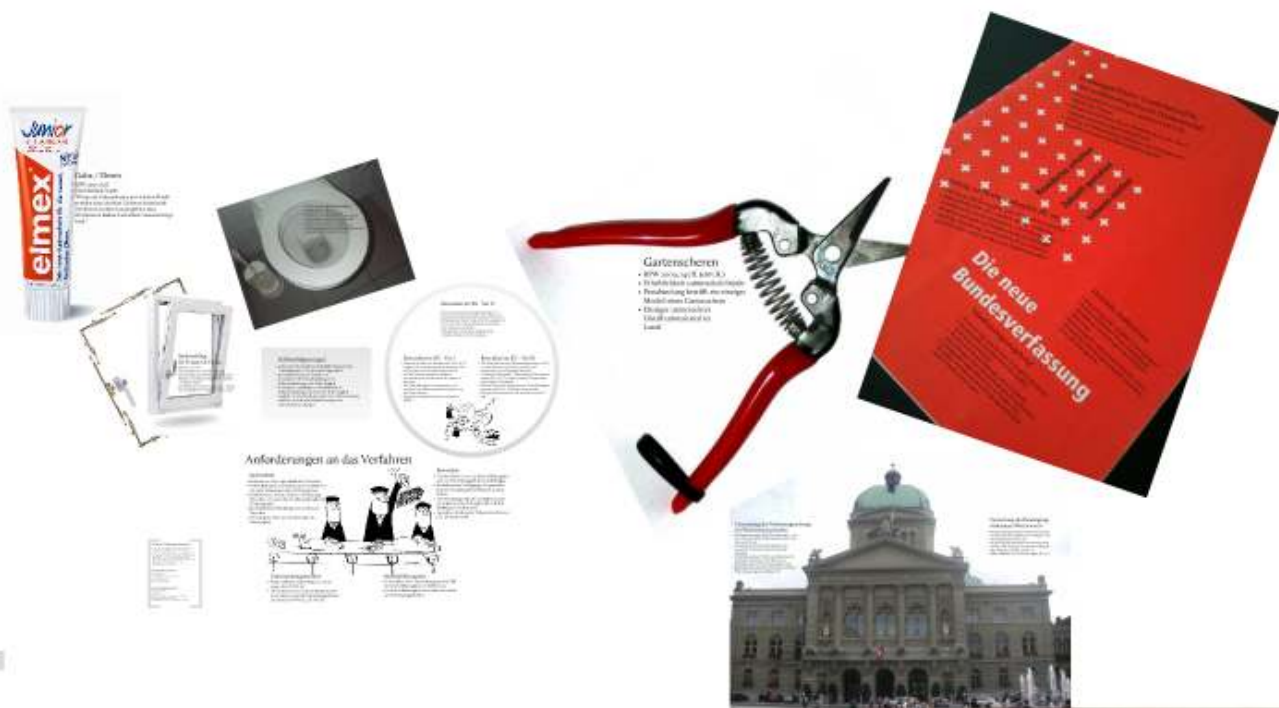
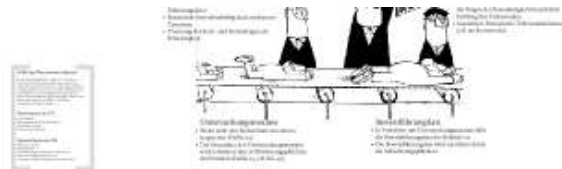




Nachweis der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen

Studienvereinigung Kartellrecht: Aktuelle Fragen des Schweizer Kartellrechts

Prof. Dr. Peter Hettich, LL.M., Universität St. Gallen
1. Juli 2011



Nachweis der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen

Studienvereinigung Kartellrecht: Aktuelle Fragen des Schweizer Kartellrechts

Prof. Dr. Peter Hettich, LL.M., Universität St. Gallen
1. Juli 2011

Ordnungspolitische Grundentscheid für eine wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft

- Wirtschaftliche Grundrechte legen Wirtschaft in die Hände der Privaten
- Privatwirtschaft kann durch Wettbewerb als auch durch Gruppenvereinbarung koordiniert sein
- Auftrag zur Bekämpfung schädlicher Auswirkungen von Kartellen präferiert Wettbewerbskoordination

Bewährtes erhalten
Zukunft gestalten
Schweiz stärken

Auftrag zur Wettbewerbspolitik (BV 96)

- Auftrag an den Gesetzgeber zum Erlasse von Vorschriften
- Bekämpfung nicht aller, sondern nur "volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher" Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen
- Implizite Vermutung, dass Wettbewerbs zu volkswirtschaftlich oder sozial erwünschten Ergebnissen führt

Die neue Bundesverfassung

- ### Materielle Implikationen
- Zielrichtung sind "schädliche Auswirkungen"
 - Wettbewerbsbeschränkungen für die Auslegung der schädlichen Auswirkungen von erheblicher Bedeutung
 - Bestimmung der volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen dennoch weitgehend Sache des Gesetzgebers

"Missbrauchsgesetzgebung"

- Wahl der Instrumente dem Gesetzgeber überlassen
- Ein generelles Kartellverbot (und nicht erstreckt)
- Wettbewerbsbeschränkungen ohne schädliche Auswirkungen sind zulässig (begrenzte Kartellfreiheit)
- Zulässig sind wohl selektive per se Verbote von Kartellen, Verbote mit Rechtfertigungsmöglichkeit sowie Verbotsvermutungen

Ordnungspolitische Grundentscheid für eine wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft

- Wirtschaftliche Grundrechte legen Wirtschaft in die Hände der Privaten
- Privatwirtschaft kann durch Wettbewerb als auch durch Gruppenvereinbarung koordiniert sein
- Auftrag zur Bekämpfung schädlicher Auswirkungen von Kartellen präferiert Wettbewerbskoordination

Auftrag zur Wettbewerbspolitik (BV 96)

- Auftrag an den Gesetzgeber zum Erlass von Vorschriften
- Bekämpfung nicht aller, sondern nur von "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche[r] Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen"
- Implizite Vermutung, dass Wettbewerb zu volkswirtschaftlich oder sozial erwünschten Ergebnissen führt

Materielle Implikationen

- Zielrichtung sind "schädliche Auswirkungen"
- Wettbewerbstheorie für die Auslegung der schädlichen Auswirkungen von erheblicher Bedeutung
- Bestimmung der volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen dennoch weitgehend Sache des Gesetzgebers

ndesverfassung

"Missbrauchsgesetzgebung"

- Wahl der Instrumente dem Gesetzgeber überlassen
- Ein generelles Kartellverbot nicht möglich (und nicht erwünscht)
- Wettbewerbsbeschränkungen ohne schädliche Auswirkungen sind zulässig (begrenzte Kartellfreiheit)
- Zulässig sind wohl selektive per se Verbote von Kartellen, Verbote mit Rechtfertigungsmöglichkeit sowie Verbotsvermutungen

Umsetzung des Verfassungsauftrags für Wettbewerbsabreden

- Wettbewerbsabreden sind Vereinbarungen ..., die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (KG 4 II)
- Unzulässig sind Wettbewerbsabreden, die wirksamen Wettbewerb auf einem Markt beseitigen
- Unzulässig sind auch Wettbewerbsabreden, die wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht rechtfertigen lassen
- Zulässig sind unerhebliche Wettbewerbsabreden
- Effects-Based-Approach (anders EU)

Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

- Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei horizontalem Preis-, Mengen- und Gebietsabreden (KG 5 III)
- Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei vertikalen Abreden über Mindest- oder Festpreise und bei Verbot von Passivverkäufen in Vertriebsverträgen (KG 5 IV)



Umsetzung des Verfassungsauftrags für Wettbewerbsabreden

- Wettbewerbsabreden sind Vereinbarungen ..., die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (KG 4 I)
- Unzulässig sind Wettbewerbsabreden, die wirksamen Wettbewerb auf einem Markt beseitigen
- Unzulässig sind auch Wettbewerbsabreden, die wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht rechtfertigen lassen
- Zulässig sind unerhebliche Wettbewerbsabreden
- Effects-Based-Approach (anders EU)

Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

- Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen (KG 5 III)
- Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei vertikalen Abreden über Mindest- oder Festpreise und bei Verbot von Passivverkäufen in Vertriebsverträgen (KG 5 IV)



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

➤ Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Comissium da concurrenza CUMCO
Competition Commission COMCO

Vertikalbekenntmachung

- Widerlegung der Vermutung aufgrund Gesamtbetrachtung des Marktes
- Berücksichtigung von Intra-brand- und Inter-brandwettbewerb
- Eine "qualitativ" schwerwiegende Beschränkung kann trotz quantitativer Geringfügigkeit erheblich sein
- Marktanteilsschwellen von 15% bzw. 30% gelten nicht für qualitativ erhebliche Abreden

KMU-Bekenntmachung

- Abreden haben beschränkter Marktwirkung, wenn die beteiligten Unternehmen Marktanteile von 10% bzw. 15% nicht überschreiten
- Abreden zwischen Kleinunternehmen sind in der Regel unerheblich
- Ausgenommen sind Abreden gemäss den Vermutungstatbeständen KG 5 III und IV

Commissione della c
Comissium da concu
Competition Commi

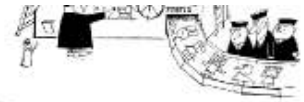
Vertikalbekenntmachung

- Widerlegung der Vermutung aufgrund Gesamtbetrachtung des Marktes
- Berücksichtigung von Intra-brand- und Inter-brandwettbewerb
- Eine "qualitativ" schwerwiegende Beschränkung kann trotz quantitativer Geringfügigkeit erheblich sein
- Marktanteilsschwellen von 15% bzw. 30% gelten nicht für qualitativ erhebliche Abreden

ella concorrenza COMCO
 oncurrency CUMCO
 mmission COMCO

KMU-Bekanntmachung

- Abreden haben beschränkter Marktwirkung, wenn die beteiligten Unternehmen Marktanteile von 10% bzw. 15% nicht überschreiten
- Abreden zwischen Kleinstunternehmen sind in der Regel unerheblich
- Ausgenommen sind Abreden gemäss den Vermutungstatbeständen KG 5 III und IV



Anforderungen an das Verfahren

Sachverhalt

- Zu beweisen sind rechtserhebliche Tatsachen
- Sachverhalt umfasst Zustände und Geschehnisse wie auch Schätzungen und Erfahrungssätze
- Nicht bewiesen werden müssen offenkundige Tatsachen oder auf Lebenserfahrung beruhende Erfahrungssätze
- Beschränkt beweisbedürftig sind anerkannte Tatsachen
- Trennung der Sach- und Rechtsfragen als Schwierigkeit



Beweislast

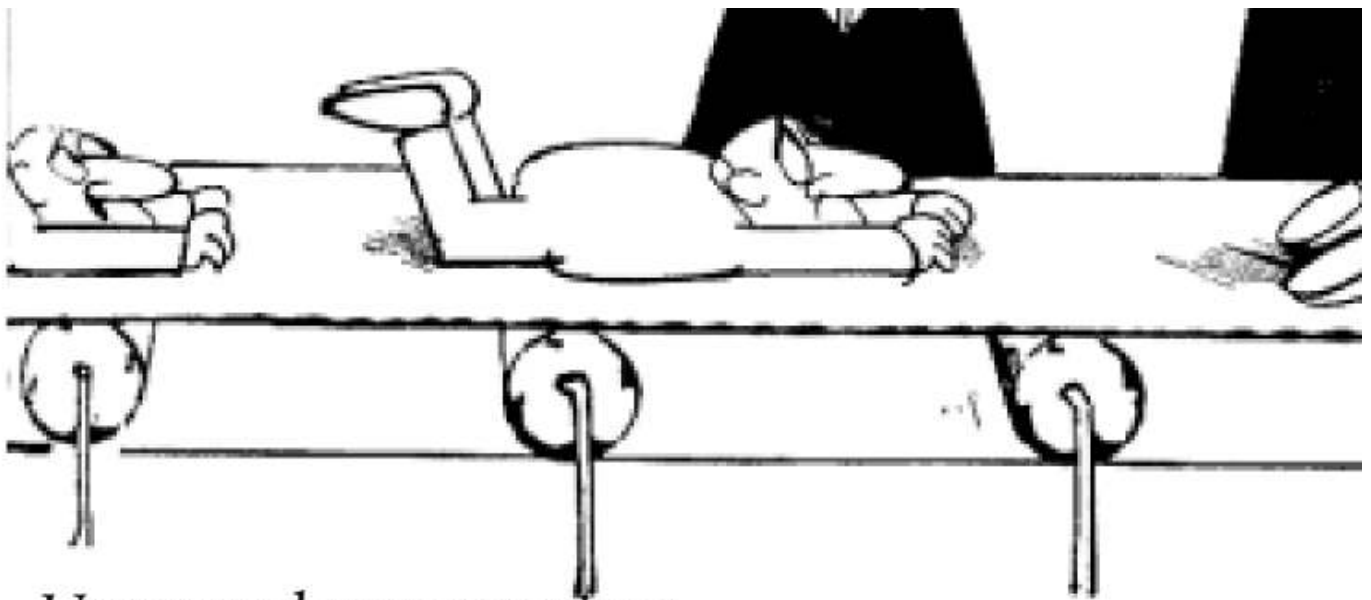
- Die Beweislast ist von der Beweisführungslast und von Mitwirkungspflichten unabhängig
- Bei belastenden Verfügungen ist grundsätzlich die Verwaltung beweisbelastet (analog ZGB 8)
- Die Verwaltung trägt also weitgehend auch die Folgen der Beweislosigkeit hinsichtlich Erfüllung des Tatbestandes
- Ausnahme: Entlastende Tatbestandselemente (z.B. im Steuerrecht)

Untersuchungsmaxime

- Weko stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (VwVG 12)
- Der Grundsatz der Untersuchungsmaxime wird relativiert durch Mitwirkungspflichten der Parteien (VwVG 13, z.B. KG 40)

Beweisführungslast

- In Verfahren mit Untersuchungsmaxime fällt die Beweisführungslast der Behörde zu
- Die Beweisführungslast wird relativiert durch die Mitwirkungspflichten



Untersuchungsmaxime

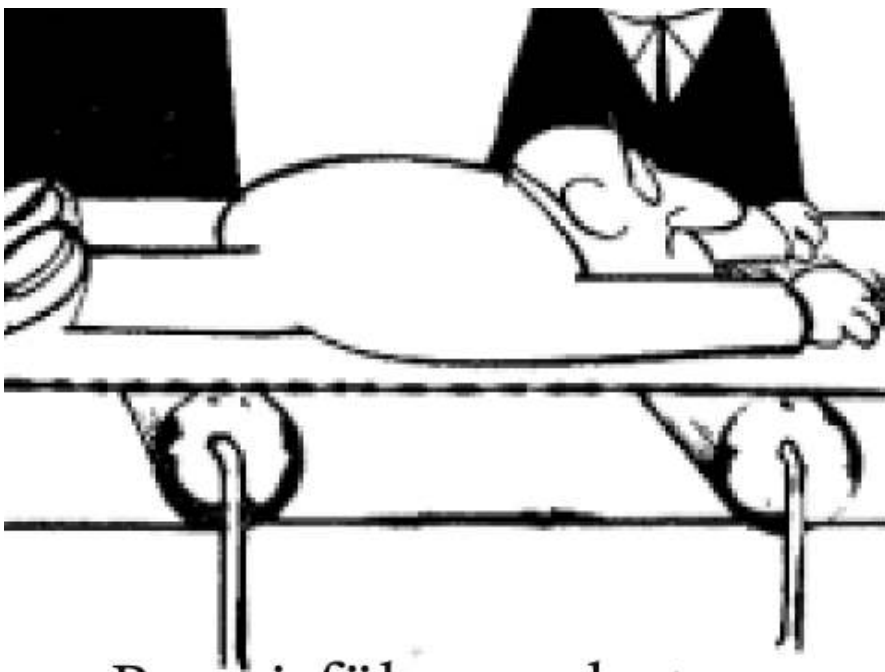
- Weko stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (VwVG 12)
- Der Grundsatz der Untersuchungsmaxime wird relativiert durch Mitwirkungspflichten der Parteien (VwVG 13, z.B. KG 40)

Anforderungen an das

Sachverhalt

- Zu beweisen sind rechtserhebliche Tatsachen
- Sachverhalt umfasst Zustände und Geschehnisse wie auch Schätzungen und Erfahrungssätze
- Nicht bewiesen werden müssen offenkundige Tatsachen oder auf Lebenserfahrung beruhende Erfahrungssätze
- Beschränkt beweisbedürftig sind anerkannte Tatsachen
- Trennung der Sach- und Rechtsfragen als Schwierigkeit





Beweisführungslast

- In Verfahren mit Untersuchungsmaxime fällt die Beweisführungslast der Behörde zu
- Die Beweisführungslast wird relativiert durch die Mitwirkungspflichten

ren



Beweislast

- Die Beweislast ist von der Beweisführungslast und von Mitwirkungspflichten unabhängig
- Bei belastenden Verfügungen ist grundsätzlich die Verwaltung beweisbelastet (analog ZGB 8)
- Die Verwaltung trägt also weitgehend auch die Folgen der Beweislosigkeit hinsichtlich Erfüllung des Tatbestandes
- Ausnahme: Entlastende Tatbestandselemente (z.B. im Steuerrecht)

Beweislast im KG - Var II

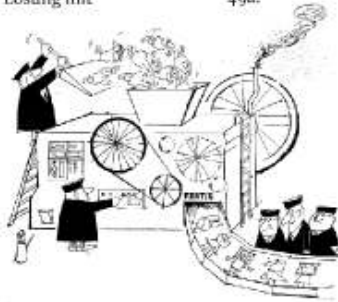
- Die Unschuldsvermutung gemäss EMRK 6 II erstreckt sich auf alle Bereiche des Kartellrechts
- Entsprechend hat die Weko über alle Aspekte von KG 5 I / II / III / IV nach Beweisen zu forschen bzw. Beweis zu erbringen
- Unrealistische Lösung, da Negativbeweis verlangt; hebt die Vermutung aus

Beweislast im KG - Var I

- Weko hat im Falle von Abreden nach KG 5 III / IV lediglich die Vermutungsbasis zu beweisen, also die Existenz einer entsprechenden Abrede
- Im Falle anderer Abreden ist lediglich (mindestens) die Erheblichkeit der Abrede zu beweisen
- Die Widerlegung der Vermutung bzw. der Nachweis von Effizienzgründen obliegt einzig den Unternehmen
- Fragliche Kompatibilität dieser Lösung mit EMRK 6

Beweislast im KG - Var III

- Die Weko hat über alle Tatbestandselemente von KG 5 I nach Beweisen zu forschen, sowohl nach belastenden wie entlastenden Beweisen
- "Beweiserleichterungen": Widerlegbare Rechtsvermutungen (KG 5 III / IV) regeln Folgen der Beweislosigkeit (objektive Beweislast)
- Ebenso: Fehlen des Nachweises von Rechtfertigungsgründen nach KG 5 II trifft das Unternehmen
- Beweiserleichterung auch für Sanktionen nach KG 49a?



Beweislast im KG - Var III

- Die Weko hat über alle Tatbestandselemente von KG 5 I nach Beweisen zu forschen, sowohl nach belastenden wie entlastenden Beweisen
- "Beweiserleichterungen": Widerlegbare Rechtsvermutungen (KG 5 III / IV) regeln Folgen der Beweislosigkeit (objektive Beweislast)
- Ebenso: Fehlen des Nachweises von Rechtfertigungsgründen nach KG 5 II trifft das Unternehmen
- Beweiserleichterung auch für Sanktionen nach KG 49a?



Schlussfolgerungen

- Schweizerische Wettbewerbspolitik fokussiert auf "Auswirkungen" ("effects-based-Approach")
- KG sieht keine per-se-Verbote vor
- Konzept der "Kernbeschränkungen" in Bekanntmachungen der Weko fraglich
- Konzept der "qualitativen Erheblichkeit" in Bekanntmachungen & Praxis der Weko fraglich
- Fraglich, ob Unsicherheiten auch eine Differenzierung zwischen Verbot und Sanktionierung in der Untersuchung verlangen



Gartenscheren

- RPW 2009, 143 ff. (einv.R.)
- Erheblichkeit summarisch bejaht
- Preisbindung betrifft ein einziges Modell einer Gartenschere
- Einziger untersuchter Distributionskanal ist Landi



Gaba / Elmex

- RPW 2010, 65 ff.
- Erheblichkeit bejaht
- "Wenn ein Unternehmen mit solchen Marktanteilen eine absolute Gebietsschutzabrede vereinbart, ist davon auszugehen, dass Wettbewerb dadurch erheblich beeinträchtigt wird."



HRE/ANS

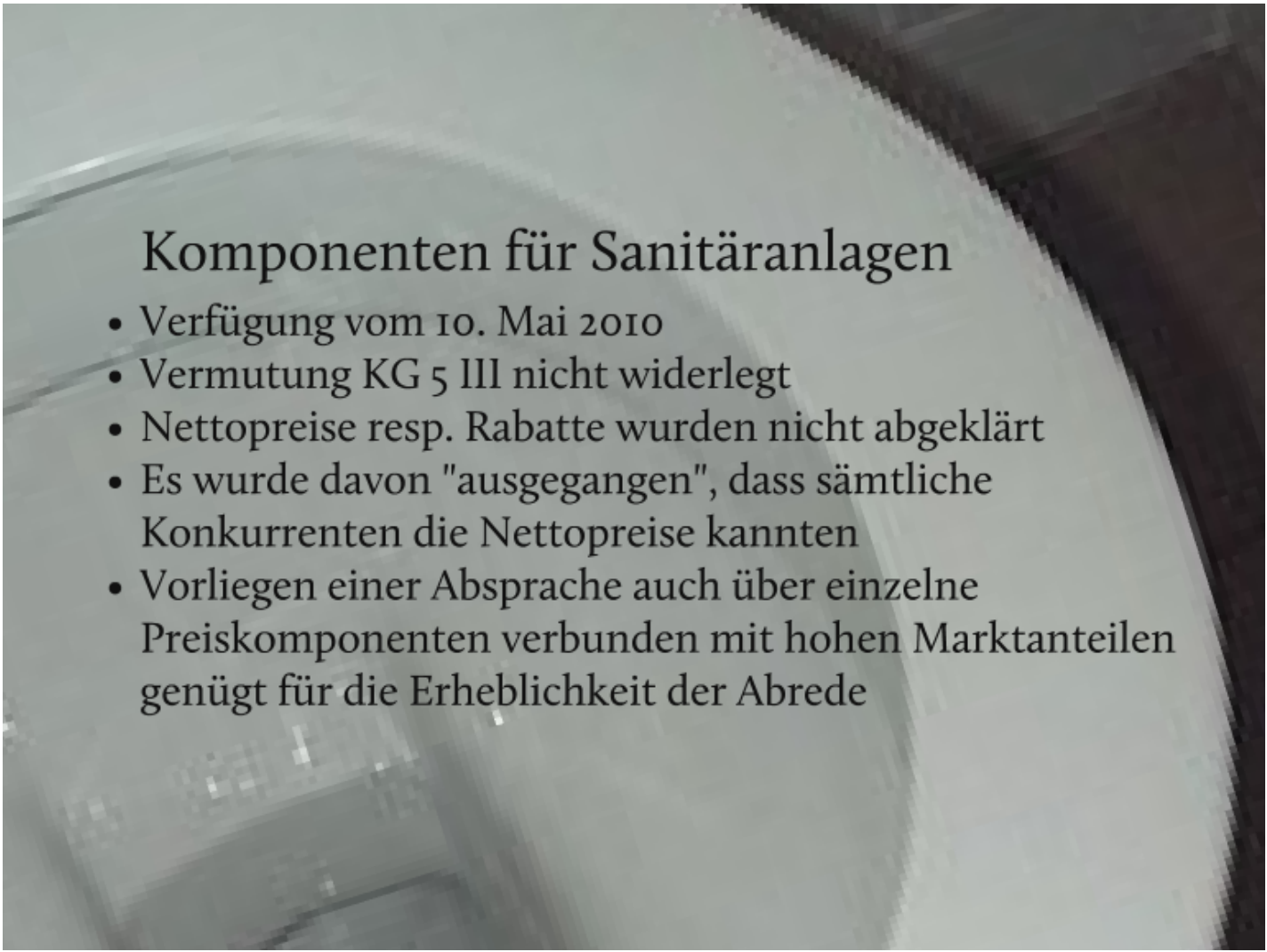
orid
d'amines

**NEU
NOUVEAU**

**sschutz für die neuen,
ne.**

Gaba / Elmex

- RPW 2010, 65 ff.
- Erheblichkeit bejaht
- "Wenn ein Unternehmen mit solchen Marktanteilen eine absolute Gebietsschutzabrede vereinbart, ist davon auszugehen, dass Wettbewerb dadurch erheblich beeinträchtigt wird."



Komponenten für Sanitäranlagen

- Verfügung vom 10. Mai 2010
- Vermutung KG 5 III nicht widerlegt
- Nettopreise resp. Rabatte wurden nicht abgeklärt
- Es wurde davon "ausgegangen", dass sämtliche Konkurrenten die Nettopreise kannten
- Vorliegen einer Absprache auch über einzelne Preiskomponenten verbunden mit hohen Marktanteilen genügt für die Erheblichkeit der Abrede



Baubeschläge für Fenster & Türen

- RPW 2010, 717 ff.
- Vermutung KG 5 III nicht widerlegt
- Behauptung, dass Preiserhöhungen durch Rabatte / Nachlässe kompensiert würden, "zurückgewiesen"
- Es "genügt der Nachweis, dass die ... Abrede Auswirkungen im relevanten Markt hatte"

