



**Universität  
Zürich<sup>UZH</sup>**

---

# **Aktuelle Herausforderungen in Recht und Praxis des Wettbewerbs**

**Studienvereinigung Kartellrecht –  
Arbeitsgruppe Schweiz**

**Universität Bern**

**Arbeitssitzung am 12. Juni 2015**

Prof. Dr. Andreas Heinemann, Vizepräsident Weko/Universität Zürich



## Überblick

**I. Rückblick**

**II. Wettbewerbsabreden**

**III. Marktbeherrschung**

**IV. Kartellzivilrecht**

**V. Ausblick**



## I. Rückblick

- **17.9.2014:** Der Nationalrat **lehnt** zum zweiten Mal **Eintreten** auf die KG-Revision **ab**.
- **BVGer, 23.9.2014 – Baubeschläge**
  - keine per se-Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen
- **25.9.2014: Parlamentarische Initiative Ständerat Altherr**
  - "Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland"
- **1.12.2014:** Inkrafttreten des Kooperationsabkommens CH - EU



## II. Wettbewerbsabreden

- **Weko – Jura (30.6.2014)**
- **Weko – Türprodukte (17.11.2014)**
- **Weko – KKDMIF (1.12.2014)**
- **BGer – Hors Liste (28.1.2015)**
- **Weko – Tunnelreinigung (23.2.2015)**
  
- **BVGer – Baubeschläge (23.9.2014)**



## Weko, 30.6.2014 – *Jura* (RPW 2014/2, 407)

- Einschränkung des **Internetvertriebs**  
für Kaffeemaschinen
- keine direkte Sanktion, da **keine Gebietsabschottung** vorliegt (also nicht Art. 5 Abs. 4 KG, sondern lediglich Art. 5 Abs. 1 KG)
- Bestätigung des Falls *Electrolux & V-Zug*
- einvernehmliche Regelung
  - Die zugelassenen Händler müssen das **Recht zum Verkauf über das Internet** haben.
  - Ein **physischer Verkaufspunkt** darf verlangt werden.
  - **Qualitätsanforderungen** an den **Einsatz des Internet** sind möglich.



## Weko, 17.11.2014 – Türprodukte

- Vereinbarung über die **Einhaltung von Mindestmargen** beim Verkauf von Grossmengen von Türbeschlägen
- Sanktion i.H.v. 185.000 CHF
- nicht (vollständig) rechtskräftig



## **Weko, 1.12.2014 – Kreditkarten Domestische Interchange Fee II (KKDMIF)**

- Art. 5 Abs. 3 KG: **Horizontale Preisabreden** zwischen Issuern einerseits und Acquirern andererseits
- **Widerlegung** der Vermutung
- **Effizienzrechtfertigung**: Breite Rezeption ökonomischer Erkenntnisse
  - Übergang von einem kostenbasierten Ansatz (objektive Netzwerkkosten) zum "Tourist Test" (Merchant Indifference Test)
  - *Jean-Charles Rochet/Jean Tirole*: Cooperation among competitors: Some economics of payment card associations, 33 RAND Journal of Economics 549 (2002)



## ***Weko, 1.12.2014 – Kreditkarten Domestische Interchange Fee II (KKDMIF)***

- Entscheidend: **Kostensparnis** des Handels durch die Akzeptanz von elektronischen Bezahlkarten
- **Stufenweise Senkung der durchschnittlichen DMIF** von 0,95 zunächst auf 0,7 Prozent (1.8.2015) und sodann auf 0,44 Prozent (zum 1.8.2017)
- **Kopplung** an Änderungen der **MIF in der EU** (in derselben absoluten Höhe)
- **Verbot des Austauschs sensibler Daten** in den Kartengremien
- einvernehmliche Regelung





## **BGer, 28.1.2015 – *Hors Liste* / Vorinstanzen**

### ➤ **Weko, 2.11.2009 – *Hors Liste***

"Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt."

### ➤ **BVGer, 3.12.2013**

Aufgrund vorbehaltener Vorschriften (HMG und AWW) sei das KG nicht anwendbar, Art. 3 Abs. 1 KG. Zwei Hauptargumente:

- Verbot der Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel
- "Schamfaktor"



## BGer, 28.1.2015 – *Hors Liste*

- Das KG ist nur insoweit unanwendbar, als staatliche Vorschriften auf einem Markt Wettbewerb nicht zulassen.
- Das Publikumsverbot hängt mit dem **Gesundheitsschutz** (nicht mit dem Wettbewerb) zusammen.

Die für die Verschreibung zuständigen Fachpersonen sollen nicht von den Patienten beeinflusst werden.

- **"Schamfaktor"**

"Insofern ist der 'Schamfaktor' eine empirische Erscheinung, die allenfalls das Funktionieren des Wettbewerbs einschränken könnte, aber keineswegs eine wettbewerbsausschliessende Norm."



## BGer, 28.1.2015 – *Hors Liste*

- Das HMG steht in **positiver Normenkonkurrenz** bzw. **Normenkumulation** zum KG  
keine "klassische Normkollision"
- Zurückweisung an das BVGer zu neuem  
Entscheid; Prüfung von Art. 5 KG
- Hohe Voraussetzungen an die Verdrängung des  
Kartellgesetzes (entsprechend der h.M.)



## **Weko, 23.2.2015 – Tunnelreinigung**

- **Absprache von Preisen und Zuschlägen** zwecks Submission bei öffentlichen Ausschreibungen.
- Alle drei beschuldigten Unternehmen reichten Bonus-Meldungen ein.
- einvernehmliche Regelung



## BVGer, 23.9.2014 – Baubeschlüsse-Entscheide

- Die Entscheide haben **zahlreiche Aspekte**:
  - Beweismass
  - Kausalität
  - Verhältnis zwischen Beweisfragen und materiell-rechtlicher Prüfung
  - Stellenwert Selbstanzeige

- Grösstes Aufsehen: Anforderungen an die **Erheblichkeit**

*Siegenia-Aubi*, 6.1.3: "Folglich hat die Vorinstanz de lege lata in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird. Zum heutigen Zeitpunkt besteht im schweizerischen Kartellrecht somit **keine per se-Erheblichkeit**, weshalb die **Auswirkungen** von Absprachen auf dem Markt durch die Vorinstanz zu untersuchen sind."



## zum Vergleich: BVGer, 19.12.2013 – Gaba, N. 11.1.8

- "Zwar ist grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand **qualitativer und quantitativer Kriterien** zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genügt allerdings bereits die qualitative Erheblichkeit [...]."
- "Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass solche Verbote vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist **a maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen**, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien."



## Harmonie oder Dissonanz zwischen den beiden Urteilsserien?

- In den Baubeschlüsse-Urteilen werden die Entscheide *Gaba* und *Gebro* im **relevanten Zusammenhang** nicht erwähnt.
- Weder *Gaba/Gebro* noch *Baubeschlüsse* sind rechtskräftig: Beide Fälle sind beim **Bundesgericht** hängig.
- **Interpretationsvorschlag:**
  - *Gaba* und *Gebro* sprechen nicht von "per se-Erheblichkeit" von Vermutungstatbeständen, sondern von "**grundsätzlicher**" Erheblichkeit.
  - **Ausnahmen für atypische, komplexe Fallgestaltungen** sind also möglich.
  - Hier besteht Spielraum für die **Rezeption der *Cartes bancaires*-Rechtsprechung des EuGH.**



## EuGH, 11.9.2014 – *Groupement des cartes bancaires (CB)*

- **Hintergrund:** CB ist ein Organismus, der die Interoperabilität der von den Mitgliedern herausgegebenen Bankkarten gewährleisten soll.
- **Zweiseitiger Markt** (Acquirer, Issuer)
- Vereinbarungen sollen Trittbrettfahren zulasten der Acquiring-Aktivitäten verhindern.
- **EuGH:** Koordinierung muss "**in sich selbst**" eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lassen.
- ➔ Die Beurteilung "klassischer Kartelle" wird durch das Urteil nicht berührt.
- ➔ Der Begriff der "Bezweckung" ist aber **eng** auszulegen.





## Parallele im schweizerischen KartR

- Im schweizerischen Kartellrecht besteht wie in der EU und den USA ein Bedürfnis nach der **Typisierung** besonders gefährlicher Verhaltensweisen.
- Das Konzept der "**grundsätzlichen Erheblichkeit**" entspricht den internationalen Entwicklungen.
- Ausnahmen für **komplexe Fallgestaltungen** bleiben möglich.



## Verfassungsrechtliche Vorgaben

---

- Wie verhält sich dieser Vorschlag zum Erfordernis der **volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen** in Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG?
- BGE 135 II 60 (2008), *Maestro*

Die Bestimmung (Art. 96 BV) "schliesst **partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden** oder Verhaltensweisen nicht aus ('selektive' per-se-Verbote); sie lässt jedoch kein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu."
- Nicht nur die volkswirtschaftlich, sondern auch die "**sozial schädlichen**" Auswirkungen werden genannt.

Bereits die Vereinbarung (nicht erst die Praktizierung) von Kernbeschränkungen schafft ein **soziales Klima**, das die Kartellierung begünstigt!



### III. Marktbeherrschung

---

#### Weko, 14.7.2014 – Schweizerische Depeschagentur

- SDA hat eine **beherrschende Stellung** auf
  - dem Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien;
  - dem Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien.
  
- **Exklusivitätsrabatte** mit Medienunternehmen aus der Deutschschweiz

Bezug des News-Basisdienstes ausschliesslich von der SDA und nicht von AP Schweiz
  
- Dieses Verhalten richtete sich **gegen die Konkurrentin** AP Schweiz.

*customer foreclosure*



---

## Weko, 14.7.2014 – Schweizerische Depeschagentur

- Ausserdem **Ungleichbehandlung** von Medienunternehmen mit Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf nachgelagerten Märkten
- **Einvernehmliche Regelung**
  - Verzicht auf Exklusivbezugsvereinbarungen
  - Mengenrabatte nur soweit Kosteneinsparungen
  - transparentes Rabattsystem
  - diskriminierungsfreier Zugang
  - keine Kopplung (z.B. von Nachrichten- und Sportdiensten)
- **Direkte Sanktion** i.H.v. 1,88 Mio. CHF



## Vgl. die Parallele zu EuG, 12.6.2014 – *Intel* (PM, S. 2)

"Von einem Unternehmen in beherrschender Stellung gewährte **Exklusivitätsrabatte** sind **bereits ihrer Art nach** geeignet, den Wettbewerb zu beschränken und die Wettbewerber aus dem Markt zu drängen. Es braucht daher nicht anhand der Umstände jedes Einzelfalls nachgewiesen zu werden, dass sie geeignet waren, den Wettbewerb zu beschränken."



## Parlamentarische Initiative Ständerat Altherr

- **25.9.2014: Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland**
- **Neuer Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> KG:**

"Als **relativ marktmächtige Unternehmen** gelten einzelne Unternehmen, soweit von ihnen andere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen, die sie hauptsächlich produzieren oder für ihren Betrieb benötigen, in der Weise **abhängig** sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf anderen Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen."
- Die Regeln über **Marktbeherrschung** würden auch auf Fälle der **relativen Marktmacht** Anwendung finden.



## IV. Kartellzivilrecht

- **Art. 48 Abs. 2 KG:** Die Gerichte stellen dem Weko-Sekretariat einschlägige Urteile unaufgefordert zu.
- **HGer ZH, 17.12.2014 – Vorsorgliche Massnahmen Kfz-Vertrieb**
  - Vertragsgaragistin verlangt Verlängerung eines (gekündigten) Servicevertrags.
  - Kfz-Bekanntmachung und Kfz-Erläuterungen
  - Art. 5 und 7 KG
  - Primär- und Sekundärmärkte: Systemmarkt- vs. Zweimärktehypothese
  - In casu kein Kontrahierungszwang



## KG-Revision: Vorschläge zur Verbesserung des Kartellzivilrechts

- Ausweitung der **Aktivlegitimation**
  - Konsumenten
  - Juristische Personen des öffentlichen Rechts
- **Ruhen der Verjährung** während des kartellbehördlichen Verfahrens  
aber keine Verlängerung der relativen Verjährungsfrist von einem Jahr (Abwarten auf die allgemeine Revision des Verjährungsrechts)
- "Angemessene" **Anrechnung des Schadenersatzes** auf die Verwaltungssanktionen
- **technische Verbesserungen**  
z.B. "Feststellung", nicht "Anordnung" der Nichtigkeit, etc.





## EU: Richtlinie 2014/104/EU zum kartellrechtlichen Schadenersatz

- Ein **Meilenstein**: Der Schadenersatzanspruch soll nicht nur auf dem Papier stehen, sondern **Realität** werden.
- **Umsetzungsfrist**: bis **27.12.2016**
- Umfassende **Aktivlegitimation**
- *damnum emergens* und *lucrum cessans*, aber keine Überkompensation
- Anerkennung des **passing on-Einwands**
- **Solidarhaftung**, mit Einschränkungen für:
  - KMU mit Marktanteil unter 5 % bei Existenzbedrohung
  - Kronzeugen



## EU: Richtlinie 2014/104/EU

- **Verjährungsfrist** mindestens **fünf Jahre**
- **Bindungswirkung** von **Behördenentscheiden**
- **Hemmung/Unterbrechung der Verjährung** während des Kartellverwaltungsverfahrens
- **Offenlegung von Beweismitteln**, Ausnahmen:
  - Kronzeugenaussagen
  - Vergleichsausführungen
- **Kollektiver Rechtsschutz**: Gegenstand einer separaten Empfehlung (*opt in*-Prinzip)
- **Praktischer Leitfaden** zur Ermittlung des Schadenumfangs



## Kartellzivilrecht in der Schweiz

- Durch das Scheitern der KG-Revision bleibt es beim ***status quo***.
- **In Zukunft:**
  - In der EU Verjährung von fünf Jahren (mit Hemmung durch Verwaltungsverfahren)
  - In der CH Verjährung von einem Jahr (unabhängig von Weko-Verfahren)
- **Gefahr für die Effektivität** des Kartellrechts
- Situation des **private enforcement** vergleichbar mit der Lage des **public enforcement** vor der KG-Revision 2003



## V. Ausblick

### ➤ **KG-Revision?**

- Kartellzivilrecht
- Art. 5 KG
- Initiative Altherr
- SIEC-Test und Koordination der Fusionskontrolle mit EU
- Institutionen
- Kartellverwaltungsverfahren

### ➤ **Rechtsprechung**

- **BGer**
  - *Gaba* und *Gebro*
  - *Baubeschläge*
- **BVGer**
  - *ca. 10 Sanktionsfälle (z.T. mit mehreren Parteien)*