



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

Die Auslegung von Art. 5 Abs. 2 KG in der Praxis

Studienvereinigung Kartellrecht

Center for the Law of Innovation and Competition

29. Juni 2018, Bern

Dr. Andrea Graber Cardinaux
Referentin, Sekretariat WEKO
andrea.graber@weko.admin.ch



Diese Präsentation bindet die WEKO und ihr Sekretariat nicht.

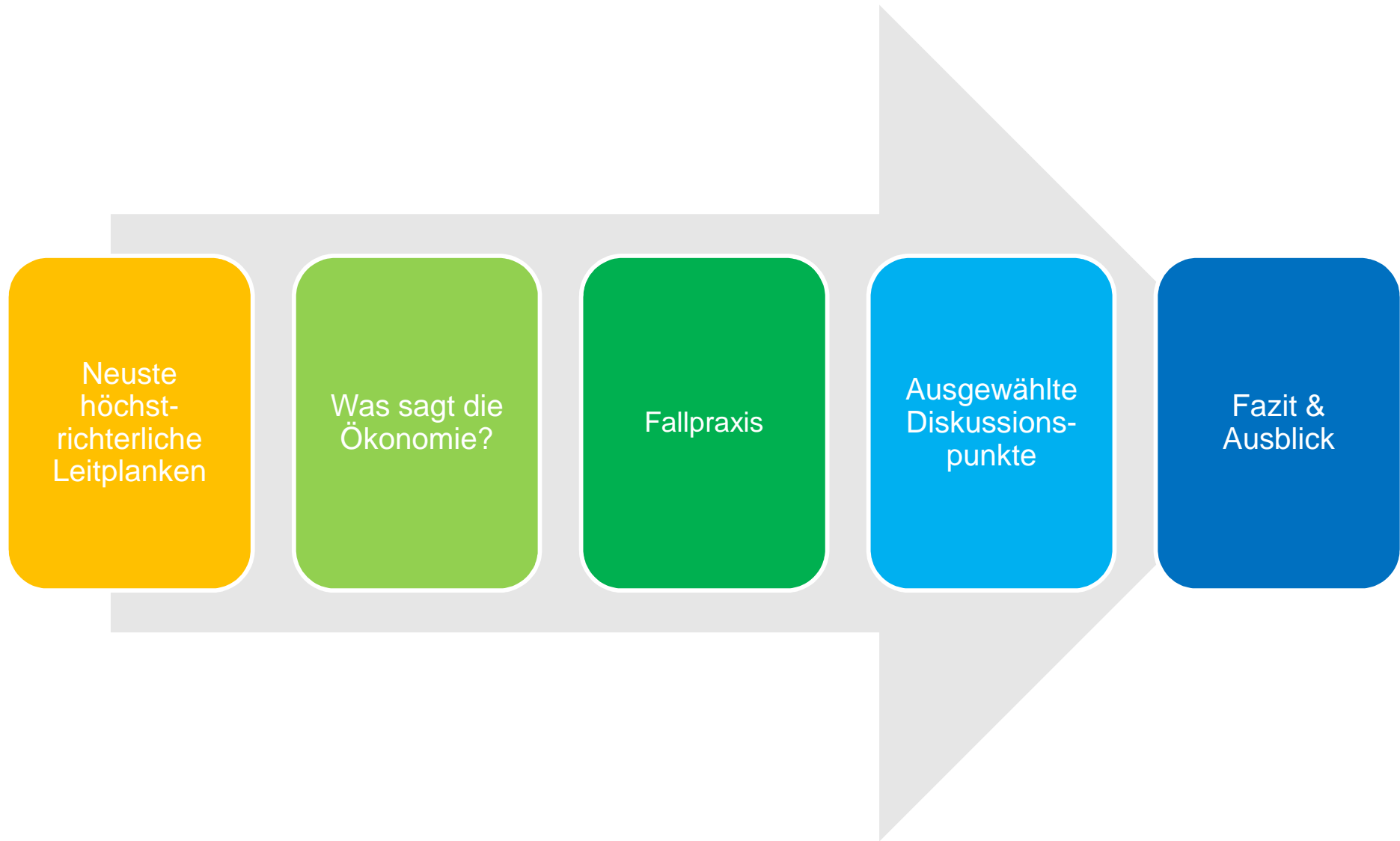


«Ich bin überrascht, dass die Fifa ein Verfahren eröffnet hat. Für mich ist der Jubel aus der Euphorie heraus entstanden und kein politisches Zeichen und keine Provokation gegenüber Serben oder Schweizern.»

Kommentar Marcel Mathier, ehem. Präsident der Fifa-Disziplinarkommission
Basler Zeitung, 24. Juni 2018



Agenda





Neuste höchstrichterliche Leitplanken

- BGE 143 II 297, *Gaba*: Rechtfertigungs-Akzelerator
- Urteil des BGer vom 18. Mai 2018 (2C_101/2016) i.S. *Altimum SA*



HARNAIS >



CASQUES >



ASSUREURS, DESCENDEURS >



CORDES >





Altimum-Entscheid Bger: Rechtfertigung

- Eine **Rechtfertigung** wäre **möglich** gewesen, wenn die Festlegung von Mindestpreisen notwendig gewesen wäre, um den Wiederverkäufern den Wettbewerb über die **Qualität der Kundenberatung** zu ermöglichen und so auch der «**Trittbrettfahrer-Problematik**» zu begegnen. Diese Notwendigkeit ist hier nicht dargelegt.
- Erwägungen:
 - Minderheitsansicht: Liesse man das Rechtfertigungsargument an der Notwendigkeit scheitern, könnten harte Wettbewerbsabreden nie gerechtfertigt werden.
 - Rechtfertigung denkbar bei komplexen Produkten, Vertrauens- oder Erfahrungsgüter. Zweifel, ob es sich hier um solche Produkte handelt. Kunden sind schon gut informiert, Stirnlampen sind in der Anwendung nicht schwierig.
 - Fraglich bzw. von Unternehmen nicht belegt, ob Beratung bei Bergsportartikeln tatsächlich besonders wichtig ist.



Altimum-Entscheid Bger: Rechtfertigung

- Erwägungen:
 - Es ist nicht gewährleistet, dass die Händler die höhere Marge infolge der Preisbindung in mehr Beratung investieren und eine höhere Beratungsqualität anbieten.
 - Eine Kundenberatung lässt sich mit milderer Mitteln, z.B. einer Beratungspflicht sicherstellen (im Selektivvertrieb).
- Rechtfertigung von Mindestpreisvorgaben in anderen Fällen möglich, z.B.
 - qualitativ hochstehende Beratung kann nicht durch Beratungspflicht alleine gewährleistet werden
 - Neueinführung von Produkten mit guter Reputation
 - Förderung von Vorratshaltung bei Nachfrageschwankungen
 - Erhöhung der Verkaufsstellen bei Neueinführung von Produkten
- Beweismass: kein Vollbeweis nötig

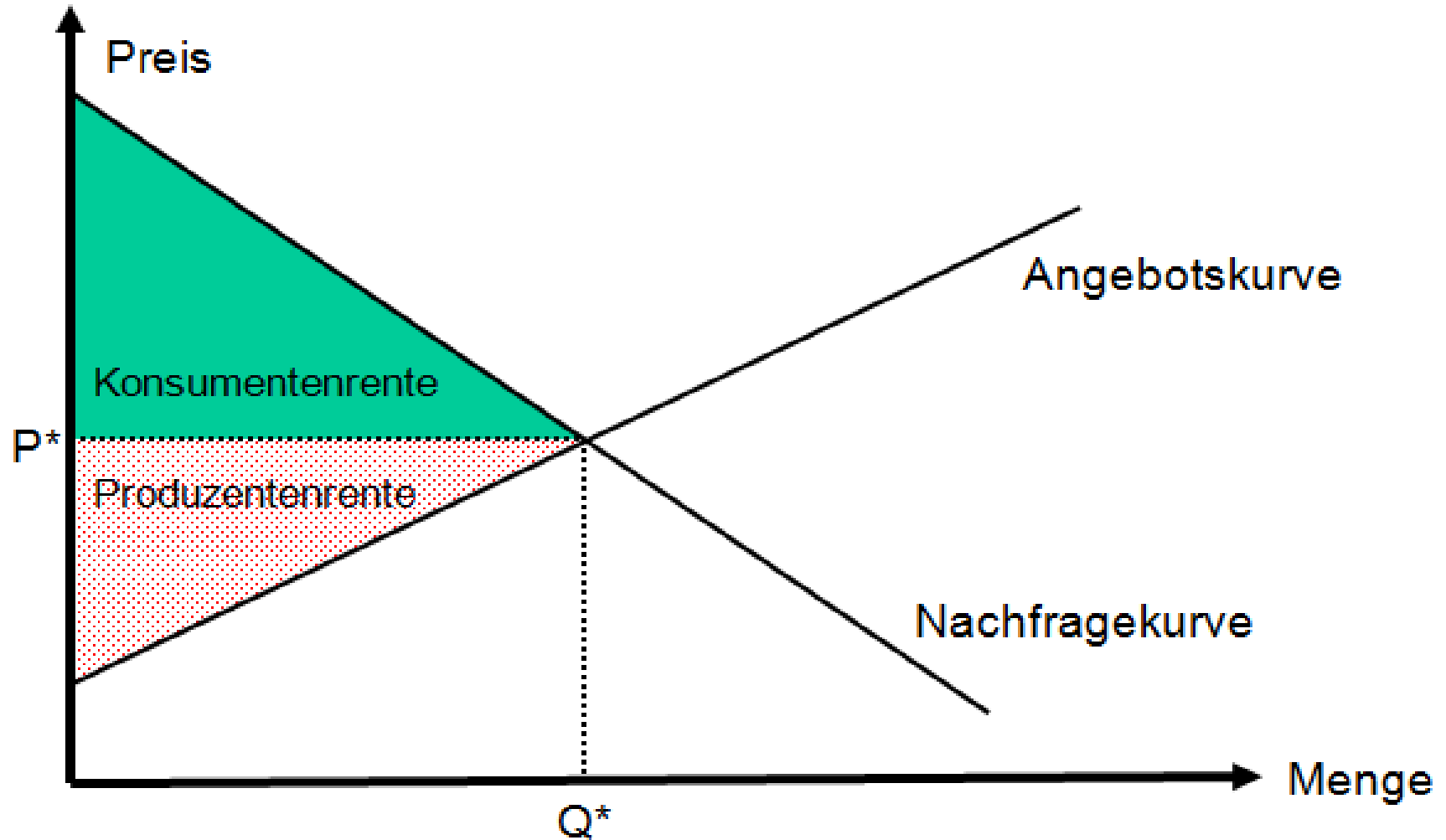


Was sagt die Ökonomie?

- Allgemeine **Effizienzdefinition**: Maximum an Bedürfnisbefriedigung aus den gegebenen Mitteln bzw. die Befriedigung der vorhandenen Bedürfnisse mit einem Minimum an Aufwand → «keine Verschwendung, möglichst grosser Kuchen»
- **Effizienzbegriffe**
 - Allokative Effizienz
 - Produktive Effizienz
 - Dynamische Effizienz
- **Zielkonflikte** zwischen den verschiedenen Effizienzbegriffen
- Das «korrekte» Wohlfahrtsmass



Das «korrekte» Wohlfahrtsmass





Was sagt die Ökonomie?

- **Faustregel:** Klassische «harte horizontale Kartelle» (Preis-, Mengen- und Marktaufteilungsabreden) sind in der Praxis schwierig zu rechtfertigen.
- Für andere horizontale Abreden, z.B. Forschungs- und Spezialisierungskooperationen (Einkaufsgemeinschaften, ARGE), Standardisierungs- und TT-Vereinbarungen, können insbesondere folgende Argumente von Bedeutung sein:
 - Kosteneinsparungen
 - Grössenvorteile («Economies of Scale»)
 - Verbundvorteile («Economies of Scope»)
 - Senkung der Transaktionskosten
 - Rationalisierungen
 - Synergien
 - Qualitative Effizienzgewinne: Technologische Entwicklung und Verbreitung neuer Technologien



Was sagt die Ökonomie?

- Vertikale Abreden sind tendenziell einfacher zu rechtfertigen als horizontale Abreden, z.B. mit (Ziff. 16 Abs. 4 VertBek)
 - Schutz von Investitionen zur Erschliessung neuer Märkte
 - Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte
 - Vermeidung Hold-up Problem
 - Vermeidung Trittbrettfahrerproblem
 - Vermeidung doppelter Marginalisierung





Was sagt die Ökonomie?

- **Internationale Preisdifferenzierung** (sog. Preisdifferenzierung dritten Grades): Wohlfahrtseffekte unklar, Einzelfallanalyse nötig
 - Wohlfahrtsmindernd, wenn der globale Output durch die Preisdifferenzierung nicht erhöht wird (z.B. TIROLE, S. 137 ff.)
 - Wohlfahrt ist höher (tiefer), wenn zwischen Ländern mit ähnlichen (genügend unterschiedlichen) Zahlungsbereitschaften nicht preisdiskriminiert werden kann (MALUEG/SCHWARTZ)
 - Wohlfahrtsfördernder Effekt wahrscheinlicher
 - unter Berücksichtigung von Innovationsanreizen in Märkten mit hohen Ausgaben für F&E (SZYMANSKI/VALLETTI)
 - bei patentgeschützten Gütern mit konstanten/fallenden Grenzkosten (HAUSMAN/MACKIE-MASON)



Was sagt die Ökonomie?

- **Internationale Preisdifferenzierung:** Einzelfallanalyse nötig
 - TIROLE, S. 139: «*The welfare effects of third-degree price discrimination are ambiguous. One has to weigh the losses of consumers in low-elasticity markets against the gains of those in high-elasticity markets and of the producer. The elimination of price discrimination may be particularly dangerous if it leads to the closure of markets.*»
 - Aus Sicht eines Hochpreislandes eher ineffizient. Mögliche Ausnahmen: Märkte mit hohen Ausgaben für F&E (SZYMANSKI/VALLETTI), patentgeschützten Gütern (HAUSMAN/MACKIE MASON) und vielen multinationalen Unternehmen mit Sitz im Hochpreisland (MALUEG/SCHWARTZ)
 - HEINEMANN, S. 108: Für Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG sollte verlangt werden, dass die Effizienzgewinne (auch und ausreichend) im Inland anfallen.



Fallpraxis

Verfahren	Zitat
RPW 2005/2, 306 Rz 199, <i>Buchpreisbindung</i>	Die Weko kommt somit zum Schluss, dass die negativen Effizienzwirkungen des Sammelrevers gegenüber dessen positiven Effizienzwirkungen überwiegen . Daraus folgt, dass der Sammelrevers die Effizienzprüfung nicht besteht und daher eine unzulässige Wettbewerbsabrede [...] darstellt.
RPW 2010/1, 106 Rz 321, <i>Gaba</i>	Eine Schwächung des Images einer Marke vermag einen absoluten Gebietsschutz mangels Notwendigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG nicht zu rechtfertigen.
RPW 2008/4, 571 Rz 144, <i>Tarifverträge Zusatzversicherung Kt. Luzern</i>	Für den Kanton Luzern kann als Ergebnis festgehalten werden, dass die Bildung einer Verhandlungsgemeinschaft zum Aufbau einer Gegenmacht gegenüber den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern des Kantons Luzern aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG hätte gerechtfertigt werden können.



Fallpraxis

Verfahren	Zitat
RPW 2015/2, 185 Rz 158, <i>KKDMIF II</i>	Die WEKO geht aber unter Berücksichtigung der Marktentwicklung in der Schweiz, der aktuellen ökonomischen Literatur sowie der aktuellen internationalen Praxis davon aus, dass eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG dann vorliegt, wenn der Händler bezüglich der Annahme von Kreditkarten als Zahlungsmittel indifferent ist.
RPW 2017/2, 290 Rz 74, <i>Husqvarna</i> (ähnlich in RPW 2016/2, 515 Rz 524, <i>Nikon AG</i>)	Vertikale Preisabreden können für einen Hersteller, der ein neues Produkt auf den Markt bringen will, hilfreich sein, um in der Einführungsphase, in der die Nachfrage sich entwickelt, die Händler dafür zu gewinnen, ihm zu helfen, das betreffende Produkt gezielt anzubieten und ihre Verkaufsbemühungen zu intensivieren.
RPW 2012/3, 665 Rz 73, <i>Recommandations tarifaires de l'USPI Neuchâtel</i>	La COMCO a précisé dans sa communication sur les schémas de calcul qu'un tel schéma ne doit pas contenir d'indication de grandeur ou de pourcentage forfaitaire, mais doit par exemple se limiter à de simples données permettant aux entreprises de calculer leur coûts.



Ausgewählte Diskussionspunkte

- **Identifizierungsproblem:** Z.B. höhere Preise in der Schweiz infolge eines absoluten Gebietsschutzes – effizienzfördernd oder ungerechtfertigtes «Abzocken»?
Lösungsansatz: Fokus auf Ziel und Zweck der Restriktion
- **Beweislast / Beweismass?**
- **Verfahrensökonomie:** Zeitpunkt der Effizienzprüfung / Beweiserhebung?
- Rolle **Marktanteile** bei Rechtfertigung?
- Keine Illusionen für **Rechtfertigung von klassischen harten Wettbewerbsabreden** (bezweckte Wettbewerbsabreden nach EU-Recht)



Fazit & Ausblick

- Bundesgericht ist offen für die Prüfung von Rechtfertigungsgründen
- Zunehmende Bedeutung der Effizienzeinrede
- Bei Unsicherheiten: Sekretariatsberatung/Widerspruchsverfahren





Literatur

HAUSMAN JERRY A./MACKIE-MASON JEFFREY K., Price Discrimination and Patent Policy, in: RAND Journal of Economics, 1988, Vol. 19(2), 253-265.

HEINEMANN ANDREAS, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, in: ZSR 1/2018, 103-120.

MALUEG DAVID A./SCHWARTZ MARIUS, Parallel Imports, Demand Dispersion, and International Price Discrimination, in: Journal of International Economics, 1994, Vol. 37, 167-195.

SZYMANSKI STEFAN/VALLETTI TOMMASO, Parallel Trade, Price Discrimination, Investment and Price Caps, in: Economic Policy, 2005, Vol. 20(44), 705-749.

TIROLE JEAN, The Theory of Industrial Organization, 12. Aufl., MIT Press, Cambridge/Mass., London/England 2001.