

Schützt das Kartellgesetz den Wettbewerb noch ausreichend?

Wettbewerbspolitischer Workshop 2022, Avenir Suisse

Zürich, 28. September 2022

Dr. Monique Sturny

Agenda

- Schutz des wirksamen Wettbewerbs – Zielsetzung des KG
- Bereich der Wettbewerbsabreden
- Bereich des Missbrauchs einer (relativ) marktbeherrschenden Stellung
- Bereich der Zusammenschlusskontrolle
- Fazit

Schutz des wirksamen Wettbewerbs

Schutz des wirksamen Wettbewerbs – Zielsetzung des KG im Laufe der Zeit

KG 1962	KG 1985	KG 1995	KG 2003	Stand heute / Ausblick
<ul style="list-style-type: none">– Boykottrecht- sprechung– Selbst- organisation der Wirtschaft in Verbänden– Konzept des möglichen Wettbewerbs	<ul style="list-style-type: none">– Interessen- abwägung: Saldomethode– Kartell- wirtschaft bis in die 80er Jahre	<ul style="list-style-type: none">– Nachgang zum EWR-Nein– Paradigmen- wechsel– Konzept des wirksamen Wettbewerbs– Vermutungs- tatbestände für horizontale Abreden	<ul style="list-style-type: none">– Einführung direkter Sanktionen– Bessere Auf- klärungs- möglichkeiten– Vermutungs- tatbestände für vertikale Abreden	<p>1.1.2022:</p> <ul style="list-style-type: none">– Einführung relative Marktmacht <p>Laufende Revision:</p> <ul style="list-style-type: none">– Einführung SIEC- Test– Motion Français– Motion Wicki

Verfassungsrechtliches Ziel

- **Art. 96 Abs. 1 BV:** Massnahmen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Wettbewerbsbeschränkungen
- Zielerfüllung im Laufe der Zeit: Grosse Errungenschaften am Beispiel der horizontalen Abreden
 - Aufbrechen kartellistischer Verbandsstrukturen
 - Ursprünglich als Kartelle organisierte Branchenverbände wurden zurückgebunden
 - Fundamentaler Mentalitätswandel
 - Tarifvorgaben von Berufs-, Industrie- und Gewerbeverbänden wurden als unzulässig erklärt
 - Wirksam bis heute: z.B. Aufdeckung Submissionsabreden im Baubereich

Aktuelle Diskussion: Braucht es eine Neuausrichtung?

- **Anhaltende Ausdehnung und Formalisierung der unter das KG fallende Sachverhalte?**
- Hintergrund:
 - Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich der **Wettbewerbsabreden**:
 - u.a. BGer i.S. Gaba, BMW, Altimum, Pfizer
 - Reaktionen: **Motion Français (2018)**, **Motion Wicki (2021)**
 - Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich des **Missbrauchs marktbeherrschender Stellung**: u.a. BVGer i.S. SIX/DCC
 - **Zusammenschlusskontrolle**: Diskussion zum Wechsel zu SIEC-Test

Wettbewerbsabreden

Wettbewerbsabreden: Anhaltende Ausdehnung und Formalisierung der unter das KG fallenden Sachverhalte?

- **Motion Français (2018):**
 - Fordert, dass für Erheblichkeit i.S.v. Art. 5 KG stets qualitative und quantitative Kriterien berücksichtigt werden müssen
 - Umkehr der Gaba-Rechtsprechung, wonach die Vermutungstatbestände (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) bereits dem Gegenstand nach erheblich sind
 - Zustimmung von Seite der Wirtschaft
 - Opposition auf Seite der rechtsanwendenden Behörden/Gerichte

Wettbewerbsabreden: Anhaltende Ausdehnung und Formalisierung der unter das KG fallenden Sachverhalte?

– **Motion Wicki (2021):**

- Fordert, Untersuchungsgrundsatz zu wahren
- Keine Beweislastumkehr im KG
- Begründungstext erwähnt Gesamtabrede
- Vorwurf: Gesamtabrede (i.S. einer Rahmenabrede) wird nicht nachgewiesen
- Vorwurf des Zirkelschlusses: Gesamtabrede wird aus Einzelabreden abgeleitet; Einzelabreden müssen nicht nachgewiesen werden wegen Gesamtabrede

Gretchenfrage: Schafft die aktuelle Praxis für die Unternehmen Rechtssicherheit oder Verunsicherung?

Diskussion geprägt von zwei gegensätzlichen Haltungen:

«Die Vermutungstatbestände sind klar definiert. Es sind nur fünf Tatbestände. Für alle anderen Abreden greift die Gaba-Rechtsprechung nicht. Die Qualität der Abrede lässt sich gut selbst einschätzen. Eine Effizienzrechtfertigung ist ausserdem immer noch möglich.»

«Die Vermutungstatbestände sind ausufernd. Es werden stets neue Vermutungen und Beweiserleichterungen geschaffen. Die Unternehmen sind verunsichert. Dies führt zu Fehlanreizen und Verzicht auf an sich effizientes Verhalten.»

«Reality Check» aus Unternehmenssicht?

Praxis zu Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 und 4 KG

1

Weiter **Abredebegriff** («Gefühl gegenseitiger Sicherheit») und weite Auslegung der **Vermutungstatbestände**

2

Erheblichkeit bejaht unabhängig von konkreten Marktwirkungen (Gaba/BMW),
Nachweis Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht erforderlich

3

Effizienzrechtfertigung kaum erfüllbar und kaum geprüft (Altimum, Pfizer)
Kriterium der Notwendigkeit kaum je gegeben

4

Klärungsmöglichkeiten gering
Widerspruchsverfahren unzulänglich,
Beratungsanfragen ungeeignet für schwierig zu beurteilende Fragen

Weiter Abredebegriff und weite Auslegung der Vermutungstatbestände

- **Abgestimmte Verhaltensweise: *Anic*-Vermutung (BGer i.S. Pfizer)**
- **Horizontale Abreden**
 - Schädliche Kartelle über Preise, Mengen, Gebiete, z.B.:
 - Submissionsabsprachen
 - Verbandsabreden über Preise
 - Fragwürdige Ausweitung: Beispiele aus RPW 2022/1:
 - Abreden im Bereich Luftfracht: Gesamtabrede; Nachweis Gesamtplan?
 - Beratung Statistik Verkauf Elektroapparate

Weiter Abredebegriff und weite Auslegung der Vermutungstatbestände (II)

– **Vertikale Abreden:**

– Schädliche Formen:

- Preisbindungen zweiter Hand
- Absolute Gebietsschutzabreden

– Fragwürdige Ausweitungen und Swiss finish:

- BGer i.S. Pfizer: Frage der Preisbindung; Beurteilungskriterien bei UVP
 - Intensive Kommunikation (selbst wenn ohne Druck / Anreize)
 - Hoher Befolgungsgrad; elektronische Übermittlung
- Indirekte absolute Gebietsschutzabreden

Frage der Marktwirkungen

- Sinn und Zweck der Vermutungstatbestände: Wettbewerbsschädliche Abreden unterbinden
- Ausweitung in jüngsten Jahren
 - Unabhängig von Umsetzung (auch Schubladenkartelle)
 - Unabhängig von Anzahl betroffener Fälle (Gaba / BMW)
 - Bezwecken genügt
 - Wirkungen müssen nicht vorliegen

Missbrauch einer marktbeherrschende Stellung

Aktuelle Praxis zu Art. 7 KG

- Formalistischer Ansatz und strenge Haltung
- Beispiele aus der jüngsten Praxis:
 - BVGer i.S. SIX/DCC: Art 7 Abs. 2 KG als abstraktes Gefährdungsdelikt
 - BVGer i.S. Sport im Pay-TV
 - Verweigerung von Geschäftsbeziehungen
 - Diskriminierung von Handelspartnern
 - Erzwingung unangemessener Preise
 - Exklusivrechte/Investitionsschutz keine Rechtfertigung
- Besondere Herausforderungen für marktbeherrschende Unternehmen in der Praxis u.a. bei: Rabattgestaltung; Vertragsverhandlungen

Ausweitung auf relativ marktbeherrschende Unternehmen

- Hintergrund: Fair-Preis-Initiative:
 - Umsetzung: Umfassende Anwendung auch auf Binnensachverhalte
 - Gesamter Art. 7 KG gilt neu auch für Verhältnisse relativer Marktmacht
- Bezweckt: Schutz von Abnehmern oder Lieferanten
- Rechtsunsicherheit bezüglich der Anwendung
 - **Wann liegt relative Marktmacht vor?** Unbestimmte Begriffe: keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten
 - **Wann liegt ein Missbrauch relativer Marktmacht vor?** Beispiele:
 - Zu beurteilen ist stets ein bilaterales Verhältnis: Anwendung auf Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern?
 - Tatbestände, welche eine Erschwerung des Marktzugangs / Marktverschliessung betreffen, passen nicht

Zusammenschlusskontrolle

Qualifizierter Marktbeherrschungstest vs. SIEC-Test

- Gegenwärtig: qualifizierter Marktbeherrschungstest
 - Marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann
 - Keine überwiegenden Verbesserungen in anderen Märkten
- Laufende Revision: Wechsel zu SIEC-Test? Diskutierte Punkte:
 - Welche «Gap cases» bestehen?
 - Statt Konsumentenwohlfahrts-Standard: Gesamtwohlfahrtsstandard müsste massgebend sein (Schutz der Struktur des Wettbewerbs; Effizienzgewinne in benachbarten Märkten; produktive Effizienzgewinne)

Fazit

Fazit

Errungenschaften des Kartellgesetzes sowie der Praxis der WEKO und der Gerichte

- Bewirkte einen Mentalitätswandel
- Kartellrecht als unternehmerisches Kernrisiko
- Grosse Compliance-Anstrengungen

Kehrseite: zunehmende Ausdehnung und Formalisierung

- Sachverhalt und Rechtsfolgen zunehmend fingiert
- Gefahr eines fragwürdigen “over-enforcement”
- Gefahr einer ineffizienten “over-compliance”
- Verzicht auf effiziente Verhaltensweisen
- Zwangsjackeneffekt

Fazit (II)

Kartellgesetz darf nicht zum Spielball werden von politischen Interessen



Keine Verfolgung von wettbewerbsfremden Themen



Keine Strukturpolitik im KG (wie z.B. relative Marktmacht)

Aber: Auseinandersetzung mit neuen Herausforderungen erforderlich (Stichworte: Digitalisierung und Nachhaltigkeit)

Dr. Monique Sturny, LL.M., Rechtsanwältin
Partnerin, Walder Wyss AG
monique.sturny@walderwyss.com
Direkt: +41 58 658 56 56

walder**wyss** rechtsanwälte