

# Übungen im Handels- und Wirtschaftsrecht Frühjahrssemester 2010

## Fall 6: RRP

RA Dr. Reto Heizmann  
Oberassistent für Handels- und Wirtschaftsrecht

1

## Geltungsbereich (I/IV)

- Persönlicher Geltungsbereich:
  - KG 2 I: Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts.
  - KG 2 I<sup>bis</sup>: Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

2

## Geltungsbereich (II/IV)

- Sachlicher Geltungsbereich (KG 2 I):
  - Treffen von Kartell- oder anderen Wettbewerbsabreden
  - Ausübung von Marktmacht
  - Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen

3

## Geltungsbereich (III/IV)

- Örtlicher Geltungsbereich (KG 2 II):
  - Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.
  - „Auswirkungsprinzip“

4

## Geltungsbereich (IV/IV)

- Zeitlicher Geltungsbereich:
  - Das Kartellgesetz gilt seit dessen Inkrafttreten am 1. Juli 1996.
  - Die Änderungen des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 traten am 1. April 2004 in Kraft.
  - Bestehende unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen durften gemäss der Schlussbestimmung zur Kartellgesetzänderung vom 20. Juni 2003 nicht nach KG 49a sanktioniert werden, wenn diese bis Ende März 2005 der Wettbewerbskommission gemeldet oder aufgelöst wurden.

5

## Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

- Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen, z.B. (KG 3 I)
  - Staatliche Markt- oder Preisordnung (KG 3 I lit. a)
  - Besondere Rechte für einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (KG 3 I lit. b)
- Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (KG 3 II)
- Vorrang der Verfahren nach KG gegenüber Verfahren nach PüG (KG 3 III)

6

## KG 5 – Tatbestandsmerkmale

- Abrede
- (Markt)
- Erhebliche Wettbewerbsbeschränkung oder Beseitigung des Wettbewerbs

7

## Abrede, Legaldefinition

KG 4 I:

„Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.“

8

## Preispflege = Abrede? (I/IV)

- Koordination / „bewusstes und gewolltes Zusammenwirken“:
  - Rechtlich erzwingbare Vereinbarung oder
  - Rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarung oder
  - Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise:  
Eine abgestimmte Verhaltensweise liegt in jeder Form der Koordinierung, die zwar nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinne gediehen ist, die aber bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.
- Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung
- Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen:
  - Horizontale Abreden
  - Vertikale Abreden

9

## Preispflege = Abrede? (II/IV)

Ziffer 11 VBM:

„Preisempfehlungen von Herstellern und Lieferanten“  
(Überschrift)

Ziff. 11 I VBM:

„Bei Preisempfehlungen von Herstellern oder Lieferanten an Weiterverkäufer oder Händler ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG vorliegt.“

10

## Preispflege = Abrede? (III/IV)

Ziff. 11 II, bei der Prüfung zu beachtende Umstände:

- a) Abgabe von Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise, sondern nur an die Weiterverkäufer oder Händler;
- b) Verbinden von Preisempfehlungen mit der Ausübung von Druck oder der Gewährung spezifischer Anreize;
- c) auf Produkten angebrachte Preisempfehlungen sind nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet;
- d) Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte liegt bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher als im benachbarten Ausland;
- e) tatsächliche Befolgung der Preisempfehlungen von einem bedeutenden Teil der Weiterverkäufer oder Händler

11

## Preispflege = Abrede? (IV/IV)

- Ziff. 11 VBM = „Aufgreifkriterien“?
- Ziff. 11 VBM = „Eingreifkriterien“?
- Revision VBM = Streichung resp. Verlegung des Inhalts von Ziff. 11 in die Erwägungen

12

## Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (I/II)

- Erhebliche Wettbewerbsbeschränkung oder Beseitigung des Wettbewerbs?
- KG 5 IV: Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei vertikalen Abreden
  - über Mindest- oder Festpreise
  - über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden

13

## Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (II/II)

### Ziff. 10 I lit. a VBM:

Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG vermutet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

a) Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen. Als solche gelten auch in Empfehlungsform gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen.

### Erwägungsgrund 4 VBM:

Unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen auch als Preisempfehlungen gekennzeichnete Preisbindungen zweiter Hand.

14

## Umstossung der Vermutung

- Vorgängig Marktabgrenzung:
  - Sachliche Marktabgrenzung, VKU 11 III lit. a analog:  
Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.
  - Räumliche Marktabgrenzung, VKU 11 III lit. b analog:  
Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.
  - Zeitliche Marktabgrenzung
- Aussen- und Innenwettbewerb / Inter- und Intra-brandwettbewerb

15

## Erheblichkeit der Abrede

- Angenommen, Umstossung der Vermutung gelinge:
- Erheblichkeit der Abrede (KG 5 I)?
  - Qualitative Erheblichkeit  
Vgl. Ziff. 12 lit. a VBM: Vertikale Wettbewerbsabreden führen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn sie die direkte oder indirekte Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen für den Weiterverkauf zum Gegenstand haben (vgl. auch Ziff. 10 III VBM)
  - Quantitative Erheblichkeit noch zu prüfen?
    - VBM: Nein (vgl. Ziff. 12 und Ziff. 10 III VBM)
    - Neuere Praxis der Weko: Ja
    - Entwurf neue VBM: Ja
    - Marktanteile?

16



## Wirtschaftliche Effizienzgründe (I/III)

- KG 5 II: Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz
- Vier Effizienzgründe:
  - Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten
  - Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren
  - Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen
  - Rationellere Nutzung von Ressourcen
- Notwendigkeit
- Keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

17

## Wirtschaftliche Effizienzgründe (II/III)

- Ziff. 13 I VBM, unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen:
  - Kein Fall von Ziff. 10 III oder Ziff. 12 VBM
  - Marktanteil < 15%
- Ziff. 15 II VBM, Rechtfertigung ohne Einzelfallprüfung:
  - Kein Fall von Ziff. 12 VBM
  - Marktanteil < 30%
- Marktanteile?
  - Gafas: 6,5% (CHF 13 Mio. von total CHF 200 Mio.)
  - Distributor?
  - Distributor, Internetkanal?

18

## Wirtschaftliche Effizienzgründe (III/III)

Ziff. 15 IV VBM, Beispiele der Rechtfertigung (Marktanteil > 30% oder Ziff. 12 VBM gegeben):

- a) Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte;
- b) Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte;
- c) Schutz vertragspezifischer Investitionen (Hold-up Problem);
- d) Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmassnahmen (Trittbrettfahrerproblem);
- e) Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags, der sich ergeben kann, wenn sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen (Problem der doppelten Marginalisierung);
- f) Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how;
- g) Sicherung von finanziellen Engagements (z.B. Darlehen), die durch den Kapitalmarkt nicht zur Verfügung gestellt werden.

19

## Preispflege – Fazit

- Die Massnahmen zur Preispflege sind nach KG 5 unzulässig.
- KG 49a I: Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach KG 5 III oder IV beteiligt ist oder sich nach KG 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet.
- Da eine vertikale Preisabrede nach KG 5 IV vorliegt, ist die Preispflege sanktionsbedroht, KG 49a I.
- Gilt dies auch, wenn die Vermutung umgestossen werden kann, die Abrede aber erheblich ist und nicht nach KG 5 II gerechtfertigt werden kann?

20

## Preispflege – Exkurs: PBV

- PBV: Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung), SR 942.211
- PBV 13 II: „Hersteller, Importeure und Grossisten können Richtpreise bekanntgeben.“
- PBV 18 II: „Hersteller, Importeure und Grossisten dürfen Konsumenten Preise oder Richtpreise bekanntgeben oder für Konsumenten bestimmte Preislisten, Preiskataloge und dergleichen zur Verfügung stellen, sofern die betreffenden Preise im zu berücksichtigenden Marktgebiet für die überwiegende Menge tatsächlich gehandhabt werden.“
- Von Weko im Rahmen der aktuellen UWG-Revision bemängelt.

21

## Grosshandelsverbot (I/VI)

- KG 2 und KG 3: vgl. Bemerkungen zur Preispflege
- KG 5, Tatbestandsmerkmale:
  - Abrede
    - Einseitiges oder zweiseitiges Verhalten?
    - Horizontale oder vertikale Abrede?
  - Markt
    - Vgl. Bemerkungen zur Preispflege

22

## Grosshandelsverbot (II/VI)

- Wettbewerbsbeschränkung?
  - Fall von KG 5 IV?
  - KG 5 III lit. c: Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern?
  - Ziff. 12 lit. b VBM: erhebliche Wettbewerbsbeschränkung durch vertikale Abreden, wenn sie die direkte oder indirekte Beschränkung des geografischen Absatzgebietes oder des Kundenkreises für den Weiterverkauf zum Gegenstand haben
  - Vgl. Ziff. 12 lit. b ii) VBM: Eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund des Gegenstandes liegt nicht vor bei Beschränkungen des Direktverkaufs von Grossisten an Endverbraucher – hier einschlägig?

23

## Grosshandelsverbot (III/VI)

- Erhebliche Wettbewerbsbeschränkung, KG 5 I
- Rechtfertigung nach KG 5 II?
  - Vier Effizienzgründe:
    - Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten
    - Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren
    - Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen
    - Rationellere Nutzung von Ressourcen
  - Notwendigkeit
  - Keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

24

## Grosshandelsverbot (IV/VI)

- Ziff. 13 I VBM, unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen:
  - Kein Fall von Ziff. 10 III oder Ziff. 12 VBM
  - Marktanteil < 15%
- Ziff. 15 II VBM, Rechtfertigung ohne Einzelfallprüfung:
  - Kein Fall von Ziff. 12 VBM
  - Marktanteil < 30%
- Marktanteile?
  - Gafas: 6,5% (CHF 13 Mio. von total CHF 200 Mio.)
  - Distributor?

25

## Grosshandelsverbot (V/VI)

Ziff. 15 IV VBM, Beispiele der Rechtfertigung (nur wenn Marktanteil > 30% oder Ziff. 12 VBM gegeben):

- a) Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte;
- b) Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte;
- c) Schutz vertragspezifischer Investitionen (Hold-up Problem);
- d) Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmaßnahmen (Trittbrettfahrerproblem);
- e) Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags, der sich ergeben kann, wenn sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen (Problem der doppelten Marginalisierung);
- f) Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how;
- g) Sicherung von finanziellen Engagements (z.B. Darlehen), die durch den Kapitalmarkt nicht zur Verfügung gestellt werden.

26

## Grosshandelsverbot – Fazit (VI/VI)

- Grosshandelsverbot unzulässig nach KG 5
- Nicht sanktionsbedroht, vgl. KG 49a I (da kein Fall von KG 5 III, 5 IV oder 7)
- Bundeskartellamt (Deutschland) am 25.9.09: Grosshandelsverbot unzulässig, verstösst gegen GWB 1 und AEUV 101, sanktioniert
- Vgl. EuGH, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875, Rz. 29 f., Metro/Kommission:
  - Aufgrund der Aufgabenteilung zwischen Gross- und Einzelhandel ist ein Verbot der Lieferung an Endverbraucher in Verträgen mit Grosshändlern zulässig (vgl. Weiß, in: Calliess/Ruffert, 3. A. 2007)
  - Dieser Entscheid betraf ein Verbot für Grossisten, an Endverbraucher zu liefern, nicht aber ein Verbot für Wiederverkäufer, an Wiederverkäufer zu liefern.
  - Vgl. Ziff. 12 lit. b ii) VBM (und für das Recht der EU Art. 4 lit. b) ii) VO 330/2010)

27

## Kartellverwaltungsrechtliche Möglichkeiten (I/II)

- Das KG wird sowohl verwaltungs-, zivil- als auch strafrechtlich durchgesetzt:
  - KG 18 ff.: Verwaltungsrechtliches Verfahren
  - KG 12-17: Zivilrechtliches Verfahren
  - KG 54-57: Strafsanktionen
- Die verwaltungsrechtliche Durchsetzung stand in der bisherigen Praxis stark im Vordergrund. Weshalb?
  - Beweisschwierigkeiten
  - Kostenrisiko
  - Häufig Streuschäden (mit Bagatelldarakter für die Einzelnen, daher fehlende Anreize zur Klage)
  - Negative Reaktion von Wettbewerbern
  - Fehlende Praxis

28

## Kartellverwaltungsrechtliche Möglichkeiten (II/II)

- Verwaltungsrechtliche Möglichkeiten von Lorenzo:
  - KG 26 I: Das Sekretariat kann Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen.
  - Formlos möglich
  - Es besteht allerdings kein Anspruch auf die Durchführung einer Vorabklärung (Ermessen des Sekretariats).
  - Wenn keine Vorabklärung oder Untersuchung durchgeführt wird, besteht gegen diesen Entscheid keine Klagemöglichkeit für Lorenzo.
- Vgl. KG 27 I: Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung.

29

## Kartellzivilrechtliche Möglichkeiten

- KG 12-17: zivilrechtliches Verfahren
- KG 12 I: „Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat Anspruch auf [...]“
- Ist Lorenzo in der „Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert“?
- Abgesehen davon: Ist Lorenzo als Konsument ein „Unternehmen“ im Sinne von KG 2 I, KG 2 I<sup>bis</sup>, KG 5?
- Fazit: keine kartellzivilrechtlichen Klagemöglichkeiten für Lorenzo
- Allenfalls Klage nach OR 41 ff.

30

## Literaturempfehlung

- Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 (Achtung: Überarbeitung ist im Gange)
- Entscheid der Weko vom 2. November 2009 betr. Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra (Achtung: Verfügung wird vom Bundesverwaltungsgericht zurzeit überprüft)
- Bussgeldbescheid des (deutschen) Bundeskartellamts vom 25. September 2009 betr. Kontaktlinsen