



STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT

Definition der Wettbewerbsabrede und Eingrenzung der Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG

Arbeitssitzung

Center for the Law of Innovation and Competition, Bern

21. Juni 2019
Nicolas Birkhäuser
Mani Reinert

AUSGANGSLAGE

- **Vermutungstatbestände** Art. 5 Abs. 3 und 4 KG werden von der WEKO **ausufernd ausgelegt**.
- **Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsabrede** wird rasch angenommen / nur oberflächlich geprüft.
- **Grundsätzliche Erheblichkeit** gemäss Gaba/Gebro.
- **Rechtfertigung** nach Art. 5 Abs. 2 KG anspruchsvoll.
- **Folgen:**
 - Rechtsunsicherheit
 - Kooperationen werden unterlassen oder eingeschränkt
 - Erhöhte Risiken von Beschwerden
 - Verstärkte Tendenz zu EVRs (mit der Folge intransparenter/inkonsequenter Praxis und Teufelskreis mehr Rechtsunsicherheit und noch mehr EVRs)

LÖSUNGEN

- **Sorgfältige Prüfung des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede** nach Art. 4 Abs. 1 KG.
- **Enge Auslegung der Vermutungstatbestände** von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG.
- **Alternativ:** Sanktionierung von unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG subsumierten Abreden nur bei Hardcore Fällen (analog Praxis zu Art. 9 Abs. 4 KG).

EINLEITUNG: VERHÄLTNIS ART. 4 ABS. 1 – ART. 5 KG

- Die Tatbestandselemente
 - a) **Wettbewerbsabrede** (Art. 4 Abs. 1 KG) und
 - b) **Erheblichkeit, Wettbewerbsbeseitigung, Rechtfertigung** (Art. 5)betreffen unterschiedliche Sachverhaltselemente.
- Wettbewerbsabrede ist **Geltungs-/Anwendungsvoraussetzung des Kartellgesetzes.**
- **Vermutungstatbestände greifen erst** bei Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG.

EINLEITUNG: VERHÄLTNIS ART. 4 ABS. 1 – ART. 5 KG

- **Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsabrede** wird rasch angenommen / nur oberflächlich geprüft.
- **Prüfung der Erheblichkeit** war **bisher unstrukturiert**:
Sammelbecken u.a. für Analysen, die im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG hätten gemacht werden müssen.
- **Unvollständige Prüfung** der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG **kann nicht dadurch kompensiert werden**, dass die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 KG gründlicher oder überhaupt geprüft werden.

ABREDE: UNTERSCHIED ZW. VEREINBARUNG UND ABGEST. VERHALTENSWEISE

- **Unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen** von Vereinbarung und abgestimmter Verhaltensweise:
 - a) **Vereinbarung**: übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung und daraus folgender Konsens;
 - b) **Abgestimmte Verhaltensweise**: (i) Abstimmung, (ii) koordiniertes Marktverhalten und (iii) Kausalzusammenhang zwischen beidem.
- Es muss **entweder** eine a) **Vereinbarung** oder eine b) **abgestimmte Verhaltensweise** vorliegen und nachgewiesen werden.
- Ob Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, kann deshalb **nicht offengelassen** werden (vgl. BVGer B-552/2015, Türprodukte, E. 3.3).

VORAUSSETZUNGEN FÜR VEREINBARUNG

Für eine Vereinbarung ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich:

- Eine Vereinbarung zwischen zwei Parteien bedingt zwei gegenseitige Willensäußerungen: einen **a) Antrag** und eine **b) Annahme** (Art. 1 Abs. 1 OR; vgl. BGE 144 II 246, E. 6.4.1).
- Die Willensäußerungen sind **empfangsbedürftig**. Ein **Antrag ohne Annahme** führt **nicht** zu Vereinbarung.
- Die Willenserklärung kann **ausdrücklich** oder durch **konkludentes** Verhalten erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR).
- **Blosses Schweigen** somit **grundsätzlich keine Annahme**.

VORAUSSETZUNGEN FÜR VEREINBARUNG

Beispiel – BVGer B-552/2015, Türprodukte:

- Einmalige **stille Teilnahme** an einem Treffen stellt keinen konkludent **geäußerten Verpflichtungswillen** dar (BVGer B-552/2015, E. 4.4).
- **EU-Praxis** zu öffentlicher Distanzierung hat deshalb im Schweizer Recht keinen Platz.

Beispiel – EuGH C-74/04 P, Volkswagen:

- Versand von 3 Rundschreiben und 5 Briefen ("calls") an Händler, in denen VW eine strikte Preisdisziplin fordert, stellte keine Vereinbarung dar, da eine stillschweigende Annahme durch VW-Händler nicht nachgewiesen war.

VORAUSSETZUNGEN FÜR VEREINBARUNG

Beispiel – BGE 144 II 246, Altimum, E. 6:

- BGer: "L'existence d'un accord [...] suppose une action collective, consciente et voulue des entreprises participantes". Ferner Verweis auf allg. Regeln OR (Art. 1, 18).
- BGer bejaht aber eine **Vereinbarung mit allen Händlern** u.a. gestützt auf ein **internes Dokument**, wonach nur Händler beliefert werden sollten, die eine "politique de prix raisonnable et responsable" betrieben, sowie interne E-Mails.
- BGer legt (i) weder dar, dass dies allen Händlern kommuniziert wurde noch (ii) dass dies alle Händler akzeptiert hätten. – Keine dogmatisch saubere Begründung. – EuGH ist klarer.

VORAUSSETZUNGEN FÜR VEREINBARUNG

Tatsächlicher versus normativer Konsens:

- **Massgebend** für das Vorliegen eines Konsenses ist der **tatsächliche übereinstimmende Wille** der Parteien.
- **Nur wenn** Willensäußerung von Partei nicht verstanden wurde bzw. tatsächlich übereinstimmender Wille nicht bewiesen werden kann, ist die Willensäußerung **nach dem Vertrauensprinzip auszulegen**. Nicht nur nach dem Wortlaut, sondern nach den **gesamten Umständen** (Art. 18 OR; vgl. BGE 144 II 246, Altimum, E. 6.4.1).
- Dies wurde etwa im Fall *Dermalogica* übersehen.

ABGESTIMMTE VERHALTENSWEISE INFORMATIONSAUSTAUSCH

Drei Tatbestandsvoraussetzungen der abgestimmten Verhaltensweise (1):

■ **Abstimmung:**

- Der Informationsaustausch selbst stellt keine Abstimmung dar (richtig: Edelmetalle; falsch z.B. ASCOPA und andere Fälle).
- Der Informationsaustausch muss zu einer Verständigung über das zukünftige Verhalten führen, um eine Abstimmung darzustellen.

■ *Keine* Abstimmung beispielsweise in folgenden Fällen :

- Zwei Bauunternehmen tauschen Offertpreise aus und unterbieten sich anschliessend.
- Ein Unternehmen offenbart Informationen über seine zukünftigen Preise, die anderen Unternehmen fällen aber keinen Entscheid, wie sie vorgehen wollen.

ABGESTIMMTE VERHALTENSWEISE INFORMATIONSAUSTAUSCH

Drei Tatbestandsvoraussetzungen der abgestimmten Verhaltensweise (2):

- **Koordiniertes Marktverhalten:** Die Unternehmen verhalten sich auf dem Markt tatsächlich gemäss dieser Abstimmung.
- **Kausalzusammenhang** zwischen der Abstimmung und dem koordinierten Marktverhalten. Ist nicht erfüllt, wenn es sich z.B. um öffentliche Informationen handelt.

BEZWECKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung setzt voraus:

- Eine Abrede ist nur eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie **schon ihrem Wesen nach schädlich** für den Wettbewerb ist.
- Nur **schwerwiegende** Wettbewerbsbeschränkungen sind bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen.
- Das Bestehen einer **bezweckten Wettbewerbsbeschränkung** muss **im Einzelfall konkret** dargetan werden.
- Es **genügt nicht, eine Wettbewerbsbeschränkung abstrakt anzunehmen** bzw. gestützt auf theoretische Annahmen, wie "objektive Eignung" zur Wettbewerbsbeschränkung.

BEZWECKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

Zur Prüfung des Vorliegens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung sind u.a. folgende Faktoren zu prüfen
(vgl. EuGH C-67/13 P, *cartes bancaires*, u.a. Rz. 53, 55, 58, 78):

- a) Der Inhalt der Abrede;
- b) die mit der Abrede verfolgten Ziele;
- c) der rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang, in dem die Abrede steht;
- d) die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen;
- e) die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen; und
- f) die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte.

BEZWECKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

- Aufgrund der vorstehend genannten Faktoren ist **im Einzelfall zu prüfen und festzustellen**, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung besteht.
- Vergleich **Wettbewerbsbedingungen mit und ohne die** untersuchte **Verhaltensweise** (Counterfactual).
- **Keine theoretischen Verallgemeinerungen** (z.B. "objektive Eignung").
- Keine Automatismen wie "Preis-, Mengen- und Gebietsabreden bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung"
- **Die nachfolgenden Fälle** zeigen, dass es immer entscheidend **auf den konkreten Sachverhalt ankommt.**

BEZWECKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

EU Praxis zur Prüfung von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund des konkreten Sachverhaltes (1):

- **EuGH Case 395/87, Tournier:** Es ging um eine Kooperation zwischen Wettbewerbern, welche **Preisabsprachen** und die **Beschränkung der Produktion** beinhaltete.
- Der EuGH hielt fest, dass im Rahmen der Vereinbarung **Preisabsprachen** und **Beschränkung der Produktion** **zwingend erforderlich sein können**, um sicherzustellen, dass das Urheberrecht angemessen genutzt wird. **Ohne diese Bestimmungen wäre das legitime Ziel der Vereinbarung nicht erreicht worden.**

BEZWECKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

EU Praxis zur Prüfung von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund des konkreten Sachverhaltes (2):

- **EuGH Case 42/84, Remia:** Konkurrenzverbot zulasten Verkäufer stellt keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar.
- Grund: Ohne Konkurrenzverbot würde die **Zusammenschluss nicht stattfinden**. Der Käufer hätte dem Verkauf ohne das Konkurrenzverbot möglicherweise nie zugestimmt.

BEZWECKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

EU Praxis zur Prüfung von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund des konkreten Sachverhaltes (3):

- **EuGH C-67/13 P, cartes bancaires (CB)**: Es ging um eine Vereinigung von Banken zum Betrieb von CB, welche mehrere Gebühren vereinbart hatte.
- Auch bei CB betonte der EuGH, dass **nicht abstrakt ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände** eine **bezweckte Wettbewerbsbeschränkung** angenommen werden darf.
- Es ist **aufgrund der oben dargestellten Faktoren zu prüfen**, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.
- Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ist **eng auszulegen**.

BEWIRKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

Eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung setzt voraus:

- Massgebend ist **tatsächliche Beschränkung** des Wettbewerbs. **Umfassende Prüfung** aller konkreten Auswirkungen.
- Bei **vergangenen oder gegenwärtigen Wettbewerbsabreden** ist eine konkrete Umsetzung erforderlich.
- Bei **zukünftigen Wettbewerbsabreden** ist nicht erforderlich, dass diese bereits umgesetzt wurden. Es genügt Eintritt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft.
- Zur umfassenden Prüfung der tatsächlichen Beschränkung können u.a. die oben genannten **Faktoren** verwendet werden (jene für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen).

BEWIRKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG

- **Unterschied zur bezweckten Wettbewerbsbeschränkung:**
 - **Umfassende Prüfung** der Wirkungen.
 - **Kein eingeschränkter Katalog** der zu prüfenden **Faktoren**.
 - **Muss nicht schon von ihrem Wesen her wettbewerbschädlich** sein.

GRUNDSÄTZLICHES ZUR AUSLEGUNG VON ART. 5 ABS. 3 UND 4 KG

- Art. 5 Abs. 3 KG
 - Visiert sind nach Botschaft sog. "harte Kartelle", "marktumfassende Abreden, mit denen Konkurrenten den Wettbewerb unter sich einschränken" (*Botschaft 1995, Clima Suisse*).
 - Keine allgemeine Sanktionierbarkeit von Kartellrechtsverstößen, nur besonders schwerwiegende Verstöße sollen sanktionsbedroht sein.
 - Die Vermutungstatbestände müssen deshalb **eng ausgelegt** werden.
 - Auch aufgrund Bestimmtheitsgebot ist enge Auslegung geboten (*Zäch/Künzler*).
 - Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nur bei bezweckter Wettbewerbsbeschränkung legitim.

ART. 5 ABS. 3 BST. A KG TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN

- Nur Fixierung des **Endpreises**:
 - Erfasst **keine unbedeutenden Preiselemente** (*Klimarappen, Jahres-Umsatz-Prämien und Konzernabschluss in Printmedien*)
 - Preiselemente nur erfasst, sofern diese zu einer **Fixierung der Endpreise führen** (*Zäch/Künzler, Baubeschläge*).
 - Wirkung ist massgebend (*Botschaft 1995*)
 - Dies ist u.a. nicht der Fall, wenn keine preisharmonisierende Wirkung vorliegt (*Klimarappen*)
- Direkte/indirekte **Festsetzung** von Preisen:
 - Mit der Abrede müssen Preise festgesetzt werden (*ASCOPA, Strassenbau Aargau*)
 - Blosser Preisbeeinflussung reicht nicht aus (*Strassenbau Aargau*)
- Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

ART. 5 ABS. 3 BST. A KG PRAXIS DER WEKO

- WEKO legt Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG allerdings ausufernd aus:
 - Einkaufsgemeinschaften (obwohl keine Wettbewerbsbeschränkung)
 - Mitversicherungsgemeinschaften (obwohl keine Wettbewerbsbeschränkung)
 - Versicherungspools (obwohl keine Wettbewerbsbeschränkung)
 - Interchange Fees (obwohl keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, Interchange Fee zudem kein Preis)
 - Bruttopreissenkungen (obwohl je nach Fall Bruttopreise kein wesentliches Preiselement sind und Preissenkungen keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sind)

ART. 5 ABS. 3 BST. A KG PRAXIS DER WEKO INFORMATIONSAUSTAUSCH

- Praxis der WEKO zu Informationsaustausch ist unklar:
 - In *ASCOPA* wurde Informationsaustausch nicht unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG subsumiert, da der Informationsaustausch weder den Umfang noch (zukünftigen) Zeitpunkt von Preiserhöhungen, noch einen Zielpreis, noch eine Preisempfehlung, welche eingehalten wurde, noch einen Referenzpreis, noch eine Preisbandbreite zum Gegenstand hatte (Rz. 425).
 - In *Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen* wurde ein Informationsaustausch unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG subsumiert. Allerdings hatte der Informationsaustausch akzessorischen Charakter, da er der Koordinierung von Preiserhöhungen diene.

ART. 5 ABS. 3 BST. A KG PRAXIS BVGER INFORMATIONSAUSTAUSCH

- *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (Urteile B-807/2012, E. 10.2.3 und B-829-2012, E. 9.2.3):*
 - Austausch von sensiblen (u.a. preisbezogenen) Informationen mit Mitbewerbern im Rahmen des gescheiterten Versuchs einer Submissionsvereinbarung.
 - Erleichterte eine genauere Prognose über das voraussichtliche Bietverhalten der Mitbewerber.
 - In einer solchen Preisbeeinflussung kann jedoch selbst bei einer weiten Auslegung des Gesetzeswortlauts weder eine direkte noch indirekte Preisfestsetzung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gesehen werden.
 - BVGer verweist auf die Praxis der WEKO in ASCOPA-Fall.

ART. 5 ABS. 3 BST. B KG

- Einschränkung der Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen: Erfasst deshalb **nicht** Abreden, die **keine Beschränkung** beinhalten (z.B. Mindestabnahmepflichten, falsch deshalb *FTTH Fribourg*)
- Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

GRUNDSÄTZLICHES ZUR AUSLEGUNG VON ART. 5 ABS. 3 UND 4 KG

- Art. 5 Abs. 4 KG
 - Siehe Grundsätze zu Art. 5 Abs. 3 KG, zusätzlich:
 - Erfasst nur zwei spezifische Beschränkungen: Preisbindung zweiter Hand und Verbot passiver Verkäufe in best. Gebiete
 - Vorbild: Art. 4 Bst. a und Bst. b 1. Lemma GVO 2790/1999
 - EU-konforme Auslegung des Vermutungstatbestands (BGE 143 II 326 f. E. 6.2.3, wobei BGer hiervon bei TT-Vereinbarungen fälschlicherweise abweicht, vgl. unten)

ART. 5 ABS. 4 KG – PREISBINDUNG TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN

- Mindest-/Festpreise
 - Höchstpreise und Preisempfehlungen fallen nicht unter den Vermutungstatbestand
 - Preiselemente nur erfasst, sofern diese zu einer Fixierung der Endpreise führen.
 - Internetverkaufsverbote fallen nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG (*Behinderung des Online-Handels*)
- des **Käufers**
 - Nur Beschränkungen der Preisfestsetzungsfreiheit des Käufers erfasst, **nicht solche des Anbieters** (*Online-Buchungsplattformen für Hotels*)
- Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

ART. 5 ABS. 4 KG – GEBIETSSCHUTZ TATBESTANDVORAUSSETZUNGEN

- **Vertriebsvertrag**
 - Technologietransferverträge werden gemäss Materialien nicht erfasst (falsch deshalb BGE 143 II 331 ff. E. 6.4)
- **Gebietszuweisung**
 - Zuweisung von Kunden nicht erfasst
 - Selektive Vertriebssysteme nicht erfasst
 - Internetverkaufsverbote nicht erfasst
- **Ausschluss passiver Verkäufe des Händlers**
 - Ausschluss von Passivverkäufen aus einem Land genügend (*Nikon, RIMOWA, GE Healthcare*)?
 - Bezugsverbote nicht erfasst (siehe separate Diskussion)
- **Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung**

ART. 5 ABS. 4 KG INDIREKTER GEBIETSSCHUTZ

- Indirekter absoluter Gebietsschutz:
 - Wird in der Praxis z.T. missbraucht, um Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 4 KG auszuweiten (wichtigstes Bsp.: Bezugsbeschränkungen).
 - Massstab muss sein:
 - Liegt Verkaufsbeschränkung vor?
 - Führt diese zu Ausschluss passiver Verkäufe?
 - Z.B.:
 - Unterschiedliche Rabatte je nach Bestimmungsland: Hängt auch von Rabatthöhe ab.
 - Abreden zur Verweigerung der Garantie: Hängt von Bedeutung der Garantie als Wettbewerbsparameter ab (ETA/DK Investment).

ART. 5 ABS. 4 KG BEZUGSBESCHRÄNKUNGEN

- **Bezugsbeschränkungen** werden von Art. 5 Abs. 4 KG **nicht** erfasst:
 - Gesetzeswortlaut spricht **nur** von Ausschluss von **Verkäufen** (siehe auch BGE 143 II 330, E. 6.3.4). Dieser Umstand kann nicht mit dem Argument umgangen werden, es handle sich um einen indirekten Ausschluss von Verkäufen.
 - Denn: Vorbild von Art. 5 Abs. 4 KG ist Art. 4 Bst. b 1. Lemma GVO 2790/1999. Dieser erfasst Bezugsbeschränkungen nicht, obwohl Art. 4 Bst. b 1. Lemma GVO 2790/1999 auch Beschränkungen erfasst, "die unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen unter der Kontrolle der Vertragsparteien" eine Beschränkung passiver Verkäufe bezwecken (Einleitungssatz Art. 4 GVO 2790/1999).

ART. 5 ABS. 4 KG BEZUGSBESCHRÄNKUNGEN

- **Bezugsbeschränkungen** werden von Art. 5 Abs. 4 KG **nicht** erfasst:
 - Alleinbezugspflichten und andere Formen von Bezugsbeschränkungen stellen keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar (*Delimitis*):
 - Wirken absatzerhöhend (oft Gegenstück zu Alleinbelieferungspflicht).
 - Erhöhter Bezug steigert Vertrautheit des Händlers mit Produkt.
 - Mittel, um Free-Riding auf Marktbearbeitungsinvestitionen des Lieferanten zu verhindern.
 - Auch Bezugsbeschränkungen in selektiven Vertriebssystemen fallen nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG, da Art. 4 Bst. d Lemma GVO 2790/1999 nicht Vorbild von Art. 5 Abs. 4 KG war (unrichtig deshalb *gym80*, *Nikon*).

ART. 5 ABS. 4 KG BEZUGSBESCHRÄNKUNGEN

- Unklare Praxis der WEKO und von BVGer
 - Kombination von Alleinbezugspflicht und Aktivverkaufsverbot wird nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst (*gym80*)
 - Bezugsverbote ausserhalb der Schweiz, die zu Ausschluss von Verkäufen in die Schweiz führen, werden von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst (*Nikon*)
 - Alleinbezugspflichten in selektivem Vertrieb (?) werden von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst (vgl. *gym80, Nikon*)
 - Bezugspflichten, die sich auf Vertragsgebiet beziehen, werden von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst (*Erläuterungen zu VertBM*)
 - Bezugsverbote auf Einzelhandelsstufe werden je nachdem von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst (*Graber*)

ART. 5 ABS. 4 KG BEZUGSBESCHRÄNKUNGEN

- Bei der Subsumption von Bezugsbeschränkungen unter Art. 5 Abs. 4 KG wären folgende Abreden sanktionsbedroht: Alleinbezugspflichten, Mindestabnahmepflichten, Wettbewerbsverbote, englische Klauseln, Koppelungsgeschäfte, Querbezugsverbote in selektiven Vertriebssystemen.
- Dies, obwohl diese Abreden (mit Ausnahme von Querbezugsverboten in selektiven Vertriebssystemen):
 - bis 15% Marktanteil nach EU-Recht nicht spürbar sind;
 - bis 30% Marktanteil freigestellt sind, sofern kein Wettbewerbsverbot vorliegt bzw. dessen Dauer 5 Jahre nicht übersteigt.

ART. 5 ABS. 4 KG BEZUGSBESCHRÄNKUNGEN

- Für eine Erfassung von Bezugsbeschränkungen lässt sich auch mit viel Phantasie nichts in den Materialien finden.
- Für die Subsumption unter Art. 5 Abs. 4 KG ebenfalls irrelevant ist,
 - auf welches **Vertragsgebiet** sich die Bezugsbeschränkung bezieht (im Gegenteil weicht dies eine Bezugsbeschränkung auf) oder
 - auf welcher **Handelsstufe** (Gross-/Einzelhandel) die Bezugsbeschränkung implementiert wird (hierfür bietet der Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG keine Grundlage; zudem fällt auch ein lückenloses Netz von Alleinbezugsklauseln nicht unter Art. 4 Bst. b 1. Lemma GVO 2790/1999).

ART. 5 ABS. 4 KG

EXPORTVERBOTE AUSSERHALB EWR

- Einfuhrbeschränkungen aus Ländern ausserhalb des EWR / der Schweiz werden von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfasst:
 - Folgt aus der in BGE 143 II 326 f. E. 6.2.3 geforderten EU-konformen Auslegung.
 - Einfuhrbeschränkungen von ausserhalb der EU stellen weder eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (*Javico, Haladjian Frères/Kommission*) noch Kernbeschränkungen dar (*Vertikalleitlinien*).
 - A.M. WEKO (*Nikon, Harley-Davidson*), die Problem allerdings über Opportunitätsprinzip löst.

FAZIT

- Der **Tatbestand der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG** ist **den Tatbeständen nach Art. 5 KG**, insbesondere auch den Vermutungstatbeständen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, **vorgelagert**.
- Eine Verhaltensweise kann nur nach Art. 5 KG für unzulässig erklärt werden, **wenn es sich überhaupt um eine Wettbewerbsabrede** im Sinne von **Art. 4 Abs. 1 KG** handelt.
- **Unvollständige Prüfung** der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG **kann nicht dadurch kompensiert werden**, dass die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 KG gründlicher oder überhaupt geprüft werden.

FAZIT

- **Nicht jede Abrede**, die in der Vergangenheit unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG subsumiert wurde, **stellt eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.**
- **Nicht jede Abrede**, die unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG subsumiert wird, **bezweckt** eine Wettbewerbsbeschränkung.
- Dies hat v.a. auch vor dem Hintergrund zu gelten, dass die **WEKO Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG zu weit auslegt.**
- **Auch im EU-Recht sind nicht alle** von der WEKO unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG subsumierten Abreden **bezweckte** Wettbewerbsbeschränkungen.



STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT

Nicolas Birkhäuser

nicolas.birkhaeuser@nkf.ch

Mani Reinert

mani.reinert@baerkarrer.ch