

Verhaltensauflagen in einvernehmlichen Regelungen

BÄR
& KARRER

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

Freitag, 9. Juni 2017

Mani Reinert

- Viele Untersuchungen werden heute mit einvernehmliche Regelungen abgeschlossen.
- Vorteile einer EVR für Parteien:
 - Zusätzliche Sanktionsreduktion (3%-25%).
 - Geringere Begründungsdichte der Verfügung.
 - Verringerung des Parteiaufwands (Kosten- und Zeitaufwand).
 - Vermeidung eines Beschwerdeverfahrens.
 - Weko testet u.U. die Grenzen des rechtlich Möglichen nicht aus.
- Nachteile einer EVR für Parteien:
 - Verhaltensaufgaben:
 - Fehlende zeitliche Begrenzung.
 - Fehlende räumliche Begrenzung.
 - Sachliche Reichweite teilweise unklar.
 - Verstöße gegen Verhaltensaufgaben haben Sanktionen zur Folge unabhängig davon, ob ein Verstoß gegen Art. 5 bzw. 7 KG vorliegt.
 - Implizites Schuldeingeständnis (nachteilige Folgen in Zivilfolgeverfahren).
 - Es werden allenfalls neue Rechtsfiguren eingeführt und Praxis geschaffen, die nicht höchstrichterlich geklärt werden.

- Vorteile einer EVR für Weko:
 - Verringerung des Verfahrensaufwands (z.T. wird das Verfahren um mehrere Jahre verkürzt).
 - Verringerung des Begründungsdichte.
 - Risiko einer Beschwerde wird stark reduziert oder Anzahl der möglichen Beschwerden reduziert.
 - Allenfalls Raum zur Schaffung neuer Praxis mit neuen Rechtsfiguren.
 - Verhaltensaufgaben erlauben bei einem wiederholten Verstoss eine erleichterte Verfolgung (kein Nachweis eines Verstosses gegen Art. 5 oder 7 KG notwendig) (bei direkt sanktionierbaren Verstössen allerdings von geringerer Wichtigkeit).
- Nachteile einer EVR für Weko:
 - Allenfalls: Keine Klärung der sich stellenden Rechtsfragen durch Rechtsmittelinstanzen.
- Fazit:
 - Für Weko ist eine einvernehmliche Regelung tendenziell vorteilhaft.
 - Für Parteien hängt es von individueller Interessenabwägung ab. Wesentliche Faktoren sind u.a.:
 - Verhaltensaufgaben
 - Begründungsdichte der Verfügung
 - Höhe der Sanktion

- Im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung werden heute regelmässig Verhaltensauflagen vereinbart (auch wenn beanstandetes Verhalten aufgeben wurde).
- Ursprung der Verhaltensauflagen:
 - Das Instrument der einvernehmliche Regelung stammt aus dem KG85 (KG85 28 II).
 - Hintergrund war die fehlende Verfügungskompetenz der Kartellkommission.
 - Mit einvernehmlichen Regelungen konnte eine Verhaltensänderung bewirkt werden, ohne dass entweder die Kartellkommission eine Empfehlung abgeben oder das WBF (damals EVD) verfügen musste.
 - Inhalt der einvernehmlichen Regelung war die Aufgabe oder Anpassung **eines andauernden Verhaltens**. Beispiele:
 - Zementkartell (inkl. Anpassung der Transportordnung) (VKKP 1993/5, 9 f.)
 - Aufnahme eines Aussenseiters in Musikinstrumente- und Musikalienhandel-Verbände (VKKP 1992/1a 21 f.)
 - Verhaltenskodex für Edipresse (VKKP 1994/5, 143 ff.)
 - Unter dem KG95 ermöglichten Verhaltensauflagen die Durchsetzung von einvernehmlichen Regelungen unter dem KG95 unter Sanktionsdrohung (fehlende direkte Sanktionen).

Verhaltensauflagen

Fehlende zeitliche Begrenzung

- Verhaltensauflagen sind rechtlich und praktisch nicht problemlos:
- **Fehlende zeitliche Begrenzung**
 - Verhaltensauflagen gelten in aller Regel für unbegrenzte Zeit.
 - Bisher nur wenige Ausnahmen von der "ewigen" Dauer (in Sonderkonstellationen):
 - KKDMIF II: EVR kündbar nach 4.5 Jahren
 - KKDMIF I: EVR genehmigt für vier Jahre
 - Swatch Group Lieferstopp: Begrenzung der Lieferpflicht bezüglich mechanischer Uhrwerke bis Ende 2019
 - Rechtliche Problematik: Ewige Verpflichtungen sind aufgrund ZGB 27 II zivilrechtlich nicht zulässig (BGE 93 II 290, E. 7; BGE 103 II 176, E. 4)
 - Ewige Dauer kollidiert mit der dynamischen Natur der Märkte und Gesetzgebung, Beispiele:
 - EVR KKDMIF II: Mastercard setzt KKDMIF unilateral fest.
 - Adressaten haben Auflage, keine passiven Verkäufe zu behindern und wollen ein selektives Vertriebssystem einführen (Problem: Die Behinderung gewisser passiver Verkäufe ist selektiven Vertriebssystemen inhärent).
 - Verhaltensauflagen geraten in Widerspruch zu neuen regulatorischen Bestimmungen (z.B. Änderungen der Regelungen über den Internetvertrieb, Preisparitätsklauseln).

Verhaltensauflagen

Fehlende zeitliche Begrenzung

- **Fehlende zeitliche Begrenzung** (Fortsetzung):
 - Wenn Verhaltensauflagen kartellrechtlich zulässiges Verhalten verbieten, ist Compliance schwerer vermittelbar und anfälliger auf Fehler (Schulungen zu Kartellrecht **und** Verhaltensauflagen notwendig).
 - Notwendigkeit, Verhaltensauflagen "ewig" im Compliance-Gedächtnis des Unternehmens zu verankern (bei personellen Wechsels im Unternehmen können Verhaltensauflagen vergessen gehen).
 - Möglichkeit der Änderung bzw. des Widerrufs nach KG 30 III ist praktisch von geringer Bedeutung (ungeklärte Rechtsfragen, Dauer des Verfahrens etc.)

Verhaltensauflagen

Fehlende räumliche Begrenzung

- **Fehlende räumliche Begrenzung.**
 - Verhaltensauflagen werden in der Regel nicht auf die Schweiz begrenzt (Konflikt mit Territorialitätsprinzip!).
 - Problematisch v.a. bei internationalen Märkten:
 - Räumliche Grenzen unklar.
 - Compliancemässig sehr anspruchsvoll (Notwendigkeit von globalen Trainings [japanischen Mitarbeiter nicht vergessen!])

Verhaltensauflagen

Parteispezifisches Sonderkartellrecht

- Mit Verhaltensauflagen wird für die betroffenen Unternehmen ein parteispezifisches Sonderkartellrecht geschaffen. Ein Verhalten, das gegen die Verhaltensauflagen verstösst, ist unzulässig und sanktionierbar, auch wenn es nach Art. 5 bzw. 7 KG zulässig ist.
- Beispiele für Verhaltensweisen, die gegen eine Verhaltensauflage verstossen, aber nach Art. 5 KG zulässig sind:
 - Anfrage um Stützofferten bei Ausschreibungen, wenn diese Anfrage zurückgewiesen wird (Ziff. 1.1 EVR Tunnelreinigung):
"[besa/ISS/Pfister] verpflichtet sich im Rahmen von Ausschreibungen im Zusammenhang mit Tunnelreinigungsarbeiten Konkurrenten weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch solches anzubieten."
 - Nichtoffenlegung einer ARGE gegenüber dem Bauherrn (Ziff. 1.4 EVR Tunnelreinigung):
"[besa/ISS/Pfister] verpflichtet sich, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit Tunnelreinigungsarbeiten gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen."

- Die Problematik des Sonderkartellrechts wird dadurch verschärft, dass die Verhaltensauflagen in ihrer sachlichen Reichweite teilweise unklar sind.
- Beispiel Ziff. D1 EVR KKDMIF I:

"D. VERBOT DES AUSTAUSCHES VON DATEN IN DEN KARTENGREMIEN

*D1. Die Parteien verpflichten sich, **keine issuer- bzw. acquirer-spezifischen statistischen Marktdaten, wie z.B. Anzahl Karten oder Umsätze, auszutauschen**. Lediglich der Austausch der jährlichen Kartenumsätze zur Bestimmung der Stimmverhältnisse in den Kartengremien gemäss den europäischen Rules and Regulations der Visa- und MasterCard Kreditkartensysteme ist erlaubt. Der Klarheit halber wird präzisiert, dass Datenaustausche, welche (i) aus operationellen und sicherheitsspezifischen Gründen erforderlich sind oder (ii) nach Massgabe der Scheme-Rules erfolgen müssen, nicht von dieser Verpflichtung erfasst sind. Auch die Übermittlung von Daten an Dritte für Marktstudien und zur Bildung aggregierter, periodischer Informationen (z.B. Cards HSG, SNB) bleibt weiterhin zulässig."*

- Darf man Journalisten und Dritten bekanntgeben, wie viele Karten das eigene Institut herausgibt?

Verhaltensauflagen

Unklare sachliche Reichweite

- Ziff. 1 EVR Seiteninstrumente:
*"Musik Olar verpflichtet sich, **weder direkt noch indirekt Einfluss auf die Verkaufspreise ihrer Händler zu nehmen** und dabei insbesondere die nachfolgend erwähnten Verhaltensweisen zu unterlassen. [...]"*
 - Darf Musik Olar die eigenen Preise erhöhen und dadurch den Preissetzungsspielraum der Händler einschränken?
 - Darf Musik Olar Höchstpreise einführen?

- Ziff. 1c) EVR Seiteninstrumente:
*"Musik Olar verpflichtet sich, **auf die Ergreifung von direkten oder indirekten Massnahmen zu verzichten, falls einzelne Händler betreffend die Verkaufspreise oder Rabatte anderer Händler mit ihr Kontakt aufnehmen.** [...]"*
 - Was ist eine "Massnahme"? Darf Musik Olar ein Rundschreiben rauslassen und sagen, dass man sich nicht in die Preispolitik der Händler einmische?
 - Darf Musik Olar einem Händler einen Sonderrabatt einräumen, um diesem zu ermöglichen, dass dieser in einer Ausschreibung mit einem ausländischen Händler konkurrieren kann?

Verhaltensauflagen

Unklare sachliche Reichweite

- Ziff. 2 EVR Seiteninstrumente:

*"Musik Olar verpflichtet sich, **keinerlei** direkte oder indirekte **Massnahmen zu ergreifen**, zu unterstützen oder in irgendeiner Weise zu fördern, **welche Produktimporte in die Schweiz aus dem europäischen Ausland zu ver- oder behindern vermögen.**"*

- Darf Musik Olar ihren Händlern tiefere Preise anbieten, um diese so zu veranlassen, bei ihr zu kaufen?
- Darf Musik Olar eine umfangreichere Schweizer Garantie anbieten, um so Endkunden zum Kauf der von ihr vertriebenen Instrumenten (anstelle von Paralleleinkäufen) zu incentivieren?
- Darf Musik Olar mit ihren Händlern eine auf fünf Jahre begrenzte Alleinbezugspflicht vereinbaren?
- Was ist das "europäische Ausland"? EU? EWR? Oder auch Russland und die Türkei? Ist UK nach dem Austritt aus der EU noch "europäisches Ausland"?

Verhaltensauflagen

Unklare sachliche Reichweite

- Beispiel Ziff. 3 EVR Flügel und Klaviere:
"S&S verpflichtet sich, im Falle von (**öffentlichen**) **Beschaffungen** (insbesondere im Falle von offenen Verfahren, Einladungsverfahren und freihändigen Vergaben), **weder direkt noch indirekt Angebote ihrer Händler in irgendeiner Form zu beeinflussen, um einen Zuschlag an einen bestimmten Händler zu begünstigen oder zu verhindern.**"
 - Darf S&S einem Händler A aufgrund höherer Volumina bessere Konditionen als Händler B geben?
 - Darf S&S einem Händler A einen besseren "Projektrabatt" als Händler B geben, wenn dies nicht in der Vertragsgebietszugehörigkeit begründet ist?
 - Was ist eine "öffentliche Beschaffung"? Bedeutet dies, dass die Vergabestelle ein Staat ist?

Verhaltensauflagen

Unklare sachliche Reichweite

- Beispiel Ziff. 1 EVR Online-Handel:
*"Den zu ihrem selektiven Vertriebssystem zugelassenen Wiederverkäufern den Verkauf von Vertragsprodukten über das Internet grundsätzlich zu gestatten. Zulässig ist es jedoch, dass die V-Zug AG **Qualitätsanforderungen** an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf von Vertragsprodukten stellt sowie von den zugelassenen Wiederverkäufern verlangt, dass sie über einen physischen Verkaufspunkt verfügen. **Diese Anforderungen beziehen sich ausschliesslich auf die Vertragsprodukte, weitergehende Vorgaben innerhalb des selektiven Vertriebssystems (insbesondere im Zusammenhang mit Produkten anderer Marken) sind zu unterlassen.**"*
- Sind Vorgaben, einen in absoluten Zahlen bestimmten Mindestumsatz im physischen Geschäft zu machen, zulässig?
- Ist eine Vorgabe zulässig, die Produkte (von Konkurrenzprodukten separiert) auf einer separaten Seite mit speziellem Format anzubieten?
- Ist es zulässig, eine ebenso prominente Darstellung auf der Webseite wie von Konkurrenzprodukten zu verlangen?

Verhaltensauflagen

Verzögerung der EVR-Verhandlungen

- Die Aushandlung von compliance-mässig umsetzbaren Verhaltensauflagen kann viel Zeit in Anspruch nehmen.
- Probleme:
 - Das regulierte Verhalten ist je nach Fallkonstellation zulässig oder unzulässig (z.B. Informationsaustausch, der Funktionsfähigkeit des Marktes sicherstellt, aber auch wettbewerbsbeschränkend sein kann).
 - Die Verhaltensauflagen müssen hinreichend bestimmt und in sich klar sein, um von den Adressaten verstanden zu werden.

Verhaltensauflagen

Notwendigkeit überdenken

- Fazit:
 - Verhaltensauflagen sind teilweise rechtlich heikel.
 - Praktische Probleme aufgrund unbegrenzter Dauer.
 - Unmöglichkeit, gänzlich klare Verhaltensauflagen zu formulieren.
- Verhaltensauflagen sollten nur dann verlangt werden, wenn das beanstandete Verhalten zur Zeit der Verfügung noch andauert.
- In Fällen, in denen die Parteien das beanstandete Verhalten bereits aufgegeben haben, sollten keine Verhaltensauflagen auferlegt werden:
 - Vorteil der EVR besteht für das Sekretariat primär:
 - im schnelleren Abschluss der Untersuchung,
 - in der Verringerung des Begründungsaufwands (geringere Begründungsdichte),
 - Vermeidung eines jahrelangen Rechtsmittelverfahrens.
 - Diese Vorteile bestehen unabhängig von Verhaltensauflagen.
 - Aufgrund direkter Sanktionen besteht für Verhaltensauflagen kein eigenständiges praktisches Bedürfnis mehr. Das Instrument der Verhaltensauflagen stammt aus der Zeit, als es noch keine direkten Sanktionen gab (der erste Mord war gratis).
- Allenfalls: Verhaltensauflagen auf eine Dauer von 5-10 Jahren begrenzen.