STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT

Roundtable zur Bedeutung der Schädigungstheorie im Schweizer Kartellrecht

Arbeitssitzung vom 5. Juli 2024

mit dem Center for the Law of Innovation and Competition, Universität Bern

UNIVERSITÄT
LUZERN

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

ÖFFENTLICHES RECHT UND WIRTSCHAFTSRECHT

KARTELLRECHTLICHE SCHÄDIGUNGSTHEORIE

EIN VERSUCH DER EINORDNUNG

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT
5. JULI 2024

NICOLAS DIEBOLD

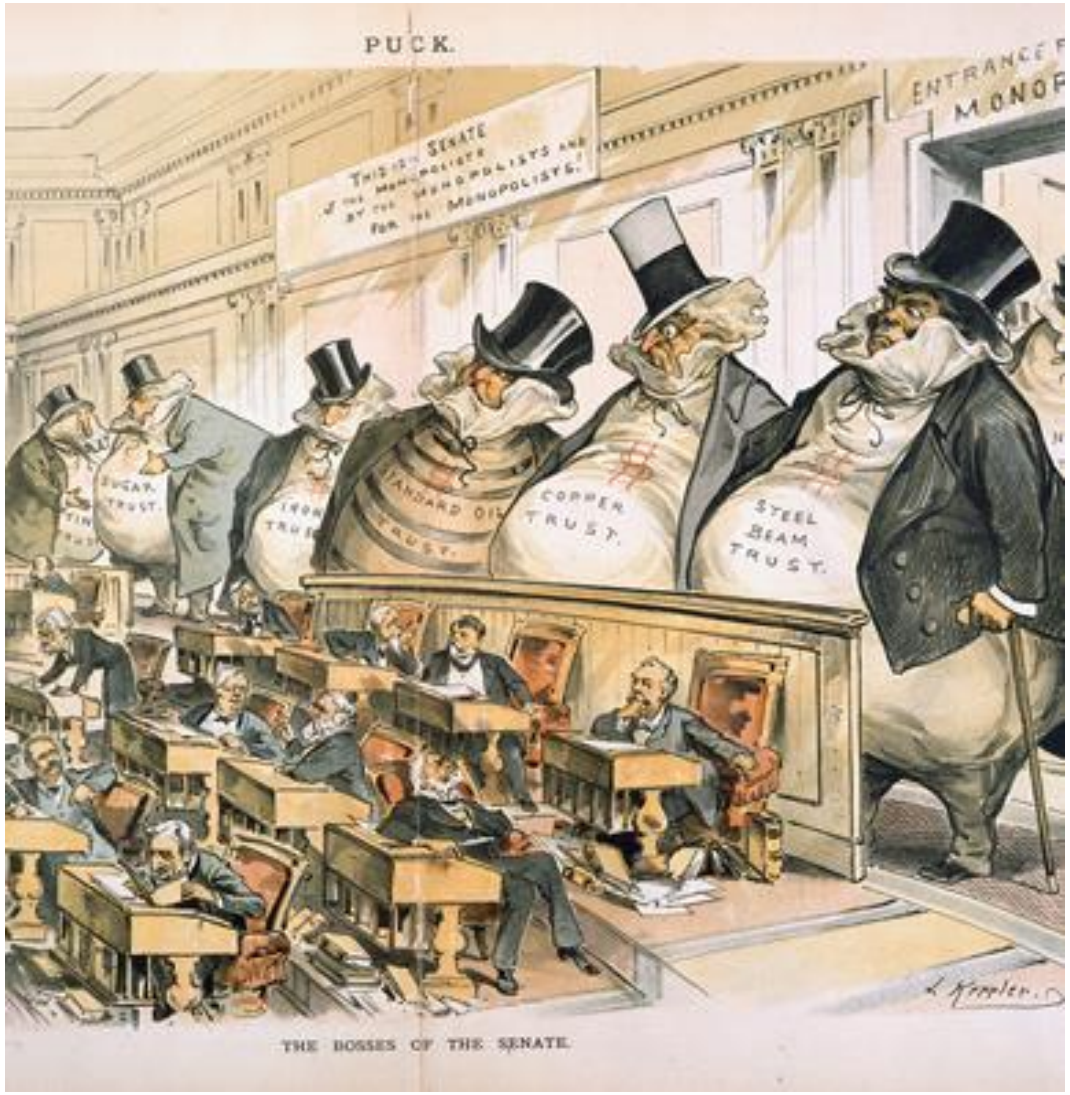
5. Juli 2024

ZIEL UND ZWECK

Jede staatliche Handlung muss der Verwirklichung eines **öffentlichen Interesses** Dienen (Art. 5 und 36 BV)

Kartellrecht dient dem **Schutz von Wettbewerb** (Art. 1 KG)

historischer Streifzug...



ZIEL UND ZWECK

USA

Sherman Antitrust Act, 1890

“If we will not endure a king as a political power we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessaries of life.“ (Senator John Sherman)

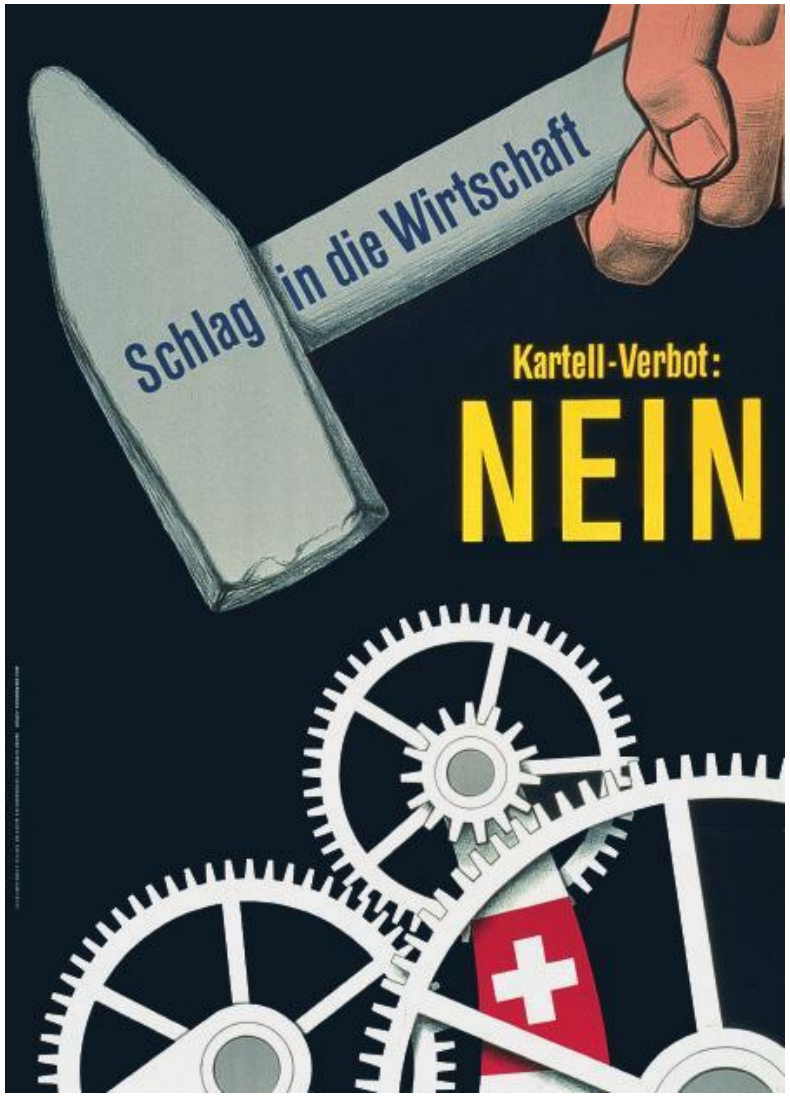
The Bosses of the Senate, Puck 1889, by Joseph Keppler

ZIEL UND ZWECK

Römer Verträge, 1957

EuGH

«... eine Vereinbarung zwischen einem Hersteller und einem Vertriebsunternehmen, die darauf abzielt, die **nationalen Schranken im Handel zwischen den Mitgliedstaaten wieder aufzurichten**, [kann] den Grundlegenden Zielen der Gemeinschaft zuwiderlaufen.» (EuGH, Consten und Grundig, ECLI:EU:C:1966:41)



ZIEL UND ZWECK

Schweiz

Kartellverbotsinitiative, 1958

mit 74% Nein-Stimmen in der Volksabstimmung abgelehnt.

ZIEL UND ZWECK

ERW-Nein, 1994

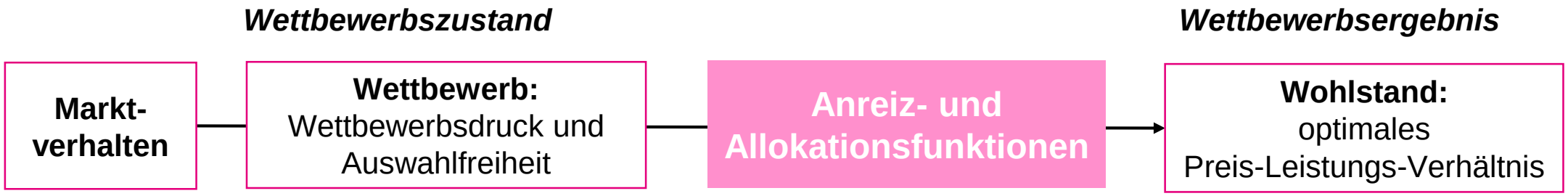
Marktwirtschaftliche Erneuerung: Erlass KG 1995
(sowie BGBM, THG, BöB)

Schutz von wirksamem Wettbewerb

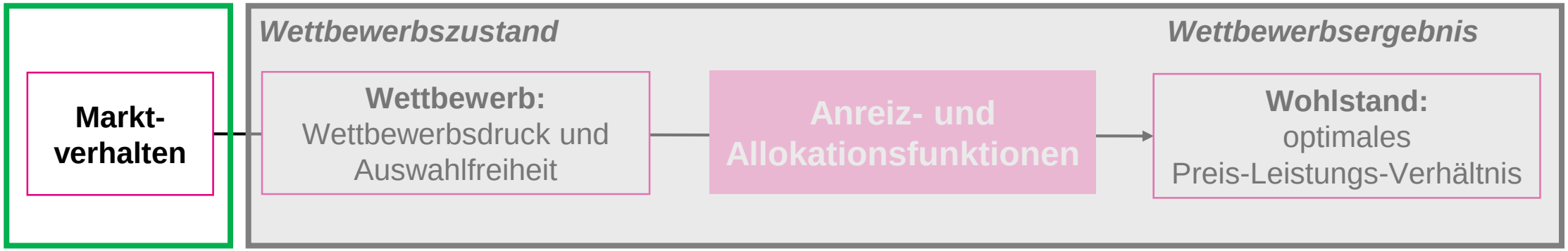
Weitere (Neben-)Ziele?

- Gewährleistung von wirtschaftlicher Freiheit einzelner Unternehmen?
- Erleichterung des Handelsverkehrs Schweiz–EU?
- Bekämpfung der Preisinsel Schweiz?

«WETTBEWERB» ALS ATYPISCHES «RECHTSGUT»?



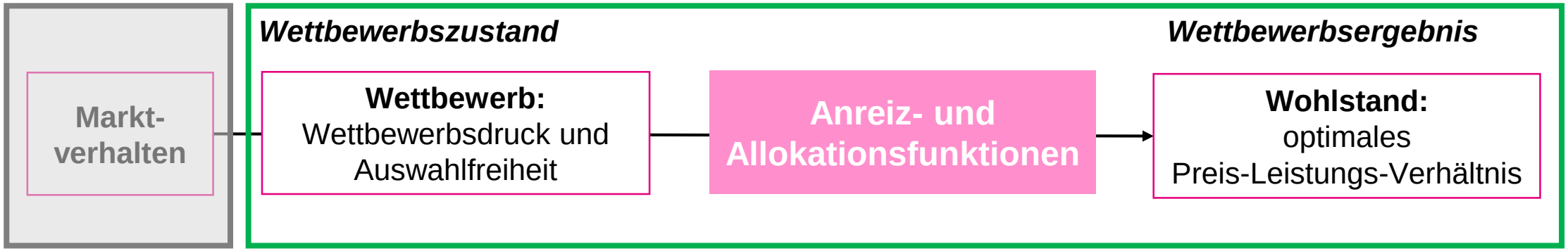
VERHALTENSBASIERTE KARTELLVERBOTE



Gründe für ein verhaltensbasiertes Kartellverbot (mit / ohne Rechtfertigungsmöglichkeit)

- Gefestigte generell-abstrakte ökonomische Schädigungstheorie (z.B. Verbot von Submissionskartellen)
- Rechtssicherheit (im Verhältnis zur Rechtsfolge)
- Direkter Eingriff in «erwünschtes Wohlstandsergebnis» (z.B. Einkaufsfreiheit im Ausland)

«SCHÄDIGUNGSBASIERTE» KARTELLVERBOTE



Normative Aspekte

- Anknüpfungspunkt → Wettbewerbszustand? Wettbewerbsergebnis?
- Materielle-rechtliche Schwelle → «erhebliche» Beeinträchtigung
- Materiell-rechtliche Konkretisierung → qualitative und quantitative Kriterien?
- Beweismittel
- Beweismass → Plausibilisierung? Vollbeweis?
- Einheitliche oder unterschiedliche Massstäbe → z.B. Vermutungstatbestände? Rechtsfolge?

e.CA economics
Experts in Competition Analysis

Schädigungstheorien – ökonomische Wunschliste

Bern, 5. Juli 2024

Studienvereinigung Kartellrecht

Dr. Rainer Nitsche

Confidential – Contains Business Secrets

Relevanz

Eine Schädigungstheorie beschreibt das konkrete Wettbewerbsbedenken und ist daher für die wettbewerbsökonomische Prüfung essenziell

Beispiel: Sind langfristige take or pay Verträge für die Nutzung von Gasinfrastruktur wettbewerbswidrig (ohne die Schädigungstheorie zu benennen?)

- Präzedenzfälle haben Wettbewerbswidrigkeit festgestellt
- Regulierungsrahmen hat Fristigkeit zunehmend beschränkt und fordert zudem Stückelung
- ABER: Treiber waren Marktverschlussbedenken und kein Ausbeutungsmissbrauch durch zu lange Verträge
- Auflösungsbegehren von potenziellen Verschließern?

Beispiel: Wie ist der Markt für die mehrseitige Amazon Plattform abzugrenzen, wenn es um Datenmissbrauch geht?

- Käufer? (Visits? Gesamtumsatz?)
- Händler? (Umgang mit hybriden Plattformen? Umgang mit Retail?)

Wunsch: Benennt die konkreten Schädigungstheorie(n) (als Voraussetzung für die Prüfung)

Verankerung

Ist eine Verankerung in einem (Wohlfahrts-) Ziel hilfreich?

- Vermeidung von Schädigungstheorien, die schädigen
- Entwicklung der relevanten Schädigungstheorie mit Hilfe des Ziels
- Interpretation der Schädigungstheorie mit Hilfe des Ziels
  - Wettbewerb ist Mittel zum Zweck
  - Die Intensität von "Wettbewerb" lässt sich nicht einfach an Strukturparameter wie Konzentrationsmaße knüpfen

Beispiel: "Die Reduktion von Unsicherheit ist per se schädlich" – keine Verankerung

Wie wirken verschiedene Ziele auf die (wettbewerbsökonomische) Prüfung?

Beispiel: Berücksichtigung von Freiheit, Nachhaltigkeit, sozialer Gerechtigkeit… - Zielvielfalt macht Analyse arbiträr

Wunsch: Verankert die Schädigungstheorien in *einem* Ziel (sonst: Gewichtung der Ziele oder Hierarchie der Prüfung)

Theorie und Beweis

Nicht immer liegt eine abgesicherte etablierte Schädigungstheorie vor

Was bedeutet das für die Beweisführung?

- Eine neue Schädigungstheorie sollte zulässig sein – wir lernen
- Aber die konzeptionelle und empirische Prüfung durch die Wissenschaft und Praxis stehen dann aus
- Evidenz für die Relevanz und Robustheit der Schädigungstheorie im konkreten Einzelfall muss dann hoch sein

Beispiel: Informationsaustausch oder Abreden zu Preisbestandteilen oder Listenpreisen – nur neue Schädigungstheorien

- Recht intuitiv
- Aber oft nicht anwendbar

Wunsch: Passt die Beweisanforderungen an die Güte der Schädigungstheorie an

Kontext und Vermutung

Wann kann die Anwendbarkeit einer Schädigungstheorie vermutet werden?

Starke Vermutungsregel für das Strafmaß (by object infringement)

- Ziel: Verhaltensbeeinflussung zur Vermeidung von Wohlfahrtseinbußen
- Zwei mögliche Fehler: zu starke oder zu schwache Einschränkung der Marktteilnehmer
- «Kein Gespräch mit Wettbewerber zu Preisen» ist eine vermittelbare Daumenregel
- Schaden durch Einschränkung gering

Einzelfallprüfung für den Schadensersatz

- Ist das Ziel der Ersatz des Schadens? (oder die Abschreckung?)
- Einzelfallwahrscheinlichkeit des Schadenseintritts variiert auch bei «by object» Verstößen

Beispiel: Informationsaustausch zu Listenpreisen oder Preisbestandteilen

Wunsch: Variiert den Vermutungsgrad bei Strafmaß und Schadensersatz

Thank you

Rainer Nitsche
Director
nitsche@e-ca.com

E.CA Economics

info@e-ca.com
www.e-ca.com

BEDEUTUNG VON SCHÄDIGUNGSTHEORIEN

Niklaus Wallimann, Sekretariat WEKO

Studienvereinigung Kartellrecht
Universität Bern, 5. Juli 2024

Rahmenbedingungen

- **Gegenstand: Wettbewerbsbeschränkungen**
  - Vielfalt an Marktstrukturen, Abhängigkeiten, Geschäftsmodellen, Kooperationsformen und Verhalten
  - Wirkung von Verhalten auf den Wettbewerb ist kontextabhängig, wobei gewisse Tendenzen auszumachen sind
- **Rahmen: Kartellgesetz**
  - Offene Definitionen von Abreden (KG 4 I: Von Vertrag bis abgestimmtes Verhalten) und Marktmacht (KG 4 II / II bis: Einzel- und kollektive Marktbeherrschung, relative Marktmacht)
  - Offene Tatbestände: KG 5 I / II, KG 7 I
  - Präzisierung in Vermutungen (KG 5 III / IV) und Beispielkatalog KG 7 II
  - Präzisierung in Bekanntmachungen, Beratungen und Widerspruchsverfahren
  - Präzisierung in starker Anlehnung an EU-Recht

Begriffe

- **Formbasierte Verbote**
  - Kategorisierung von Verhalten nach der Form & Unzulässigkeit basiert einzig auf der formellen Ausgestaltung
- **Strukturierte Prüfung anhand von Kategorien**
  - Kategorisierung von Verhalten & Prüfstruktur unterscheidet sich nach Kategorie
  - Vermutungstatbestände, Prüfschemata bei 7 KG
  - «Schadenstheorie»: Ausgestaltung und Wahl des Prüfschemas; «indirekte» Wirkungsprüfung anhand der Prüfkriterien
- **Schadenstheorie in der Einzelfallprüfung**
  - Juristisch: Erklärung, weshalb ein Tatbestand im konkreten Fall erfüllt ist
  - Ökonomisch: Erklärung, weshalb ein Verhalten den Wettbewerb schädigt und verboten sein sollte
  - Pragmatisch: Erklärung, weshalb es sinnvoll ist, Ressourcen in ein Fall zu investieren

Diskussionsfragen

- **Formbasierte Verbote?**
  - Keine formbasierten Verbote aber Kategorien mit vereinfachter Auswirkungsprüfung (z.B. BGer *VPVW-Stammtisch*)
- **«Etablierte» Schädigungstheorien?**
  - Gewisse Kategorisierung, strukturierte Prüfung
  - Abreden: Definierte Kategorien + Orientierung an EU-Rechtsprechung
    - Klare schädliche Kategorie (z.B. Submissionsabreden): vereinfachte Auswirkungsprüfung
    - Unklare Kategorisierung (z.B. Informationsaustausch): vertiefte Prüfung der Koordination für Kategorisierung, ggf. zusätzliche Auswirkungsprüfung
    - Ambivalenter Kontext: vertiefte Auswirkungsprüfung, Rechtfertigungsprüfung
  - Missbrauch von Marktmacht
    - Viele etablierte Prüfschemata aus (EU-) Rechtsprechung
    - Berücksichtigung neuer Missbrauchsformen / Geschäftsmodelle / Märkte
    - Umgang mit Individualschutz bei relativer Marktmacht?

WENGERPLATTNER

Schadenstheorie im KG: Betrachtungen aus anwaltlicher Sicht

Studienvereinigung Kartellrecht

Daniel Zimmerli

5. Juli 2024

Basis

«We think of antitrust law as law, not free form policy. Antitrust, at any stage, is shaped by the interplay of legal rules previously laid down (however broad or general these may be) with current political, economic and theoretical forces.»

Sullivan / Grimes
The Law of Antitrust: An Integrated Handbook
2nd ed., 2006, (v)

Verfassungsrechtliche Ausgangslage

- **Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik**
  - Wettbewerbsgarantie und staatliche Wettbewerbsneutralität
  - Staatliche Eingriffe brauchen besondere Legitimität

- **KG als ordnungspolitisches Instrument…**
  - Schutz der Privatautonomie vor sich selber – Konkordanz BV 96 / 94
  - Grund, Gegenstand und Rechtfertigung staatl. Eingriffe

- **… mit Schadenstheorie?**
  - Schutzgut «wirksamer Wettbewerb»: negativ definiertes Universalrechtsgut
  - Schutz, nicht Regulierung des wirksamen Wettbewerbs
  - Vermutungstatbestände als qualifizierte Eingriffe
  - Interessen- / Schadensabwägung: Regulierungsfehler 1. / 2. Ordnung

  ➢ *Zurückhaltung bei Eingriffen in Privatautonomie: mehr als eine Klugheitsregel!*

Schadenstheorie im KG
Auslegeordnung

- **Rechtlicher Wertungsentscheid**
  - BV 96 und KG 1 : wirkungsbasiert *gerade wegen* offener Normen
  - KG-Normen als Kategorisierungen aufgrund ökonom.-rechtspolit. Konsenses über bestimmte Schadenstheorie?
  - Offene Normen müssen im Einzelfall weiter konkretisiert werden – Schadenstheorie?
  - Entdeckungsfunktion / «trial and error» ist auch Wettbewerbsfunktion

- **Abreden**
  - KG 4 I: Bezwecken und Bewirken als Aufgreifschwelle
  - KG 5 III / IV / I: Erheblichkeit als Eingreifschwelle
  - «by object», «per se» / «by effect», «rule of reason»
  - Vermutungstatbestände und KG 5 I

- **Marktbeherrschung**
  - KG 4 II: Marktbeherrschung als Aufgreifschwelle
  - KG 7: Missbrauch als Eingriffsschwelle

➢ *Was will der Gesetzgeber sicher nicht?*
➢ *Wann und weshalb ist Wettbewerb in Gefahr?*

Schadenstheorie im KG
Eignung und Wirkung

- **«Schädigungseignung»**
  - Eng auslegen: «bezwecken», hard core-Konstellationen und «object restrictions»
  - Ambivalente Konstellationen (z.B. ARGE, EKG, Preisbestandteile, F&E, Spezialisierung) differenziert im Einzelfall untersuchen nach wettbewerblicher Relevanz und im Rahmen des ordnungspolitischen Grundentscheids
  - KG 7: Missbrauch = Wirkung?

- **«Formbasierter Ansatz»**
  - Quantitatives Element bei KG 7 zentral – bei KG 5 auf einmal nicht?
  - Formbasierter Ansatz ist antizipierte Beweiswürdigung / Erheblichkeitsfiktion!
  - Gesetzgeberischer Entscheid oder Erfahrungssatz, sonst umfassende Beweiswürdigung (qualitativ *und* quantitativ) im Einzelfall nach Normzweck nötig
  - «Rechtfertigung» ist weder «Wirkungsersatz» noch Universallösung

➢ *Schadenstheorie ist Theorie: konkret juristisch umsetzen nach jur. / ökonom. Methode*

➢ *Ex post-Konkretisierung offener Normen, aber kein «we know it when we see it»*

Anforderungen der Praxis

- **Wettbewerb** ist anspruchsvoll, aber kein «Super-Rechtsgut»

- **Schadenstheorie**
  - Was untersuchen Wettbewerbsbehörden warum und womit im konkreten Fall?
  - Schadenstheorie als Erfahrungssatz? Konsequenz für Beweisführung / -würdigung?
  - Kontrafaktische Beweisführung, wo möglich

- **Normale, verfassungs- und verwaltungsrechtliche Grundsätze**
  - Opportunitätsprinzip und Untersuchungsgrundsatz
  - Transparente und rasche Orientierung über Vorwürfe (Akkusationsprinzip)
  - Beweisthema – Beweismittel – Beweismass – Beweislast gilt auch im KG
  - Freie Beweiswürdigung nach Beweislastregeln und ordnungspolit. Grundentscheid

➢ *Eine ökonomische Theorie ist kein Schadensbeweis (kein «Motta-Beweis», sondern Empirie im Einzelfall nötig!)*

➢ *«Man findet für jeden Fall eine Schadenstheorie» – NEIN!*

Vorschlag zur Güte

- **Beweisformel «Publigroupe» sinngemäss auch bei Schadenstheorie**
  - «Überzeugend und nachvollziehbar» im Einzelfall: Willkürschranke, kein *Fine Tuning*
  - Einzelfallbetrachtung: Berücksichtigung aller Umstände (qualitativ und quantitativ)
  - Typisierungen bleiben möglich, jedoch Transparenz und rechtliches Gehör
  - Parteigutachten sind nicht *a priori* Störmanöver: Abnahme und Würdigung
  - Pfadabhängigkeit : Schadenstheorien je nach Erkenntnisverlauf im Verfahren falsifizieren (Konsequenz für Strafbarkeit / Strafbedürfnis)?

  - ➢ *Unmögliches wird von niemandem verlangt – KG soll umsetzbar und berechenbar sein*
  - ➢ *Keine Maximalforderungen («jeder Rappen» / «Vollbeweis»), jedoch ordnungspolitische Weichenstellung im Auge behalten*

- **Quantitative Wirkungen**
  - Prüfungs- und Wertungswidersprüche zwischen KG 5 und 7 vermeiden
  - Müssen bereits wegen Sanktionierung abgeklärt werden (Dauer und Schwere; Tatkomponente je nach Einzelfall – Kategorisierungen gemäss willkürfreier, transparenter Schadenstheorie)

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

daniel.zimmerli@wenger-plattner.ch
+41 31 357 00 00