

Besprechung / Compte rendu

Die Beurteilung von Fusionen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht

ELIANE E. GANZ

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2004, 242 Seiten, CHF 68.–, ISBN 3-7255-4736-X

Beim besprochenen Werk handelt es sich um die von PROF. DR. ROGER ZÄCH betreute und in den Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht als Nr. 227 erschienene Dissertation der Autorin. Im ersten Kapitel führt die Autorin konzis in das Thema ein, unter Behandlung der wirtschaftlichen Hintergründe und der Leitentscheide.

Das zweite Kapitel skizziert den wirtschaftstheoretischen Hintergrund von Oligopolen. Die statischen Oligopolmodelle (Cournot, Bertrand), sind als «one shot games» nicht realistisch und führen – je nach den getroffenen Annahmen – zu unterschiedlichen Ergebnissen. Aufgrund dieser Kritik wurden dynamische Modelle entwickelt. Im Zentrum stehen die Spieltheorie respektive das sog. «Gefangenendilemma». Die Spieltheorie kann helfen, aufzuzeigen, ob das kollusive Ergebnis zustande kommt. Das Modell kann aber nie ausreichende Bedingungen für eine Kollusion festsetzen. Der jungen evolutivischen Spieltheorie ist es noch nicht gelungen, eine allgemeine Theorie des Oligopols zu entwickeln. Weiter wird die wirtschaftstheoretische Erfassung der Auswirkungen von Zusammenschlüssen in oligopolistischen Märkten behandelt, insbesondere die Abgrenzung zwischen koordinierten und unilateralen Effekten. Die Autorin kommt zu den folgenden Schlussfolgerungen: Erstens, kann die Theorie nicht voraussagen, ob eine gewisse oligopolistische Marktstruktur zu perfektem Wettbewerb, zu einem wettbewerbsbeschränkenden Resultat oder zu einem Zwischenergebnis führt. Zweitens, führt das bloße Vorhandensein von oligopolistischer Abhängigkeit nicht zwingend zu einem kollusiven Ergebnis. Neben koordinierten Effekten kann ein Zusammenschluss auch unilaterale Effekte zur Folge haben.

Das dritte Kapitel behandelt den rechtlichen Begriff der kollektiven Marktbeherrschung und gibt eine Übersicht der Definitionen welche, durch die europäischen Wettbewerbsbehörden und durch die Schweizerische Wettbewerbskommission entwickelt wurden. Die Autorin fasst zunächst die Leitsätze der wichtigsten Entscheidungen und Urteile zusammen, kommentiert diese, stellt sie in den Gesamtzusammenhang und setzt sich mit Lehrmeinungen auseinander. Danach behandelt sie die Unterscheidung zwischen stillschweigender Koordination, bewusstem bzw. reinem Parallelverhalten und abgestimmter Verhaltensweise sowie beleuchtet die unterschiedlichen Zielsetzungen betreffend kollektiver Marktbeherrschung im europäischen und im schweizerischen Recht. Als erste Schlussfolgerung ergibt sich, dass zumindest vor Airtours/First Choice im europäischen Wettbewerbsrecht kollektive Marktbeherrschung mit dem ökonomischen Konzept stillschweigender Kollusion gleichgesetzt wurde. Im Laufe der Zeit fand eine Präzisierung statt, was das Erfordernis der Verbindung zwischen den Unternehmen anbelangt. Heute ist anerkannt, dass sich eine solche Verbindung auch allein aus der oligopolistischen Interdependenz ergeben kann. Mit Ausnahme von Airtours/ First Choice wird ferner verlangt, dass wirksamer Wettbewerb erheblich behindert wird. Schliesslich werden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nur Wahrscheinlichkeitsaussagen gemacht. Den Fällen der Schweizer Wettbewerbskommission ist gemeinsam, dass eine Prüfung der Wahrscheinlichkeit eines kollusiven Verhaltens vorgenommen wird. Die Definition der kollektiven Marktbeherrschung ist jedoch nicht einheitlich. In der Schweiz findet keine Gleichsetzung mit dem ökonomischen Konzept der stillschweigenden Kollusion statt.

Das vierte Kapitel behandelt die Entstehung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung durch Fusion. Zunächst werden die Begriffe der Fusion, der Begründung oder Verstärkung kollektiver Marktbeherrschung sowie der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs darge-

stellt. Kern dieses Kapitels bildet die Analyse der einzelnen Beurteilungskriterien. Bezüglich der Marktstruktur behandelt die Autorin die folgenden Kriterien: Abgrenzung zwischen Oligopolmitgliedern und «fringe» Unternehmen; Marktkonzentration; Marktanteile im Laufe der Zeit; Anzahl der Oligopolmitglieder. Unter dem Titel Marktcharakteristika werden die folgenden Kriterien analysiert: Produkthomogenität; geringes Marktwachstum; geringe Preiselastizität/Nachfrageelastizität; Symmetrien zwischen den Wettbewerbern; Markttransparenz; Marktzutritts- und austrittsschranken; Fehlen ausgleichender Marktmacht der Marktgegenseite; geringe Innovationsrate; Kapazitätsüberschuss; strukturelle und geschäftliche Verbindungen; Multimarktbeziehungen; Sanktionsmechanismus; Mass und Natur des Wettbewerbs in der Vergangenheit. Unter ausgleichende Vorteile werden behandelt im europäischen Wettbewerbsrecht die Kriterien Effizienzvorteile, soziale und wirtschaftliche Überlegungen und die Sanierungsfunktion und im schweizerischen Wettbewerbsrecht die Kriterien Gesamtmarktbeurteilung, Marktentwicklung und Stellung im internationalen Wettbewerb, Sanierungsfusion und ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen.

Das fünfte Kapitel befasst sich mit den Rechtsfolgen von kollektiver Marktbeherrschung. Auf diese geht die Autorin im Sinne eines Überblicks ein und setzt den Schwerpunkt auf die Zusagenpraxis der europäischen und schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Ferner werden mögliche Sanktionen aufgezeigt.

Im sechsten Kapitel würdigt die Autorin kritisch die bisherige Rechtsprechung. Es ist demnach nicht möglich abschliessend zu sagen, ob die Kommission im Entscheid *Airtours/ First Choice* bewusst in Erwägung gezogen hat, den Begriff kollektive Marktbeherrschung auszuweiten, indem sie eher das rationale, unilaterale Verhalten der Marktteilnehmer anschaute als ihre stillschweigende Koordination. Selbst wenn dieser Kommissionsentscheid so interpretiert werden könnte, dass kollektive Marktbeherrschung auch das Resultat von unilateralem Verhalten sein kann, so existiert keine entsprechende Praxis der Gerichte. Bezüglich des Urteils *Airtours v. Kommission*, welches die Untersagung des Zusammenschlusses *Airtours/First Choice* nichtig erklärt hat, bedauert die Autorin, dass das EuG nicht explizit zur Kontroverse in der Lehre über *Airtours/First Choice* und zu den unilateralen Effekten Stellung genommen hat. Letztlich habe das EuG – trotz abstrakter Äusserungen zur kollektiven Marktbeherrschung – nicht klargestellt, ob kollektive Marktbeherrschung zwingend mit dem ökonomischen Konzept der stillschweigenden Kollusion gleichzusetzen ist. Die Autorin begrüsst aber das Urteil dahingehend, dass die Kommission angehalten wird, einen höheren wirtschaftlichen Standard der Prüfung anzuwenden. Zudem habe das EuG eine grosse Detailgenauigkeit bei der Nachweisung von Darlegungs- und Beurteilungsmängeln der Kommission gezeigt. Die Autorin fasst schliesslich die europäische Praxis in Sachen kollektiver Marktbeherrschung zusammen. Der Rahmen in welchem die Marktcharakteristika geprüft werden, setzen die vom EuG in *Airtours v. Kommission* festgelegten Faktoren fest. Die Erfüllung dieser Faktoren ist jedoch gemäss der Autorin keine ausreichende Bedingung für Koordination und kann deshalb keinen Ersatz für eine sorgfältige Analyse aller involvierten Faktoren sein. Nur die Abwägung der verschiedenen kollusionsfördernden und -hemmenden Marktcharakteristika im Rahmen einer detaillierten Einzelfallbetrachtung ist ein praktikabler Ansatz. Aber auch dann lässt sich der Effekt nicht mit absoluter Sicherheit vorhersagen, sodass Vorsicht geboten ist. Die Schweizer Praxis zur kollektiven Marktbeherrschung ist noch jung. Sie hat sich an der Praxis der europäischen Kommission ausgerichtet und grundsätzlich dieselben Kriterien geprüft. In der Schweiz scheint die Frage, ob unilaterale Effekte auch unter der kollektiven Marktbeherrschung zu erfassen sind, noch kein Thema zu sein.

Im siebten Kapitel skizziert die Autorin die mögliche Zukunft der Kontrolle von Zusammenschlüssen in oligopolistischen Märkten. Bezüglich der Frage eines Wechsels vom Marktbeherrschungstest zum «substantial lessening of competition»- Test bestehen für beide Positionen Argumente. Im Schweizer Recht hat die Revision des Kartellgesetzes gemäss der Autorin keine Auswirkungen auf die kollektive Marktbeherrschung. Bezüglich des Weltkartellrechts wird ein weltweites, gemeinsames Verständnis der wettbewerbsrechtlichen Grundnormen, welche als Basis für die Festlegung eines gemeinsamen kartellrechtlichen Mindeststandards dienen können, stipuliert.

Im achten Kapitel kommt die Autorin zur Schlussfolgerung, dass unabhängig ob der Begriff der kollektiven Marktbeherrschung ausgedehnt wird, die Vielfalt von Lebenssituationen verhindern dürfte, dass die Analyse von Oligopolen zu einem mechanischen Prozess verkommt. Die Prüfung von Zusammenschlüssen in einem oligopolistischen Markt wird eine hoch komplexe Aufgabe bleiben. Ihr wird eine immer grössere Bedeutung zukommen, da dies der einzige Weg ist, Marktstrukturen zu verhindern,

welche durch eine kleine Anzahl von Marktteilnehmern errichtet werden, die über die Möglichkeit verfügen, ungebührliche Marktmacht zum Schaden der Wirtschaft und der Konsumenten auszuüben.

Das Werk der Autorin handelt das aktuelle Thema akribisch ab. Entsprechend zahlreich sind präzise Zitate, die Auseinandersetzung mit Lehrmeinungen, Vergleiche zwischen dem schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht sowie die Vernetzung und Kommentierung von Entscheidungen, Urteilen und Lehrmeinungen. Darin liegt zugleich auch die Schwäche. Aufgrund des Umfangs des Themas und der Akribie bleibt teilweise wenig Raum für die Entwicklung von eigenen Ideen. Das Werk ist insgesamt sehr gelungen. Insbesondere die Analyse der einzelnen Beurteilungskriterien bei Zusammenschlüssen zur Feststellung von kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen im vierten Kapitel sowie die kritische Würdigung der bisherigen Rechtsprechung im sechsten Kapitel sind für jeden Wettbewerbsrechtler ein Muss. Überhaupt dürfte das Werk für jeden Praktiker von grossem Nutzen sein.

Boris Etter, Rechtsanwalt, LL.M., Zürich