

Vertikalabreden im Visier von Politik und Behörden

# Schärfere Regeln für Absprachen

Schwieriger Nachweis der wirtschaftlichen Effizienz von Vertikalabreden

Im Rahmen der Debatte um die Preisinsel Schweiz will der Bundesrat Absprachen zwischen Produzenten und Händlern stärker ins Visier nehmen. Wo künftig die Grenzlinie zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem liegen wird, ist allerdings noch offen.

Hansueli Schöchli

Absprachen zwischen Konkurrenten sind meist schädlich. Das ist ein alter Leitsatz der Wettbewerbsökonomie. Dagegen ist bei Absprachen zum Beispiel zwischen Produzenten und Händlern («Vertikalabreden») das Bild weit weniger klar. Im Rahmen der Debatte um die Preisinsel Schweiz hat aber der Bundesrat dennoch vorgeschlagen, Preis- und Gebietsabsprachen zwischen Akteuren verschiedener Vertriebsstufen im Grundsatz zu verbieten, wobei die betroffenen Firmen im Einzelfall die wirtschaftliche Effizienz als Rechtfertigungsgrund vorweisen könnten.

## Effizienz bisher sekundär

Im geltenden Recht muss die Wettbewerbskommission (Weko) nicht nur die Absprache nachweisen, sondern auch erheben, dass diese den Wettbewerb erheblich einschränkt – was künftig wegfallen soll. Ob das Parlament diese Umverteilung der Beweislast akzeptiert, ist offen. Einiges wird von der Einschätzung über den künftigen Umgang mit dem Effizienznachweis abhängen.

In bisherigen Kartellverfahren hätten Unternehmen seines Wissens noch nie Effizienzgründe als Rechtfertigung vorgebracht, sagt Patrik Ducrey, Vize-Direktor im Weko-Sekretariat. Dies deutet darauf, dass Effizienzgründe vor allem bei harten Vertikalabreden wohl eher theoretischer Natur seien. Weko-Mitglieder und Kartellrechtsanwälte wollen dies so nicht gelten lassen. Nach ihrer Darstellung standen Effizienzargumente bisher eher im Hintergrund, weil sich der Hauptdisput nach geltendem Recht häufig um die Frage drehte, ob der Wettbewerb durch Vertikalabreden erheblich eingeschränkt sei. Und dort, wo die Weko Effizienzgründe erwogen habe, seien diese nicht anerkannt worden. Anwälte verweisen dazu unter anderem auf Entscheide zur Buchpreisbindung (später bestätigt durch das Bundesgericht), zur Preisbindung bei Gartenschere, zu Preisempfehlungen für Potenzmittel sowie zum Gebietschutz bei Gaba (Zahnpasta) und Nikon (Kameras). In den drei letztgenannten Fällen sind allerdings noch Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht hängig. Zu den vorgebrachten Effizienzgründen zählten unter anderem der Schutz des Markenimages, die Verbesserung des Vertriebs, die Senkung der Produktionskosten und der Investitionsschutz bei der Markteinführung neuer Produkte. Kartellrechtsanwälte betonen, dass die Weko bisher noch in keinem Fall vorgebrachte Effizienzgründe akzeptiert habe.

## Schwieriger Nachweis

Nach den Plänen des Bundesrats soll nun die Effizienzfrage bei Verfahren über Vertikalabreden rascher in den Vordergrund rücken. Anwälte erachten den Nachweis der wirtschaftlichen Effizienz von Vertikalabreden als sehr schwierig. Wenn die Rechtfertigungsgründe mit der geltenden Vertikalabredenkennzeichnung der Weko vergleichbar seien und die Beweislast bei den Behörden liege, entspreche die geplante Regelung in diesem Punkt der heutigen Praxis, ergänzt Weko-Mitglied Thomas Pletscher vom Wirtschaftsdachverband Economiesuisse. Allerdings sei in der Vorlage des Bundesrates nicht klar, wo



Die Wettbewerbskommission – im Bild Präsident Martenet (r.) und Sekretariatsdirektor Corazza – soll Vertikalabreden strikter ahnden. ALESSANDRO DELLA VALLE / KEYSTONE

die Beweislast künftig liegen solle. In Dokumenten aus dem Volkswirtschaftsdepartement wird jedoch die Absicht deutlich, dass die Beweislast bei den betroffenen Unternehmen sein soll – dass somit eine a priori verbotene Abrede unzulässig bleiben soll, wenn ihre wirtschaftliche Effizienz unklar sei. Die Unternehmen kennen laut den Behörden die ökonomischen Gründe für eine Abrede selbst am besten.

## Die vier Kernfragen

Als Ausgangspunkt in der Beurteilung sollen Abreden wie bisher als effizient gelten, wenn sie den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen und nötig sind zur Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten, zur Verbesserung von Produkten, zur Forschungsförderung oder zur rationelleren Nutzung von Ressourcen. Die Beurteilungskriterien sollen sich stark an die Vertikalbekanntmachung der Weko von 2010 und an die EU-Regeln anlehnen. Der Bund weist auf vier Leitfragen in der EU, die den Firmen in der Selbsteinschätzung helfen sollen: Ist die Abrede zur Erreichung des Effizienzziels geeignet, ist sie die mildeste Abredeform zur Erreichung des Effizienzziels, ist sie verhältnismässig gemäss Abwägung Effizienzgewinne contra Wettbewerbswirkungen, und bleibt in jedem Fall ein genügender Restwettbewerb?

Qualitativ wenig schwerwiegende Abreden, also solche, die weder Preis- noch Gebietsabsprachen umfassen, sollen in der Regel ohne Einzelfallprüfung zugelassen sein, wenn die beteiligten Firmen einen bestimmten Marktanteil nicht überschreiten. Mögliche Richtgrößen sind 15% oder 30%. Preisempfehlungen gelten derweil vor allem dann als harte Preisabreden, wenn finanzielle Anreize oder Sanktionen, zum Beispiel Rabatte oder deren Entzug, damit verbunden sind.

Für Mengen- und Preisabreden ist zugunsten kleinerer Betriebe eine Sonderregel in Diskussion, wonach bei sehr geringen Marktanteilen beteiligter Firmen (zum Beispiel unter 5%) die Weko auf eine Intervention verzichten würde.

## Liste von Rechtfertigungen

Doch wie könnten Unternehmen mit Marktanteilen über einer solchen Interventionsschwelle vertikale Preis- oder Gebietsabreden rechtfertigen? Der Bund plant, die in der Weko-Vertikalbekanntmachung genannten Rechtfertigungsgründe in der Verordnung zum revidierten Kartellgesetz zu verankern. Genannt sind unter anderem der zeitlich begrenzte Schutz von Investitionen in neuen Märkten, die Sicherung der Einheitlichkeit und Qua-

lität von Produkten, die Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmassnahmen (wenn zum Beispiel ein Händler als Trittbrettfahrer von den Bemühungen eines anderen Händlers profitiert) und die Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags (wenn Hersteller und Händler gleichzeitig über gewisse Marktmacht verfügen). Die Schweizer Liste der Rechtfertigungen entspricht weitgehend den EU-Leitlinien zu den Vertikalabreden und spiegelt im Wesentlichen auch die idealtypischen Szenarien aus der ökonomischen Literatur mit potenziellen Effizienzgewinnen von Vertikalabreden. Doch vom theoretischen Konstrukt zum Nachweis in der Praxis ist es meist ein grosser Schritt.

## Problem der Trittbrettfahrer

Die Aufführung eines Tatbestands in der Liste der Rechtfertigungsgründe ist zudem selbst mit einem Nachweis noch keine Garantie für die Zulässigkeit: Die betreffende Abrede muss auch die mildeste Abredeform sein, welche das Effizienzziel erreicht. Eine klassische Illustration liefert das Trittbrettfahrer-Problem. Ein Produzent will zum Beispiel, dass seine Händler ein Mindestmass an Marketingmassnahmen und Beratungsdienstleistungen erbringen. Doch die Händler zögern, weil sie befürchten, dass Konkurrenzhändler gratis davon profitieren könnten, etwa wenn sich ein Kunde die Beratung im teuren Geschäft holt, den Einkauf dann aber beim billigeren Anbieter tätigt. Eine Antwort auf dieses Problem wären Gebietsabsprachen des Produzenten mit seinen Händlern, doch eine Lösung wäre gemäss EU-Behörden auch mit einer mildereren Form der Abrede möglich – mit Vorgaben bezüglich Marktförderungsmassnahmen und Beratungsdienstleistungen für sämtliche betroffenen Händler.

Gebietsabsprachen könnten laut Dokumenten der EU besonders bei neuen Markteintritten zugelassen werden, da die betreffenden Händler damit eher die nötigen Aufbauinvestitionen tätigen und der Markteintritt eines neuen Produzenten eine Verstärkung des Wettbewerbs zwischen den Marken verspricht.

Wie weit künftig die Behörden und Gerichte in der Schweiz unter einem revidierten Kartellgesetz tatsächlich noch vertikale Preis- und Gebietsabsprachen zulassen würden, bleibt aber vorderhand offen. Auch die EU-Praxis gibt nur beschränkte Hinweise darauf. Laut Kartellanwälten hat die EU bis vor kurzem harte Vertikalabreden nur sehr beschränkt zugelassen und die Regeln erst seit 2010 etwas gelockert. Unter dem neueren EU-Regime liegt gemäss Beobachtern noch keine ausgedehnte Rechtsprechung vor.

Rechnungslegung

## Der Reingewinn als Wunschgrösse

Christoph G. Schmutz · Der Geldfluss, so hat Pablo Fernández einen Aufsatz betitelt, ist ein Fakt, der Reingewinn aber bloss eine Meinung. Was der Corporate-Finance-Professor der Navarra-Universität in Madrid damit aussagen wollte, hat Professor Ulf Schiller anlässlich seiner Antrittsvorlesung als Inhaber der PwC-Stiftungsprofessur Accounting an der Universität Basel demonstriert: Er zeigte auf einer Folie die von den Bergbahnen Adelboden (BA) für die Jahre 2004 bis 2011 ausgewiesenen Jahresgewinne. Erstaunlicherweise scheinen Finanzkrisen, Witterturbulenzen und die Euro-Schwäche dem Gewinn der Bergbahn nichts anhaben zu können. Der Hinweis, dass es sich bei den samt und sonders im zweistelligen Bereich liegenden Zahlen weder um Millionen noch Tausende Franken handelt, löste im Publikum Erheiterung aus. Der Bericht für das im Mai endende Geschäftsjahr, der von PwC geprüft worden ist, weist nämlich einen Reingewinn von 19 Fr. aus.

Dieser Betrag kann insofern als «Meinung» bezeichnet werden, als er von der Geschäftsleitung durch relativ subjektive Buchungen wie Rückstellungen und Abschreibungen beeinflusst werden kann. Will man dagegen etwas mehr Neutralität, muss man entweder in der Erfolgsrechnung etwas höher «klettern» oder einen Blick in die Geldflussrechnung werfen. Letztere wird von den BA ebenfalls

ausgewiesen, obwohl das vom Gesetz (noch) nicht vorgeschrieben wird.

Die BA haben für den ersten Teil, den «Cashflow» aus Geschäftstätigkeit, die indirekte Methode gewählt. Dafür haben sie alle nichtmonetären Posten, die vorher abgezogen worden sind, wieder zum Reingewinn dazugerechnet. So erscheinen stolze 5 Mio. Fr., welche die BA für Abschreibungen zur Seite gestellt hat, was natürlicherweise keine Geldtransaktion zur Folge hatte. Der operative Betrieb der Adelbodner brachte 2011/12 unter dem Strich 5,4 Mio. Fr. «Cash» ein. Diese Mittel nutzte man für Investitionen (2,5 Mio. Fr.) und zur Rückzahlung von Darlehen und Leasingverbindlichkeiten (2,4 Mio. Fr.). Die verbleibenden 0,5 Mio. Fr. liessen den Kassenbestand von 4,3 Mio. Fr. Ende Geschäftsjahr 2011 auf 4,8 Mio. Fr. 2012 anwachsen. Im Vorjahr (Reingewinn 12 Fr.) sind 3,6 Mio. Fr. aus der Geschäftstätigkeit hereingekommen; 1,7 Mio. Fr. davon wurden für Investitionen benutzt, und 4,3 Mio. Fr. waren in die Rückzahlung von Fremdkapital geflossen. Hierzu entnahmen die Oberländer gemäss Adam Riese 2,5 Mio. Fr. der Kasse.

Die beiden Geschäftsjahre sehen also ziemlich verschieden aus, obwohl der Reingewinn praktisch identisch ist. Wer nur Zeit für einen flüchtigen Blick hat, schaut sich also lieber die Geldflussrechnung als den Reingewinn eines Unternehmens an.

ANZEIGE

NZZ Weiter gedacht.



## Bringt Tiefe auf jede Oberfläche.

Immer und überall bestens informiert – mit der gedruckten und der digitalen Ausgabe.  
abo.nzz.ch.

Neue Zürcher Zeitung

# Schärfere Regeln für Absprachen

*Schwieriger Nachweis der wirtschaftlichen Effizienz von Vertikalabreden*

Im Rahmen der Debatte um die Preisinsel Schweiz will der Bundesrat Absprachen zwischen Produzenten und Händlern stärker ins Visier nehmen. Wo künftig die Grenzlinie zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem liegen wird, ist allerdings noch offen.

*Hansueli Schöchli*

Absprachen zwischen Konkurrenten sind meist schädlich. Das ist ein alter Leitsatz der Wettbewerbsökonomie. Dagegen ist bei Absprachen zum Beispiel zwischen Produzenten und Händlern («Vertikalabreden») das Bild weit weniger klar. Im Rahmen der Debatte um die Preisinsel Schweiz hat aber der Bundesrat dennoch vorgeschlagen, Preis- und Gebietsabsprachen zwischen Akteuren verschiedener Vertriebsstufen im Grundsatz zu verbieten, wobei die betroffenen Firmen im Einzelfall die wirtschaftliche Effizienz als Rechtfertigungsgrund vorweisen könnten.

## Effizienz bisher sekundär

Im geltenden Recht muss die Wettbewerbskommission (Weko) nicht nur die Absprache nachweisen, sondern auch belegen, dass diese den Wettbewerb erheblich einschränkt – was künftig wegfallen soll. Ob das Parlament diese Umverteilung der Beweislast akzeptiert, ist offen. Einiges wird von der Einschätzung über den künftigen Umgang mit dem Effizienznachweis abhängen.

In bisherigen Kartellverfahren hätten Unternehmen seines Wissens noch nie Effizienzgründe als Rechtfertigung vorgebracht, sagt Patrik Ducrey, Vize-Direktor im Weko-Sekretariat. Dies deutet darauf, dass Effizienzgründe vor allem bei harten Vertikalabreden wohl eher theoretischer Natur seien. Weko-Mitglieder und Kartellrechtsanwälte wollen dies so nicht gelten lassen. Nach ihrer Darstellung standen Effizienzargumente bisher eher im Hintergrund, weil sich der Hauptdisput nach geltendem Recht häufig um die Frage drehte, ob der Wettbewerb durch Vertikalabreden erheblich eingeschränkt sei. Und dort, wo die Weko Effizienzgründe erwogen habe, seien diese nicht anerkannt worden. Anwälte verweisen dazu unter anderem auf Entscheide zur Buchpreisbindung (später bestätigt durch das Bundesgericht), zur Preisbindung bei Gartenschere, zu Preisempfehlungen für Potenzmittel sowie zum Gebiets-

schutz bei Gaba (Zahnpasta) und Nikon (Kameras). In den drei letztgenannten Fällen sind allerdings noch Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht hängig. Zu den vorgebrachten Effizienzgründen zählten unter anderem der Schutz des Markenimages, die Verbesserung des Vertriebs, die Senkung der Produktionskosten und der Investitionsschutz bei der Markteinführung neuer Produkte. Kartellrechtsanwälte betonen, dass die Weko bisher noch in keinem Fall vorgebrachte Effizienzgründe akzeptiert habe.

## Schwieriger Nachweis

Nach den Plänen des Bundesrats soll nun die Effizienzfrage bei Verfahren über Vertikalabreden rascher in den Vordergrund rücken. Anwälte erachten den Nachweis der wirtschaftlichen Effizienz von Vertikalabreden als sehr schwierig. Wenn die Rechtfertigungsgründe mit der geltenden Vertikalbekenntmachung der Weko vergleichbar seien und die Beweislast bei den Behörden liege, entspreche die geplante Regelung in diesem Punkt der heutigen Praxis, ergänzt Weko-Mitglied Thomas Pletscher vom Wirtschaftsdachverband Economiesuisse. Allerdings sei in der Vorlage des Bundesrates nicht klar, wo die Beweislast künftig liegen solle. In Dokumenten aus dem Volkswirtschaftsdepartement wird jedoch die Absicht deutlich, dass die Beweislast bei den betroffenen Unternehmen sein soll – dass somit eine a priori verbotene Abrede unzulässig bleiben soll, wenn ihre wirtschaftliche Effizienz unklar sei. Die Unternehmen kennen laut den Behörden die ökonomischen Gründe für eine Abrede selbst am besten.

## Die vier Kernfragen

Als Ausgangspunkt in der Beurteilung sollen Abreden wie bisher als effizient gelten, wenn sie den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen und nötig sind zur Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten, zur Verbesserung von Produkten, zur Forschungsförderung oder zur rationelleren Nutzung von Ressourcen. Die Beurteilungskriterien sollen sich stark an die Vertikalbekenntmachung der Weko von 2010 und an die EU-Regeln anlehnen. Der Bund verweist auf vier Leitfragen in der EU, die den Firmen in der Selbsteinschätzung helfen sollen: Ist die Abrede zur Erreichung des Effizienzziels geeignet, ist sie die mildeste Abredeform zur Erreichung des Effizienzziels, ist sie verhält-

nismässig gemäss Abwägung Effizienzgewinne contra Wettbewerbswirkungen, und bleibt in jedem Fall ein genügender Restwettbewerb?

Qualitativ wenig schwerwiegende Abreden, also solche, die weder Preis- noch Gebietsabsprachen umfassen, sollen in der Regel ohne Einzelfallprüfung zugelassen sein, wenn die beteiligten Firmen einen bestimmten Marktanteil nicht überschreiten. Mögliche Richtgrößen sind 15% oder 30%. Preisempfehlungen gelten derweil vor allem dann als harte Preisabreden, wenn finanzielle Anreize oder Sanktionen, zum Beispiel Rabatte oder deren Entzug, damit verbunden sind.

Für Mengen- und Preisabreden ist zugunsten kleinerer Betriebe eine Sonderregel in Diskussion, wonach bei sehr geringen Marktanteilen beteiligter Firmen (zum Beispiel unter 5%) die Weko auf eine Intervention verzichten würde.

## Liste von Rechtfertigungen

Doch wie könnten Unternehmen mit Marktanteilen über einer solchen Interventionsschwelle vertikale Preis- oder Gebietsabreden rechtfertigen? Der Bund plant, die in der Weko-Vertikalbekenntmachung genannten Rechtfertigungsgründe in der Verordnung zum revidierten Kartellgesetz zu verankern. Genannt sind unter anderem der zeitlich begrenzte Schutz von Investitionen in neuen Märkten, die Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität von Produkten, die Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmaßnahmen (wenn zum Beispiel ein Händler als Trittbrettfahrer von den Bemühungen eines anderen Händlers profitiert) und die Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags (wenn Hersteller und Händler gleichzeitig über gewisse Marktmacht verfügen). Die Schweizer Liste der Rechtfertigungen entspricht weitgehend den EU-Leitlinien zu den Vertikalabreden und spiegelt im Wesentlichen auch die idealtypischen Szenarien aus der ökonomischen Literatur mit potenziellen Effizienzgewinnen von Vertikalabreden. Doch vom theoretischen Konstrukt zum Nachweis in der Praxis ist es meist ein grosser Schritt.

## Problem der Trittbrettfahrer

Die Aufführung eines Tatbestands in der Liste der Rechtfertigungsgründe ist zudem selbst mit einem Nachweis noch keine Garantie für die Zulässigkeit: Die betreffende Abrede muss auch die mil-



deste Abredeform sein, welche das Effizienzziel erreicht. Eine klassische Illustration liefert das Trittbrettfahrer-Problem. Ein Produzent will zum Beispiel, dass seine Händler ein Mindestmass an Marketingmassnahmen und Beratungsdienstleistungen erbringen. Doch die Händler zögern, weil sie befürchten, dass Konkurrenzhändler gratis davon profitieren könnten, etwa wenn sich ein Kunde die Beratung im teuren Geschäft holt, den Einkauf dann aber beim billigeren Anbieter tätigt. Eine Antwort auf dieses Problem wären Gebietsabsprachen des Produzenten mit seinen Händlern, doch eine Lösung wäre gemäss EU-Behörden auch mit einer milderen Form der Abrede möglich – mit Vorgaben bezüglich Marktförderungsmassnahmen und Beratungsdienstleistungen für sämtliche betroffenen Händler.

Gebietsabsprachen könnten laut Dokumenten der EU besonders bei neuen Markteintritten zugelassen werden, da die betreffenden Händler damit eher die nötigen Aufbauinvestitionen tätigen und der Markteintritt eines neuen Produzenten eine Verstärkung des Wettbewerbs zwischen den Marken verspricht.

Wie weit künftig die Behörden und Gerichte in der Schweiz unter einem revidierten Kartellgesetz tatsächlich noch vertikale Preis- und Gebietsabsprachen zulassen würden, bleibt aber vorderhand offen. Auch die EU-Praxis gibt nur beschränkte Hinweise darauf. Laut Kartellanwälten hat die EU bis vor kurzem harte Vertikalabreden nur sehr beschränkt zugelassen und die Regeln erst seit 2010 etwas gelockert. Unter dem neueren EU-Regime liegt gemäss Beobachtern noch keine ausgedehnte Rechtsprechung vor.