

Daniel Emch*

Das Verhältnis zwischen unzulässigen Wettbewerbsabreden und unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Lichte des Konzepts der kollektiven Marktbeherrschung

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung
 1. Begriff der kollektiven Marktbeherrschung
 - a) Gesetzliche Definition (Art. 4 Abs. 2 KG)
 - b) Kollektive Marktbeherrschung als Konzept der kartellrechtlichen Erfassung oligopolistisch strukturierter Märkte
 - c) Kollusion als Schlüsselvoraussetzung für die Entstehung einer kollektiven Marktbeherrschung
 - d) Ergebnis
 2. Ökonomische Grundlagen der kollektiven Marktbeherrschung
 - a) Klassische Oligopoltheorie: die Modelle von Cournot und Bertrand
 - b) Linearer Struktur-/Verhaltens-/Ergebnisansatz
 - c) Der Beitrag der Spieltheorie (Neue Industrieökonomik)
 - d) Ergebnis
- III. Praxis der Wettbewerbskommission
 1. Die Praxis der Wettbewerbskommission in Unternehmenszusammenschlussverfahren
 2. Die Praxis der Wettbewerbskommission zur Missbrauchsaufsicht
 - a) Untersuchung betreffend Mobilfunkmarkt
 - b) Untersuchung betreffend Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft
 3. Beurteilung der Praxis
- IV. Schlussfolgerungen
- V. Zusammenfassung: schematische Darstellung
 1. Terminologie
 2. Spielarten des gleichförmigen Verhaltens im Oligopol und deren Rechtsfolgen

I. Einleitung

Mit Verfügung vom 18. November 2002 stellte die Wettbewerbskommission (im Folgenden: Weko) fest, dass die vier grössten in der Schweiz ansässigen Kreditkarten-Aquirer, Corner Banca SA, Telekurs Europay AG, Swissscard AECS AG sowie UBS Card Center AG, im Markt für den Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft) eine kollektiv marktbeherrschende Stellung einnehmen würden. Diese Stellung habe es den Aquirer erlaubt, den Händlern die sog. «Nichtdiskriminierungsklausel» aufzuzwingen. Die Nichtdiskriminierungsklausel untersagt den Händlern, die Kreditkartenkommission auf die Konsumenten zu überwälzen oder von Kunden, die andere Zahlungsmittel verwenden, tiefere Preise zu verlangen. Indem die Klausel die Händler in ihrer Preisfestsetzungsfreiheit beschränke, stelle sie eine unangemessene Geschäftsbedingung und somit einen Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung dar. Die Weko hat die Nichtdiskriminierungsklausel aus diesem Grunde untersagt. Letzthin wurde die Verfügung zusammen mit den dazugehörigen Erwägungen publiziert¹. In den Motiven dieser Verfügung hat sich die Weko zum ersten Mal im Rahmen eines KG-7-Verfahrens ausführlich zum Konzept der kollektiven Marktbeherrschung geäußert und (zumindest implizit) Aufschlussreiches zum Verhältnis zwischen dem Abredetatbestand (Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG) und der Missbrauchsaufsicht (Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG) erwogen.

Die Begründung des «Kreditkartenentscheids» der Weko soll zum Anlass genommen werden, nach einem kurzen Überblick über allgemeine Fragen des Konzepts und dessen ökonomische Grundlagen insbesondere die in der wettbewerbsrechtlichen Literatur bislang offene Frage des Verhältnisses zwischen Art. 7 KG und Art. 5 KG im Spannungsfeld der kollektiven Marktbeherrschung zu klären. Im Vordergrund der nachfolgenden Ausführungen sollen die «Brennpunkte»

* Lic. iur. Daniel Emch, Fürsprecher, ist Assistent am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern (Prof. Dr. Roland von Büren). Der Autor dankt lic. oec. HSG Samuel Hadorn, lic. rer. pol. Thomas Grob sowie lic. iur. Bernhard Keller, Fürsprecher, für die wertvollen Hinweise. Der vorliegende Beitrag basiert auf der im April 2000 an der Universität Bern eingereichten Lizentiatsarbeit «Die kollektive Marktbeherrschung im schweizerischen Kartellrecht». Das Manuskript wurde am 24. Juni 2003 fertig gestellt.

¹ RPW 2003/1, 106 ff. «Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft».

der Beurteilung oligopolistischer Märkte stehen. Probleme, die sich bei der Erfassung kartellrechtlicher Sachverhalte allgemein stellen, wie die Abgrenzung des relevanten Marktes oder die Beurteilung der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede, werden der Übersichtlichkeit halber weglassen.

II. Das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung

1. Begriff der kollektiven Marktbeherrschung

a) Gesetzliche Definition (Art. 4 Abs. 2 KG)

Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder *mehrere Unternehmen*, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten². Marktbeherrschend können nach dieser Legaldefinition also auch *mehrere Unternehmen gemeinsam* sein. Eine gesetzliche Grundlage für das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung ist damit in Art. 4 Abs. 2 KG explizit enthalten³. Diese Definition ist sowohl im Rahmen der Missbrauchsaufsicht (Art. 7 Abs. 1 KG) als auch bei der Fusionskontrolle (Art. 10 Abs. 2 KG) für die Beurteilung der (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung massgebend⁴.

² Das Kartellgesetz (und damit auch Art. 4 Abs. 2 KG) wurde mit Beschluss der Bundesversammlung vom 20. Juni 2003 teilrevidiert (vgl. hierzu die Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 ff. sowie *Krauskopf Patrick/Senn Dorothea*, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, 3 ff.). Die neue Formulierung von Art. 4 Abs. 2 KG lautet folgendermassen: «Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (*Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern*) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.» Aus dieser Präzisierung des Marktbeherrschungsbegriffes ergeben sich m.E. für das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung keine materiellen Änderungen.

³ Vgl. dazu ausführlich von *Ballmoos Thomas*, Kollektive Marktbeherrschung im schweizerischen Fusionskontrollrecht – eine erste Lagebeurteilung, SJZ 95 (1999) 490 m.w.H. und *Clerc Evelyne*, in: *Tercier Pierre/Bovet Christian* (ed.), *Commentaire Romand, Droit de la Concurrence*, Genève/Bâle/Munich 2002, Art. 4 al. 2 L Cart N 147. Für das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage sprach sich auch die Weko aus, und zwar in RPW 1998/2, 242 Rz. 131, «Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand»; a.M. *Schmidhauser Bruno*, in: *Homburger Bruno* et al. (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1996/1997, Art. 4 N 53: «[Es] würde zur eher grotesken Situation führen, dass zwei oder mehr Unternehmen, die unter sich sowohl im Angebots- wie im Nachfragewettbewerb stehen, als gleichzeitig marktbeherrschend gelten könnten (...).»

⁴ Von *Ballmoos* (Fn. 3), 490; a.M. *Schmidhauser Bruno*, Der Begriff der «mehreren Unternehmen» im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, in: *Forstmoser Peter* et al. (Hrsg.), *Der Einfluss des europäischen Rechts*, Festschrift für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 439. Vgl. zum Marktbeherrschungsbegriff im Allgemeinen von *Ballmoos Thomas*, Marktbeherrschende Stellung und

b) Kollektive Marktbeherrschung als Konzept der kartellrechtlichen Erfassung oligopolistisch strukturierter Märkte

Die kollektive Marktbeherrschung wird in der Literatur⁵ und von der Weko⁶ auch als «oligopolistische Marktbeherrschung» oder «Marktbeherrschung im Oligopol» bezeichnet. Diese Begriffsbeschreibung veranschaulicht, dass eine kollektive Marktbeherrschung grundsätzlich nur auf einem oligopolistisch strukturierten Markt denkbar ist. Das Oligopol charakterisiert sich seinerseits dadurch, dass auf einem bestimmten Markt nur *wenige* marktanteilsstarke Anbieter auftreten. Anhand der Anzahl Anbieter wird das Oligopol einerseits vom Monopol, bei dem es nur *einen* Anbieter auf dem relevanten Markt gibt, und andererseits vom Polypol, bei dem den Nachfragern *viele* Anbieter mit typischerweise kleinen Marktanteilen gegenüberstehen, abgegrenzt. Bei der Abgrenzung zwischen Oligopol und atomistisch strukturierten Märkten (Polypol) kann aber nicht nur auf das quantitative Kriterium der Anzahl von Anbietern zurückgegriffen werden, sondern es müssen auch qualitative Kriterien berücksichtigt werden. In qualitativer Hinsicht zeichnet sich das Oligopol im Gegensatz zum Polypol dadurch aus, dass die *wenigen* Anbieter in *oligopolistischer Interdependenz* zueinander stehen⁷. Demgegenüber hat der einzelne Wettbewerber im atomistisch strukturierten Markt viel zu wenig Gewicht, als dass er die anderen Marktteilnehmer entscheidend beeinflussen könnte. Die Konkurrenz erscheint dem einzelnen Marktteilnehmer als anonymer Marktmechanismus, dem er sich anzupassen hat⁸. In engen Oligopolen hingegen kann «jede wesentliche Veränderung der Preise, der Produktequalitäten oder

Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe?, AJP 1999 295 ff. Ob sich im EU-Recht der Begriff der gemeinsamen Marktbeherrschung im Sinne des Art. 82 EGV und der Fusionskontrollverordnung deckt, ist unklar, vgl. etwa *Dirksen Dirk*, in: *Langen Eugen/Bunte Hermann-Josef* (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 9. Auflage, Neuwied/Kriftel 2001, Art. 82 N 59.

⁵ Vgl. statt vieler *Stoffel Walter* in: von *Büren Roland/David Lucas* (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, 70.

⁶ RPW 1998/2, 310 Rz. 148 «UBS/SBV».

⁷ *Shepherd William G.*, *The Economics of Industrial Organization*, 3rd ed., Englewood Cliffs 1990, 72 umschreibt den Begriff prägnant: «Oligopoly is about fewness and interdependence.» *Scherrer F.M./Ross David*, *Industrial Market Structure an Economic Performance*, 3rd ed., Boston 1990, 199, führen aus: «Each firm recognizes that its best choice depends upon the choices its rivals make. The firms are interdependent and actually aware of it.» Vgl. dazu auch *Bülow Peter*, Gleichförmiges Unternehmensverhalten ohne Kommunikation, Berlin 1983, 55, *Greminger Werner*, Das Oligopol im schweizerischen Kartellgesetz – Volkswirtschaftliche und rechtliche Aspekte, Bern/Frankfurt am Main, 1971, 31 und *Clerc* (Fn. 3), Art. 4 al. 2 L Cart N 146.

⁸ *Kantzenbach Erhard/Kruse Jörn*, *Kollektive Marktbeherrschung – Das Konzept und seine Anwendbarkeit für die Wettbewerbspolitik*, hrsg. von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Nachdruck, Brüssel/Luxemburg 1987, 13.

der Verkaufsanstrengungen eines Wettbewerbers (...) die Ertragslage der übrigen bis zur Existenzgefährdung verändern.⁹ D.h., ein Oligopol liegt dann vor, wenn zu erwarten ist, dass eine Änderung der Wettbewerbsparameter (Preis, Menge, Ausstattung etc.) eines Oligopolisten die anderen dazu veranlasst, auch ihre Wettbewerbsparameter zu ändern oder zumindest zu überprüfen. Diese wechselseitige Abhängigkeit nimmt vom weiten zum engen Oligopol zu.

c) *Kollusion als Schlüsselvoraussetzung für die Entstehung einer kollektiven Marktbeherrschung*

Die Gefahr für den wirksamen Wettbewerb besteht in engen Oligopolen darin, dass sich die Oligopolisten der strategischen Reaktion der anderen auf ihr eigenes Verhalten bewusst sind¹⁰. Dementsprechend berücksichtigen die Unternehmen die möglichen Reaktionen der Konkurrenten bei der Festlegung ihrer eigenen Wettbewerbsparameter. Das Bewusstsein dieser gegenseitigen Reaktionsverbundenheit hat zur Folge, dass es für die Oligopolunternehmen unter bestimmten Voraussetzungen die einzig rationale Konsequenz ist, das eigene Verhalten auf die anderen Marktteilnehmer abzustimmen¹¹. Das für Oligopole typische gegenseitige Abstimmen des Verhaltens wird als *Kollusion* (engl.: «collusion») oder kollusives Verhalten bezeichnet¹². Bei der *expliziten* Form der Kollusion (engl.: «explicit collusion») wird das Parallelverhalten durch Vereinbarungen sichergestellt. Demgegenüber handelt es sich bei der *impliziten* Form der Kollusion, auch «stillschweigende Kollusion» oder «tacit collusion» genannt, um ein Parallelverhalten, das allein als Folge von Marktstrukturen (gegenseitige Reaktionsverbundenheit) ohne vorgängige Kontaktaufnahme zwischen den Oligopolisten zustande kommt¹³. Indem die Unternehmen nichts anderes tun, «als ihre jeweiligen Pläne autonom und in gewinnoptimierender Weise an den Datenkranz des Marktes anzupassen»¹⁴, bestimmen sie ihr Verhalten *ein-*

seitig und ohne koordiniertes Zusammenwirken. Wie dieser Mechanismus funktioniert, soll anhand eines Beispiels veranschaulicht werden:

Beispiel: Auf einem Markt für ein bestimmtes Gut befindet sich auf der Angebotsseite ein Duopol. Anfangs verkaufen beide Unternehmen (A+B) das Produkt zum «Wettbewerbspreis». In der Hoffnung, dass das Unternehmen B nachziehen wird, erhöht A seinen Preis auf ein unangemessen hohes Niveau. In der Annahme, dass A wieder zum Ausgangspreis zurückkehren würde, wenn es seinen Preis beibehalten würde, erkennt B die Möglichkeit, durch ein Nachziehen langfristig höhere Profite zu realisieren, und gleicht seinen Preis demjenigen von A an.

Indem es den Duopolisten im obigen Beispiel gelingt, ihre Preise über dem wettbewerblichen Niveau abzugleichen, üben sie Marktmacht aus. Oligopole, in denen ein derartiges Parallelverhalten auf Dauer und in stabiler Weise aufrechterhalten werden kann, führen zu denselben verfälschten Marktergebnissen wie Monopole. Aus diesem Grunde werden enge Oligopole auch als «unvollkommene Form des Monopols» bezeichnet¹⁵.

d) *Ergebnis*

Verhalten sich Oligopolunternehmen auf einem eng oligopolistisch strukturierten Markt auf Grund der oligopolistischen Interdependenz in stabiler Weise implizit oder explizit kollusiv (Fehlen wirksamen Binnenwettbewerbs) und sind sie dadurch als Gesamtheit in der Lage, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Unabhängigkeit im Aussenwettbewerb), liegt eine kollektive Marktbeherrschung vor.

2. Ökonomische Grundlagen der kollektiven Marktbeherrschung¹⁶

Die entscheidende Voraussetzung für die Entstehung einer oligopolistischen Marktbeherrschung ist das kollusive Verhalten im Oligopolinnenverhältnis. Aus wettbewerbspolitischer Sicht stellt sich die Frage, ob eine oligopolistische Marktstruktur unweigerlich zu stabiler Kollusion führt und ob Oligopolmärkte aus diesem Grunde genau gleich wie Monopole mit den Instrumenten des Wettbewerbsrechts verhindert bzw. – wenn sie einmal entstanden sind – besonders strikte überwacht werden sollen. Die ökonomische Theorie versucht anhand von Oligopolmodellen Antworten auf diese Frage zu geben.

⁹ Kantzenbach Erhard, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967, 88.

¹⁰ Vgl. dazu Amstutz Marc, Kollektive Marktbeherrschung im europäischen Wettbewerbsrecht, Eine evolutarische Perspektive, Beiträge zur Ordnungspolitik, Nr. 161, hrsg. von Walter Eucken Institut, Tübingen 1999, 11 f.

¹¹ Kantzenbach/Kruse (Fn. 8), 133.

¹² Dieser Begriff, der aus der ökonomischen Literatur stammt, vgl. statt vieler Shepherd (Fn. 7), 74, wird in Sachverhalten kollektiver Marktbeherrschung auch von der Wettbewerbskommission verwendet (vgl. RPW 2003/1, 134 Rz. 159 und 161 «Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft»).

¹³ Montag Frank/von Bonin Anton, Kollektive Marktbeherrschung nach Art. 82 EG und der Fusionskontrollverordnung, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), Neuste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Basel/Genf/München 2002, 339.

¹⁴ Amstutz (Fn. 10), 11.

¹⁵ Enchelmaier Stefan, Europäische Wettbewerbspolitik im Oligopol, Baden-Baden 1997, 74.

¹⁶ Vgl. zum ökonomischen Hintergrund der kollektiven Marktbeherrschung grundlegend und mit zahlreichen Nachweisen Amstutz (Fn. 10), 27 ff.

a) *Klassische Oligopoltheorie: die Modelle von Cournot und Bertrand*

Zum Einstieg sollen die klassischen Modelle von *Cournot* und *Bertrand* vorgestellt werden. Diese sind besonders gut dazu geeignet, die typischen Schwierigkeiten der Oligopoltheorie zu veranschaulichen. Sowohl das Modell von *Cournot* als auch dasjenige von *Bertrand* gehen in ihren Grundannahmen von einem Duopol auf der Angebotsseite aus, wobei die beiden Anbieter aus der Sicht der Nachfrager ein gleichwertiges Gut herstellen. In beiden Modellen weisen die Duopolisten jeweils identische Kostenstrukturen auf und die Durchschnittskosten bleiben unabhängig von der produzierten Menge konstant.

Im sog. *Cournot-Modell*¹⁷ ist die Produktionsmenge die einzige Entscheidungsvariable, die von den Duopolisten beeinflusst werden kann (Mengenwettbewerb). Beide Duopolisten gehen davon aus, dass der Konkurrent künftig jeweils dieselbe Menge wie bis anhin produzieren wird. Ausgehend von dieser Annahme passt jeder Wettbewerber seinen Output Gewinn maximierend an, bis sich der unternehmensindividuelle Grenznutzen mit den Grenzkosten deckt. Im Ergebnis pendelt sich der Preis beim sog. *Cournot-Punkt* ein, der zwischen dem gesamtwirtschaftlich ineffizienten Monopolpreis und dem Wettbewerbspreis (Preis = Grenzkosten) liegt¹⁸.

Beim sog. *Bertrand-Modell*¹⁹ ist hingegen nicht die Menge, sondern der Preis die Entscheidungsvariable, die den Duopolisten für ihre Strategie zur Verfügung steht (Preiswettbewerb). Analog zum *Cournot-Modell* bestimmt jeder Duopolist den Preis für sein Produkt unter der Annahme, dass der Konkurrent den bisherigen Preis unverändert belassen wird. Das *Bertrand-Modell* unterscheidet sich somit nur gerade dadurch vom *Cournot-Modell*, dass es sich beim einzig veränderbaren Wettbewerbsparameter um den Preis und nicht um die Menge handelt. Diese minimale Abwandlung des *Cournot-Modells* führt zu einem diametral entgegengesetzten Ergebnis: Die Duopolisten liefern sich einen erbitterten Preiskampf, der zu demjenigen Preis führt, der bei vollkommener Konkurrenz erwartet wird (Preis = Grenzkosten) und damit dem Wettbewerbspreis entspricht.

¹⁷ *Cournot Antoine Augustin*, Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des Richesses, Paris 1838. Vgl. die ausführlicheren Darstellungen dieses Modells bei *Shepherd* (Fn. 7), 322 ff. und bei *Scherer/Ross* (Fn. 7), 201 ff. und 227 ff.

¹⁸ *Amstutz* (Fn. 10), 28.

¹⁹ *Bertrand Joseph*, Théorie des Richesses: Théorie mathématique de la richesse sociale, par Léon Walras; Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des Richesses, par Augustine Cournot, Journal des Savants 1883 499 ff.; eine Kopie der Originalquelle im pdf-Format kann unter <http://cepa.newschool.edu/het/profiles/bertrand.htm> heruntergeladen werden. Vgl. zum *Bertrand-Modell* auch *Shepherd* (Fn. 7), 328 ff.

Fazit: Die klassischen Oligopolmodelle führen, je nachdem, welche Annahmen der Modellierung zu Grunde gelegt werden, zu ganz unterschiedlichen Resultaten²⁰.

b) *Linearer Struktur-/Verhaltens-/Ergebnis-ansatz*

Die Wettbewerbskommission stützt sich im Grundsatz sowohl in Fusionskontrollverfahren²¹ als auch in der Missbrauchsaufsicht (Art. 7 KG)²² auf einen Ansatz, bei dem anhand der Analyse von verschiedenen Marktstrukturkriterien des betroffenen Marktes beurteilt werden soll, ob mit Kollusion und damit mit einer marktbeherrschenden Stellung zu rechnen ist oder nicht.

Beispiel: Bei hoher Markttransparenz²³ fällt es den Oligopolisten leichter, ihre Wettbewerbsparameter aufeinander abzustimmen. Die Unternehmen brauchen nur auf den Markt zu schauen und die eigenen Wettbewerbsparameter den Werten der Konkurrenz anzupassen. Zusätzlich ist es den Wettbewerbern in einem transparenten Markt möglich, sich gegenseitig zu überwachen und zu kontrollieren. Eine hohe Markttransparenz zählt aus diesen Gründen zu den kollusionsfördernden Strukturmerkmalen. Zeichnet sich ein zu untersuchender Markt durch eine hohe Markttransparenz aus, ist eher mit Kollusion und damit mit einer kollektiven Marktbeherrschung zu rechnen als in einem intransparenten Markt.

Folgende Strukturmerkmale bilden nach Auffassung der Weko Anreize zu kollusivem Verhalten und fördern damit die Bildung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung²⁴:

- hohe Marktkonzentration bzw. geringe Anzahl Marktteilnehmer;

²⁰ *Amstutz* (Fn. 10), 29.

²¹ RPW 1998/2, 244 Rz. 139 «Revisuisse PriceWaterhouse/STG-Coopers & Lybrand»; RPW 1998/2, 310 Rz. 145 «UBS/SBV»; RPW 1998/3, S. 400 f. Rz. 39 «Bell AG/SEG Poulet AG»

²² Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht bildet die Analyse der Marktstruktur allerdings nur den ersten Schritt der Prüfung. In einem zweiten Schritt ist dann anhand des beobachtbaren Verhaltens der Unternehmen zu belegen, dass (zum Zeitpunkt des Missbrauchs) eine kollektive Marktbeherrschung vorliegt und der Wettbewerb beschränkt wird (RPW 2002/1, 123 Rz. 112 «Mobilfunkmarkt»). Bei der Unternehmenszusammenschlusskontrolle, die eine prospektive Sicht bedingt, bei der mit anderen Worten die zukünftige Entwicklung eines Marktes Gegenstand der Marktanalyse bildet, ist die Erbringung eines solchen Nachweises nicht möglich; vgl. dazu *Montag/von Bonin* (Fn. 13), 348.

²³ Vgl. zur kollusionsfördernden Wirkung hoher Markttransparenz etwa *Albers Michael/Hacker Nicole*, in: *Schröter Helmut/Thiham Jakob/Mederer Wolfgang* (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, Art. 2 FKVO N 340 ff., *Gugler Philippe*, Principaux indicateurs de dominance collective dans le cadre du contrôle préventive des concentrations, Revue de Droit des Affaires Internationales RDAI 1998/8, 924; *Clerc* (Fn. 3), Art. 4 al. 2 L Cart N 158; *Immenga Ulrich* in: *Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim* (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band I, München 1997, FKVO N 229 f.; *Briónes Juan*: Oligopolistic Dominance: Is there a Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by the Commission under the Merger Regulation, European Competition Law Review 1995, 342 f.

²⁴ Vgl. RPW 2003/1, 135 ff. Rz. 163 ff. «Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft».

- gemeinsamer Marktanteil von mind. 50%–60%;
- hohe Markttransparenz;
- hohe Marktstabilität (\neq dynamische, wachsende Märkte);
- hohe Marktzutrittschranken bzw. geringer potenzieller Wettbewerb;
- Interessensymmetrie aller an der Marktbeherrschung beteiligten Anbieter;
- Produktehomogenität;
- Kostensymmetrie;
- schwache Stellung der Marktgegenseite;
- grosse Preiselastizität der unternehmensindividuellen Nachfrage.

Diese Vorgehensweise, die von der Marktstruktur auf das Marktverhalten schliesst, geht von der Annahme aus, dass das Verhalten von Unternehmen auf einem bestimmten Markt wesentlich durch dessen Struktur determiniert wird. Der Marktstruktur-/Marktverhaltens-/Marktergebnisansatz (engl.: «structure-conduct-performance approach») wird in der Industrieökonomik als «Mainstream View» bezeichnet. Er wurde insbesondere seit den Dreissigerjahren bis zirka 1970 von der herrschenden Lehre vertreten; man spricht auch vom linearen Struktur-Verhaltens-Ergebnis-Paradigma der alten Harvard-Schule²⁵. Dieses Paradigma ist heute nicht mehr unbestritten. Es wird insbesondere kritisiert, dass auf der Basis einer derart linearen Konzeption, die die Rückkopplungen des Marktergebnisses und des Marktverhaltens auf die Marktstruktur und die sich daraus ergebenden Wechselwirkungen ausblende, keine aussagekräftige Theorie aufgebaut werden könne²⁶.

c) Der Beitrag der Spieltheorie (Neue Industrieökonomik)

In der Neuen Industrieökonomik (New Industrial Economics) wird von derjenigen Optik, die in erster Linie auf die Marktstruktur fokussiert, abgewichen, und zwar indem das Zentrum der Analyse auf das Verhalten der Wettbewerber verschoben wird²⁷. Dieser Ansatz beruht auf den Erkenntnissen der Spieltheorie, welche die einzelnen Markt-

teilnehmer als rationale, Gewinn maximierende Spieler, die in jeder Situation die für sie beste Strategie verfolgen, versteht²⁸. Bei der Festlegung der eigenen Strategie berücksichtigen die Unternehmen bereits die möglichen Strategien der Konkurrenten und die daraus resultierenden Wechselwirkungen. Durch die Analyse der strategischen Verhaltensspielräume oligopolistischer Märkte sollen Erkenntnisse darüber gewonnen werden, in welcher Konstellation Kollusion, *individuell-rational betrachtet*, die dominante Strategie darstellt. Die Neue Industrieökonomik legt das Gewicht ihrer Forschung in erster Linie auf die Frage, welche Faktoren zur Entstehung der impliziten Form der Kollusion führen. Dabei stützt sie sich auf die Konzepte der *nichtkooperativen Spieltheorie*, bei welcher eine Kommunikation zwischen den Spielern, die eine Koordinierung des Verhaltens in verbindlichen Verträgen ermöglichen würde, ausgeschlossen ist²⁹. Die Spieler – für unsere Fragestellung die Oligopolisten – verhalten sich deshalb nur dann kollusiv, wenn diese Strategie aus sich selbst heraus durchsetzbar ist. Ohne detailliert auf die Spieltheorie einzugehen, sei erwähnt, dass im Ergebnis folgende drei Annahmen einer spieltheoretischen Modellierung zu Grunde gelegt werden müssen, damit sich implizite Kollusion als individuell-rationale Strategie durchsetzen kann³⁰:

- Es muss sich um ein unendlich wiederholtes Spiel handeln (Superspiel) oder das Ende des Spiels darf zumindest nicht erkannt werden;
- die zukünftigen Gewinne, die durch eine fortbestehende Kollusion erwirtschaftet werden, müssen die kurzfristigen Auszahlungen des nicht kooperativen Verhaltens überwiegen;
- den Spielern muss eine Strategie zur Verfügung stehen, die Kooperation belohnt und abweichendes Verhalten bestraft.

Paradoxerweise lässt sich in einer fortgesetzten spieltheoretischen Modellierung, auch wenn die drei Grundvoraussetzungen gegeben sind, fast jedes erdenkliche (Teil-)Gleichgewicht, also

²⁸ Scherer/Ross (Fn. 7), 208: «The firms are the players»; Kantzenbach/Kottman/Krüger (Fn. 27), 25 f.

²⁹ Amstutz (Fn. 10), 36.

³⁰ Vgl. Gugler (Fn. 23), 923 und ausführlicher Scherer/Ross (Fn. 7), 216 ff. Diese Grundannahmen basieren insbesondere auf den empirischen Tests, die Axelrod mit seinen Computerturnieren durchgeführt hat. Axelrod ist es gelungen, empirisch nachzuweisen, dass gegenseitige Reaktionsverbundenheit zu gleichförmigem Verhalten führen kann, ohne dass dafür Abreden erforderlich sind (Axelrod Robert, *The Evolution of Cooperation*, New York 1984). Vgl. auch Etter Boris, Die kollektive marktbeherrschende Stellung im europäischen Kartellrecht, Zum Urteil «Airtours vs. Kommission» des Gerichts Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 6. Juni 2002, sic! 2002 705, der folgende drei Voraussetzungen nennt: Möglichkeit der Einigung auf einen Parameter, bspw. Preis (1); Möglichkeit der Überwachung des Verhaltens der anderen Marktteilnehmer, also Markttransparenz (2); Möglichkeit einer Sanktion (3).

²⁵ Laut Scherer/Ross (Fn. 7), 4, wurde dieses Paradigma von Edward S. Mason (Harvard) in den Dreissigerjahren erfunden und insbesondere von seinen Schülern weiterentwickelt. Vgl. zum Ganzen auch Shepherd (Fn. 7), 4 ff.

²⁶ Scherer/Ross (Fn. 7), 6. Amstutz und Lehmann, Praxis 88 (1999), Nr. 104, S. 568 f., vertreten die Ansicht, dass die Marktstruktur nur erforderliche, nicht aber hinreichende Bedingung für die Entstehung kollektiver Macht sei; zur Marktstruktur müsse noch ein strategisches Verhalten hinzutreten, das sich nur durch die spieltheoretischen Instrumente der Neuen Industrieökonomik untersuchen lasse.

²⁷ Kantzenbach Erhard/Kottman Elke/Krüger Reinhold, Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden 1996, 8 f.

Wettbewerb und Kollusion, begründen (sog. «Folk-Theorem»)³¹. Selbst wenn es den Wettbewerbsbehörden in einem Verfahren gelingen würde, die drei genannten Voraussetzungen nachzuweisen, könnte auf der Basis der Spieltheorie nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob auf dem betreffenden Markt tatsächlich mit kollusivem Verhalten zu rechnen wäre. Ein Hauptproblem der Neuen Industrieökonomik liegt aber freilich darin, dass deren Grundprämisse, die Unternehmen seien individuell-rational handelnde Spieler, auf Grund heutiger Erkenntnisse in grundsätzlicher Weise hinterfragt werden muss³².

d) Ergebnis

Konzentration allein lässt also keinen Schluss auf das Verhalten auf oligopolistischen Märkten zu. Die Übersicht über die verschiedenen Oligopoltheorien hat ausserdem gezeigt, dass es der Ökonomie bis anhin nicht gelungen ist, allgemeingültige Modellierungen bereitzustellen, die gesicherte Aussagen darüber ermöglichen würden, wann und unter welchen Umständen in Oligopolen kollusives Verhalten zu erwarten ist³³. Die Oligopoltheorie kann jedoch einzelne Mechanismen, die sich in Oligopolen abspielen, veranschaulichen und erklären. Solche Erkenntnisse aus abstrakten Modellen erleichtern im Einzelfall die Bewertung der Strukturfaktoren: «Armed with this generalizations, we are better able to understand the condition facilitating and impending solution of the pricing problems faced by real-world oligopolists.³⁴» Im Einzelfall ist anhand der Analyse von Strukturfaktoren eines Marktes durchaus eine zurückhaltende Beurteilung der Kollusionsgefahr möglich. Dabei darf die Struktur aber nicht einfach mechanistisch auf das Vorliegen einzelner kollusions-

fördernder oder kollusionshemmender Faktoren überprüft werden, um dann bei Überwiegen der Anzahl kollusionsfördernder Faktoren eine kollektive Marktbeherrschung anzunehmen. Kochrezeptartige Checklisten mit starren Kriterien sind für die Beurteilung also kaum von Nutzen. Der verhaltensorientierte Ansatz der Spieltheorie, der das einzelne Unternehmen und seine Präferenzen ins Zentrum rückt, verlangt, dass die einzelnen Faktoren aus der Perspektive des Oligopolunternehmens auf ihre gegenseitigen Wechselwirkungen untersucht werden. Das Fehlen eines einzigen Faktors, z.B. das Fehlen von Markttransparenz, kann eine Kollusion bereits verunmöglichen. *Briones* bezeichnet diese Methode als «multi-criteria approach»³⁵. Auf Grund der Unsicherheiten in der ökonomischen Theorie ist insbesondere im Rahmen der Fusionskontrolle, die eine prospektive Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse bedingt, bei der Anwendung der Lehre der kollektiven Marktbeherrschung eine gewisse Zurückhaltung angebracht³⁶.

III. Praxis der Wettbewerbskommission

In der Literatur zum schweizerischen Kartellgesetz besteht eine Unklarheit darüber, welche Sachverhalte von der Wettbewerbskommission mit dem Schlagwort «kollektive Marktbeherrschung» angesprochen werden³⁷. Unsicher ist insbesondere, ob nur dann eine kollektive Marktbeherrschung vorliegt, wenn zwischen den gemeinsam beherrschenden Unternehmen Wettbewerbsabreden getroffen werden³⁸. Die Unsicherheit bezieht sich also auf die Frage, inwieweit

³¹ *Kantzenbach/Kottman/Krüger* (Fn. 27), 33; *Amstutz* (Fn. 10), 37 ff.; *Gugler* (Fn. 23), 923; *Scherer/Ross* (Fn. 7), 220: «It [game theory] confirms the notion emerging from traditional theory that «anything can happen» in oligopoly (...).»

³² Zur Problematik der individuellen Rationalität vgl. *Smith Vernon L.*, Rational Choice: The Contrast Between Economics and Psychology, in: *Smith Vernon L.*, Bargaining and Market Behavior, Cambridge 2000, 7ff.; *Tversky Amos/Kahneman Daniel*, Rational Choice and the Framing of Decisions, in: *Tversky Amos/Kahneman Daniel* (eds.), Choices, Values and Frames, Cambridge 2000, 209 ff.; vgl. auch die grundsätzliche Kritik an der Rationalitätsunterstellung bei *Ulrich Peter*, Transformation der ökonomischen Vernunft, 3. Auflage, Bern 1993, 195 ff. *Amstutz* untersucht, ob anhand der evolutorischen Spieltheorie, bei der die Spieler nicht als rational denkende Subjekte verstanden werden, eine Oligopollehre begründet werden könnte. Bei diesem Ansatz verfolgen die einzelnen Spieler eine fixe Strategie, die im darwinistischen Entwicklungsprozess entweder untergeht oder aber sich im evolutionären System durchsetzt und weiterentwickelt, vgl. *Amstutz* (Fn. 10), 42 ff., mit zahlreichen Hinweisen.

³³ *Amstutz* (Fn. 10), 11; *Briones* (Fn. 23), 336; *Krüger Reinhold*, Kollektive Marktbeherrschung und Neue Industrieökonomik, in: *Kruse Jörn/Mayer Otto G.* (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik, Baden-Baden 1996, 150.

³⁴ *Scherer/Ross* (Fn. 7), 220.

³⁵ *Briones* (Fn. 23), 336: «The approach is a multi-criteria one, not just a matter of establishing whether certain factors are present or absent in a given situation. The multicriteria approach is based on the recognition that key factors of competition are particular to each market and that the role of a given factor in a given market depends on the presence or absence of other factors.»

³⁶ *Amstutz* kommt sogar zum Schluss, dass, solange kein verlässliches Oligopolmodell gefunden wird, die Lehre der kollektiven Marktbeherrschung nicht angewendet werden dürfe, weil sonst dem Rechtsicherheitspostulat nicht Genüge getan werden könne, *Amstutz* (Fn. 10), 49 ff. Kritisch auch *Hoffet Franz*, Unternehmenszusammenschlüsse – Materielles Fusionskontrollrecht, in: *Zäch Roger* (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 68, und *Schmidhauser* (Fn. 4), 443 f.

³⁷ *Zäch Roger*, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, 211 ff. Rz. 356; *Schohe Gerrit/Zurkinden Philipp*, Gemeinschaftsrechtliche und schweizerische Anmerkungen zum Airtours-Urteil des Gerichts erster Instanz, SZW 2003, 8.

³⁸ Zwei oder mehrere Unternehmen, die Horizontalabreden treffen und gestützt darauf eine marktbeherrschende Stellung einnehmen, werden auch als «marktbeherrschende Kartelle» bezeichnet, vgl. *Möschel Wernhard*, in: *Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim*, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, München 1997, Art. 86 N 107; *Schröter Helmut*, in: *Schröter Helmut/Thinam Jakob/Mederer Wolfgang* (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, Art. 82 N 83.

sich der Begriff der kollektiven Marktbeherrschung (Art. 4 Abs. 2 KG) und derjenige der Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) überschneiden. Da bis anhin nicht auf Entscheide des Bundesgerichts oder der Rekurskommission zurückgegriffen werden kann, soll die Schnittstelle dieser beiden Begriffe nachfolgend anhand der Praxis der Weko untersucht werden.

1. Die Praxis der Wettbewerbskommission in Unternehmenszusammenschlussverfahren

Bereits kurz nach Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes haben die Weko und deren Sekretariat in drei Zusammenschlussvorhaben die Absicht manifestiert, Fusionen auch auf die Gefahr einer kollektiven Marktbeherrschung hin systematisch zu überprüfen: Es sind dies die Fusionen Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand³⁹, UBS/SBV⁴⁰ sowie Bell AG/SEG Poulet AG^{41,42}. In späteren Verfahren wurde die Gefahr einer kollektiven Marktbeherrschung zwar am Rande geprüft, ausführliche Äusserungen zum Konzept sind hingegen keine mehr erfolgt⁴³. In materiell-rechtlicher Hinsicht hat die Weko den gleichen Weg wie die EU-Kommission eingeschlagen: Sie prüft nach denselben Kriterien, ob nach Vollzug des gemeldeten Zusammenschlusses mit Kollusion gerechnet werden muss oder nicht⁴⁴. Dabei lässt sie sich nicht in ein starres Prüfschema zwingen, sondern versucht im Einzelfall, die «key factors» des relevanten Marktes aufzuspüren, um diese in der Gesamtbeurteilung der Wettbewerbsverhältnisse entsprechend zu gewichten⁴⁵. Neben der Analyse von kollusionsfördernden Marktstrukturmerkma-

len zieht die Weko – wenn auch nur in marginaler Weise – auch spieltheoretische Überlegungen heran⁴⁶. Die Erfahrungen, die in den genannten Zusammenschlussverfahren gemacht worden sind, zeigen, dass die mit Unsicherheiten behaftete Theorie in der Praxis klarere Konturen erhält und massvoll angewendet durchaus ein justiziables Konzept darstellt.

Da für die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben die Frage, welcher Art das die gemeinsame Marktmacht begründende Parallelverhalten nach dem Zusammenschluss genau sein wird, keine Rolle spielt⁴⁷, hat sich die Wettbewerbskommission in den erwähnten Verfahren auch nicht explizit dazu geäußert, ob sie kollusives Verhalten im Sinne der kollektiven Marktbeherrschung mit dem Begriff der Wettbewerbsabrede gleichsetzt oder nicht. Kollektive Marktbeherrschung bedinge, dass sich die betreffenden Unternehmen parallel bzw. de facto kooperativ verhalten würden; in der ökonomischen Literatur werde von Kollusion oder kollusivem Verhalten gesprochen⁴⁸. Nachzuweisen sei, dass die Oligopolisten durch ihr gleichgerichtetes Verhalten bewusst und gewollt dem Wettbewerbsdruck entgehen wollen bzw. dass die entstehende Marktstruktur solches Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lasse⁴⁹.

Aus diesen Erwägungen lassen sich keine sicheren Schlüsse ableiten. Die schweizerische Wettbewerbsbehörde räumte zu jenem Zeitpunkt ihrerseits gegenüber der OECD ein, dass sie die eingangs gestellte Frage mit den drei Fusionskontrollverfahren noch nicht entschieden habe⁵⁰. Zäch interpretierte die Praxis der Weko, weil stets von «Kollusion» die Rede gewesen sei, anfänglich dahin gehend, dass kollektive Marktbeherrschung ihren Grund in einer irgendwie gearteten Abstimmung unter den betreffenden Unternehmen haben müsse, sodass kollektive Marktbeherrschung

³⁹ Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. April 1998 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, RPW 1998/2, 214 ff.

⁴⁰ Verfügung der Wettbewerbskommission vom 20. April 1998 bezüglich des Zusammenschlussvorhabens UBS/SBV, RPW 1998/2, 278 ff.

⁴¹ Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. September 1998 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Bell AG – SEG Poulet AG, RPW 1998/3, 393 ff. Vgl. zu diesem Unternehmenszusammenschluss, dessen Problematik vor allem auf einer Abschottung des schweizerischen Geflügelmarktes durch eine Importquotenregelung für ausländisches Schlachtgeflügel beruhte Saurer Markus, Kartellgesetzliche Intervention oder Deregulierung? – Die Wahl zwischen imperfekten Alternativen bei der Fusion Bell – SEG, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das Kartellrecht in der Praxis, Zürich 2000, 167 ff.

⁴² Einen guten Überblick über die Beurteilung der drei Zusammenschlussvorhaben durch die Weko und die daraus resultierenden Konsequenzen für die schweizerische Fusionskontrolle bietet von Ballmoos (Fn. 3), 489 ff.

⁴³ RPW 2001/4, 701 ff. «Unilever/Bestfoods» (vorläufige Prüfung); RPW 2002/2, 348 ff. «NOK/Watt» (vorläufige Prüfung); RPW 2002/2, 469 ff. «Ernst & Young/Arthur Anderson».

⁴⁴ Clerc (Fn. 3), Art. 4 al. 2 L Cart N 149.

⁴⁵ Von Ballmoos (Fn. 3), 493, bedauert gerade diesen Punkt und hofft, dass sich zukünftig im Interesse der Transparenz und Berechenbarkeit der Entscheidungen ein einheitlicher Aufbau der Analyse durchsetzen wird. Auch Schohe/Zurkinden (Fn. 37), 6, bemängeln, die Weko wende kein einheitliches Prüfungsraster an.

⁴⁶ Vgl. etwa RPW 1998/2, 244 Rz. 138 «Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand».

⁴⁷ Vgl. demgegenüber aber Schohe/Zurkinden (Fn. 37), 8, die die Ansicht vertreten, das Kartellgesetz würde eine strikte Trennung zwischen der Struktur- und der Verhaltenskontrolle vorsehen. Die Autoren fordern aus diesem Grunde, dass Unternehmenszusammenschlüsse nur dann untersagt oder mit Bedingungen bzw. Auflagen belegt werden dürften, wenn aus dem Zusammenschluss eine Marktstruktur resultieren würde, die zu einem strukturbedingten Parallelverhalten führen würde. Wenn aus einem Zusammenschluss lediglich eine Marktstruktur resultiere, welche Wettbewerbsabreden im Sinne von KG 4 I fördern könnte, müsse ein Zusammenschluss zugelassen werden.

⁴⁸ RPW 1998/3, 400 Rz. 38 «Bell AG/SEG Poulet AG».

⁴⁹ RPW 1998/2, 243 Rz. 133 «Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand».

⁵⁰ Beitrag der Schweiz in: OECD, Mini-Roundtable on Oligopoly, DAF/CLP(99)25, Paris 1999, 184: «So far, the concept of collective dominance has only been applied in merger control. The Commission has therefore not yet had to clarify if collective dominance goes past what is defined as an agreement affecting competition.»

als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren sei⁵¹. Der Begriff der Kollusion wird in der kartellrechtlichen Literatur tatsächlich auch als Synonym für Wettbewerbsabrede verstanden⁵². Der von der Weko in den erwähnten Verfahren verwendete Begriff entstammt aber nicht der rechtswissenschaftlichen, sondern der ökonomischen Literatur, namentlich den Publikationen von *Kantzenbach*⁵³. Nach diesem Autor ist der Begriff der Kollusion jedoch gerade nicht mit demjenigen der Wettbewerbsabrede kongruent. Die implizite Form der Kollusion setzt nach der Auffassung von *Kantzenbach* «keinerlei Abstimmung der Partner voraus», sondern «folgt ausschliesslich aus der Erkenntnis der oligopolistischen Interdependenz»⁵⁴, sodass mangels Kommunikation – wie zu zeigen sein wird – noch gerade keine Wettbewerbsabrede vorliegt.

2. Die Praxis der Wettbewerbskommission zur Missbrauchsaufsicht⁵⁵

a) Untersuchung betreffend Mobilfunkmarkt

Die Weko vermutete, dass sich die drei im Mobilfunkmarkt tätigen Unternehmen Swisscom, DiAx und Orange bezüglich der Struktur und der Höhe der Preise gleichgerichtet verhalten würden⁵⁶.

⁵¹ *Zäch* (Fn. 37), 213 Rz. 356; gl.M. von *Büren Roland/Marbach Eugen*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Bern 2002, Rz. 1309. Vgl. nun aber *Zäch Roger*, in: von *Büren Roland/David Lucas* (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, 182 ff.

⁵² Vgl. bspw. *Hoffet Franz/Höhn Thomas*, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich, Anmerkungen zur bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission, sic! 1999 233, die kollusives Verhalten als Synonym für Wettbewerbsabreden verstehen. *Montag/von Bonin* (Fn. 13), 352, verwenden den Begriff der «tacit collusion» unpräzise, wenn sie zum Schluss kommen, die EU-Kommission habe in der Entscheidung in Sachen *Airtours/First Choice* ausgeführt, das Vorhandensein einer «tacit collusion» sei nicht Voraussetzung einer kollektiven Marktbeherrschung. Richtig ist, dass die Kommission das Vorliegen eines «tacit cartel», d.h. einer abgestimmten Verhaltensweise, nicht als notwendige Voraussetzung erachtete, vgl. Entscheid der Kommission vom 22. September 1999, Case No IV/M.1524, Rz. 52 ff. «*Airtours/First Choice*». Leider verwendete auch die Weko den Begriff nicht einheitlich: In RPW 2001/2, 326 Rz. 88 «*JC Decaux/Affichage*», setzte auch sie Kollusion mit Wettbewerbsabrede gleich.

⁵³ In RPW 1998/2, 244 Rz. 139 «*Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand*» und RPW 1998/2, 310 Rz. 145 «*UBS/SBV*» nimmt die Weko ausdrücklich Bezug auf *Kantzenbach*. Vgl. auch RPW 1998/3, 400 Rz. 38 «*Bell AG/SEG Poulet AG*»: «In der ökonomischen Literatur wird in diesem Zusammenhang von Kollusion oder kollusivem Verhalten gesprochen.»

⁵⁴ *Kantzenbach/Kruse* (Fn. 8), 133, 29 und 42 f.; *Kantzenbach/Kottman/Krüger* (Fn. 27), 15.

⁵⁵ Vgl. auch die vorsorgliche Massnahme in Sachen *SWICA*, RPW 1998/1, 32 ff., insbesondere 36 Rz. 13 «*SWICA*», in der es die Weko im Rahmen der Erfolgsprognose für wahrscheinlich gehalten hat, dass die in der Zürcher Ärztesgesellschaft zusammengeschlossenen Ärzte eine kollektiv marktbeherrschende Stellung einnehmen würden. Ausserdem äusserte sich das Sekretariat der Weko in RPW 2000/4, 578 Rz. 88 «*Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt*» am Rande zur kollektiven Marktbeherrschung.

⁵⁶ Medienmitteilung der Weko vom 16. Juni 2000.

Aus diesem Grunde eröffnete sie im Juni 2000 eine Untersuchung, die mit Verfügung vom 3. September 2001 allerdings mit folgender Begründung wieder eingestellt worden ist: Die Analyse habe ergeben, dass die Preise der Mobilfunkanbieter auf den untersuchten Märkten eine sinkende Tendenz aufweisen würden⁵⁷. Aus empirischer Sicht und in Verbindung mit theoretischen Überlegungen hätten verschiedene Gründe gegen das Vorliegen von abgestimmten Verhaltensweisen gesprochen⁵⁸. Weil das beobachtete Verhalten nicht auf Wettbewerbsabreden schliessen lasse, müsse auch nicht zusätzlich auf die Frage der kollektiven Marktbeherrschung eingegangen werden⁵⁹, da diese beiden Fragen analog zu beurteilen seien⁶⁰. Auf Grund dieser Erwägungen könnte gefolgert werden, dass die Weko tatsächlich, wie *Zäch* vermutete, für die Annahme einer kollektiven Marktbeherrschung mindestens abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG voraussetzt. Die eher diffus ausgefallenen Äusserungen der Weko sollen aber nicht zu voreiligen Schlüssen verleiten.

b) Untersuchung betreffend Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft⁶¹

Weil die Parteien im Rahmen dieser Untersuchung ausdrücklich bestritten haben, dass ein natürliches Parallelverhalten für die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung genüge⁶², musste die Weko im «*Kreditkartenentscheid*» zum ersten Mal verbindlich Stellung zu dieser Frage beziehen. So zog sie in Erwägung, dass sich kollektive Marktbeherrschung «sowohl aus einem kollusiven Verhalten der Beteiligten (Wettbewerbsabrede oder abgestimmte Verhaltensweise, «explicit collusion») als auch aus einem Parallelverhalten, welches durch die Marktstruktur bedingt sei (so genanntes strukturbedingtes oder natürliches Parallelverhalten, «tacit collusion») ergeben» könne⁶³. In Randziffer 161 der Verfügung hielt die Weko den Vorbringen der Parteien im Übrigen Folgendes entgegen:

⁵⁷ RPW 2002/1, 113 Rz. 73 «*Mobilfunkmarkt*».

⁵⁸ RPW 2002/1, 114 Rz. 74 «*Mobilfunkmarkt*».

⁵⁹ RPW 2002/1, 123 Rz. 113 f. «*Mobilfunkmarkt*».

⁶⁰ RPW 2002/1, 97 (Regeste) «*Mobilfunkmarkt*».

⁶¹ Vgl. die Zusammenfassung des Sachverhaltes in Abschnitt I hier vor.

⁶² RPW 2003/1, 134 Rz. 160 «*Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*».

⁶³ RPW 2003/1, 134 Rz. 159, «*Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*». Zu bedauern ist, dass die Weko den Begriff des natürlichen Parallelverhaltens nicht einheitlich verwendet. In RPW 2002/1, 81 f. Rz. 81 «*Benzinmarkt Schweiz*» wird ausgeführt, dass natürliches Parallelverhalten ausschliesslich auf Grund von Faktoren, welche die im relevanten Markt tätigen Unternehmen nicht beeinflussen können, wie Preisänderungen auf vorgelagerten Märkten, zu Stande komme. Nach der hier (und bspw. auch in RPW 2001/2, 236 Rz. 5 «*Zigarettenpreise*») verwendeten Terminologie handelt es sich bei dem auf exogenen Faktoren beruhenden gleichförmigen Verhalten um sog. gewöhnliches Parallelverhalten.

«Entgegen der Ansicht der Parteien gilt es festzuhalten, dass ein Parallelverhalten auch durch eine stillschweigende Kollusion (*tacit collusion*) erfolgen kann. Davon zu unterscheiden ist die von den Parteien erwähnte ausdrückliche Kollusion in Form einer Abrede oder einer abgestimmten Verhaltensweise (*explicit collusion*). Die beiden Formen von Parallelverhalten unterscheiden sich wesentlich, nämlich durch das Element der bewussten und gewollten Konzertierung. Dieses Element ist nämlich nur der Abrede respektive der abgestimmten Verhaltensweise inhärent (...). Das natürliche und strukturbedingte Parallelverhalten ist jedoch für sich allein kartellrechtlich nicht problematisch, da es mangels Abstimmung unter den Wettbewerbern an der Konzertierung fehlt. Führen die bestehenden Marktstrukturen jedoch dazu, dass Oligopolisten das jeweilige Marktverhalten ihrer Konkurrenten antizipieren und dementsprechend gleich reagieren, liegt eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vor (...).»

Damit hat die Wettbewerbskommission zwei Dinge entschieden, nämlich erstens, dass für die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung ein Parallelverhalten, das sich aus der blossen oligopolistischen Reaktionsverbundenheit ergibt, genügt, und zweitens, dass sie dieses Verhalten noch gerade nicht als abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert. Des Weiteren lässt sich aus diesem Entscheid erstmals eine klare Terminologie bezüglich der verschiedenen Arten gleichförmigen Verhaltens im Oligopol herauslesen (vgl. dazu die Synopse in Abschnitt V/1 hiernach).

3. Beurteilung der Praxis

Dass ein Parallelverhalten, das lediglich aus dem oligopolistischen Anpassungsprozess resultiert, für die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung genügen muss, ist sicher die einzig sachlogische Schlussfolgerung aus der ökonomischen Theorie zu oligopolistischen Märkten⁶⁴. So erachten Ökonomen die Unterteilung des gleichförmigen Verhaltens im engen Oligopol in Wettbewerbsabreden einerseits und bloss strukturbedingtes Parallelverhalten andererseits als «spitzfindige Unterscheidung»⁶⁵. Insoweit kann der Weko sicher zugestimmt werden. Zu klären bleibt an dieser Stelle, ob die Weko zu Recht behauptet, dass implizit kollusives Verhalten nicht als abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sei.

Die abgestimmten Verhaltensweisen unterscheiden sich von den Vereinbarungen dadurch, dass ihnen jegliche Form an Verbindlichkeit abhandelt. Wie bei der Vereinbarung ist bei der abgestimmten Verhaltensweise eine willentliche Koordinierung der Wettbewerbsparameter aber eine unabdingbare Tatbestandsvoraussetzung⁶⁶. Die gegenseitige Koordinierung der Parameter setzt voraus, dass die Unternehmen einen gegenseitigen Informationsaustausch vornehmen, um die Unsicherheiten über die Reaktion der Konkurrenten auf die eigenen Massnahmen zu beseitigen⁶⁷. Erforderlich für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise ist mindestens, dass sich die Unternehmen über ihr zukünftiges Verhalten informieren⁶⁸. Damit die Unsicherheit über die Reaktion der anderen Unternehmen auf die eigenen Parameteränderungen beseitigt werden kann, muss die wechselseitige Kommunikation zeitlich vor der Parameteränderung geschehen⁶⁹. Genau in diesem Punkt unterscheidet sich aber der oligopolistische Anpassungsprozess von den abgestimmten Verhaltensweisen. Die Oligopolisten setzen ihre Parameter nämlich ohne vorgängige Kommunikation fest. Erhöht beispielsweise ein Oligopolist den Preis, kann er zwar unter Umständen davon ausgehen, dass ihm seine Konkurrenten folgen werden, die Gewissheit hingegen, die aus einer vorgängigen Koordinierung resultieren würde, hat er nicht. Solche Anpassungsprozesse, die zu einem übereinstimmenden Marktverhalten führen, sind kartellrechtlich nicht verboten, weil vorstossendes und imitierendes Marktverhalten dem Wettbewerb immanent sind⁷⁰. *Heuss* wendet dagegen ein, dass die Oligopolisten nur deshalb keine Wettbewerbsabreden treffen müssten, weil sich in einer oligopolistischen Marktstruktur die Notwendigkeit einer

⁶⁶ *Borer Jürg*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 4 N 14.

⁶⁷ *Emmerich Volker*, in: *Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim*, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, München 1997, Art. 85 Abs. 1 N 108, *Stoffel* (Fn. 5), 69.

⁶⁸ Gl. M. zum EU-Recht *Gleiss Alfred/Hirsch Martin*, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1, 4. Auflage, Heidelberg 1993, Art. 85 (1) N 97; *von Büren/Marbach* (Fn. 51), Rz. 1662 f. Auch nach der Praxis der Weko ist der Nachweis eines Informationsaustausches für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise ein notwendiges Erfordernis, der blosser Schluss von parallelem Verhalten auf eine unzulässige Verhaltensabstimmung ist solange nicht gerechtfertigt, als sich das Parallelverhalten auch auf andere Weise erklären lässt (vgl. RPW 2002/1, 84 Rz. 19 «Benzinmarkt»).

⁶⁹ *Enchelmaier* (Fn. 15), 85, der zudem den Wortlaut von EGV 81 analysiert: «In der englischen und französischen Fassung [von EGV 81] ist die Rede von «concerted practices» bzw. «pratiques concertées». Alle diese Formulierungen verwenden zur Kennzeichnung der verbotenen Verhaltensweisen das Partizip der Vorzeitigkeit (abgestimmt, concerted, concertée). Schon der Wortlaut gibt damit einen Anhaltspunkt dafür, dass die Abstimmung der Verhaltensweise vorausgehen muss (...).» Diese Argumentation lässt sich angesichts des übereinstimmenden Wortlautes (ital.: *pratiche concordate*) auf Art. 4 Abs. 1 KG übertragen.

⁷⁰ *Altwater Christian*, Kartellbildung durch Abstimmung?, Ein Beitrag zur Auslegung des Tatbestands der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in Art. 85 Abs. 1 EGV, Frankfurt am Main 1997, 20.

⁶⁴ In diesem Sinne entschied auch der Europäische Gerichtshof erster Instanz EuG im Fall *Gencor* (EuG, Rs. T-102/96, Slg. 1999, II-753, Rz. 277 «Gencor/Kommission»). Vgl. dazu *Schröter* (Fn. 38), Art. 82 N 85 f. Seitdem der EuG am 6. Juni 2002 den Entscheid der Kommission in Sachen *Airtours/First Choice* aufgehoben hat (EuG, Rs. T-342/99, Slg. 2002, II-2585 «Airtours/Kommission»), besteht eine gewisse Unsicherheit betreffend dem Begriff der kollektiven Marktbeherrschung im EU-Recht, siehe dazu *Etter* (Fn. 30), 404 ff.

⁶⁵ *Kantzenbach/Kruse* (Fn. 8), 42 f.

vorgängigen Rückvergewisserung für eine Verhaltensabstimmung erübrige. Nach seiner Ansicht wäre es «grotesk», wenn ausgerechnet nur diejenige Konstellation unzulässig sein sollte, bei der es einer solchen Rückvergewisserung bedürfe⁷¹. *Kantzenbach/Kruse* ist allerdings zuzustimmen, wenn sie diesem Einwand entgegenhalten, eine Sanktionierung des oligopolistischen Anpassungsprozesses würde einer Verpflichtung der Unternehmen zur Irrationalität gleichkommen und wäre schon deshalb wenig Erfolg versprechend⁷².

Die Grenze von unter dem Blickwinkel des Abredetatbestandes zulässigem und unzulässigem Parallelverhalten könnte dort gezogen werden, wo Unternehmen aufhören, ihre Preise autonom festzusetzen, und versuchen, anhand von öffentlichen Ankündigungen vor der Anpassung ihrer Parameter Signalwirkungen zu erzeugen⁷³. Demzufolge überzeugt auch die zweite Feststellung der Weko, nämlich dass natürliches Parallelverhalten, das auf einem autonomen Anpassungsprozess beruht, keine Wettbewerbsabrede darstellt.

IV. Schlussfolgerungen

Aus den Erwägungen der Weko im Kreditkartenentscheid folgt, dass eine kollektiv marktbeherrschende Stellung auf Wettbewerbsabreden (inkl. abgestimmter Verhaltensweisen) oder dem oligopolistischen Anpassungsprozess (auch tacit collusion, implizite Kollusion, stillschweigende Kollusion oder natürliches Parallelverhalten genannt) beruhen kann. Für die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung genügt es jedoch nicht, wenn das Parallelverhalten durch exogene Faktoren, bspw. Preisanstiege für Rohstoffe, hervorgerufen wird (sog. gewöhnliches Parallelverhalten⁷⁴).

Dies bedeutet, dass in Sachverhalten kollektiver Marktbeherrschung grundsätzlich beide Instrumente der Verhaltenskontrolle, nämlich sowohl der Abredetatbestand als auch die Missbrauchsaufsicht zur Anwendung kommen können⁷⁵. Diese beiden Tatbestände können von

der Weko in einem Verfahren kumulativ untersucht werden⁷⁶. Allerdings können diejenigen Fälle kollektiver Marktbeherrschung, die lediglich auf natürlichem Parallelverhalten beruhen, vom Abredetatbestand nicht aufgegriffen werden⁷⁷. Obwohl der Begriff der Wettbewerbsabrede auch formlose Abstimmungen erfasst, kann implizite Kollusion nämlich nicht darunter subsumiert werden, weil die oligopolistische Reaktionsverbundenheit die Aufgabe einer Abrede gewissermassen ersetzt. Begnügen sich die Oligopolisten hingegen nicht nur mit den Wirkungen der gegenseitigen Reaktionsverbundenheit, sondern versuchen sie zusätzlich, mit formlosen Abreden ihre gemeinsame Marktmacht abzusichern, verstösst dies, sofern auch die anderen Voraussetzungen erfüllt sind, gegen Art. 5 KG. Den Wettbewerbsbehörden wird es im Zeitalter der digitalen Kommunikation im Regelfall aber nicht gelingen, in engen Oligopolen Wettbewerbsabreden nachzuweisen⁷⁸, sodass sich die Effizienz von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG in kollektiv beherrschten Märkten als gering einstuft lässt⁷⁹.

Durch die Missbrauchsaufsicht (Art. 7 KG) wird im Gegensatz zum Abredetatbestand nicht das Parallelverhalten der Oligopolisten im Innenverhältnis, sondern das Verhalten der Oligopolisten gegen aussen kontrolliert. Kollusion im Innenverhältnis als solche wird von der Missbrauchsaufsicht genauso wertfrei hingenommen wie die Existenz eines alleine marktbeherrschenden Unternehmens⁸⁰. Will die Weko gestützt auf Art. 7 KG das Marktergebnis korrigieren, muss sie zusätzlich zur kollektiven Marktbeherrschung eine missbräuchliche Verhaltensweise nachweisen können. Der Nachweis von unzulässigen Verhaltensweisen in kollektiv beherrschten Märkten kann nach denselben Kriterien erfolgen wie bei Einzelmarktbeherrschungen. Die Tatsache, dass nicht die kollektiv marktbeherrschende Stellung als solche, sondern erst das missbräuchliche Verhalten bekämpft wird, relativiert den Einwand ge-

⁷¹ *Heuss Ernst*, Aufeinander abgestimmtes Verhalten – Sackgasse und Ausweg, WuW 1974 373.

⁷² Vgl. *Kantzenbach/Kruse* (Fn. 8), 133; *Turner Donald F.*, The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, Harvard Law Review 1962, 669; a.M. *Posner Richard A.*, Antitrust Law, 2nd ed., Chicago/London 2001, 98.

⁷³ Diese Ansicht vertritt die Weko in RPW 2002/1, 113 Rz. 70 «Mobilfunkmarkt».

⁷⁴ Vgl. zum Begriff des gewöhnlichen Parallelverhaltens auch Fn. 63.

⁷⁵ Selbstverständlich steht der Weko auch die Fusionskontrolle zur Verhinderung von Marktstrukturen, die eine kollektive Marktbeherrschung begründen oder verstärken, als Instrument zur Verfügung.

⁷⁶ Die Weko ist seit Beginn ihrer Tätigkeit gewillt, parallel Verfahren nach Art. 5 KG und nach Art. 7 KG durchzuführen, vgl. dazu RPW 1997/2, 176 Rz. 6 «Nutztierrückführung». Auch im EU-Recht ist die gleichzeitige Anwendung von EGV 81 und EGV 82 auf «marktbeherrschende Kartelle» zulässig, wenn ein Kartell seine Kollektivmacht missbraucht; vgl. *Möschel* (Fn. 38), Art. 86 N 107.

⁷⁷ Gl. M. wohl auch *Stoffel* (Fn. 5), 70 f.

⁷⁸ Vgl. zu den Schwierigkeiten der Beweisführung, die oft nur anhand von Indizien gelingen kann *Kurz Stefan*, Zum Nachweis aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen im Oligopol, RIV 1995 186 ff.; *Emmerich* (Fn. 67), Art. 85 Abs. 1 N. 102; *Schröter* (Fn. 38), Art. 81 N 94 ff. Ein durch empirische Untersuchungen belegtes Parallelverhalten darf nur dann als Indiz für eine verbotene Abstimmung angesehen werden, wenn es sich nicht anders erklären lässt (RPW 2002/1, 83 Rz. 19 «Benzinmarkt Schweiz»).

⁷⁹ Vgl. auch *Kantzenbach/Kruse* (Fn. 8), 133.

⁸⁰ Als problematisch sieht das Kartellgesetz nur die Entstehung (kollektiv) marktbeherrschender Unternehmen mittels Unternehmenszusammenschluss an; diese wird mit der Unternehmenszusammenschlusskontrolle (Art. 9 ff. KG) verhindert.

gen das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung, oligopolistisches Parallelverhalten, das keine Wettbewerbsabrede darstelle, dürfe vom Wettbewerbsrecht nicht negativ erfasst werden⁸¹. Zuzugeben ist allerdings die Möglichkeit, dass oligopolistisches Parallelverhalten bereits den Tatbestand der unzulässigen Verhaltensweise erfüllen kann⁸². So kann beispielsweise eine unangemessen hohe Preisfestsetzung mehrerer Oligopolisten das die kollektive Marktbeherrschung begründende kollusive Verhalten darstellen und gleichzeitig die Ausbeutung dieser Stellung bedeuten⁸³. Dieser Umstand ist jedoch nicht als

Schwäche, sondern als Vorteil der Lehre der kollektiven Marktbeherrschung zu bewerten, weil dadurch ein durch den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise verursachter toter Winkel im System von Art. 5 i.V.m. 4 Abs. 1 KG geschlossen wird. Ein Vorgehen nach Art. 7 KG drängt sich aber nicht nur in denjenigen Fällen auf, in denen keine Wettbewerbsabrede getroffen wird, sondern auch dann, wenn sich die abgestimmte Verhaltensweise nicht beweisen lässt. Insofern können durch das Konzept auch Beweisprobleme vermieden werden. Für Oligopolunternehmen, die durch formlose Abreden den Wettbewerb beschränken, bedeutet dies, dass sie künftig nicht mehr darauf vertrauen können, dass mangels Beweisbarkeit der Abrede keine Verfügung gegen sie erlassen wird. Sie müssen vielmehr damit rechnen, dass gestützt auf Art. 7 KG eine Beweisführung gelingen könnte, weil dort neben dem Nachweis eines tatsächlich erfolgten Parallelverhaltens «lediglich» das Vorliegen kollusionsfördernder Strukturmerkmale sowie eine missbräuchliche Verhaltensweise bewiesen werden muss. Die Koordinierung des Verhaltens durch eine irgendwie geartete Form der Verständigung bildet hingegen nicht Gegenstand des Beweisverfahrens.

⁸¹ Vgl. z.B. *Zäch* (Fn. 37), 213 Rz. 356: «Da sog. Parallelverhalten auch in Zukunft zulässig sein soll, führt das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung zu Abgrenzungsschwierigkeiten.»; *Borer* (Fn. 66), Art. 4 N 23: «Derartige Beurteilungen sind nicht unbedenklich, denn sie laufen darauf hinaus, gewöhnliches Parallelverhalten – im Unterschied zum abgestimmten Parallelverhalten – durch die Wettbewerbsregeln negativ zu erfassen.»

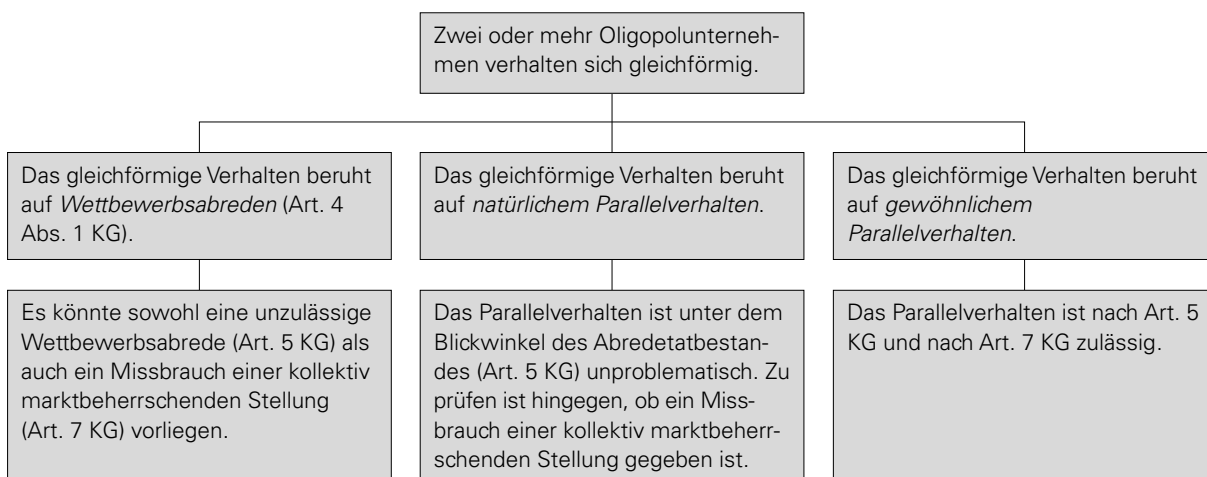
⁸² Vgl. aber *Clerc* (Fn. 3), Art. 4 al. 2 L Cart N 154. Demgegenüber ist es auch möglich, dass bloss die Marktbeherrschung eine gemeinsame ist, der Missbrauch hingegen durch ein einzelnes Oligopolunternehmen individuell erfolgt; vgl. *Enchelmaier* (Fn. 15), 186; *Clerc* (Fn. 3), Art. 4 al. 2 L Cart N 161; *Montag/von Bonin* (Fn. 13), 347; EuG, Rs. T-228/97, Slg., II-2969, Rz. 66 «Irish Sugar/Kommission». Denkbar wäre beispielsweise, dass nur ein einzelnes der kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen die Aufgabe übernimmt, durch kurzfristige Kampfpreise eine schwächere «fringe firm» vom Markt zu verdrängen. Dann wäre die marktbeherrschende Stellung zwar eine kollektive, der Behinderungsmissbrauch (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) hingegen nur ein individueller.

⁸³ Ein unangemessen hoher Preis lässt sich nicht mit sog. «legitimate business reasons» begründen und ist deshalb als Ausbeu-

tung der Marktgegenseite i.S. der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG und im Speziellen als eine Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zu qualifizieren.

V. Zusammenfassung: schematische Darstellung

1. Spielarten des gleichförmigen Verhaltens im Oligopol und deren Rechtsfolgen



2. Terminologie

Begriff	Definition	Synonyme
Kollektive Marktbeherrschung	Stabiles Parallelverhalten im Oligopol, dessen Ursache entweder in einer Wettbewerbsabrede oder im oligopolistischen Anpassungsprozess (natürliches Parallelverhalten) liegt. Bloss gewöhnliches Parallelverhalten genügt für die Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung nicht. Erforderlich ist darüber hinaus, dass das Parallelverhalten dazu führt, dass sich die Oligopolunternehmen im Aussenverhältnis unabhängig verhalten können.	Oligopolistische Marktbeherrschung; gemeinsame Marktbeherrschung; marktbeherrschendes Oligopol; Marktbeherrschung im Oligopol; collective dominance; oligopolistic dominance
Parallelverhalten	Oberbegriff für alle Arten gleichförmigen Verhaltens von verschiedenen Unternehmen	Gleichförmiges Verhalten
Kollusion: – implizite – explizite	Dieser Begriff stammt aus der ökonomischen Literatur. Bei der impliziten Form handelt es sich um natürliches Parallelverhalten; bei der expliziten Form beruht das Parallelverhalten auf Wettbewerbsabreden (Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen). Gewöhnliches Parallelverhalten ist nicht kollusives Verhalten.	<i>Implizite Kollusion</i> : stillschweigende Kollusion; natürliches Parallelverhalten; tacit collusion <i>Explizite Kollusion</i> : ausdrückliche Kollusion; explicit collusion; direct collusion
Natürliches Parallelverhalten	Parallelverhalten, das sich aus dem oligopolistischen Anpassungsprozess ergibt. Mangels vorgängiger Kommunikation stellt es noch gerade keine Wettbewerbsabrede dar.	Strukturbedingtes Parallelverhalten; oligopolistischer Anpassungsprozess; implizite Kollusion; tacit collusion
Gewöhnliches Parallelverhalten	Parallelverhalten, das auf äusseren Einflüssen (exogenen Faktoren) wie beispielsweise dem Ansteigen von Rohstoffpreisen basiert	–
Wettbewerbsabrede	Rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).	–