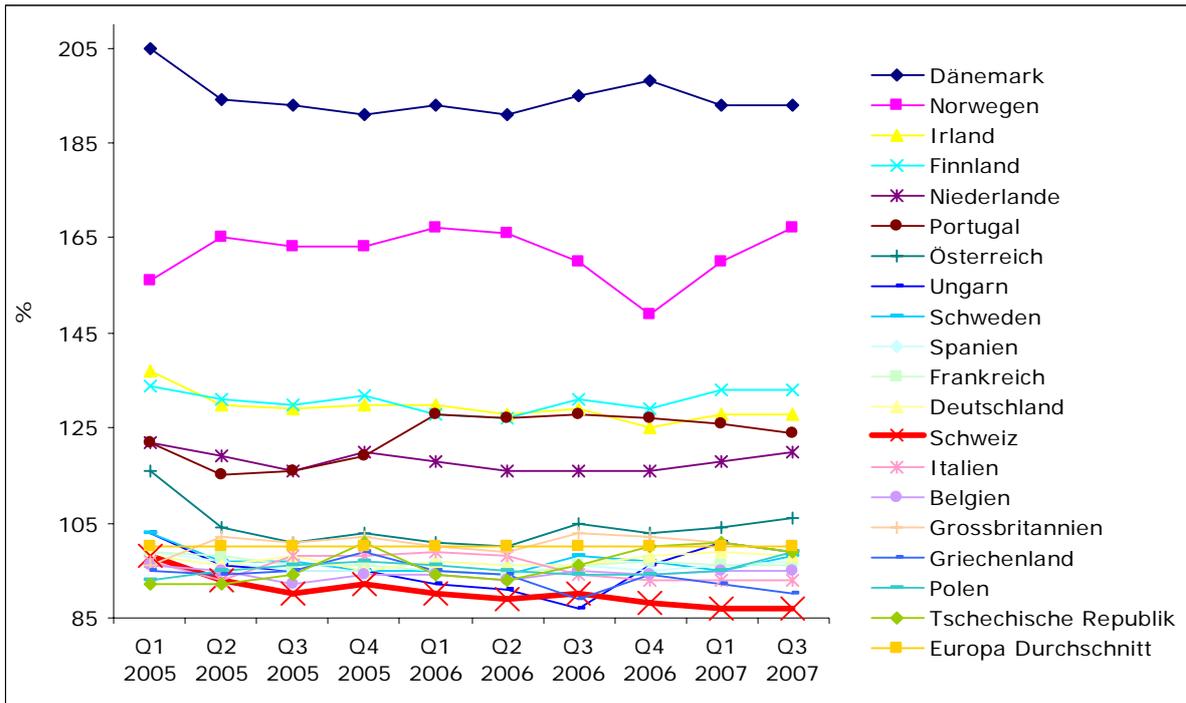


Abbildung 69: Schweiz: Die Entwicklungen des Automobileinzelhandelspreisindizes

Quelle: RoadToData

Anmerkung: Der Automobileinzelhandelspreisindex basiert auf Automobileinzelhandelspreisen inklusive aller anfallenden Steuern (Fahrzeug- und Importsteuern) in jedem Land und wird mit dem Verkaufsvolumen gewichtet. Der Index 100 stellt den durchschnittlichen Listenpreis der Euro-Länder dar.

Die höheren Automobilpreise in den skandinavischen Ländern sind durch höhere Steuersätze und Gebühren, die man beim Automobilkauf bezahlt (Anhang, Appendix A, Tabelle 26), begründet. Der Vergleich der Automobilsteuern in der Schweiz und den anderen europäischen Ländern zeigt, dass der Automobilkauf in der Schweiz im europäischen Vergleich mit den geringsten Steuern belastet wird.

Vergleich der Schweizer Automobilpreise mit den EU Automobilpreisen vor Steuern

Der Automobilvorsteuerpreisindex ist sehr wichtig, um Folgerungen bezüglich potentiellen grenzüberschreitenden Handels zu ziehen. Die Schweiz hatte am 1. Januar 2005 den höchsten Vorsteuerpreisindex (Abbildung 70). Seitdem wird dieser Preisindex von der PWC AG nicht mehr berechnet und ist somit nicht mehr verfügbar. Bei diesem Vergleich ist zu beachten, dass in der Schweiz gekaufte Autos tendenziell besser ausgestattet sind als Autos in den EU-Ländern. Der PWC-Index basiert auf verschiedenen Spezifikationen für verschiedene Länder. Sofern es keine Änderungen in Steuern und Gebühren beim Automobilkauf in den letzten Jahren gab, soll der Preisindex vor Steuern die gleiche Tendenz wie der Preisindex nach Steuern zeigen.

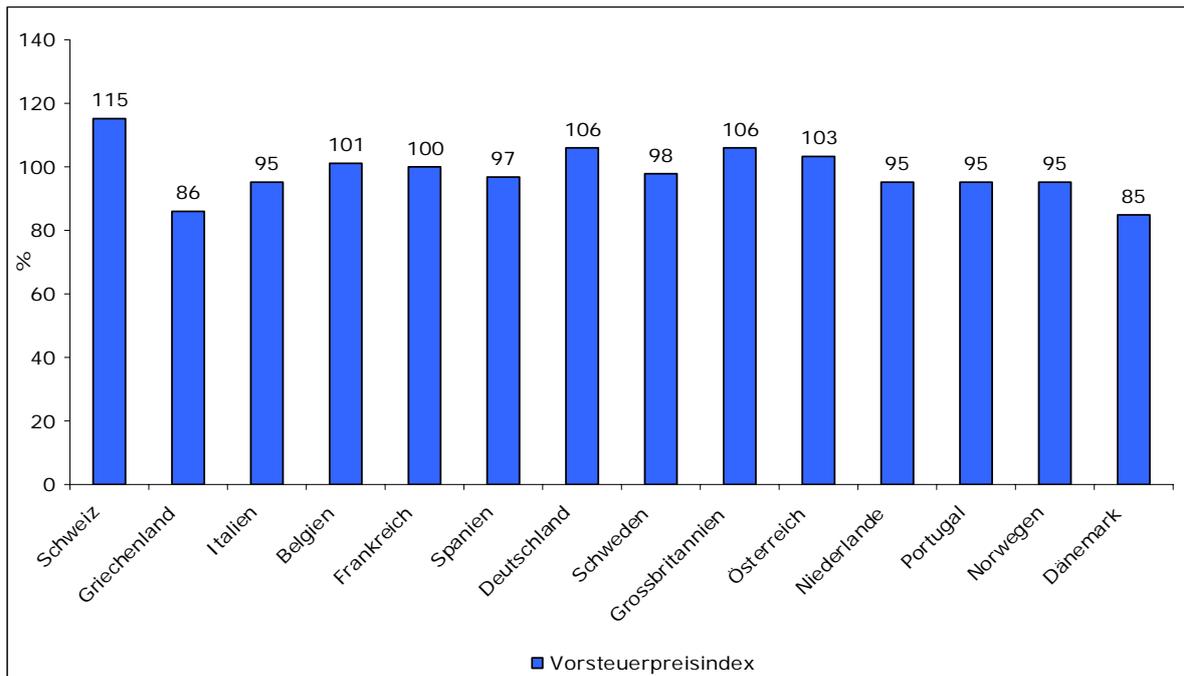


Abbildung 70: Schweiz: Automobilvorsteuerpreisindex am 1. Januar 2005

Quelle: RoadToData

Anmerkung: Der Automobilvorsteuerpreisindex basiert auf Fahrzeugpreise ohne anfallende Steuern, unter unterschiedlichen Spezifikationen für die einzelnen Märkte. Der Index 100 stellt den durchschnittlichen Vorsteuerpreis aller Euroländer dar.

Die Entwicklung der Preise für einzelne Modelle in der Schweiz und im Vergleich mit der EU

Wir konnten eine Analyse der Preisentwicklung einzelner Modelle in der Schweiz mit den verfügbaren Daten nicht durchführen, da es unterschiedliche Varianten/Versionen der Automobile für verschiedene Jahre gibt und wir keine Mengendaten auf der Ebene der Varianten/Versionen erhalten konnten. Ein weiteres Problem stellen neue Produkte dar, da jährlich neue Modellspezifikationen auf den Markt gebracht werden.

Da die Modelle für den Schweizer und den europäischen Markt nicht identisch sind, war ein Vergleich auf dieser Ebene ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere für die Modelle auf dem europäischen Markt, die in den European Car Price Reports zusammengefasst sind.¹⁶⁷ Die zweite Schwierigkeit ergab sich durch die nicht-harmonisierten Daten zu Modelleigenschaften. Für einen korrekten Vergleich ist jedoch die Berücksichtigung aller Modelleigenschaften von zentraler Bedeutung, da systematische Unterschiede zwischen in der Schweiz gekauften Modellen gegenüber den in anderen europäischen Ländern gekauften Modellen, bestehen.

6.6.2.2 Marktanteile- und Konzentrationsanalyse

Der Schweizer Automobilmarkt umfasste etwa 270 000 Neuzulassungen im Jahr 2006. Im Jahr 2006 ist der Markt beispielsweise um ca. 4% im Vergleich zum Vorjahr gewachsen. Dies entspricht ungefähr den Zuwachsraten in einigen EU Ländern, wie z.B. Italien und Deutschland, in denen die Neuzulassungen in 2006 um 3.9% bzw. 4.5% gewachsen sind, während die Neuzulassungen in den anderen EU Ländern zurückgegangen sind. Beispielsweise betragen die Rückgänge in Spanien, der UK und Frankreich zwischen 2.0% und 3.9% (European Commission, 2008¹⁶⁸).

Die am meisten verkauften Autos in der Schweiz sind deutsche Marken, wobei der Anteil deutscher Marken am Gesamtmarkt Schweiz von 47% in 1999 auf 41% in 2006 gesunken ist. Die nächst grössere Gruppe sind japanische Hersteller mit einem Marktanteil von etwa 23% in 2006. Im Jahr 1999 hatten

¹⁶⁷ Die European Car Price Reports sind auf der Webseite der DG Competition veröffentlicht (http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/motor_vehicles/prices/report.html).

¹⁶⁸ Europäische Kommission (2008): Evolution of the Motor Vehicle Markets since Regulation 1400/2002 Enters into Force. Staff Working Document No.2. Dieses Dokument gehört zu 'Commission Evaluation Report on the Operation of Regulation (EC) No. 1400/2002 Concerning Motor Vehicle Distribution and Servicing'.

diese noch einen Marktanteil von etwa 21%. Der Marktanteil koreanischer Marken ist von 3% in 1999 auf 5% in 2006 gestiegen.

Im Jahr 2006 hatten VW, Opel, Toyota, Renault, Audi, BMW, Mercedes und Peugeot die grössten Marktanteile (5% oder mehr) im Schweizer Automobilmarkt. Die Marktanteile für einige Marken (z.B. Ford, Opel, Mitsubishi) sind während der letzten Jahre gesunken, darunter besonders Opel (Anhang, Appendix A, Tabelle 27). Die Volatilität in den Marktanteilen könnte man als Indiz für erhöhten Interbrand-Wettbewerb interpretieren. Aber auch andere Faktoren können den Markt während dieser Zeit beeinflusst haben (wie z.B. Qualitätsprobleme). Kein Automobilimporteur hat ausgeprägte Marktmacht auf dem Schweizer Automobilmarkt: VW ist der grösste Automobilimporteur in der Schweiz mit einem VW-Marke Marktanteil von 11.1% in 2006. Der Abstand zwischen VW und dem zweiten grössten Automobilimporteur GM (mit Opel-Marke) in der Schweiz hat etwa 4% in 2006 betragen und ist damit deutlich im Vergleich zum Jahr 1999 angestiegen.

Der Schweizer Automobilmarkt ist weniger konzentriert als z.B. der deutsche Markt. Das Konzentrationsmass C4, das den gemeinsamen Marktanteil der vier grössten Marken angibt, betrug in der Schweiz im Jahr 2006 ca. 30%. Im Vergleich dazu lagen die Werte im Jahr 1999 in der Schweiz bei 37% und in Deutschland und Italien bei 68%.

6.6.2.3 Analyse der Parallelimporte

Im Folgenden besprechen wir Schätzungen von Parallel- und Direktimporten aus bestehenden Studien und Artikeln. Für das Verfassen eigener Analysen und Schätzungen fehlte die Datenbasis zu Parallelimporten/Direktimporten in der Schweiz.

Nach Aussage der WEKO wurden früher Parallelimporte durch Absprachen in Distributionsverträgen verhindert (Stoffel, 2008). Nach der Umfrage von Dudenhöffer et al. (2006) werden Parallelimporte in der Schweiz trotz der Abschaffung der Barrieren für Parallelimporte bis 2015 nur schwach wachsen. Nach den Schätzungen liegt der Marktanteil der Parallelimporte am Schweizer Automobilmarkt zurzeit bei 3.5%. Es wird erwartet, dass dieser Marktanteil bis 2015 auf 4% steigt. Auch der Verband Freier Automobilhandel schätzt die aktuellen Parallelimporte in die Schweiz auf ca. 4% im Neuwagenmarkt. Die Verbände AutoSchweiz und Auto Gewerbe Verband haben diesen Marktanteil ebenso auf 2 bis 3 Prozent geschätzt.¹⁶⁹

Als mögliche Gründe für die niedrigen Parallelimporte aus der EU in die Schweiz wird unter anderem genannt, dass Service und Verkauf nicht mehr aus der gleichen Hand angeboten würden, wenn man ein Auto von einem Parallelimporteur kauft. Ausserdem gibt es spezielle Servicepakete, die bei einem Parallelimporteur nicht erhältlich sein können (z.B. BMW Service Plus). Die persönlichen Beziehungen zwischen Kunden und Händlern spielen ebenso eine grosse Rolle. Parallelimporteure verkaufen meist Autos aus Überproduktionen und Sonderaktionen der Hersteller. Es wird behauptet¹⁷⁰, dass Kunden, die ihre Autos nicht oft wechseln, selektiv sind und damit eine stärkere Bindung zum Vertragshändler suchen und sich häufiger an Markenhändler/Garagen wenden. Dagegen können flexible Kunden, die auf der Suche nach einem Schnäppchen sind, oder ein zweites Auto kaufen wollen, beim Direktimporteur gute Alternativen finden. Parallelimporte können eher bei Nischen-Modellen attraktiv sein.

6.6.2.4 Entwicklung und Restrukturierung des Händlernetzes

Die Händlerstruktur in der Schweiz ist im Vergleich zu Deutschland oder den USA sehr kleingewerblich organisiert (UBS, 2007). Der mittlere Jahresumsatz an Neuwagen liegt bei 60 Stück pro Betrieb. Dieser Wert ist rund dreimal kleiner als in Deutschland und zwölfmal niedriger als in den USA. Das Händlernetz in der Schweiz besteht aus etwa 5000 Betrieben (Dudenhöffer et al. (2006)). Die wichtigen Erfolgsfaktoren für Händler, besonders kleine Händler, sind die erfolgreiche Kundenbeziehung, ein straffes Kostenmanagement und ein Standort mit guter Erreichbarkeit und grossem Einzugsgebiet (UBS, 2007).

Die meisten Automobilverkäufe in der Schweiz werden über Vertragshändler abgewickelt (vgl. Abbildung 71). Laut einer Umfrage von Dudenhöffer et al. (2006) wird erwartet, dass das Internet, neue Vertriebskanäle und herstellereigene Niederlassungen (direktes Vertriebssystem) in Zukunft wichtiger werden und Vertragshändler verdrängen werden.

¹⁶⁹ Quelle: der Bund, 2006, 'Über 3 Prozent weniger neue Autos'.

¹⁷⁰ Quelle: der Bund, 2006, 'Das Auto aus dem Internet'.

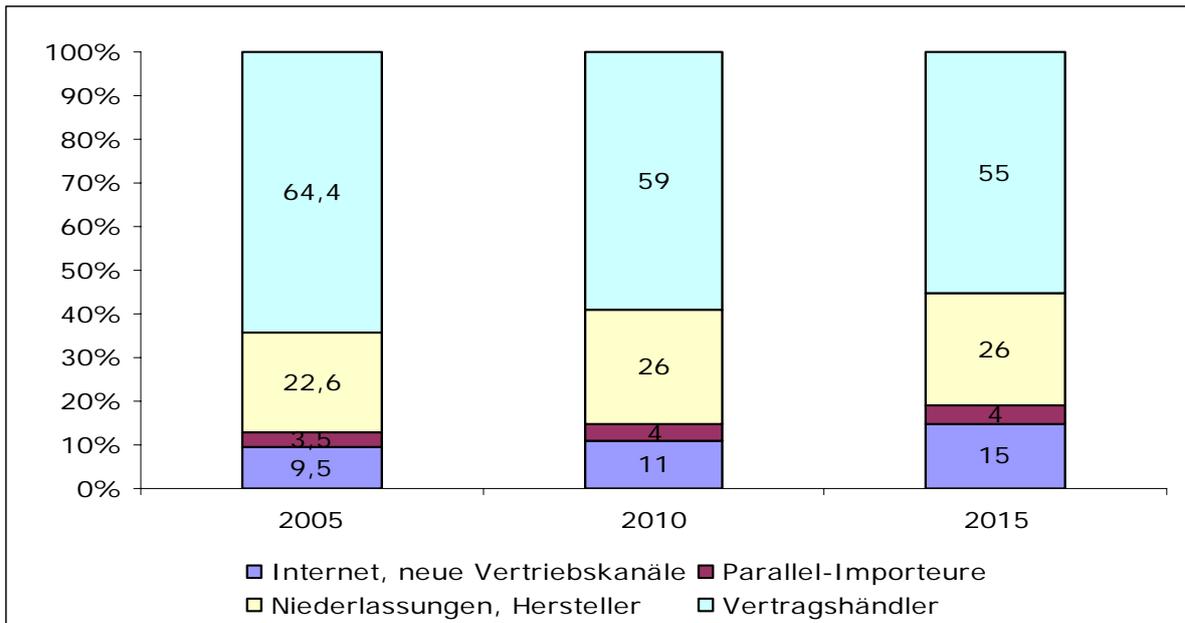


Abbildung 71: Schweiz: Vertriebskanäle

Quelle: Dudenhöffer et al. (2006)

Ein allgemeiner Trend in der Schweiz ist die Verringerung der Zahl der Händler pro Marke, welcher die Rationalisierung des Händlernetzes widerspiegelt, die schon im Jahre 2000 begonnen hat, und welcher durch die WEKO Bekanntmachung einen zusätzlichen Impetus bekommen hat (Anhang, Appendix A, Tabelle 28). Die Zahl der Vertretungen insgesamt ist im Jahr 2007 im Vergleich zum Jahr 1998 um 14% gesunken. Dieser Trend ist allerdings nicht bei allen Marken zu beobachten. Die grössten Zuwächse in der Zahl der Händler waren bei Skoda, Chevrolet, Kia, Daihatsu und Smart zu beobachten. Die Zahl der Händler ist dagegen besonders stark bei Toyota, Peugeot, Mitsubishi, Hyundai, Seat und Chrysler gesunken. Die Marktanteile von Mitsubishi und Chrysler am Schweizer Automobilmarkt sind insgesamt gesunken; dies kann durch die Senkung der Zahl der Händler für diese Marken erklärt werden.

Tabelle 29 (Anhang, Appendix A) beschreibt die Struktur des Händlernetzes der Automobilimporteure in der Schweiz. Alle Automobilimporteure haben europaweit ein selektives Distributionssystem ausgewählt; einzige Ausnahme ist Suzuki (European Commission, 2008). Im Rahmen dieses Systems haben viele Automobilimporteure ein so genanntes zweistufiges System (das Händlernetz besteht aus Haupthändlern und Subhändlern (oder Lokalhändlern)). Das einstufige System (nur Haupthändler) wurde von Audi, BMW, Cadillac/Corvette, Chevrolet, Chrysler, Dacia, Dodge, Jeep, Land Rover, Lexus, Mercedes, Mini, Porsche, Saab, Seat, Skoda, Smart, Subaru und Volvo gewählt. Die so genannte dritte Stufe sind Servicewerkstätten. Hier bemerkt man eine deutliche Divergenz in den Strukturen der Servicenetze: während bei Audi, VW, Seat und Skoda die Zahl der autorisierten Servicewerkstätten sehr hoch ist, ist bei Ford, Opel, Renault und anderen Marken die Zahl der Lokalhändler sehr hoch.

Die höchsten Umsätze unter den Automobilimporteuren in der Schweiz weisen die beiden Automobilhändlergruppen AMAG Gruppe und Emil Frey Gruppe auf (Anhang, Appendix A, Tabelle 30). Danach erzielen Daimler und BMW einen höheren Umsatz in der Schweiz im Vergleich zu den anderen Automobilimporteuren. Die AMAG Gruppe und die Emil Frey Gruppe haben auch die meisten Autos verkauft (Anhang, Appendix A, Tabelle 31). Zusammen haben die zwei grössten Händlergruppen 32.2% Marktanteil am Schweizer Automobilmarkt in 2006 gehalten. Beide Gruppen haben ihren Umsatz in den Jahren 2002 bis 2006 steigern können. Die Absatzzahlen ergeben ein etwas anderes Bild im Vergleich zu den Umsatzzahlen. Die Absatzzahlen der AMAG Gruppe sind im Zeitraum von 2002 bis 2006 etwas gefallen. GM ist z.B. der drittstärkste Automobilimporteur in der Schweiz in 2006 auf der Basis der Absatzzahlen. Die nächste Tabelle zeigt die Zahl der Händler pro Marke (Anhang, Appendix A, Tabelle 32). Ausser den Automobilhändlergruppen AMAG und Emil Frey haben noch Renault/Nissan, Toyota, Ford, Fiat und Subaru ein dichtes Händlernetz in der Schweiz. Tabellen 33 und 34 im Anhang, Appendix A zeigen die Zahl der Automobilverkäufe pro Händler und den durchschnittlichen Umsatz pro Auto. Citroen hat die grösste Zahl an verkauften Automobilen pro Händler, gefolgt von GM, BMW, Volvo und Daimler. Die Tendenzen bei den Automobilverkäufen pro Händler sind verschieden: bei einigen Marken, wie beispielsweise GM, hat die Zahl zugenommen, während bei anderen Marken wie z.B. bei BMW sich die

Zahl reduziert hat.¹⁷¹ Wie erwartet entstehen die grössten Umsätze pro Auto bei den Premiummarken DaimlerChrysler und BMW sowie den Luxusmarken Ferrari und Maserati.

6.6.2.5 Ersatzteilmarkt in der Schweiz

Zum Ersatzteilmarkt in der Schweiz gibt es keine öffentlich erhältlichen Daten. Dieses Problem wurde auch in der Studie von London Economics (2006) zu den Auswirkungen der EU GVO von 2002 erwähnt, in der die Daten durch eine eigene Umfrage erhoben wurden. Dies war im Rahmen der vorliegenden Studie nicht möglich. Die Ergebnisse der London Economics Studie werden in Kapitel 6.6.4 diskutiert.

6.6.2.6 Servicemarkt in der Schweiz

Den grössten Marktanteil im Schweizer Servicemarkt haben Händler, die zugleich im Neuwagenvertrieb und Servicebereich tätig sind (siehe Abbildung 72). Dudenhöffer et al. (2006) stellen auf der Basis ihrer Umfrage fest, dass diese Betriebe Marktanteile an Werkstätten, die nur Serviceleistungen anbieten, und an Serviceketten verlieren werden.

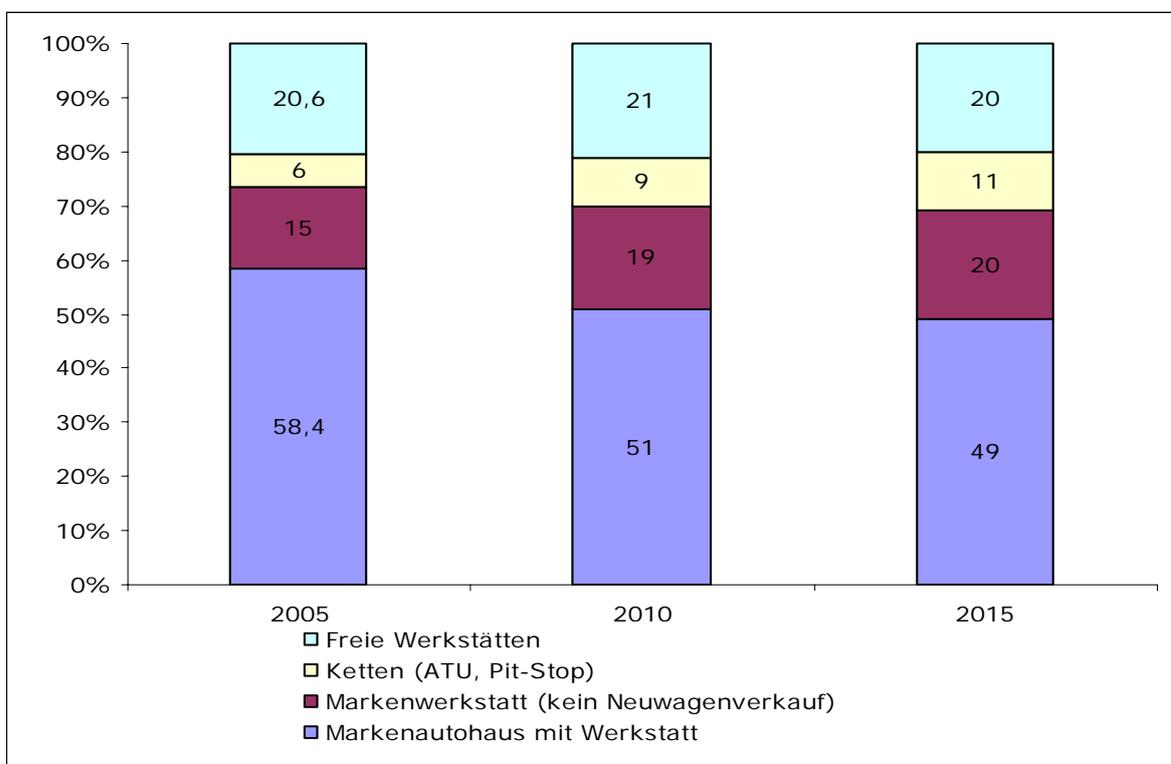


Abbildung 72: Schweiz: Servicemarkt

Quelle: Dudenhöffer et al. (2006)

6.6.3 Ergebnisse der Unternehmensbefragung

In diesem Abschnitt der Fallstudie präsentieren wir die Ergebnisse unserer Befragungen. Sie spiegeln die Meinungen der Automobilimporteure (N=6), Ersatzteihändler/Hersteller (N=5), Händler (N=1) und Verbände (N=1) in der Schweiz wider. Die Automobilimporteure sind relativ zahlreich vertreten. Ebenso gilt dies für den Servicebereich, insbesondere im freien Markt. Dagegen sind Händler und Werkstätten in unserer Umfrage unterrepräsentiert. Darum sollten die Ergebnisse mit Vorsicht interpretiert werden. Dennoch gehen wir davon aus, dass das Gesamtbild einen guten Querschnitt über die Entwicklungen im Schweizer Automobilmarkt darstellt, insbesondere da wir die Meinung eines wichtigen Verbandes erheben konnten, der die Entwicklungen im gesamten Schweizer Automobilmarkt überblicken kann.

¹⁷¹ Die durchschnittliche Zahl der verkauften Automobile per Händlervertrag hat in den EU-15 Ländern inklusive der Schweiz von 301 in 2002 auf 340 in 2005 zugenommen. Dagegen hat der durchschnittliche US Händler 628 Automobile in 2006 verkauft.

Zusätzlich haben wir auch die Befragung der Anwälte dahingehend genutzt, um deren Einschätzung über den Automobilmarkt und die Rolle der WEKO zu ermitteln.

Die grösste Schwierigkeit im Rahmen der Befragung liegt in der geringen Teilnahmebereitschaft der Unternehmen und Verbände.¹⁷² Ferner hat sich als problematisch erwiesen, ein repräsentatives Sample hinsichtlich der Grösse der Händler und Werkstätten zusammen zu stellen und sie in der kurzen Projektlaufzeit zu befragen.

Den Leitfaden für unsere Unternehmensbefragung ist im Anhang, Appendix B, zu finden.

6.6.3.1 Entwicklungen im Automobilverkauf

Umstrukturierung des Händlernetzes

Die Automobilimporteure haben aufgrund der neuen EU GVO/WEKO Bekanntmachung von 2002 jeweils ein selektives Distributionssystem ausgewählt. Im Rahmen dieses Systems wurde ein einstufiges (nur Haupthändler) oder zweistufiges (Haupthändler und Lokalhändler) System aufgebaut. Das zweistufige System ist in der Schweiz vor allem geographisch begründet. Die so genannte dritte Stufe sind autorisierte Servicewerkstätten.

Aufgrund der neuen Regelungen in der EU und der Schweiz wurden neue EU-konforme Verträge zwischen Importeuren und Händlern geschlossen. Dabei wurden die Verträge an das nationale Zivilrecht angepasst.

Die Bekanntmachung wurde von den Automobilimporteuren zum Anlass genommen ihr Händlernetz und ihr Vertriebssystem umzustrukturieren und zu optimieren, obwohl dies nicht der einzige Faktor für die Umstrukturierung der Vertriebsorganisation war. Aufgrund divergierender Interessen haben sich die Neuverhandlungen von Händlerverträgen zwischen Importeuren und Händlern als schwierig erwiesen. Hinzu kam die Verunsicherung der Händler wegen der neuen Regelungen. Ausserdem unterscheiden sich die Anforderungen an die Händler von Importeur zu Importeur. Kein Importeur erachtet seine Vertragsbedingungen als unangemessen. Wichtigstes Kriterium ist die Bereitstellung von ausreichend grossen Verkaufsräumen. Bei manchen Importeuren wurden die Selektionskriterien und Anforderungen sehr hoch angesetzt. In diesen Fällen sollten die markengebundenen Händler insbesondere höhere Investitionsauflagen erfüllen. Gerade für kleine Händler waren die Anforderungen zu hoch. Einige von ihnen sind daher aus den Händlernetzen ausgeschieden und die meisten von ihnen sind nun unabhängige Händler geworden. Diejenigen Händler, die im Händlernetz verblieben sind, konnten insbesondere durch Bonussysteme stärker an den Importeur gebunden werden. Bei diesen Systemen erhalten die Händler rückwirkend Rabatte, wenn sie bestimmte Verkaufszahlen an Neuwagen oder Ersatzteilen erreichen. Die Bonussysteme spielen sowohl auf dem Volumensegment als auch im Premiumsegment eine grosse Rolle, obwohl sie bei den Premiummarken weniger relevant sein könnten. Sie zielen auf eine Erhöhung der Verkaufszahlen ab, die eine Verkleinerung der Handelsmargen kompensieren sollen.

Insgesamt haben einige der Befragten ausgesagt, dass sich die Bedingungen für Händler in der Folge der neuen Bekanntmachung eher verschärft haben. Da für neue Händler die Kriterien der Importeure nur schwer zu erfüllen sind, sind auch nur wenige Händler neu in die Vertriebssysteme aufgenommen worden. Um ein neues Geschäft zu eröffnen, sind hohe Investitionen erforderlich, so dass dies nur von finanzstarken Investoren geschultert werden kann. Insgesamt wurde der Markteintritt eher erschwert. Bei der Mehrheit der Werkstätten/Händler wurde die Bekanntmachung, insbesondere wegen des erhöhten Investitionsdrucks und der verschärften Auflagen, negativ aufgenommen.

Intrabrand-/Interbrand-Wettbewerb

Nach Meinung einiger Befragter hat die Bekanntmachung nicht zu mehr Intrabrand- oder Interbrand-Wettbewerb in der Schweiz geführt. Andere Befragte waren allerdings der Meinung, dass nicht eindeutig zu beantworten ist, ob sich in Folge der Bekanntmachung mehr Wettbewerb eingestellt hat. Wenn beispielsweise mehr grosse Händlergruppen entstehen, kann dies unter Umständen zu weniger Wettbewerb führen. Derzeit ist eine Tendenz in diese Richtung zu beobachten, die aber noch nicht als sehr bedeutend eingeschätzt wird. Einige Befragte sagten, dass Konkurrenz verstärkt von anderen Marken kommt und dadurch mehr Interbrand-Wettbewerb entsteht. Intensiver Interbrand-Wettbewerb könnte durch eine grössere Zahl von Händlergruppen sowie durch eine grössere Zahl von Mehrmarkenbetrieben entstehen.

Auf dem Schweizer Automobilmarkt herrschen ein intensiver Wettbewerb und ein hoher Preisdruck, die vor allem durch die Globalisierungstendenzen im Automobilmarkt gefördert werden. Ausserdem

¹⁷² Der Auto Gewerbe Verband Schweiz (AGVS) wollte auch in 2003 eine Mitgliederbefragung für die Betriebe mit und ohne Markenvertrag durchführen. Im zweiten Halbjahr 2004 führte der AGVS in Zusammenarbeit mit der Hochschule Solothurn eine Mitgliederbefragung durch. Von den 4041 verschickten Fragebögen wurden 25.7% beantwortet (Quelle: <http://www.agvs.ch>).

sind die Schweizer Kunden preissensitiver geworden. Die Erhöhung der Wettbewerbsintensität lässt sich nicht auf die WEKO Bekanntmachung zurückführen.

Eine Folge des erhöhten Wettbewerbsdrucks ist, dass einige Hersteller eine Nischenstrategie verfolgen. Allerdings sind auch die Produktlebenszyklen kürzer geworden, so dass dies eine risikoreiche Strategie darstellt. Ausserdem unterliegen Nischen vorübergehenden Modetrends. Daher gehen die Hersteller Kooperationen ein, um Nischen zu besetzen.

Trotz des verstärkten Wettbewerbsdrucks besteht eine Preisdifferenz zwischen Neuwagen auf dem Schweizer Markt und dem EU Markt. Zum Teil lässt sich dies durch die bessere Ausstattung der Schweizer Modelle erklären. Ausstattungsmerkmale, die in EU-Ländern für einen Aufpreis eingebaut werden, sind in der Schweiz bereits als Standard verfügbar. Dies könnte auf das höhere Wohlstandsniveau in der Schweiz zurückzuführen sein.

Mehrmarkenbetriebe

Die Bekanntmachung hat praktisch keinen Einfluss auf die Aufnahme weiterer Marken durch Händler gehabt. Dies betrifft sowohl die Aufnahme einer weiteren Marke des gleichen Konzerns als auch einer konzernfremden Marke. Die Händler, die eine weitere Marke hinzugenommen haben, haben sich oft bald wieder von ihr getrennt. Ein Grund lag darin, dass sich einige Händler übernommen haben und Synergien überschätzt haben. Multibranding wird als ein sehr komplexes Geschäft eingeschätzt: jede Marke muss als separates Geschäft geführt werden und die Anforderungen der Automobilimporteure sind sehr komplex und hoch. Mehrmarkenbetriebe hat es schon vor der Bekanntmachung in der Schweiz gegeben, aber eine dauerhafte Zunahme von Mehrmarkenbetrieben ist nicht eingetreten.

Konsolidierungswelle

Es besteht ein Konsolidierungsdruck auf die Händler. Dazu haben zumindest teilweise auch die von den Importeuren hoch angesetzten Qualitätserfordernisse beigetragen. Einige Befragte schätzten diesen Trend zur Konsolidierung derzeit als nicht sehr ausgeprägt ein. Die Konsolidierung wird vor allem durch Händlergruppen wie Emil Frey und AMAG in der Schweiz angetrieben. Die grossen Betriebe werden sich mehr im Automobilverkauf als im Service- oder Ersatzteilmarkt entwickeln. Die Konsolidierung ist daran zu erkennen, dass es einen Rückgang in der Zahl der Eigentümer gibt. Der Rückgang der Standorte ist dagegen weniger stark ausgeprägt. Andere Befragte behaupten, dass sie keine weitere Konsolidierung des Marktes erwarten. Die Händler sind nicht bereit zu investieren um zu expandieren. Vor allem sind die Finanzierungskosten der Investitionen sehr hoch. Ausserdem sind viele Händler eher risikoavers und bestellen die Autos eher erst nach Eingang der Bestellung eines Autos durch einen Kunden.

Der Verkauf der Automobile durch die Händlergruppen wird oft als eine Lösung auf bestimmte Städte/Gebiete mit niedrigen Verkaufszahlen und ohne weiteres Verkaufspotential (wegen z.B. der finanziellen Probleme) gesehen oder als eine (temporäre) Lösung für die Markenqualitätsprobleme von den Importeuren benutzt. Der gleiche Status aller Marken bei einer Händlergruppe und das Fehlen von Verhandlungsmacht wurden von den Befragten als negativ eingeschätzt. Die grossen Händlergruppen haben oft unterschiedliche regionale Punkte und können insofern wettbewerbsschädlichen Effekte aufweisen, als sie den Wettbewerb unter den Händlern eliminieren könnten.

Die Zahl der verkauften Autos pro Händler in der Schweiz (50-60 Autos pro Händler) wird sich nicht wesentlich ändern. Der Bedarf nach kleinen Betrieben wird immer bleiben und er ist durch die Abgrenzung der Schweizer Gebiete aufgrund der Sprache, Religion, Topographie etc. begründet. Darum ist die lokale Abgrenzung des Automobilmarktes für die Schweiz sehr wichtig. Als Folge sind die Marktgebiete klar definiert, weshalb man dort keinen Zuwachs erwarten kann.

Parallelimporte/Direktimporte/Verkauf im Ausland

Die Parallelimporte haben aufgrund der Bekanntmachung nicht zugenommen. Es wird von allen Befragten erwartet, dass sie auch in Zukunft nicht steigen werden. Premiummarken und insbesondere Nischenmarken sind für die Parallelimporteure attraktiver als die Volumenmarken. Der Wechselkurs hat einen grossen Einfluss auf die Parallelimporte.

Es ist eher unwahrscheinlich, dass Schweizer Händler Niederlassungen im Ausland eröffnen. Es wurde auch erwähnt, dass es aus rechtlicher Sicht für einen Schweizer Händler schwierig wäre, in der EU eine Niederlassung zu öffnen, während die EU Händler in der Schweiz aktiv werden dürfen.

Direktimporte durch Endkunden sind möglich, aber mit hohem Verwaltungsaufwand verbunden: jedes Auto benötigt eine Typengenehmigung vom Bundesamt für Strassen (ASTRA).¹⁷³ Ausserdem sind

¹⁷³ Die Typengenehmigung in der Schweiz basiert auf zwei Verordnungen: Verordnung vom 19. Juni 1995 über die Typengenehmigung von Strassenfahrzeugen (TGV) und Verordnung vom 19. Juni 1995 über die technischen Anforderungen an die Strassenfahrzeuge (VTS). Für mehr Information siehe www.astra.admin.ch.

Parallelimporte oder Direktimporte auch aufgrund der Harmonisierung der Schweizer und der EU-Neuwagenpreise weniger attraktiv geworden.

Innovative Vertriebskanäle

Alle Befragten sehen keine zunehmende Rolle für innovative Vertriebskanäle wie das Internet im Neuwagenverkauf und Ersatzteilvertrieb. Beim Neuwagenkauf spielen Emotionalität und physische Präsenz der Kunden eine grosse Rolle. Das Internet erfüllt mehr die Funktion des Informations- und Werbemediums. Nach Meinung aller Befragten hat das Internet als Plattform für Neuwagenverkäufe keine Zukunft. Nur bei den Parallelimporteuren könnte das Internet eine grössere Rolle spielen, wenn sie ihre Angebote nur auf einer Webseite anpreisen. Dagegen spielt das Internet im Gebrauchtwagenmarkt eine grössere Rolle.

Loyalität der Kunden zu den Händlern

Die Schweizer Kunden verhalten sich sowohl gegenüber den Händlern als auch gegenüber einer Marke sehr loyal. Nach Meinung einiger Befragter ist die Treue zum Händler sogar höher als zur Marke. Das könnte die Kaufentscheidung sehr stark beeinflussen. Der Kauf wird an dem Ort getätigt, in dessen Nähe der Kunde wohnt. Die Verbindung zwischen den Händlern und den Kunden ist insbesondere in ländlichen Gebieten der Schweiz sehr hoch. Dort könnte das Markenimage eine untergeordnete Rolle spielen.

6.6.3.2 Entwicklungen im Servicemarkt

Wettbewerb im Kundenservicemarkt

Nach der Meinung einiger Befragter hat die Bekanntmachung keine effektive Änderung im Servicemarkt ergeben. Der freie Markt wird durch 4-5 grosse Systemanbieter bedient, allerdings war der freie Servicemarkt schon vor der Bekanntmachung in der Schweiz stark ausgeprägt. Die Systemanbieter stehen zum Teil in direkter Konkurrenz zu den Automobilimporteuren (beispielsweise bezüglich der Ersatzteile, Schmierstoffe, etc.). Einige Befragte meinten, dass die Bekanntmachung den Kundenservicemarkt in der Schweiz geöffnet hat, und dass die grössten Gewinner die freien Werkstätten sind, die jetzt mehr Möglichkeiten bekommen haben (wie z.B. die vereinfachte Beschaffung der Ersatzteile, Zugang zu Informationen und Diagnoseinstrumenten). Ebenso profitieren auch die Systemanbieter von einer Erweiterung ihres Kundenkreises.

Die Erwartung, dass sich der markengebundene Servicemarkt verstärkt im freien Ersatzteilhandel bedient, hat sich nicht realisiert. Vielmehr wurde die übliche Praxis der markengebundenen Werkstätten, einige Teile im freien Ersatzteilhandel zu beziehen, beibehalten. Die Bekanntmachung hat dazu nur die Legitimation geliefert. Aber oft sind die Markenhändler gehalten, fast alles beim Importeur zu bestellen. Dieser Anreiz entsteht durch Bonussysteme, die die Händler sehr stark an die Importeure binden. Dagegen haben die grossen Systemanbieter für die Kunden in der Schweiz den Vorteil der Verfügbarkeit, der Geschwindigkeit und der Kompetenz. Dass der freie Servicemarkt bei der Belieferung mit Originalersatzteilen durch Importeure behindert wird, tritt nicht auf. Händler und Werkstätten, die die enge Bindung an den Importeur umgehen wollen, wechseln häufig zu freien Garagen.

Deutliche Preisunterschiede bestehen zwischen Werkstätten in Städten und in ländlichen Gebieten. Dagegen ist innerhalb von Städten, beispielsweise Zürich, das Preisniveau von unabhängigen Werkstätten nur geringfügig niedriger als bei zugelassenen Werkstätten. Die Unterschiede sind grösstenteils mit Kostenunterschieden bei Löhnen und Gehältern sowie Grundstücken zu erklären. Bei einem Preisvergleich zwischen markengebundenen und unabhängigen Werkstätten sind einige Details zu berücksichtigen: So haben markengebundene Werkstätten häufig Preiskataloge für standardisierte Reparaturen oder Dienstleistungen, so dass Kunden einen Festpreis vereinbaren können. Dagegen werden bei unabhängigen Werkstätten eher die Arbeitszeiten pro Stunde berechnet. Es könnte sein, dass nicht alle Kunden diesen Unterschied kennen. Daher ist ein Vergleich des Preisniveaus aus Sicht eines Kunden nicht immer einfach.

Entwicklung der Serviceketten

Die etwa 800 freien Servicewerkstätten bieten teilweise einen Kostenvorteil bei den Stundenansätzen. In der Schweiz sind mehrere Serviceketten tätig.

Die Meinungen über die Rolle von Serviceketten wie A.T.U und ihrer Zukunft in der Schweiz sind nicht eindeutig. Einige Befragte waren der Meinung, dass die Serviceketten zwar gute Arbeit leisten aber nicht den Bedürfnissen der Schweizer Kunden entsprechen, so dass sich Serviceketten nicht etablieren werden. Das könnte vor allem mit der starken lokalen und persönlichen Bindung der Kunden und der Schweizer Topografie zu tun haben. Im Dienstleistungsbereich stellen die Personalkosten einen hohen Anteil der Gesamtkosten dar. Dies gilt für die Serviceketten, Servicewerkstätten und Händ-

ler, die beide Kauf und Service anbieten, in gleichem Masse. Insofern ist die Erzielung eines Kostenvorteils schwierig.

Viele standardisierte Dienstleistungen und Reparaturleistungen mit höheren Margen als die Margen bei komplexen Reparaturen werden durch die Serviceketten angeboten. Diese können mit einer relativ geringen Zahl unterschiedlicher zu lagernder Teile angeboten werden. Im Gegensatz dazu müssen Markenwerkstätten ein umfangreicheres Ersatzteillager bereithalten um auf komplexe Reparaturen vorbereitet zu sein. Die komplexen Reparaturen mit geringeren Margen erfolgen gänzlich durch die Markenwerkstätten. Einige Befragte meinen, dass diese Entwicklung gebremst würde, weil in der jüngsten Zeit Produkt- und Servicepakete angeboten werden. Mit der Bündelung von Neufahrzeug, Service und Versicherungen zu einem Produkt mit einem monatlichen Inklusivpreis besteht für die Kunden kein Anreiz mehr, selektiv bestimmte Dienstleistungen von Serviceketten ausführen zu lassen. Diese Bindung ist bei den Kunden gefragt. Das bedeutet aber die Bindung der Kunden an den Markenservice.

Ein anderer Teil der Befragten war der Auffassung, dass die Serviceketten ihren Marktanteil im Schweizer Markt behaupten können, aber nur beschränktes Potential für weiteres Wachstum in der Schweiz haben. Die heutige Wahrnehmung von freien Werkstätten durch Kunden ist durch mehrere Faktoren beeinflusst. Einerseits haben einige Werkstätten ihre Markenbindung im Zuge der Vertragsverhandlungen mit den Importeuren aufgegeben. Dennoch bleiben Kundenbeziehungen bestehen. Andererseits sind auch Serviceketten in den Schweizer Markt eingetreten, die auch keiner Markenbindung unterliegen. Daher könnte die Akzeptanz freier Werkstätten weiter steigen. Dadurch gibt es mehr Wettbewerb auf dem Servicemarkt. Schliesslich könnte das nach einigen Meinungen zu niedrigeren Margen im Servicevertrieb führen. Das Bewusstsein der Kunden, dass die bisherige Bindung zur Markenwerkstatt nicht notwendig ist, hat sich durch die Werbung von Serviceketten und deren beabsichtigter Ausbau des Filialnetzes verändert.

Konsolidierungswelle

Es ist eine gewisse Tendenz zu grossen Systemanbietern (wie z.B. ESA, Technomag, Derendinger, etc.) im Schweizer Servicemarkt feststellbar. Der Vorteil dieser Konzentration sind insbesondere gemeinsame Plattformen und Kostensenkungen durch Nutzung des Internets.

Trennung von Service und Verkauf

Nach Meinung einiger Befragten ist es unwahrscheinlich, dass ein Betrieb einen Tätigkeitsbereich aufgibt. Bezüglich der Trennung von Service und Verkauf ist es nicht sinnvoll, ausschliesslich einen Servicebetrieb zu unterhalten, obwohl es formal möglich wäre. Die Verkaufsprobleme und Risiken beim Neuautomobilverkauf könnten durch das Servicegeschäft versichert/kompensiert werden, um profitabel zu bleiben. Nur wenige Betriebe beschränken sich auf den Servicebereich. Dies sind eher eingesessene Betriebe mit etabliertem Kundenstamm, der die Beziehung zu dem Garagisten pflegt.

Die anderen Befragten haben angegeben, dass einige kleinere Betriebe den Neuwagenverkauf aufgegeben und sich auf den Service konzentriert haben, um profitabel operieren zu können. Die Verkaufsvolumina sowie die generell hohen Standards spielen eine grosse Rolle im Neuwagenverkauf. Für den Fall, dass man die nötigen Volumina nicht erreicht, ist die einzige Alternative die Spezialisierung auf eine reine Servicewerkstatt. Eine Werkstatt mit 2-3 Mechanikern kann profitabel sein. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Kunde für den Neuwagenkauf einen längeren Anfahrtsweg in Kauf nehmen muss, den Service jedoch bevorzugt vor Ort wahrnimmt. Dies bietet auch kleineren Servicewerkstätten in ländlichen Regionen eine Chance, profitabel zu operieren.

Zugang zu technischen Informationen

Die meisten Befragten haben gesagt, dass der Zugriff auf technische Informationen, Ausbildungen, etc. für alle Werkstätten, freie und Markenwerkstätten, zu identischen Konditionen (z.B. Preisen) möglich ist. Einige Befragte haben erklärt, dass die Ausbildungen und Schulungen immer wichtiger und anspruchsvoller werden, z.B. aufgrund der grösseren Bedeutung der Elektronik im Automobil.

Einige Befragte haben behauptet, dass es in der Theorie möglich ist, alle technischen Informationen zu bekommen, dies aber der Praxis widerspricht. Der Zugang zu den technischen Informationen ist sehr kompliziert. Die Daten werden nicht immer herausgegeben und die Informationsakquisition kann aufwendig sein.

Innovative Vertriebskanäle

Für die Systemanbieter ist das Internet besonders wichtig für den Vertrieb. Allerdings ist dies ein technisches Mittel und wurde nicht durch die Bekanntmachung gefördert. Die Kosten können mit dem Aufbau des Internetvertriebs sinken, was wiederum zu einem Preisrückgang führen könnte.

6.6.3.3 Entwicklungen im Ersatzteilmarkt

Wettbewerb im Ersatzteilmarkt

Durch die Bekanntmachung hat sich keine effektive Änderung im Ersatzteilmarkt ergeben. Der Ersatzteilmarkt ist nicht gewachsen. Insgesamt hat sich der Preiswettbewerb im Ersatzteilmarkt gesteigert und folglich zu billigeren Ersatzteilen geführt.

Bei einem Grosshändler kann man Ersatzteile unterschiedlicher Qualitäten und Originalersatzteile bekommen. Für No-name Ersatzteile wäre der Schweizer Kunde nicht bereit, einen ähnlich hohen Preis zu bezahlen wie für das Originalersatzteil. Als Kunde würde man zuverlässige Originalersatzteile erwarten. Garantieleistungen spielen bei der Wahl der Ersatzteile eine grosse Rolle. Das Wachstum in diesem Markt wird als bescheiden eingeschätzt.

Bezüglich der Definition der Ersatzteile¹⁷⁴ wurden keine Probleme genannt. Die Befragten haben keine Beschwerden und keine Rückfragen bezüglich Unklarheiten in der Definition wahrgenommen. Die Originalersatzteile wurden unter dem Namen des Ersatzteilherstellers verkauft, und nicht unter dem Namen des Automobilherstellers.

Innovative Vertriebskanäle

Keine Änderungen haben sich durch innovative Vertriebskanäle wie das Internet im Schweizer Ersatzteilmarkt ergeben. Diese Möglichkeiten wurden nicht verstärkt genutzt.

6.6.3.4 Allgemeine Auswirkungen/Verbesserungen

Allgemeine Auswirkungen der WEKO Bekanntmachung

Nach Meinung der Befragten hat die WEKO Bekanntmachung zu keinen grossen Auswirkungen auf dem Schweizer Automobilmarkt insgesamt geführt. Damit ist die Bekanntmachung hinter den Erwartungen zurückgeblieben. Die Wettbewerbsintensität hat sich nicht verändert. Des Weiteren waren die meisten der Befragten der Meinung, dass die Endkunden auch keine Änderungen im Markt bemerkt haben.

Rolle der WEKO Bekanntmachung vs. Rolle der EU GVO

Einige Anwälte haben gesagt, dass die WEKO ihren Einfluss durch die Bekanntmachung überschätzt hat und dass die Auswirkungen, die man im Schweizer Automobilmarkt beobachten könnte, die Auswirkungen der EU GVO von 2002 sind. Die WEKO hat die EU GVO lediglich für die Schweiz übernommen. Als positiv wurde von vielen Befragten betont, dass sich die WEKO im Einklang mit den EU Regeln verhält.

Der rechtliche Status der Bekanntmachung wurde von einigen Befragten kritisiert. Die Bekanntmachung hat keine Gesetzeskraft in der Schweiz. Von einigen wurde sie als eine unverbindliche Empfehlung seitens der WEKO interpretiert.

Nachbesserungen bei der WEKO Bekanntmachung

Bei der Umsetzung der Bekanntmachung könnten einige Aspekte verbessert werden. Einige Befragte haben angemerkt, dass der administrative Aufwand aufgrund der neuen Bekanntmachung sehr hoch sei und dass dieser Aufwand abgebaut werden sollte. Einige theoretische Aspekte der GVO seien nicht so leicht in die Praxis umzusetzen.

Die WEKO Bekanntmachung wurde insofern positiv beurteilt, dass sie mehr Transparenz und Klarheit in den Automobilmarkt gebracht hat. Allerdings wäre es bei der Umsetzung der Bekanntmachung gut, die Informationspolitik der WEKO zu verbessern. Die Marktakteure sollten über die Änderungen früher informiert werden. Die Umsetzung der Bekanntmachung hat sich als schwierig erwiesen. Die Bekanntmachung hat sehr viele Unklarheiten zwischen Automobilimporteuren und Händlern gebracht und Umsetzungsprobleme bei Händlern verursacht. Einige Befragte haben betont, dass die Implementierung, Kontrolle und Durchsetzung der Bekanntmachung sehr wichtig sind. Die vorherrschende Meinung der Befragten war, dass der Automobilmarkt keine regulatorischen Interventionen braucht.

Bezüglich des Inhaltes der Bekanntmachung haben sich nur einzelne Befragte geäussert. Erstens haben einige die stärkere Bindung der Händler (durch Vorschriften und Bonussysteme) aufgrund der Bekanntmachung negativ eingeschätzt. Zweitens wurde die Möglichkeit einer quantitativen Selektion im Servicebereich als Verbesserungsvorschlag erwähnt. Die Sicherung ausreichend grosser Marktantei-

¹⁷⁴ ‚Original-Ersatzteile sind Ersatzteile, die von gleicher Qualität sind wie die Bauteile, welche bei der Montage des Neufahrzeugs Verwendung finden, sofern sie nach den Spezifizierungen und Produktionsanforderungen hergestellt wurden, die vom Kraftfahrzeughersteller für die Herstellung der Bauteile oder Ersatzteile des fraglichen Kraftfahrzeugs vorgegeben werden. Als Original-Ersatzteile gelten auch solche Ersatzteile, die auf der gleichen Produktionsanlage hergestellt wurden wie die Bauteile‘ (Siehe WEKO Bekanntmachung, Ziffer 9).

le für die Servicebereiche würde eine Betriebsgrösse erlauben, die höheren qualitativen Service anbieten kann. Beispielsweise profitiert ein Betrieb von der Erfahrung bei komplexen Reparaturen. Bei zu kleinen Betriebsgrössen würde sich diese Erfahrung nicht einstellen, weil komplexe Reparaturen seltener als Standardarbeiten sind. Drittens wurde die Trennung von Service und Verkauf kritisiert. Diese sollten nicht voneinander getrennt werden. Kunden wählen verstärkt Paketleistungen, die das Neufahrzeug und den Service umfassen. Alle Leistungen aus einer Hand anbieten zu können, ist nur möglich, wenn die Betriebe zugleich Service und Neuwagenverkauf anbieten. Zuletzt sollte der Designschutz gestärkt werden. Eine klare Definition der Ersatzteile sollte festgeschrieben werden. Ausserdem sollte eine klare Kennzeichnung von Replikteilen erfolgen. In Problemfällen sollte der Kunde klar ersehen können, ob ein Schaden aufgrund eines Original-Ersatzteils erfolgt oder aufgrund eines Ersatzteils eines fremden Fabrikats. Eine solche Kennzeichnung könnte auf der Rechnung bei der Auflistung der eingebauten Teile erfolgen.

6.6.4 Diskussion der Ergebnisse der Automobilmarktanalyse und der Unternehmensbefragung

Im Folgenden analysieren wir die wichtigsten Ergebnisse unserer Befragungen und der statistischen Trends in der Schweiz und vergleichen diese mit den Entwicklungen und Auswirkungen der EU GVO von 2002. Nur die nach unserer Meinung wichtigsten erwarteten Änderungen im Automobilmarkt werden in diesem Abschnitt besprochen.

6.6.4.1 Entwicklungen im Automobilverkauf

Rationalisierung des Händlernetzes

Die Studie von London Economics (2006) hat ergeben, dass die Automobilhersteller ihre Händlernetze in der EU in den letzten Jahren umstrukturiert haben. Die Rationalisierung der Händlernetze hat im Jahr 2000 begonnen, wurde aber durch die GVO weiter getrieben. Diese Rationalisierung wurde vor allem durch die Schliessung der Sub-Händler erreicht. Ähnliche Tendenzen kann man in der Schweiz beobachten, insbesondere kann man aufgrund der Händlerdaten bemerken, dass sich die Zahl der Händler schon vor der WEKO Bekanntmachung stark verringert hat. Aus diesem Grund sollte man den Einfluss der 2002er Regeln auf die Umstrukturierung der Händlernetze nicht überschätzen.

Abhängigkeit der Händler von Automobilherstellern und Importeuren

Mit der Bekanntmachung beabsichtigte die WEKO, die Stellung der Händler gegenüber den Herstellern zu verstärken. Dieses Ziel scheint die Bekanntmachung nicht erreicht zu haben. Die Automobilimporteure haben sehr hohe Anforderungen und anspruchsvolle Konditionen bezüglich der Investitionen an ihre Partner gestellt. Ausserdem nutzen sie Bonussysteme um die Händler stärker an sich zu binden. In der EU wurden auch striktere Standards aufgrund der EU GVO von 2002 von den Automobilherstellern an die Händler angesetzt. Diese Standards betreffen solche Aspekte wie Kundenzufriedenheit, betriebliche Methoden und Anlagen, Mitarbeiterschulung, interne Ausstattung, und andere Formen des Markenimages. Die Automobilhersteller haben diese Standards genutzt, um das brandspezifische Profil ihrer autorisierten Händler zu verstärken (European Commission, 2008b). Durch die strikten Anforderungen wird zusätzlich der Markteintritt behindert. Die Ziele der WEKO und der Europäischen Kommission wurden in diesem Gebiet nicht erreicht.

Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb

Eines der Ziele der WEKO Bekanntmachung und EU GVO von 2002 wurde in der Intensivierung des markeninternen Wettbewerbs gesehen. Diese Zielsetzung wurde damit begründet, dass der Interbrand-Wettbewerb auf dem europäischen Automobilmarkt schon stark vorhanden ist, während der Intrabrand-Wettbewerb und damit der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Distributionskanälen verhindert wird.¹⁷⁵ Der Intrabrand-Wettbewerb wurde vor 2002 praktisch durch das selektive und exklusive Vertriebssystem ausgeschlossen. Weitere volkswirtschaftliche Überlegungen hinter diesem Fokus wurden nicht so klar formuliert, vor allem fehlt die empirische Evidenz zur Beziehung zwischen Intra- und Interbrand Wettbewerb.¹⁷⁶ Theoretisch kann verstärkter Intrabrand-Wettbewerb den erhöhten Interbrand-

¹⁷⁵ Siehe z.B. die Ergebnisse der Andersen Studie (2001) im Auftrag der Europäischen Kommission und den Evaluationsbericht der Europäischen Kommission (European Commission (2000): Report on the Evaluation of Regulation (EC) No 1475/95 on the Application of Article 85(3) [now 81(3)] of the Treaty to Certain Categories of Motor Vehicle Distribution and Servicing Agreements. 15.11.2000 - COM(2000)743) dazu.

¹⁷⁶ Siehe Verboven (2007) für eine ergänzende Diskussion hierzu.

Wettbewerb bewirken (Rey, 2003). Diese Frage sollte mehr Aufmerksamkeit in den nächsten Entscheidungen der Europäischen Kommission und der WEKO bekommen.

Aufgrund der Analyse der Entwicklungen von Marktanteilen und Konzentration im Schweizer Automobilmarkt und der Ergebnisse der Unternehmensbefragung haben wir festgestellt, dass der Interbrand-Wettbewerb in den letzten Jahren zugenommen hat. Unsere Befragungsergebnisse haben aber gezeigt, dass der Interbrand-Wettbewerb aufgrund der WEKO Bekanntmachung nicht zugenommen hat. Die Volatilität in den Marktanteilen und die Senkung der Marktkonzentration haben sich schon vor der Bekanntmachung ergeben, und können darum nicht unbedingt als Folge der WEKO Bekanntmachung interpretiert werden. In der Schweiz hat Multibranding nicht zugenommen. In der EU ist der Interbrand-Wettbewerb im Automobilverkauf in 2002-2006 gewachsen, aber der Wettbewerb wurde vor allem durch andere Faktoren getrieben wie z.B. stärkere globale Konkurrenz (London Economics, 2006). Es gab neue Markteintritte und die Marktanteile der grössten Hersteller sowie die allgemeine Marktkonzentration sind in der EU gesunken.

Stärkerer Intra-brand-Wettbewerb kann durch die erhöhte Vielfältigkeit von Distributionskanälen entstehen. Die Ergebnisse unserer Unternehmensbefragung haben gezeigt, dass die Parallelimporte und Internet aufgrund der WEKO Bekanntmachung nicht zugenommen haben und in der Zukunft nicht bedeutsamer werden. Die Ergebnisse der Umfrage von Dudenhöffer et al. (2006) haben jedoch gezeigt, dass Internet, neue Vertriebskanäle und herstellereigene Niederlassungen in Zukunft wichtiger werden und Vertragshändler verdrängen werden. Eine weitere Analyse in diesem Zusammenhang wäre darum wünschenswert. Der Grad des Intra-brand-Wettbewerbs kann aus Händlerkonzentration- und Händlernetzdichtestatistiken ermittelt werden: Die Händlerkonzentration hat in den letzten Jahren etwas zugenommen, und die Zahl der Händler pro Marke hat sich verringert. Der Intra-brand-Wettbewerb auf der Seite der unabhängigen oder autorisierten Händler, die sich nur mit Neuautomobilverkauf beschäftigen, ist nicht gewachsen: diese Händler sind nicht stärker aufgrund der WEKO Bekanntmachung in den Schweizer Automobilmarkt eingetreten. Das Ziel der WEKO den markeninternen Wettbewerb zu intensivieren wurde darum mit der Bekanntmachung eher nicht erreicht.

Multibranding

Insgesamt gibt es drei Typen von Multibranding (European Commission, 2008b). Erstens kann ein Händler verschiedene Marken aus mehreren Verkaufsstellen (outlets), die sich an total verschiedenen Orten befinden, verkaufen. Dies ist ein typisches Model für die Händlergruppen. Zweitens kann ein Händler mehrere Marken in den verschiedenen Ausstellungsräumen, die sich an einem Ort befinden, verkaufen. Dieses Model ist typisch für grosse Händler. Drittens werden Marken von mehr als einem Hersteller im selben Ausstellungsraum verkauft. Das Ziel der BER von 2002 und harmonisierend der WEKO Bekanntmachung war das letzte Model zu fördern, um kleinen Händlern eine Möglichkeit zu geben, profitabel zu operieren.

Multibranding kann dazu beitragen, den Interbrand-Wettbewerb zu verstärken, die Händler unabhängiger von den Herstellern zu machen und die volle Auslastung der Werkstatt durch Aufnahme einer weiteren Marke zu sichern.

Vor 2002 hat ein Mehrmarkenbetrieb für einen Händler nur sehr geringe Kosteneinsparungen bedeutet, weil es eine vollständige Trennung der Marken geben musste. Obwohl der Mehrmarkenbetrieb jetzt vereinfacht wurde (z.B. Verkauf innerhalb eines einzelnen Ausstellungsraumes), bleibt Multibranding ein komplexes Geschäft. In der Schweiz gibt es einige Unterschiede in den Regeln bezüglich des Mehrmarkenvertriebs im Vergleich zur EU. Insbesondere gibt es keine prozentuelle Mindestgrenze der gesamten Einkäufe neuer Kraftfahrzeuge derselben Marke von 30% wie in der EU GVO von 2002. Die Mehrmarkenbetriebe haben aufgrund der WEKO Bekanntmachung und Änderungen in den Regeln nicht zugenommen. Darum wurde das Ziel der WEKO hier verfehlt.

In der Schweiz spielen die Händlergruppen Emil Frey AG und AMAG AG eine wichtige Rolle. Sie haben aber schon vor der WEKO Bekanntmachung von 2002 existiert. Die Entwicklung grosser Händlergruppen in Verbindung mit niedriger Händlernetzdichte könnte den Wettbewerb zwischen Händlern verringern. Innerhalb der Händlergruppe kann es auch zu weniger Wettbewerb zwischen den zur Händlergruppe gehörenden Marken kommen. Diese wettbewerbschädlichen Effekte müssen mit den Effizienzvorteilen verglichen werden, die durch grössere Händler entstehen.

In der EU hat sich das dritte Modell auch nicht verbreitet oder ist weniger populär als die anderen zwei Mehrmarkendistributionsmodelle. Die Studie der Europäischen Kommission (2008b) stellt fest, dass neue Regeln bezüglich der Multibrand-Verkäufe zu strikteren Standards und Forderungen an die Händler geführt haben könnten. Die Händler haben nicht verstärkt weitere Marken aufgenommen. Wie früher wird diese Möglichkeit in Gebieten mit einer niedrigen Bevölkerungsdichte oder bei den nicht gut verkauften Marken benutzt. Das Wachstum der Mehrmarkenhändler in der EU wurde durch das erste Modell getrieben, das heisst durch die Expansion der grossen Händlergruppen. Die Zahl der Händlergruppen in der EU ist grösser geworden, obwohl die gesamte Zahl der Händler gesunken ist (London Economics, 2006). Die Händlergruppen in der EU sind auch grösser geworden. Diese Gruppen sind im

Vorteil wenn es darum geht, die hohen Standards der Hersteller zu erfüllen. Es gibt auch eine positive Tendenz für das zweite Modell. Die Nachteile des dritten Modells sind negative Effekte auf Markenidentität und Konflikte zwischen Standards und Systemen von verschiedenen Marken. Die Vorteile sind Kosteneinsparungen und andere Synergien (European Commission, 2008b). Insgesamt ist der Anteil der Mehrmarkenhändler auf der EU Ebene von 7% auf 17% zwischen 1997 und 2004 gewachsen (London Economics, 2006). Die Zahlen reichen von 9% in Portugal bis 35% in Dänemark. Insbesondere in Deutschland sind 20% der Händler, die Volumenmarken verkaufen, Mehrmarkenhändler. Diese Zahl ist niedriger für die Premiummarken und viel grösser für die kleinen Marken, die in den letzten Jahren in den deutschen Automobilmarkt eingetreten sind wie z.B. Hyundai und Kia (European Commission, 2008b).

6.6.4.2 Entwicklungen im Servicemarkt

Wettbewerb im Servicemarkt

Ein Ziel der WEKO Bekanntmachung und der EU GVO war es, den Wettbewerb auf dem Servicemarkt zu stimulieren. Nach unserer Befragung hat es in der Schweiz einige Änderungen im freien Servicemarkt ergeben.¹⁷⁷ In der Schweiz sind die freien Werkstätten häufig auf Unterstützung von Systemanbietern angewiesen. Sie sollten am meisten von der WEKO Bekanntmachung profitiert haben. Auf den Webseiten von solchen Systemanbieter wie z.B. Technomag, Derendinger, AD Garage Suisse, etc. gibt es Informationen und Werbung über die neuen Möglichkeiten aufgrund der WEKO Bekanntmachung wie z.B. vereinfachte Beschaffung der Ersatzteile, Informationen und Diagnoseinstrumente, etc.. Die Systemanbieter für den Kraftfahrzeugservice bieten im Rahmen von so genannten Fullservicekonzepten oder Teilkonzepten verschiedene Produkte und Serviceleistungen an. Eine Unterstützung beim Training für die Mitarbeiter sowie für die Betriebsorganisation und die Ersatzteillieferung ist inbegriffen. Diese Systemanbieter können eine ebenso starke Stellung auf dem Automobilmarkt erlangen wie die Automobilimporteure. Eine Abwägung welche Art der Bindung, zu einem Importeur oder zu einem Systemanbieter, sinnvoller ist, bleibt zu analysieren. Möglicherweise unterscheiden sich die Zielgruppen der Importeure und der Systemanbieter. Während erstere eher die Markenhändler bedienen, zielen Systemanbieter auf freie Werkstätten, die Zugriff auf Ersatzteile vieler verschiedener Marken benötigen. Das Angebot der Systemanbieter erleichtert dann das Ausscheiden von Markenwerkstätten aus einem Händlernetz, das eine zu enge Bindung an den Importeur erfordert. Diese wandeln sich häufig zu freien Werkstätten.

Ähnliche Tendenzen bezüglich Systemanbieter oder unabhängiger Werkstattgruppen (sog. ‚independent repairer groups‘) werden in der EU beobachtet (London Economics, 2006). Diese Gruppen haben ihre eigene Qualitätsstandards, welche jedoch einfacher zu erfüllen sind als die Standards der Automobilhersteller. Darum sind solche Gruppen eine attraktive Alternative nicht nur für die existierenden unabhängigen Werkstätten, sondern auch für die existierenden oder neuen autorisierten Werkstätten. Die Mitglieder der unabhängigen Werkstattgruppen haben ähnliche Vorteile wie die autorisierten Werkstattgruppen wie z.B. Informationsaustausch, Schulungen, Marketing, Kauf von Ersatzteilen, aber die diesbezüglichen Kosten dazu sind niedriger als bei den autorisierten Werkstattgruppen. Diese Gruppen versuchen, ihren Zugang zu den Originalersatzteilen zu verbessern. Viele von diesen Gruppen sind mit den Ersatzteilherstellern (z.B. Bosch), Ersatzteilhändlern oder sogar Automobilherstellern verbunden durch eine direkte Beteiligung an den Unternehmen oder eine enge Kooperation. Die Folge ist, dass die Bedingungen für den Zugang zu den Ersatzteilen oft gleich sind wie bei den autorisierten Werkstattgruppen. Diese Entwicklung wurde durch die EU GVO von 2002 ermöglicht, insbesondere durch die Definition der Originalersatzteile. Diese Gruppen schaffen die meisten Ersatzteile von Originalersatzteillieferern oder Zuliefern von qualitativ gleichwertigen Ersatzteilen. Die Ersatzteile werden bei den Automobilherstellern im Fall der so genannten ‚captive parts‘ gekauft. Die unabhängigen sowie autorisierten Werkstattgruppen expandierten in den letzten Jahren in der EU.

¹⁷⁷ Über einige Probleme im Schweizer Automobilmarkt informiert ein WEKO Bericht (WEKO, 2008): ‚Die WEKO hat zudem die Umsetzung der Bekanntmachung der wettbewerbsrechtlichen Behandlung vertikaler Abreden im Automobilhandel weiter vorangetrieben. Das Sekretariat hat zahlreiche Fälle betreffend Zulassung von Reparaturwerkstätten behandelt. Die Kraftfahrzeuglieferanten müssen ihre Netze zugelassener Reparaturwerkstätten auf der Basis eines selektiven Vertriebssystems organisieren, welches sich einzig auf qualitative Kriterien stützt. Dies hat zur Folge, dass die Kraftfahrzeuglieferanten grundsätzlich alle Händler aufnehmen müssen, welche diese Kriterien erfüllen (Kontrahierungszwang). Bei der Festlegung der qualitativen Kriterien sind die Kraftfahrzeuglieferanten grundsätzlich frei, doch müssen diese diskriminierungsfrei angewandt werden. Im Bereich der Ersatzteillieferung haben Marktteilnehmer auf Bestreben des Sekretariats hin ihre Vertriebspolitik dahingehend modifiziert, das die Bezugsfreiheit für die Händler erweitert wird‘. Siehe WEKO (2008): Jahresbericht 2007 der Wettbewerbskommission gemäss Artikel 49 Abs.2 KG an den Bundesrat.

Viele bereits übliche Praktiken wurden aber durch die WEKO Bekanntmachung einfach legitimiert, sodass ein zusätzlicher Wettbewerbsschub nicht in grösserem Ausmass zu beobachten war. Der Druck von unabhängigen und autorisierten Servicewerkstätten hat nicht zugenommen. Für viele Händler bleibt es wichtig, Kauf und Service anzubieten, welche die Profitabilität des Geschäfts sichern können. Auf der anderen Seite wünschen viele Kunden die Bindung zwischen Kauf und Service. Die Entwicklungen bezüglich Serviceketten werden unten diskutiert. Die Ergebnisse der Studie von Dudenhöffer et al. (2006) legen jedoch nahe, dass die Händler, die zugleich im Neuwagenvertrieb und Servicebereich tätig sind, ihre Marktanteile an Werkstätten, die nur Serviceleistungen anbieten, und an Serviceketten verlieren werden.

Bis 2002 lieferten die Automobilhersteller den Grossteil der benötigten Ersatzteile an ihre offiziellen Werkstätten. Jetzt sollen die zugelassenen Werkstätten einen direkten Zugang zu den Ersatzteilhändlern bekommen. In die Praxis wurde das noch nicht verstärkt umgesetzt. Darum wurde das Ziel der WEKO hier verfehlt.

Nach den Ergebnissen von London Economics (2006) gibt es Bedenken bezüglich des Wettbewerbs im EU Servicemarkt. Im EU Kundendienstmarkt ist die Zahl der autorisierten Händler mit Werkstätten und unabhängigen Werkstätten gefallen, aber die Zahl der autorisierten Servicewerkstätten ist gewachsen. Der Wettbewerbsdruck auf die traditionellen unabhängigen Garagen hat zugenommen. Dieser Druck kommt von Seiten der autorisierten Wettbewerber, die jetzt nur Service anbieten können und Ex-Sub-Händler, die das autorisierte Netzwerk verlassen haben und unabhängig geworden sind. In der EU ist der Umsatzzuwachs im unabhängigen Servicemarkt niedrig im Vergleich zum autorisierten Kundenservicemarkt. Das kann man damit erklären, dass es für die unabhängigen Servicewerkstätten schwierig ist, alle erforderlichen Investitionen in technische Informationen, Instrumente und Schulung zu erfüllen. Darum haben sie Marktanteile an die autorisierten Werkstätten verloren. Der unabhängige Markt allerdings hat sich stark konsolidiert und umstrukturiert. Die in diesem Markt befindlichen Unternehmen sind in der Lage, mit den autorisierten Werkstätten zu konkurrieren. Insbesondere haben sich grosse Ketten unabhängiger Servicewerkstätten entwickelt, die eine grosse Auswahl von Dienstleistungen anbieten. Die Zahl der autorisierten Werkstätten hat zugenommen, weil die Automobilhersteller alle Werkstätten, die die qualitativen Kriterien erfüllen, in ihr Händlernetz aufnehmen müssen.

Die Service- und Reparaturpreise in der EU und in der Schweiz sind dennoch nicht gesunken. Die Preisdifferenzen zwischen den autorisierten und unabhängigen Werkstätten sind geblieben. Wir können sehen, dass der Wettbewerb im Schweizer Kundendienstmarkt nicht zugenommen hat. In der EU sind die Änderungen im Servicemarkt deutlich ausgefallen. Die Entwicklungen im Schweizer Servicemarkt sollen daher detaillierter untersucht werden.

Serviceketten

Das Geschäftsmodell von Serviceketten zielt auf kostengünstige, standardisierte Wartungs- und Reparaturarbeiten ab. Die Meinung unserer Befragten zu der Entwicklung der Serviceketten in der Schweiz war nicht eindeutig. Die A.T.U hat derzeit zwei Standorte in der Schweiz und will in der Zukunft auf bis zu 20-25 Standorte expandieren. Nach der Studie von Dudenhöffer et al. (2006) werden die Marktanteile von Serviceketten steigen. Obwohl die Serviceketten in der oben genannten Studie nicht definiert wurden, können diese Entwicklungen eher Schweizer Serviceketten betreffen. Die internationalen Serviceketten, wie das Beispiel von A.T.U zeigt, können weniger erfolgreich in der Schweiz sein. Die Bindung von Kauf und Service und die Wahrnehmung der Wichtigkeit dieser Bindung bei den Kunden spielen eine grosse Rolle bei der Entwicklung der Serviceketten.

Nach den Ergebnissen der früheren Studien haben in der EU Fast-fit Serviceketten negative Wertungen von den Verbrauchern bekommen (Dr. Lademann & Partner, 2001). Die Studie von London Economics (2006) hat aber gezeigt, dass sich die Ketten, die zu den Automobilherstellern gehören, und die unabhängigen Fast-fit Serviceketten in den letzten Jahren stark entwickelt haben.

Trennung von Service und Verkauf

Vor 2002 war jeder Händler verpflichtet auch den Kundendienst auszuführen. Nach der WEKO Bekanntmachung und EU GVO von 2002 sollte mehr Flexibilität für die zugelassenen Werkstätten geben: sie können wählen, ob sie sich auf den Verkauf oder auf den Service oder auf beides konzentrieren wollen. Die Betriebe, die sich im Rahmen der neuen Regeln nicht mit den Importeuren auf einen neuen Vertrag einigen konnten, hatten die Möglichkeit, sich in der Folge auf den Service- und den Reparaturbereich zu konzentrieren. Für kleinere Betriebe könnte es mit einem reinen Servicevertrag zu einer Entlastung kommen, weil diese keine grösseren Investitionen in Ausstellungsräume mehr tätigen müssen. Unsere Ergebnisse der Befragung haben gezeigt, dass die Trennung von Service und Verkauf in der Schweiz nicht wahrgenommen wurde und die Zahl der Werkstätten, die sich nur auf Service konzentrieren, nicht stark gewachsen ist. Dudenhöffer et al. (2006) erwarten aber, dass die Händler, die Verkauf und Service der Automobile anbieten, ihren Marktanteil an Werkstätten, die nur Service anbieten und an Serviceketten, verlieren werden. Darum könnte die Zeitperiode nach der Bekanntmachung, die wir in

unserer Fallstudie betrachten, zu kurz sein, um alle wichtigen Entwicklungen und Effekte identifizieren zu können. Die Trennung von Verkauf und Service wurde von den Automobilherstellern nicht besonders begrüsst; insbesondere sorgen sie sich um die Qualität des Services aufgrund dieser Neuerung.

Die Entwicklungen in der EU sehen etwas anders aus. Die EU Studie (European Commission, 2008b) hat gezeigt, dass viele autorisierte Werkstätten nur Service anbieten und immer häufiger dann auch gleich für verschiedene Marken. Die Ergebnisse haben auch gezeigt, dass die Händler das Servicegeschäft nicht aufgegeben haben (z.B. durch Unterverträge für Service und Wartung), weil es ein lukratives Geschäft ist. Dies könnte dadurch begründet werden, dass die neuen Regeln den Service-markteintritt ermöglichen könnten, aber keinen grossen Einfluss auf die existierenden Händler mit Service gehabt haben, ausser in den Fällen, in denen sie sich nicht auf einen Vertrag mit einem Automobilhersteller einigen konnten.

Zugang zu technischen Informationen

Vor 2002 waren die Preise für den Zugang zu technischen Informationen hoch und der Zugang zu den benötigten spezifischen Informationen war stark eingeschränkt. In der Schweiz hat sich der Zugang durch die Bekanntmachung verbessert, obwohl die Meinungen der Befragten nicht immer eindeutig waren. Dieser Aspekt könnte in den weiteren Studien zum Schweizer Automobilmarkt detaillierter untersucht werden: Insbesondere soll die Meinung der unabhängigen Werkstätten und Händler dazu ermittelt werden, welche in unserer Unternehmensbefragung nicht berücksichtigt werden konnten.

In der EU sind die Probleme mit dem Zugang zu technischen Informationen nicht vollständig beseitigt worden. Dies geht vor allem aus der IKA (2004) Studie hervor. Die Situation der unabhängigen Reparaturwerkstätten hat sich verbessert, wobei der Zugang zu Informationen durch den hohen Preis der technischen Informationen und das Problem der Nutzung verschiedener Informationssysteme weiter behindert wird. Auch die letzte Untersuchung der Europäischen Kommission zeigt ähnliche Ergebnisse. So wurden Probleme beim Zugang zu den technischen Informationen bei DaimlerChrysler, Toyota, General Motors festgestellt.¹⁷⁸ Der Zugang zu den technischen Informationen bleibt weiter ein Problem für die unabhängigen Werkstätten (nicht immer der vollständige und rechtzeitige Zugang) (London Economics, 2006). In der letzten Studie der Europäischen Kommission (Europäische Kommission, 2008) wird aber attestiert, dass sich der Zugang zu den technischen Informationen verbessert hat.

6.6.4.3 Entwicklungen im Ersatzteilmarkt

Wettbewerb im Ersatzteilmarkt

Eines der Ziele der EU GVO und der Schweizer Bekanntmachung war es, den Ersatzteilmarkt zu liberalisieren. Unsere Studie hat gezeigt, dass keine bedeutenden Änderungen im Schweizer Ersatzteilmarkt identifizierbar waren. Viele Praktiken, die schon vor der Bekanntmachung existiert haben, wurden formalisiert und legitimiert (z.B. Verkauf der Ersatzteile durch die Originalersatzteilehersteller an den unabhängigen Markt). Keine Bedenken wurden geäussert bezüglich möglicher Probleme mit der Belieferung des unabhängigen Marktes durch die Originalersatzteilehersteller. Die autorisierten Händler/Werkstätten bestellen aber weiterhin viele Ersatzteile bei den Automobilimporteuren.

In der Studie von London Economics (2006) wurden Bedenken hinsichtlich der Funktionsfähigkeit des Ersatzteilmarktes geäussert. Der unabhängige Markt bleibt ein wichtiger Markt für die Originalersatzteilehersteller (60%), aber der Umsatz von den Ersatzteilhändlern, die zu den Automobilherstellern gehören, ist gewachsen. Einige Sorgen wurden geäussert, dass die Originalersatzteilehersteller ungern den unabhängigen Markt beliefern, um ihre Verhältnisse mit den Automobilherstellern nicht zu gefährden. Bedenken wurden auch bezüglich der Verträge und der Preispolitik, welche eine marktbeherrschende Stellung der Automobilhersteller bei so genannten 'captive' Ersatzteilen verstärken, geäussert. Die Studie der Europäischen Kommission (European Commission, 2008) hat gezeigt, dass die Ersatzteilerhersteller mit den autorisierten Ersatzteilhändlern konkurrieren können und ihre Marktposition im Servicemarkt beibehalten haben, obwohl die unabhängigen Werkstätten, die ihre Hauptkunden sind, an Marktanteilen verloren haben und die autorisierten Werkstätten die meisten Ersatzteile bei den Automobilherstellern bestellen. Dass letztere Praktik beibehalten wurde, ist nicht überraschend, da es aufgrund der höheren Logistik- und IT-Kosten schwierig ist, Ersatzteile aus verschiedenen Quellen zu kaufen. Während der Garantieperiode müssen die autorisierten Werkstätten die Markenersatzteile verwenden, weshalb die autorisierten Werkstätten die nötigen Ersatzteile bei den Automobilherstellern kaufen. Zudem sind die Automobilhersteller die einzigen, die alle Ersatzteile anbieten können. Dies hat auch mit IPRs zu tun, welche die Automobilhersteller besitzen bzw. ist eine Folge von Unterverträgen

¹⁷⁸ European Commission (2003): Antitrust: Commission Ensures Carmakers Give Independent Garages Access to Repair Information. Press Release, Brussels, 14th September 2007.

(sog. subcontracting arrangements) der Automobilhersteller. Die Bonussysteme können auch eine wichtige Rolle bei der Wahl der Ersatzteile spielen.

In der EU und der Schweiz sind die Ersatzteilpreise aufgrund der neuen Regeln auf dem Automobilmarkt nicht gesunken. Im Hinblick auf die Entwicklungen im Schweizer Ersatzteilmarkt wäre es wünschenswert, eine zusätzliche Unternehmensbefragung, insbesondere bei den autorisierten und unabhängigen Händlern/Werkstätten, durchzuführen.

Definition der Ersatzteile und Intellektuelles Eigentum an Originalersatzteilen

Es wurden keine Beschwerden bezüglich der Definition von Ersatzteilen in der Schweiz geäußert. Die Zulieferer beliefern den freien Fahrzeugteilmarkt unter einem eigenen Label. Die Ergebnisse der Studie der Europäischen Kommission (2008) haben gezeigt, dass die Definition von Originalersatzteilen ein wertvolles Marketingtool geworden ist und zur Entwicklung der unabhängigen Werkstattgruppen beigetragen hat.

Einige Ersatzteile, die so genannten ‚captive‘ Ersatzteile, sind nur von den Herstellern verfügbar. Diese sind sichtbare Ersatzteile, die unter dem Designschutz stehen, und die Ersatzteile, die mittels verschiedener Unterverträge (subcontracting agreements), die nicht unter Artikel 81(1) fallen, hergestellt werden (European Commission, 2008). Einige Befragte haben Bedenken bezüglich des Designschutzes bei Originalersatzteilen geäußert.¹⁷⁹

6.6.4.4 Allgemeine Auswirkungen/Verbesserungen

Europa-Kompatibilität

Von vielen Befragten ausdrücklich gelobt wurde die Entscheidung der WEKO, in der Schweiz möglichst dieselben Regeln wie in der EU zu etablieren. Dies erleichtert den internationalen Handel und soll den Kunden Zugang zu zusätzlichen Vertriebswegen beim Automobilkauf ermöglichen. Die WEKO selbst schätzt die Bedeutung ihrer Bekanntmachung im Schweizer Automobilmarkt als sehr hoch ein. Zwar war die Bekanntmachung notwendig um den Handel zu erleichtern, allerdings ist die Praxis im Automobilhandel eher ein Ergebnis der EU-Vorschriften, nach denen sich alle Hersteller und Importeure richten. Die identische Regulierung des Schweizer Marktes wurde als willkommene Vereinheitlichung des Europäischen Marktes aufgenommen. In dieser Hinsicht könnte aber die Bedeutung der Schweizer Bekanntmachung überschätzt worden sein. Tatsächlich sind die Verträge mit Schweizer Händlern und Servicebetrieben identisch zu den Europäischen Verträgen – abgesehen von Anpassungen hinsichtlich des jeweiligen nationalen Zivilrechts.

Informationspolitik der WEKO

Ein zentrales Problem der EU GVO und der WEKO Bekanntmachung bestand darin, dass sie teilweise zu kompliziert formuliert ist und daher zu vielen Unklarheiten geführt hat. Als Folge gingen viele Anfragen bei der EU Kommission und der WEKO ein, so dass zusätzliche Erläuterungen zu der Bekanntmachung und EU GVO veröffentlicht wurden. Eine Empfehlung aus der Befragung ist, dass die Informationspolitik der WEKO verbessert werden sollte. Dies kann besonders relevant für neue Entscheidungen der WEKO zum Automobilhandel sein.

Zur Zukunft vertikaler Vereinbarungen im Schweizer Automobilmarkt

Die Gültigkeit der WEKO Bekanntmachung ist unbefristet im Vergleich zur EU GVO von 2002, darum besteht eine bestimmte Unsicherheit bezüglich der Regeln auf dem Schweizer Automobilmarkt in der Zukunft, insbesondere nach 2010, wenn die Gültigkeit der EU GVO von 2002 abläuft. Es ist allgemein bekannt, dass die WEKO schon seit 1997 die Harmonisierung mit den EU Regeln im Automobilmarkt anstrebt. Daher ist es sehr wahrscheinlich, dass die WEKO den Entscheidungen der Europäischen Kommission über die Vertikalvereinbarungen für die Zeit nach 2010 folgen wird. Der Präsident der WEKO, Herr Professor Stoffel, hat vor kurzem diesen Gedanken bestätigt: „Die Politik der Wettbewerbskommission bei der Behandlung der Vertikalverträge verfolgt den Zweck, eine Abschottung des Schweizer Marktes zu vermeiden. Die Gewährleistung der Europa-Kompatibilität ist daher von grösster Bedeutung ... Die Wettbewerbskommission beobachtet im Übrigen den Markt aufmerksam und wird dafür besorgt sein, dass die Europakompatibilität erhalten bleibt, insbesondere auch im Hinblick auf die für das Jahr 2010 zu erwartende Revision der GVO“ (Stoffel, 2008).

Es ist angezeigt, die nationale Entwicklung auf dem Schweizer Automobilmarkt zu verfolgen und Änderungen der rechtlichen Regelungen möglichst frühzeitig anzukündigen. Dazu wäre es wichtig auf der Seite der WEKO die Auswirkungen der Schweizer Bekanntmachung zu beobachten und zu evaluieren.

¹⁷⁹ Darüber gibt es z.B. eine Studie von IWP (2007). Siehe IWP (2007): Eine Reparaturklausel erhöht die Effizienz am Markt für sichtbare Kfz-Ersatzteile – Designschutz wird nicht beeinträchtigt. Studie zur Einführung einer Reparaturklausel in die Designschutzrichtlinie der Europäischen Union. Dezember, 2007.

ren, so wie dies die EU Kommission praktiziert. Hier ist eine enge Zusammenarbeit mit der EU Kommission angezeigt, insbesondere weil viele Automobilhersteller ihre Praktiken auf Konzernebene festlegen.

Die Evaluation der Europäischen Kommission (European Commission, 2008) hat gezeigt, dass viele Vorschriften zum Teil zu einer Überregulierung geführt haben. Unsere Ergebnisse haben auch gezeigt, dass viele Vorschriften von den Automobilmarktakteuren nicht wahrgenommen wurden oder nicht funktionieren. Der Charakter der EU GVO von 2002 und damit auch der WEKO Bekanntmachung könnte zu regulatorisch sein, welches zur Einheitlichkeit in den Distributionssystemen beigetragen hat.¹⁸⁰ Darum gibt es schon jetzt einige Anzeichen für die mögliche Revision der Regeln in der Schweiz nach 2010.

Eine Begründung hinter der EU GVO von 2002 und harmonisierend der WEKO Bekanntmachung war, dass der Automobilsektor nicht unter die allgemeinen vertikalen Vereinbarungen in der EU sowie in der Schweiz subsummiert werden könnte, weil es sektorspezifische Probleme gibt. Darum wurden die Regeln im Automobilmarkt sehr detailliert formuliert (European Commission, 2008). Auf der Basis unserer Analyse können wir abschliessend nicht darüber urteilen, ob die Automobilindustrie unter die allgemeine Bekanntmachung für vertikale Vereinbarungen gestellt werden sollte. Das ist ein Thema für eine genauere Analyse, welche ausserhalb der Zielsetzung unserer Fallstudie liegt.

Die Ergebnisse unserer Fallstudie haben gezeigt, dass die Automobilmarktakteure keine regulatorischen Interventionen für den Automobilmarkt wünschen. Ein solches Szenario (das so genannte ‚free distribution‘ Szenario) wurde schon in der Studie von Anderson (2001) für den Fall der EU analysiert. Es wurde festgestellt, dass die Automobilhersteller direkt die Distribution im Neuautomobilkauf und im Ersatzteilmarkt aufgrund der ad-hoc Vereinbarungen mit den Marktakteuren ihrer Wahl bestimmen werden. Die Zahl der Distributionspartner kann damit beschränkt werden. Es ist unwahrscheinlich, dass alle Händler die Autos von jedem Automobilhersteller kaufen können, weil kein Automobilhersteller eine marktbeherrschende Stellung besitzt. Ob ein solches Szenario den Kunden Vorteile bringt und mehr Wettbewerb im Automobilmarkt schafft und ob es wirtschaftlich effizient ist, sollte ein Thema zukünftiger empirischer Untersuchungen sein. Die Studie von Lafontaine und Slade (2008) bietet eine Zusammenfassung der Ergebnisse aus den verschiedenen Studien zu den Effekten von vertikalen Vereinbarungen an. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass die vertikalen Vereinbarungen, die durch Hersteller eingeführt werden, oft Vorteile für die Konsumenten bringen, während die vertikalen Vereinbarungen, die durch Behörden eingeführt werden, systematisch die Konsumentenwohlfahrt verringern, oder zumindest sie nicht verbessern. Aufgrund dieser Ergebnisse kann die Frage entstehen, ob und zu welchem Mass das Distributionssystem im Automobilsektor überhaupt reguliert werden sollte.

6.6.4.5 Ökonomische Auswirkungen der Bekanntmachung/Zusammenfassung

Ein Ziel unserer Automobilmarktanalyse und Befragung war es, zu untersuchen, ob die wettbewerbschädlichen Effekte der früheren vertikalen Vereinbarungen zumindest teilweise beseitigt wurden, und ob Effizienzgewinne durch die neuen Verhältnisse im Automobilmarkt festzustellen sind. Wenn die neue Bekanntmachung Effizienzgewinne gebracht und einige wettbewerbschädlichen Effekte beseitigt hat, könnte man die WEKO Bekanntmachung aus volkswirtschaftlicher Sicht als positiv beurteilen. Dies ist von besonderer Bedeutung, da gerade in der Automobilindustrie vertikale Vereinbarungen oft mit der volkswirtschaftlichen Effizienz rechtfertigt werden. Quantitativ ist diese Analyse sehr schwierig durchzuführen, darum haben wir die möglichen Effekte qualitativ eingeschätzt.

Die vertikalen Vereinbarungen aufgrund der WEKO Bekanntmachung können folgende Effizienzgewinne im Schweizer Automobilmarkt bringen:

Reduzierung des doppelten Preisaufschlags

Das Problem des doppelten Preisaufschlags im Automobilhandel kann folgendermassen beleuchtet werden: Die Automobilhersteller setzen ihre Grosshandelspreise über Grenzkosten. Zusätzlich haben Händler bestimmte Marktmacht. So können sie eine Einzelhandelsmarge auf dem Grosshandelspreis setzen. Das führt zum Problem des doppelten Preisaufschlags (Verboven, 2007).

Es ist schwierig einzuschätzen, ob die neuen Regeln im Automobilmarkt in dieser Beziehung etwas geändert haben. Das Problem des doppelten Preisaufschlags kann z.B. durch Minimumabsatzziele für die Händler reduziert werden. Dies kann eine Effizienzbeurteilung für die Absatzziele, die in der Automobilindustrie beobachtet werden und die durch Bonussysteme vorangetrieben werden, sein.¹⁸¹ Aufgrund der WEKO Bekanntmachung würde man eher keine Änderungen erwarten, obwohl man mit dem Wachstum des unabhängigen Neuautomobilmarktes die Intensivierung des Problems erwarten könnte. Die Margen können aber durch den erhöhten Wettbewerb niedrig gehalten werden. Das Problem des

¹⁸⁰ Siehe auch Verboven (2007) dazu.

¹⁸¹ Die Händlermarge besteht aus der Fixmarge und dem variablen Bonus-Teil. Der Bonus-Teil hat zwei Elemente: einen quantitativen Bonus und einen qualitativen Bonus (London Economics, 2006).

doppelten Preisaufschlags kann durch das Wachstum der Händlernetzdichte und damit verstärkten Intra-brand-Wettbewerbs beseitigt werden.

Anreize für Serviceleistungen und Lösung des Trittbrettfahrerproblems (free riding) bei den Händlern

Das bestehende Problem kann so kurz beschrieben werden: Die Automobilhersteller wollen das optimale Niveau des Händlerservices sichern. Die Händler können aber nur geringe Anreize haben, den Service anzubieten, den die Automobilhersteller daher durch vertikale Vereinbarungen abzusichern versuchen. Der Händlerservice kann auch als ‚public good‘ betrachtet werden, von welchem konkurrierende Händler profitieren können (Verboven, 2007).

Die Automobilhersteller haben aufgrund der Regeln von 2002 ein selektives Distributionssystem ausgewählt. Dieses System gibt den Automobilherstellern die Möglichkeit der Anreizsetzung im Bezug auf die Händler, sodass diese den optimalen Grad an Service anbieten. Im Rahmen des selektiven Distributionssystems können die Automobilhersteller die qualitativen Kriterien an ihre Händler einsetzen wie z.B. Schulungspflicht für das Verkaufspersonal, Qualifizierung des Vertriebspersonals, Anforderungen an die Produktpräsentation, etc. Der Bonus kann auch qualitative Elemente enthalten, die das Niveau des Services erhöhen können.¹⁸²

Die Hersteller wollen die vollständige Kontrolle über die Servicequalität beim Neuwagenverkauf und im Kundendienst behalten. Die hohe Qualität kommt den Verbrauchern zugute. Durch die strikten Vorschriften konnten die Automobilhersteller die Servicequalität sichern, Anreize für die Serviceleistungen erhöhen, aber auch ihre Händler stärker an sich binden. Diese starke Bindung kann den Eintritt neuer Händler oder neuer Servicewerkstätten behindern. Dieser Abschottungseffekt könnte den Vorteil aus der hohen Qualität überkompensieren.

Anreize für Herstellerinvestitionen und Lösung des Trittbrettfahrerproblems

Die Kauf- und die Servicedienstleistungen können auch ein Trittbrettfahrerproblem zwischen den Herstellern verursachen, z.B. die Investitionen in die Schulung des Personals können nicht nur der eigenen Marke, sondern auch den konkurrierenden Marken zu Gute kommen. Dieses Problem entsteht insbesondere bei Mehrmarkenbetrieben.

Einige der wettbewerbsschädlichen Effekte der früheren vertikalen Vereinbarungen in der Automobilindustrie können durch die WEKO Bekanntmachung von 2002 im Vergleich zu den Regeln vor 2002 beseitigt werden.

Beschränkungen des grenzüberschreitenden Handels durch internationale Preisdiskriminierung

Die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und der EU sind in der letzten Zeit geringer geworden. Sie werden vor allem durch den stärkeren globalen Wettbewerb verringert. Obwohl die neue Bekanntmachung die Möglichkeiten für Parallelimporte geschaffen hat (das alte selektive und exklusive Distributionssystem hatte den grenzüberschreitenden Handel verhindert¹⁸³), bleiben die Parallelimporte in die Schweiz auf niedrigem Niveau. Die Schweizer Händler können keine eigene Niederlassung im Ausland öffnen.

Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs

Die Vielfältigkeit der verschiedenen Distributionskanäle hat aufgrund der Bekanntmachung nicht zugenommen. Das quantitative selektive Distributionssystem kann, im Unterschied zu anderen Systemen wie dem exklusiven Vertriebssystem, den Intra-brand-Wettbewerb zu einem höheren Grad verhindern (European Commission, 2008b). Das Internet bleibt eher ein Werbemedium. Die Zahl der Händler, die ihren Service aufgegeben haben, hat nicht zugenommen. Das wird vor allem dadurch begründet, dass der Grossteil der Profite der Händler eher aus dem Kundendienstmarkt als aus dem Neuautomobilverkauf kommt. Die Zahl der unabhängigen Händler oder Servicewerkstätten ist nicht gewachsen. Insgesamt haben die Automobilimporteure die Möglichkeit der neuen Distributionskanäle nicht wahrgenommen.

Beschränkung des Binnenhandels und des Interbrand-Wettbewerbs

Obwohl der Mehrmarkenbetrieb vereinfacht wurde, bleibt Multibranding ein komplexes Geschäft und ist in der Praxis nicht umgesetzt worden. Die Automobilhändlergruppen haben in der Schweiz schon vor der Bekanntmachung existiert. Die Existenz der Händlergruppen kann den Markteintritt für die neuen

¹⁸² Die zwei wichtigsten Elemente solcher Boni sind der Bonus, der mit der Kundenzufriedenheit verbunden ist und der Bonus, der mit dem Markenimage verbunden ist (London Economics, 2006).

¹⁸³ In der EU gibt es Evidenz für eine allgemeine Tendenz zur Preisharmonisierung. 10% der Automobilverkäufe sind Parallelimporte und dieser Anteil ist nach dem Inkrafttreten der EU GVO von 2002 stabil geblieben (European Commission, 2008b).

Marken erleichtern. Der Interbrand-Wettbewerb wird durch die verstärkte globale Konkurrenz auf dem Automobilmarkt getrieben.

Marktabstottung gegenüber konkurrierenden Ersatzteilherstellern

Generell kann die Bündelung von Kauf und Service für die Ersatzteilhersteller zu einer Marktabstottung führen. Die Trennung von Service und Kauf wurde in der Schweiz nicht verstärkt umgesetzt. Aber es wurden keine Beschwerden ausgesprochen, dass die Ersatzteilhersteller abgestottet wurden. Sie können den freien Handel beliefern, obwohl die autorisierten Händler/Werkstätten die meisten Ersatzteile bei den Automobilimporteuren kaufen. Es ist unklar, ob dies ein Ergebnis des Wettbewerbs oder der Abstottung der Ersatzteilhersteller vom autorisierten Markt ist.

Damit kann man zusammenfassen, dass obwohl die Bekanntmachung viele neue Möglichkeiten für die Automobilmarktteilnehmer angeboten hat, diese diese Möglichkeiten nicht wahrgenommen bzw. verstärkt genutzt haben. Darum konnten die wettbewerbschädlichen Effekte der früheren vertikalen Vereinbarungen nicht wirklich beseitigt werden. Die globalen Marktentwicklungen hatten einen grossen Einfluss auf den Schweizer Automobilmarkt. Ob Effizienzgewinne aufgrund der WEKO Bekanntmachung realisiert wurden, ist schwer einzuschätzen.

6.7 Schlussfolgerungen

Die WEKO Bekanntmachung sollte den Wettbewerb im Automobilgeschäft fördern und dem Kunden dadurch konkrete Vorteile bei Kauf, Reparatur und Unterhalt eines Autos bieten. So sollte die Liberalisierung des Marktes den Interessen der Konsumenten entgegenkommen. Um die Auswirkungen der Bekanntmachung zu analysieren, haben wir in unserer Fallstudie die Entwicklungen auf dem Schweizer Automobilmarkt dargestellt und eine Unternehmensbefragung durchgeführt.

Statistische Daten sind nur eingeschränkt verfügbar und erlauben daher nicht die Untersuchung aller Entwicklungen. Dies gilt insbesondere für den Service- und Ersatzteilmarkt. In Hinblick auf das Händlernetz kann man beobachten, dass die Zahl der Händler rückläufig ist und die Konzentration etwas zugenommen hat. Insgesamt wird der Einfluss der Bekanntmachung auf den Wettbewerb im Schweizer Automobilmarkt als nicht bedeutend eingeschätzt. Die stärksten Änderungen sind auf dem Servicemarkt und im Ersatzteilhandel zu beobachten. Hier wird die Konkurrenz durch Grosshändler oder durch freie Servicewerkstätten belebt, da sie vereinfachten Zugang zu Ersatzteilen verschiedener Qualitätskategorien und zu den erforderlichen technischen Werkstattinformationen erhalten. Im Neuwagenhandel findet eine Umstrukturierung des Händlernetzes und teilweise eine Konsolidierung der Händler statt. Die Bekanntmachung hat diese Entwicklung erleichtert, weil sie zum Anlass genommen wurde, neue Verträge mit den Händlern auszuhandeln. Die Umsetzung der Bekanntmachung hat viel Unsicherheit und Unklarheiten zwischen Händlern und Importeuren geschaffen und die Bedingungen für Händler als Folge der Bekanntmachung haben sich eher verschärft. Insgesamt wurde der Markteintritt eher erschwert. Einzelne Regelungen haben ihr Ziel verfehlt. Dazu gehören ein verstärktes Multibranding, die Trennung von Service und Verkauf, grössere Unabhängigkeit der Händler von Automobilimporteuren, Parallelimporte sowie die Förderung des Intra-brand-Wettbewerbs insgesamt.

Als unmittelbare Handlungsempfehlung ist eine verbesserte Informationspolitik der WEKO nahezu legen um die Unsicherheit unter den Marktakteuren zu reduzieren und um das Festhalten an der Harmonisierung mit dem EU-Recht zu untermauern. Ausserdem wäre es wünschenswert, eine explizite Evaluierung der Bekanntmachung durchzuführen, um die aktuelle Situation und Auswirkungen der Bekanntmachung zu untersuchen. Die Ergebnisse einer solchen Untersuchung könnten dann benutzt werden, um eine Entscheidung zu treffen, ob eine Revision der Bekanntmachung stattfinden soll bzw. um zu klären, ob spezifische Regeln für den Automobilmarkt überhaupt notwendig sind und daher formuliert werden sollten. Verschiedene Szenarien für das zukünftige Automobildistributionssystem in der Schweiz sollen im Rahmen einer Wohlfahrtsanalyse mit dem aktuellen Distributionssystem als Benchmark untersucht werden. Im Rahmen einer solchen Studie wäre es insbesondere wünschenswert, eine repräsentativere Unternehmensbefragung durchzuführen, insbesondere unter Einbezug der Händler und Servicewerkstätten, die in unserer Unternehmensbefragung unterrepräsentiert sind.

6.8 Anhang

Appendix A. Schweizer Automobilmarkt

Tabelle 26: Die europäischen Steuern und Gebühren beim Automobilkauf

Neuautomobilkauf-/Registrierungs-Steuern und Gebühren					
	VAT	Registrierungssteuer	Registrierungsgebühr	Gebrauchtwagenum-satzsteuer	Vermögenssteuer
Dänemark	25%	105% bis zu 64200 DKK, 180% auf den Rest	DKK1180	Importsteuer auf der Basis des Alters	Steuer auf der Basis des Treibstoffkonsums, Gewichts
Norwegen	25%	Importsteuer auf der Basis von Gewicht/cc/kw	keine	Steuer auf importierten Gebrauchtwagen	n/a
Irland	21%	Weniger als 1.4 l: 22.5%; 1.4-1.9 l: 25%; mehr als 1.9 l: 30%	keine		Auf der Basis von ccm
Finnland	22%	Benzin Auto: 28%-EUR 650; Diesel Auto: 28% - EUR 450	Keine	Importsteuer 28%-0.8%/Monat für Abziehen	Reg. Vor 1/1/94 EUR94.90 per annum; reg. Nach 1/1/94 EUR127.75 per annum
Niederlande	19%	Auf der Basis Preis&CO2	EUR41.50		Road tax auf der Basis Provinz, Treibstoff
Portugal	21%	Auf der Basis cc&CO2	EUR55	EUR58 property transfer	Stadtautomobilsteuer auf der Basis ccm/Alter/CO2
Österreich	20%	Auf der Basis des Treibstoffkonsums	EUR167.75	EUR167.75 Registrierungsgebühr	Auf der Basis HP/kw
Schweden	25%	keine	keine		Jährliche road tax auf der Basis Gleichgewichts&CO2
Spanien	16%	Verschieden für Benzin und Diesel Autos	EUR68	4% transfer tax für privaten Verkäufer	Motorisierte Automobilsteuer auf der Basis HP
Frankreich	19.6%	Keine	EUR20-36 parafiscal charge		Graduated tax on engine rating oder CO2
Deutschland	16%	Keine	EUR25.60		Jährliche road tax auf der Basis cc, Verschmutzung
Italien	20%	IPT EUR150.81	Motorisation Direction +/-EUR70, PRA +/-EUR42	IPT EUR150.81	Auf der Basis KW
Belgien	21%	Auf der Basis cc+Alter	EUR31	TMC-BIV	Auf der Basis cc
Grossbritannien	17.5%	Keine	38		CO2&Treibsstoffstyp
Griechenland	19%	Auf der Basis cc	Keine		Auf der Basis cc&Emissionen
Schweiz	7.6%	Keine	Bis zu 250 CHF		Jährliche Automobilsteuer auf der Basis HP/ccm/Gewicht

Quelle: RoadToData

Tabelle 27: Schweiz: Die Struktur des Schweizer Automobilmarktes vor und nach der WEKO Bekanntmachung, 1996-2006

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Audi	5.42	5.20	6.02	6.12	5.89	5.22	5.26	5.40
Volkswagen	12.78	12.28	12.54	11.09	10.26	10.75	10.51	11.14
BMW	3.78	4.04	4.68	4.58	4.35	5.12	5.11	5.21
MINI	0.00	0.00	0.21	1.28	1.20	1.09	1.19	1.02
Ford	6.05	5.15	5.26	5.46	5.06	5.02	4.75	4.58
Mercedes	5.21	5.25	5.35	5.52	4.90	4.78	5.07	5.07
Smart	1.60	1.94	1.84	1.85	1.66	1.60	1.20	0.88
Opel	11.56	10.83	10.33	9.96	9.20	8.61	7.32	7.22
Citroën	2.27	2.44	2.81	3.23	4.33	4.00	4.34	3.84
Peugeot	4.86	5.44	5.60	5.91	5.95	5.62	5.22	4.95
Renault	6.49	6.60	6.60	6.41	6.38	6.05	6.01	5.59
Alfa Romeo	1.41	1.48	1.88	1.74	1.68	1.85	1.54	1.68
Fiat	3.99	4.36	3.61	3.45	3.09	2.97	2.82	3.46
Honda	2.70	2.55	2.09	2.72	3.16	3.18	3.31	3.09
Mazda	2.55	2.33	2.34	2.10	2.64	2.73	2.34	2.47
Mitsubishi	2.73	2.83	2.32	2.23	1.83	1.76	1.72	1.46
Nissan	2.00	2.04	2.02	1.98	2.15	2.40	2.81	2.67
Subaru	3.71	2.98	2.56	2.46	3.08	3.55	3.51	3.51
Suzuki	0.85	0.73	0.87	0.88	0.87	1.10	1.26	1.93
Toyota	5.45	6.16	5.89	5.96	6.14	6.15	6.49	6.32
Saab	0.85	0.88	0.79	0.77	0.87	0.79	0.67	0.81
Volvo	2.45	2.31	2.50	2.13	2.48	2.54	2.62	2.42
Land-Rover	1.31	1.35	0.57	0.59	0.52	0.47	0.54	0.54
Chrysler	2.11	1.83	1.69	1.22	1.11	0.99	1.04	1.20
Hyundai	1.74	2.26	2.31	2.92	2.84	2.62	2.67	2.29
Skoda	0.66	0.89	1.33	1.61	1.65	1.56	2.26	2.74
Seat	1.49	1.74	1.91	1.70	1.87	1.88	2.03	2.05
Andere	3.97	4.11	4.08	4.16	4.83	5.60	6.39	6.45
C-1 ratio	12.78	12.28	12.54	11.09	10.26	10.75	10.51	11.14
C-4 ratio	36.89	35.87	35.50	33.58	31.98	31.56	30.33	30.26
Gesamter Schweizer Markt	317985	315398	317126	295109	271541	269211	259426	269421

Quelle: Auto-Schweiz, eigene Berechnungen

Tabelle 28: Schweiz: Die Entwicklung des Händlernetzes der verkaufsstärksten Marken

Marke	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Opel	449	448	439	423	423	405	387	351	336	336
VW	403	399	399	390	372	362	359	329	336	328
Renault	378	375	359	355	344	343	328	325	317	274
Ford	354	340	340	326	300	300	272	264	263	251
Toyota	404	388	379	371	368	344	327	268	257	250
Audi (bis 97 analog VW)	214	213	213	199	189	185	180	209	224	237
Subaru	253	247	243	238	236	232	227	219	217	221
Fiat	290	270	263	247	231	215	201	195	204	207
Suzuki	147	139	138	140	141	148	147	145	172	191
Peugeot	277	259	260	227	207	200	195	181	179	185
Nissan	201	195	193	193	192	182	184	184	187	183
Mazda	219	215	215	207	202	193	184	177	181	182
Mitsubishi	313	304	289	283	271	266	197	173	173	177
Honda	162	163	153	147	148	156	154	159	162	168
Skoda	86	85	86	90	95	95	93	109	138	163
Citroen	200	181	176	161	155	154	152	156	156	159
Hyundai	204	207	214	211	195	184	183	158	157	142
Alfa Romeo	121	113	112	115	103	109	106	108	124	125
Chevrolet (Daewoo)	82	118	127	128	119	121	117	99	115	125
Kia	56	55	53	67	73	83	96	105	115	124
Seat	186	181	185	151	148	138	130	123	130	123
Daihatsu	74	79	80	80	87	84	90	82	97	112
BMW	99	101	101	99	97	94	93	93	93	93
Mercedes	114	96	97	96	92	88	90	84	88	89
Volvo	103	97	97	97	99	93	88	87	87	88
Chrysler (inkl. Jeep+Dodge)	108	99	85	85	82	80	68	65	71	74
MINI					61	64	67	67	70	71
Saab	47	49	49	48	48	46	44	41	45	50
Land Rover (bis 05 inkl. Rover)	45	43	43	43	43	40	40	35	27	37
Smart	8	9	14	17	20	20	21	23	25	27
Porsche	28	28	28	26	27	27	26	25	26	23
Summe Vertretungen	5625	5496	5430	5260	5168	5051	4846	4639	4772	4815
Durchschnitt pro Marke	188	183	181	175	167	163	156	150	154	155

Quelle: EurotaxGlass's International AG, Händlerverzeichnisse der Importeure, Anfragen bei Importeuren und ihre Dateien, Anzahl Vertreter (ab 2005)=Verkaufsstellen+Servicestellen

Tabelle 29: Schweiz: Personenwagen-Marken-Händlernetz nach Status und Regionen, 2007

Marke	V total	Differenz zu Vorjahr	HH	LH	SS
Alfa Romeo	125	1	35	70	20
Audi	237	13	75	0	162
BMW	93	0	92	0	1
Cadillac/Corvette	20	5	16	0	4
Chevrolet	125	10	68	0	57
Chrysler	74	3	42	0	32
Citroën	159	3	49	102	8
Dacia	12	0	12	0	0
Daihatsu	112	15	47	65	0
Dodge	70		42	0	28
Fiat	207	3	39	102	66
Ford	251	-12	49	202	0
Honda	168	6	27	75	66
Hyundai	142	-15	50	92	0
Jaguar	26	3	18	1	7
Jeep	74	3	42	0	32
Kia	124	9	32	64	28
Lancia	71	4	24	17	30
Land Rover	37	10	27	0	10
Lexus	20	0	10	0	10
Mazda	182	1	43	115	24
Mercedes	89	1	65	0	24
MINI	71	1	69	0	2
Mitsubishi	177	4	65	79	33
Nissan	183	-4	32	142	9
Opel	336	0	86	202	48
Peugeot	185	6	49	112	24
Porsche	23	-3	12	0	11
Renault	274	-43	14	197	63
Saab	50	5	43	0	7
Seat	123	-7	52	0	71
Skoda	163	25	46	0	117
Smart	27	2	21	0	6
Ssangyong	70	19	55	15	0
Subaru	221	4	176	0	45
Suzuki	191	19	39	152	0
Toyota	250	-7	48	133	69
Volvo	88	1	83	0	5
VW	328	-8	103	10	215
Summe	5178	77	1897	1947	1334
Anteil,%			37	38	26

Quelle: EurotaxGlass's International AG

Note: V-Total: Summe aller Marken-Vertretungen gemäss Broschüren, Mails (Dateien) und Tel. Auskunft. HH: Haupt-/Regionalhändler, Konzessionär, Center, Neuwagenverkauf, Werkstatt und Service. LH: Lokalhändler, Agent, Wiederverkäufer, Neuwagenverkauf, Werkstatt und Service. SS: Servicehändler, Servicepartner, Servicevertreter, Werkstatt und Service.

Tabelle 30: Schweiz: Umsatz pro Automobilhändlergruppe/Automobilimporteur, Millionen Franken

	2002	2003	2004	2005	2006
Amag-Gruppe	3000	2900	3100	3200	3500
Emil-Frey-Gruppe	1750	1850	1900	1950	2186
Erb-Gruppe	2032				
DaimlerChrysler Schweiz	1500	1283	1407	1427	1540
BMW Group Switzerland	1299	1258	1388	1392	1417
General Motors (Suisse)	773	696	655	680	742
Renault Nissan (Suisse), ab 2006 Renault (Suisse)	649	615	623	612	620
Toyota AG					
Peugeot (Suisse)	451	461	430	456	447
Ford Motor Switzerland	490	445	460	460	460
Volvo Automobile (Schweiz)	330	380	380	384	418
Fiat Auto (Suisse)	457	382	363	427	549
Citroen (Suisse)	325	363	357	362	345
Honda Automobiles	230	253	242	255	264
Subaru (Schweiz)					
Mazda (Suisse)	233	245	231	205	215
Hyundai Auto Import, ab 2005 Hyundai Suisse	252	240	200	220	185
Nissan Motor (Schweiz), ab 2006 Nissan Switzerland	190	202	226	313	287
MMC Automobile AG					
Saab Automobile Schweiz	113	115	109	95	
Jaguar Land Rover Schweiz					
Suzuki Automobile					
Ferrari (Suisse)				94	68
Daewoo (Schweiz)	44	46	44		
MR Cars AG	40				
Kia Motors					
Ascar AG					
TVM Automobile					
MME Vertriebsgesellschaft					
Chevrolet (Schweiz)				52	
Lada (Suisse) SA					
Maserati (Suisse) SA				40	40

Quelle: Veröffentlichungen ‚Schweizer Fahrzeugmarkt: Alle Fahrzeuge, Firmen, und Fakten‘ von Castrol für verschiedene Jahre 2004-2007

Tabelle 31: Schweiz: verkaufte Personenwagen pro Automobilhändlergruppe/Automobilimporteur

	2002	2003	2004	2005	2006
Amag-Gruppe	61792	55010	53813	53743	59240
Emil-Frey-Gruppe	31219	32900	35184	39910	41604
Erb-Gruppe	17954	15164			
DaimlerChrysler Schweiz	23925	20847	19849	18281	17941
BMW Group Switzerland	17169	14716	17158	16499	17214
General Motors (Suisse)	29226	25056	23397	23396	24671
Renault Nissan (Suisse), ab 2006 Renault (Suisse)	18927	17330	16294	18759	17895
Toyota AG	18133	17379	17342	17916	18404
Peugeot (Suisse)	17242	16105	15150	13691	13444
Ford Motor Switzerland	16020	13746	13511	12329	12335
Volvo Automobile (Schweiz)	5996	6344	6271	6519	7089
Fiat Auto (Suisse)	16051	13814	13981	12297	14692
Citroen (Suisse)	9490	12609	12837	12704	12372
Honda Automobiles	8014	8584	8615	8758	8767
Subaru (Schweiz)	7265	8365	9561	9108	9449
Mazda (Suisse)	6194	7170	7347	6081	6650
Hyundai Auto Import, ab 2005 Hyundai Suisse	8614	7699	7050	7601	6250
Nissan Motor (Schweiz), ab 2006 Nissan Switzerland	5830	5846	6473	7301	7198
MMC Automobile AG	6677	4982	4737		
Saab Automobile Schweiz	2259	2355	2121	1789	
Jaguar Land Rover Schweiz	3289	2526	2520	2316	2288
Suzuki Automobile	2584	2491	2956	3269	5237
Ferrari (Suisse)	228	393	237	260	272
Daewoo (Schweiz)	2670	2703	2728		
MR Cars AG	1002	541	349	250	
Kia Motors	1693	2812	4108	5269	4038
Ascar AG	839	1277	1328	1485	2231
TVM Automobile	79	52			
MME Vertriebsgesellschaft			4434	4649	3922
Chevrolet (Schweiz)			2784	2698	
Lada (Suisse) SA			150	90	94
Maserati (Suisse) SA				257	239

Quelle: Veröffentlichungen „Schweizer Fahrzeugmarkt: Alle Fahrzeuge, Firmen, und Fakten“ von Castrol für verschiedene Jahre 2004-2007

Tabelle 32: Schweiz: Anzahl Händler pro Automobilhändlergruppe/Automobilimporteur

	2002	2003	2004	2005	2006
Amag-Gruppe	825	825	776	859	881
Emil-Frey-Gruppe	795	831	723	856	931
Erb-Gruppe	613	565			
DaimlerChrysler Schweiz	203	182	176	180	190
BMW Group Switzerland	95	94	93	159	164
General Motors (Suisse)	316	354	81	190	197
Renault Nissan (Suisse), ab 2006	336	335	326	316	316
Renault (Suisse)					
Toyota AG	340	327	225	225	255
Peugeot (Suisse)	201	197	192	170	165
Ford Motor Switzerland	285	285	260	257	247
Volvo Automobile (Schweiz)	76	73	72	76	75
Fiat Auto (Suisse)	366	368	286	184	291
Citroen (Suisse)	45	41	48	49	49
Honda Automobiles	151	155	158	162	167
Subaru (Schweiz)	229	224	230	213	218
Mazda (Suisse)	200	192	184	158	163
Hyundai Auto Import, ab 2005	185	180	170	156	155
Hyundai Suisse					
Nissan Motor (Schweiz), ab 2006	192	186	190	184	175
Nissan Switzerland					
MMC Automobile AG	250	210	200		
Saab Automobile Schweiz	46	45	45	59	
Jaguar Land Rover Schweiz	61	61	61	47	45
Suzuki Automobile	150	150	150	170	187
Ferrari (Suisse)	18	21	21	10	10
Daewoo (Schweiz)	123	115	122		
MR Cars AG	39	39	39	39	
Kia Motors	84	94	91	112	120
Ascar AG	81	86	77	89	106
TVM Automobile	28	25			
MME Vertriebsgesellschaft			149	143	140
Chevrolet (Schweiz)			35	40	
Lada (Suisse) SA			41	42	42
Maserati (Suisse) SA				11	11

Quelle: Veröffentlichungen „Schweizer Fahrzeugmarkt: Alle Fahrzeuge, Firmen, und Fakten“ von Castrol für verschiedene Jahre 2004-2007

Tabelle 33: Schweiz: Anzahl Personenwagen-Verkäufe pro Händler

	2002	2003	2004	2005	2006
Amag-Gruppe	75	67	69	63	67
Emil-Frey-Gruppe	39	40	49	47	45
Erb-Gruppe	29	27			
DaimlerChrysler Schweiz	118	115	113	102	94
BMW Group Switzerland	181	157	185	104	105
General Motors (Suisse)	93	71	289	123	125
Renault Nissan (Suisse), ab 2006 Renault (Suisse)	56	52	50	59	57
Toyota AG	53	53	77	80	72
Peugeot (Suisse)	86	82	79	81	82
Ford Motor Switzerland	56	48	52	48	50
Volvo Automobile (Schweiz)	79	87	87	86	95
Fiat Auto (Suisse)	44	38	49	67	51
Citroen (Suisse)	211	308	267	259	253
Honda Automobiles	53	55	55	54	53
Subaru (Schweiz)	32	37	42	43	43
Mazda (Suisse)	31	37	40	39	41
Hyundai Auto Import, ab 2005 Hyundai Suisse	47	43	42	49	40
Nissan Motor (Schweiz), ab 2006 Nissan Switzerland	30	31	34	40	41
MMC Automobile AG	27	24	24		
Saab Automobile Schweiz	49	52	47	30	
Jaguar Land Rover Schweiz	54	41	41	49	51
Suzuki Automobile	17	17	20	19	28
Ferrari (Suisse)	13	19	11	26	27
Daewoo (Schweiz)	22	24	22		
MR Cars AG	26	14	9	6	
Kia Motors	20	30	45	47	34
Ascar AG	10	15	17	17	21
TVM Automobile	3	2			
MME Vertriebsgesellschaft			30	33	28
Chevrolet (Schweiz)			80	68	
Lada (Suisse) SA			4	2	2
Maserati (Suisse) SA				23	22

Quelle: Veröffentlichungen „Schweizer Fahrzeugmarkt: Alle Fahrzeuge, Firmen, und Fakten“ von Castrol für verschiedene Jahre 2004-2007

Note: PW-Verkäufe werden als PW-Verkäufe/Anzahl der Händler berechnet.

Tabelle 34: Schweiz: Umsatz pro Auto

	2002	2003	2004	2005	2006
Amag-Gruppe	48550	52718	57607	59543	59082
Emil-Frey-Gruppe	56056	56231	54002	48860	52543
Erb-Gruppe	113178				
DaimlerChrysler Schweiz	62696	61544	70885	78059	85837
BMW Group Switzerland	75660	85485	80895	84369	82317
General Motors (Suisse)	26432	27786	27995	29065	30076
Renault Nissan (Suisse), ab 2006 Renault (Suisse)	34290	35488	38235	32624	34647
Toyota AG					
Peugeot (Suisse)	26157	28625	28383	33307	33249
Ford Motor Switzerland	30587	32373	34046	37310	37292
Volvo Automobile (Schweiz)	55037	59899	60596	58905	58965
Fiat Auto (Suisse)	28447	27653	25964	34732	37347
Citroen (Suisse)	34247	28789	27810	28495	27861
Honda Automobiles	28750	29520	28091	29116	30113
Subaru (Schweiz)					
Mazda (Suisse)	37536	34100	31373	33662	32271
Hyundai Auto Import, ab 2005 Hyundai Suisse	29255	31173	28369	28944	29600
Nissan Motor (Schweiz), ab 2006 Nissan Switzerland	32573	34571	34914	42871	39872
MMC Automobile AG					
Saab Automobile Schweiz	50022	48832	51391	53102	
Jaguar Land Rover Schweiz					
Suzuki Automobile					
Ferrari (Suisse)				361538	250000
Daewoo (Schweiz)	16592	16833	16166		
MR Cars AG	39920				
Kia Motors					
Ascar AG					
TVM Automobile					
MME Vertriebsgesellschaft					
Chevrolet (Schweiz)				19274	
Lada (Suisse) SA					
Maserati (Suisse) SA				155642	167364

Quelle: Veröffentlichungen „Schweizer Fahrzeugmarkt: Alle Fahrzeuge, Firmen, und Fakten“ von Castrol für verschiedene Jahre 2004-2007

Note: Umsätze pro Autos werden als Umsatz/PW-Verkäufe berechnet.

Appendix B. Leitfaden für die Unternehmensbefragung

1. Persönlicher Hintergrund:

- Rolle, formale Position, Jahre in der Position, Jahre in der Unternehmung

2. Allgemeine Informationen zur Unternehmung:

- Anzahl der Mitarbeiter, Umsatz

3. Übergreifende Fragen:

(Neuwagenvertrieb, Servicewerkstätten, Ersatzteilvertrieb)

3.1. Gab es Änderungen in Ihrem Betrieb in einem oder mehreren der drei Tätigkeitsbereiche? Welche waren jeweils die Beweggründe? Z.B. Aufnahme weiterer Marken, Entfall oder Aufnahme eines der Tätigkeitsbereiche.

3.2. Hat sich in Folge der Gruppenfreistellungsverordnung mehr Wettbewerb eingestellt – unter den Marken/innerhalb Ihrer Marke?

3.3. Verwenden Sie innovative Vertriebskanäle?

3.4. Gab es Probleme/Hemmnisse bei der Umsetzung der Freistellungsverordnung? Z.B. bei Vertragsverhandlungen.

3.5. Inwiefern führt die Formulierung der Gruppenfreistellungsverordnung zu Unklarheiten zwischen Händlern und Importeuren? Wie wird in Konfliktfällen eine Lösung gefunden?

3.6. Welche Nachbesserungen wünschen Sie in der Gruppenfreistellungsverordnung oder welche wichtigen Aspekte sind bei ihrer Einführung Ihres Erachtens vernachlässigt worden?

3.7. Welche zukünftigen Entwicklungen erwarten Sie bezüglich der drei Tätigkeitsbereiche? Z.B. Zahl der Parallelimporte, Zahl der Mehrmarkenbetriebe, Preisentwicklung, Konsolidierungswelle.

3.8. Wie haben Ihre Kunden die Veränderungen wahrgenommen? Z.B. Loyalität der Verbraucher zu den Händlern.

4. Neuwagenvertrieb:

4.1. Welches Vertriebssystem haben Sie gewählt und welche waren Ihre Beweggründe?

4.2. Welchen Beschränkungen unterliegen Sie bei der Gestaltung der Neuwagenpreise?

4.3. In welchem Masse nutzen Sie die Möglichkeit Neufahrzeuge in das europäische Ausland zu verkaufen?

5. Ersatzteilmarkt:

5.1. In welchem Umfang ist der Zugang von Ersatzteilherstellern und –lieferanten zu zugelassenen Händlern und Werkstätten realisiert worden?

5.2. Durch welche Massnahmen stellen Sie sicher, dass Sie die Qualität der verwendeten Ersatzteile kennen?

5.3. In welchem Masse nehmen freie Teilehändler originale Ersatzteile in ihr Sortiment und in welchem Masse beliefern freie Teilehändler freie und markengebundene Werkstätten?

6. Servicemarkt:

6.1. Welche Bedeutung gewinnen Serviceketten (A.T.U, Pit-Stop, etc.)?

6.2. Treten bei unabhängigen Werkstätten (auch Mehrmarkenwerkstätten) Schwierigkeiten beim Zugang zu technischen Informationen auf?