

Die Rechtfertigung von Abreden gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG

BÄR
& KARRER

Rechtliche Grundlagen

Arbeitssitzung: Studienvereinigung Kartellrecht | Center for the Law of Innovation
and Competition

Mani Reinert

29. Juni 2018, Bern

1. Vorabexkurs: Prüfung der Wettbewerbsabrede nicht vergessen!
2. Effizienzgründe
3. Notwendigkeit
4. Keine Möglichkeit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs
5. Keine Weitergabe der Vorteile an Verbraucher notwendig
6. Berücksichtigung wettbewerbsintensivierender Wirkungen
7. Rolle von Art. 6 KG
8. Verfahrensrechtliche Fragen

Vorabexkurs: Prüfung der Wettbewerbsabrede nicht vergessen!

- Das *Gaba*-Urteil des BGer zwingt dazu, **alle** Tatbestandsmerkmale zu prüfen.
- Wesentliche Vorfrage 1: **Liegt eine Abrede vor?**
 - Unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen von Vereinbarung und abgestimmter Verhaltensweise.
 - Es muss dargetan werden, ob eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt.
- Wesentliche Vorfrage 2: **Bezweckt oder bewirkt diese Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung?** Zu analysieren sind:
 - Kausalität der Abrede für Wettbewerbsbeschränkung
 - Wettbewerbsintensivierende Auswirkungen der Abrede
 - **Tatsächliche** Wettbewerbsbeschränkung notwendig (Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG)
 - Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung: "objektive Eignung" reicht nicht; das Verhalten muss **eindeutig** seinem Wesen nach schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs sein
- Erst bei Bejahung einer Wettbewerbsabrede stellt sich Frage der Erheblichkeit und der Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG

Wie Art. 5 Abs. 2 KG nicht ausgelegt werden sollte ...

BÄR
& KARRER



- Offene Konzeption der Rechtfertigung:
 - Keine Per-se Unmöglichkeit der Rechtfertigung für bestimmte Abreden (Botschaft 1994 erwähnt Möglichkeit der Rechtfertigung von RPM, "die in ausländischen Kartellgesetzen häufig per se verboten ist").
 - Auch Abreden, die unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG subsumiert werden, können gerechtfertigt werden.
 - Gewisser Unterschied zum EU-Recht.
- Ökonomisch gesprochen ist relevant, ob mit Abrede soziale Wohlfahrt vergrössert wird (siehe hierzu Vortrag Dr. Graber).

Effizienzgründe

Allgemeines

- Abschliessende Aufzählung der Effizienzgründe, aber "offene Begriffe" bzw. weite Auslegung (Botschaft 1994)
- Erfasst auch Effizienzen ausserhalb eines engeren Effizienzverständnisses wie Umweltschutzanliegen (Botschaft 1994).
- Ausgeschlossen: "ausserhalb des ökonomischen Prozesses liegende öffentliche Interessen, etwa solche kulturpolitischer Art" (Botschaft 1994)
- Keine Kompensierung der Wettbewerbsbeschränkung durch Effizienzgrund notwendig (Unterschied zu EU-Recht).
- Die Nachteile einer Abrede auf einem Markt können durch Vorteile in einem anderen Markt kompensiert werden (Identität der Verbraucher nicht notwendigerweise eine Voraussetzung)

Effizienzgründe im Einzelnen

Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten

- Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten:
 - Erfasst auch Senkung der Einkaufskosten (z.B. durch Bildung von Gegenmacht, vgl. *Tarifverträge Zusatzversicherung Kt. LU*)
 - Erfasst auch F&E-Kosten
 - Bessere Kapazitätsauslastung durch Kooperation (z.B. ARGE, gemeinsame Produktion)
 - Reduktion von Transaktionskosten (z.B. bei multilateralen Verhandlungen durch Default Fees oder Standardisierung)
 - Reduktion von Transport- oder Lagerkosten
 - Vermeidung von Kostenduplizitäten durch Kooperation
 - Kostenreduktion durch Skaleneffekte (z.B. gemeinsame Produktion)
 - Bessere Profitabilität/Amortisation von Investitionen (z.B. durch Senkung des Investitionsrisikos)

Effizienzgründe im Einzelnen

Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren

- Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren:
 - Entwicklung neuer Produkte/Erweiterung des Produktsortiments
 - Ermöglichung besserer/modernerer Fertigungstechnik durch gemeinsame Produktion
 - F&E-Vereinbarungen
 - Technologietransfer-Vereinbarungen
 - Stabilität und Flexibilität der Produktion (z.B. durch langfristige Verträge, Mindestabnahmemengen)
 - Erfasst auch Verbesserung des Vertriebs, z.B.:
 - Lösung von Trittbrettfahrerproblemen durch RPM und Gebietsschutz (*Altimum*)
 - Ermöglichung der Amortisation von Investitionen für Erschliessung neuer Märkte durch RPM, Gebietsschutz (*Altimum*) und Alleinbezug
 - Lösung des Hold-up-Problems durch Wettbewerbsverbote
 - Lösung des Double-Marginalization-Problems durch Höchstpreise/Mindestabnahmemengen
 - Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität des Vertriebs durch selektiven Vertrieb oder Franchising (soweit Wettbewerbsbeschränkung), Alleinbelieferung oder Alleinbezug.
 - Verhinderung der Schädigung des Luxus-/Exklusivimages durch Discountpreise (Preis als Qualitätssignal, z.B. durch RPM)?

Effizienzgründe im Einzelnen

Übrige

- Förderung der Forschung
 - V.a. für F&E- und Technologietransfer-Abreden relevant
- Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen:
 - Ausbildung, Weiterbildung (auch im Hinblick auf Verbandstätigkeiten)
 - Kalkulationshilfen
- Rationellere Nutzung von Ressourcen
 - Erfasst auch Umweltschutzanliegen wie geringeren Energieverbrauch und Lösung von Entsorgungsproblemen (Botschaft 1994)
 - Geht u.U. teilweise weiter als Recht der EU
- Rationellere Nutzung öffentlicher Güter: Kein Effizienzgrund. Wurde von der WAK NR gestrichen, da unklar und Überschneidung mit Bundesratsgenehmigung nach Art. 8 KG

- Botschaft 1994 nennt drei Voraussetzungen für Notwendigkeit:
 - Abrede ist geeignet, die Effizienzgründe zu erreichen.
 - Zur Zielverwirklichung steht kein weniger wettbewerbsbeschränkendes Mittel zur Verfügung.
 - Wettbewerb darf im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht übermässig beschränkt werden (Verhältnismässigkeit).
- Richtiger Ansicht nach ist nur erforderlich:
 - Eignung zur Erreichung der Effizienzgründe.
 - Kein weniger wettbewerbsbeschränkendes Mittel zur Zielerreichung vorhanden.
- Verhältnismässigkeit ist Thema der fehlenden Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung und nicht der Notwendigkeit.
- Wichtig:
 - An die Notwendigkeit dürfen keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden.
 - Ansonsten wird die Rechtfertigungsmöglichkeit ihres Gehalts entleert.
 - Den Unternehmen ist bei der Notwendigkeit ein gewisses Ermessen zuzugestehen. Plausible Motivation muss ausreichen. Wettbewerbsbehörden sollten ein plausibles Business Judgment der Unternehmen nicht durch eigenes Business Judgment ersetzen.

- Interchange Fee zur Förderung neuer Debitkartenprodukte, da ansonsten Issuer der Anreiz zu Investitionen in Markteinführung fehlt.
 - Die Rechtfertigung wurde nicht mit dem Argument verneint, dass die Issuer ja auch hätten Gebühren von den Karteninhabern erheben können.
 - Erfahrung zeigte, dass Issuer keine neue Debitkartenprodukte lancierten, da nicht lohnend.
- Zwei grosse Unternehmen entwickeln zusammen ein neues Nischenprodukt.
 - Rechtfertigung kann nicht mit dem Argument verneint werden, dass beide das Produkt theoretisch auch hätten selbst entwickeln könnten.
 - Bei Forderung einer Alleinentwicklung hätten nicht beide Partner das Produkt entwickelt oder weniger Entwicklungsarbeit geleistet.
- Alleinbezugspflicht vom Importeur, der für das gesamte Gebiet Verkaufsunterstützungsmassnahmen (Beratung, Zurverfügungstellung von Ausstellungsprodukten) für Händler trifft, auf denen Parallelimporteure trittbrettfahren:
 - Die Rechtfertigung kann nicht mit dem Argument verneint werden, dass der Hersteller diese Leistungen auch separat verrechnen könnte.
 - Bei separater Verrechnung unternehmen die Händler weniger Marketingbemühungen.

- Mindestpreisbindung während Anlaufzeit für Einführung eines unbekanntes neuen Produkts. Mit der Mindestpreisbindung soll verhindert werden, dass der Händler das Produkt wegen zu tiefer Marge aufgrund Discountangeboten wieder aus dem Sortiment nimmt.
 - Die Rechtfertigung kann nicht mit dem Argument verneint werden, dass der Hersteller dem Händler Exklusivgebiete einrichten oder auch tiefere Preise gewähren könnte.
 - Bei Konsumprodukten sind aufgrund des Internets keine kleinräumigen Exklusivgebiete mehr möglich.
 - Discounter werden höhere Marge für Rabatte verwenden.
- Mindestpreisbindung für ein exklusives Luxusgut, um eine Verramschung durch Discounter und damit Schädigung des exklusiven Luxusimage zu verhindern.
 - Die Rechtfertigung sollte nicht mit dem Argument verneint werden, dass der Hersteller z.B. höhere Einkaufspreise verlangen könne.
 - Händler sind auf Marge angewiesen, um Beratungsdienstleistungen und gehobenes Verkaufsumgebung anzubieten.

Keine Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

- Parteien dürfen **aufgrund der Abrede** keine Möglichkeit haben, Wettbewerb zu beseitigen.
 - **Kausalzusammenhang** zwischen Abrede und Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung notwendig
 - Hypothetische Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung reicht nicht: Konkrete Möglichkeit notwendig.
- Marktanteile spielen hierbei eine Rolle, sind aber kein entscheidendes Kriterium (vgl. etwa Beratung *Einkaufsgemeinschaft ATM-Geräte und Leistungen*).
- Bei Einkaufsgemeinschaften gegenüber Marktbeherrscher/Monopolist dürfte aufgrund der gebildeten Gegenmacht keine Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung vorliegen (sofern überhaupt Wettbewerbsbeschränkung vorliegt) (anders und abzulehnen Verfügung *Tarifverträge Zusatzversicherung Kt. LU*)

Keine Weitergabe der Vorteile an Verbraucher notwendig

- Keine Weitergabe der Vorteile der Verbraucher notwendig
- Dieses Erfordernis war noch im bundesrätlichen Entwurf von 1994 enthalten.
- Wurde von WAK NR gestrichen. Gründe:
 - Über Weitergabe soll Markt entscheiden.
 - Gewinne aus Abrede können auch in Ausbildung oder F&E investiert werden (kommt dem Verbraucher auch zu Gute).
- Folgen:
 - Massstab ist soziale Wohlfahrt und nicht Konsumentenrente
 - Vorteile müssen nicht an nachgelagerte Marktstufe weitergegeben werden (z.B. ist bei Einkaufsgemeinschaften kein Nachweis notwendig, dass Kosteneinsparungen an Nachfrager weiter gegeben werden)
 - Profitabilität von Investitionen kann ein Grund für eine Rechtfertigung sein
 - Schranke: Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung

Berücksichtigung wettbewerbsintensivierender Wirkungen

- Wettbewerbsintensivierende Wirkungen sind primär im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG zu berücksichtigen (wenn eine Abrede den Wettbewerb intensiviert, beschränkt sie ihn nicht)
- Gemäss einem Teil der Meinungen sind wettbewerbsintensivierende Wirkungen aber unter Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen (nicht überzeugend)
- Wie wird eine Wettbewerbsintensivierung erfasst, wenn diese nicht unter Art. 4 Abs. 1 KG berücksichtigt wird?
- Im Rahmen der Effizienzgründe: Intensivierung des Wettbewerbs durch:
 - Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, Einführung neuer Produkte.
 - Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten oder rationellere Nutzung von Ressourcen (niedrigere Kosten/Preise führen zu mehr Wettbewerb).
 - Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen (F&E, besseres Know-how führt zu besseren Produkten und steigert damit Wettbewerb).
- Im Rahmen der Untersuchung der fehlenden Möglichkeit, den Wettbewerb zu beseitigen. Bei Wettbewerbsintensivierung fehlt die Möglichkeit zur Wettbewerbsbeseitigung.

- Welche materielle Bedeutung hat Art. 6 KG?
- Art. 6 KG ist primär eine Kompetenznorm:
 - Verordnungskompetenz des Bundesrats und
 - Erlasskompetenz der Weko zu Bekanntmachungen.
- Darüber hinaus aber auch Norm mit materiellem Wertungscharakter. Dies zeigen auch Diskussionen in Parlament und WAK zu folgenden Punkten:
 - Kalkulationshilfen (Abs. 1 Bst. b) und
 - Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit von KMU (Abs. 1 Bst. e).

- Mitwirkungspflicht der Parteien nach Art. 13 VwVG? Bei Sanktionsfällen wohl nein, aufgrund des Verbots des Zwangs zur Selbstbelastung.
- Gemäss Buchpreisbindung II tragen Unternehmen allerdings Folgen der Beweislosigkeit (Objektive Beweislast, BGer 6.2.2007, 2A.430/2006, E. 10.3)
- Beweismass: Überwiegende Wahrscheinlichkeit reicht, da der Natur nach kein strikter Beweis möglich ist (BGer 6.2.2007, 2A.430/2006, E. 10.3)

Fall	Beurteilung
Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz	Verbot des Eigeneintritts von Zeitschriftenkommissionären gerechtfertigt.
Secure Digital Interchange Fee für Debitkarten im E&M-Commerce	Interchange Fee von 0.31% ist für Anlaufzeit von 5 Jahren (bzw. bis Transaktionsvolumen 15% erreicht) gerechtfertigt, danach eine solche von 0.2%
DMIF Visa V PAY	Interchange Fee von 0.29% (+CHF 0.05 für Non-secure Transaktionen) ist für Anlaufzeit von 5 Jahren gerechtfertigt, danach eine solche von 0.2%
Einkaufsgemeinschaft ATM-Geräte und Leistungen	Einkaufsgemeinschaft für ATM-Geräte, -Unterhaltsarbeiten und -Monitoring-System gerechtfertigt
KK-DMIF II	Interchange Fee von 0.44% für Kreditkarten gerechtfertigt