

## 05 Wettbewerbspolitik

### Verfassungsrechtliche Grundlagen

#### **Art. 94 Abs. 4 BV Grundsätze der Wirtschaftsordnung**

<sup>4</sup> Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.

#### **Art. 96 BV Wettbewerbspolitik**

<sup>1</sup> Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen.

<sup>2</sup> Er trifft Massnahmen:

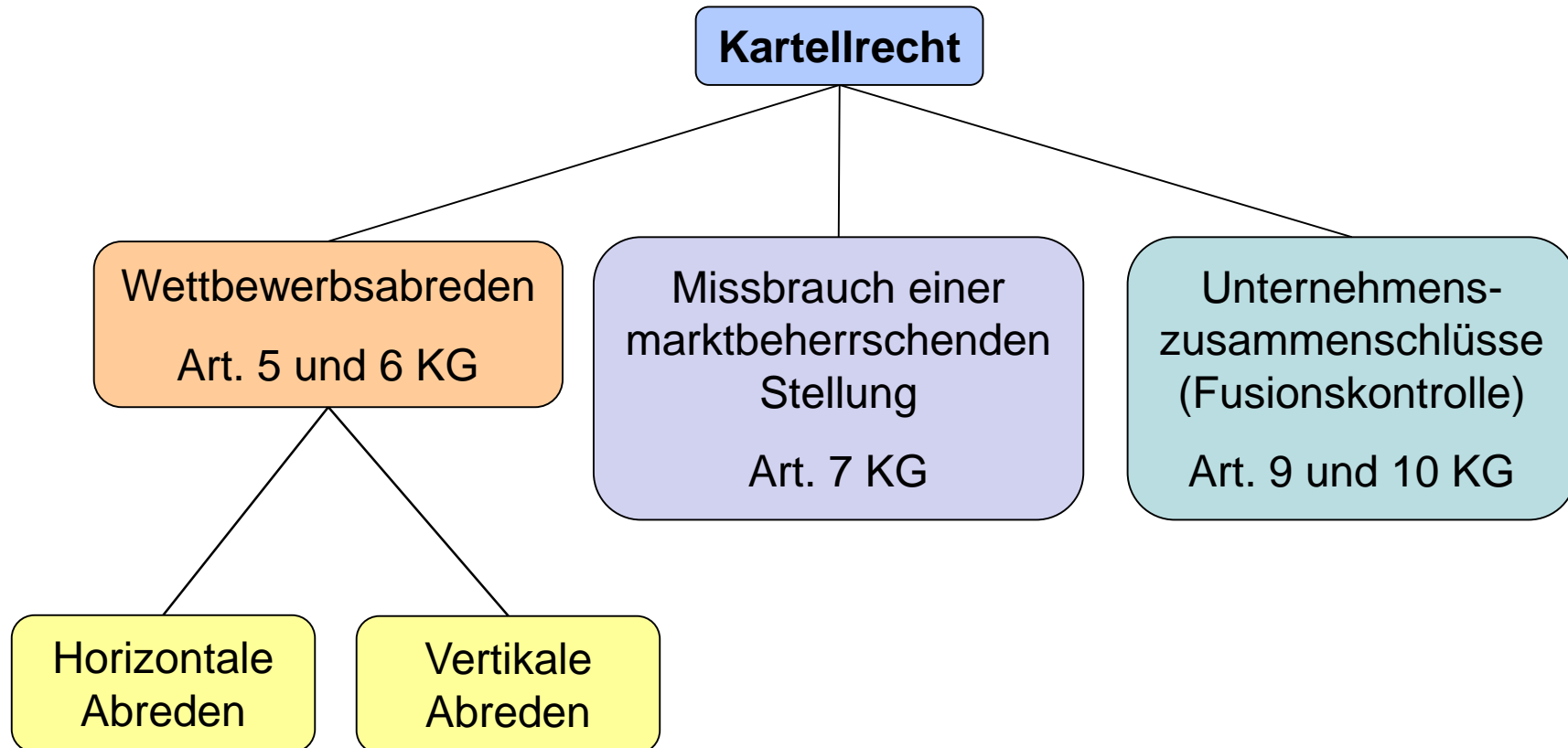
- a. zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts;
- b. gegen den unlauteren Wettbewerb.

## 05 Wettbewerbspolitik

### Beispiele von Wettbewerbsbeschränkungen:

1. Zwei Sanitärinstallationsgeschäfte, die im Grossraum Zürich tätig sind, mieten gemeinsam ein Lagergebäude samt Lagerverwaltungseinrichtungen (Hard- und Software), um ihre Lagerbestände gemeinsam zu lagern und zu verwalten. Später möchten sie auch den Einkauf der verwendeten Produkte zusammenlegen.
2. Zwei Generalplanungsunternehmen interessieren sich für zwei öffentlich ausgeschriebene Bauprojekte des Bundes. Keines der beiden kann beide Projekte, aber jedes eines für sich verwirklichen. Sie sprechen sich deshalb darüber ab, wer sich bei welchem Projekt bewirbt.
3. Ein Automobilimporteur schliesst mit dem einzigen Garagisten in einem Dorf einen Vertrag ab, wonach dieser exklusiv die Fahrzeuge dieses Importeurs vertreibt und bei Wartung an solchen Fahrzeugen alle Ersatzteile von ihm bezieht.

## 05 Wettbewerbspolitik



## 05 Wettbewerbspolitik

### **Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)**

#### **Art. 3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften**

- <sup>1</sup> Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften:
- a. die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen;
  - b. die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.
- <sup>2</sup> Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz.
- <sup>3</sup> Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach diesem Gesetz gehen Verfahren nach dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 vor, es sei denn die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher treffen gemeinsam eine gegenteilige Regelung.

## 05 Wettbewerbspolitik

### Fall 4 – Freiburger Elektrizitätswerke (BGE 129 II 497):

1. Ausgangspunkt: Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG ist das KG nicht anwendbar, wenn Vorschriften bestehen, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (staatliche Markt- oder Preisordnung oder besondere Rechte zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben).
2. Staatsaufgabe der Stromversorgung: Allein die Tatsache, dass eine Aufgabe dem Staat oder einem staatlichen Unternehmen zugewiesen ist, bedeutet noch nicht, dass der entsprechende Bereich vom Wettbewerb ausgenommen ist.
3. Rechtliches Monopol für Wasserkraftnutzung: andere Energiequellen sind nicht betroffen.
4. Gesetzlicher Stromtarif: gilt nicht für Drittlieferanten.
5. Monopol für Bau und Betrieb des Stromversorgungsnetzes:
  - kein rechtliches Monopol für Benutzung des öffentlichen Grundes;
  - faktisches Monopol genügt nicht;
  - Konzession genügt nicht;
  - Netzmonopol begründet kein Liefermonopol.
6. Gesetzlicher Leistungsauftrag: begründet per se kein Monopol.

## 05 Wettbewerbspolitik

### **BGE 129 II 497 (Entreprises Electriques Fribourgeoises) betreffend Art. 3 KG:**

"La volonté du législateur était, en révisant la loi sur les cartels en 1995, de renforcer les critères d'appréciation notamment en ce qui concerne les entreprises publiques par rapport à l'ancien droit et de ne laisser place que de manière plus restrictive à la réserve de l'art. 3 al. 1 LCart. Il est par ailleurs conforme aux fondements constitutionnels de l'économie (art. 94 al. 4 et 96 al. 1 Cst.) d'admettre de manière plutôt restrictive une exclusion de la concurrence; celle-ci n'est admissible que sur la base d'une législation claire ordonnant ou autorisant un comportement anticoncurrentiel. Le simple fait d'attribuer une tâche à l'Etat ou à une entreprise étatique ne signifie pas encore que le domaine en cause soit exclu de la concurrence. Il est important de déterminer si les prescriptions spéciales accordent un espace de liberté aux entreprises concernées ou si elles veulent leur prescrire d'agir par voie de décision et de manière non concurrentielle." (a.a.O., S. 516)

## 05 Wettbewerbspolitik

### Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)

#### Art. 5 Unzulässige Wettbewerbsabreden

<sup>1</sup> Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.

<sup>2</sup> Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

## 05 Wettbewerbspolitik

### **Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)**

#### **Art. 5 Unzulässige Wettbewerbsabreden**

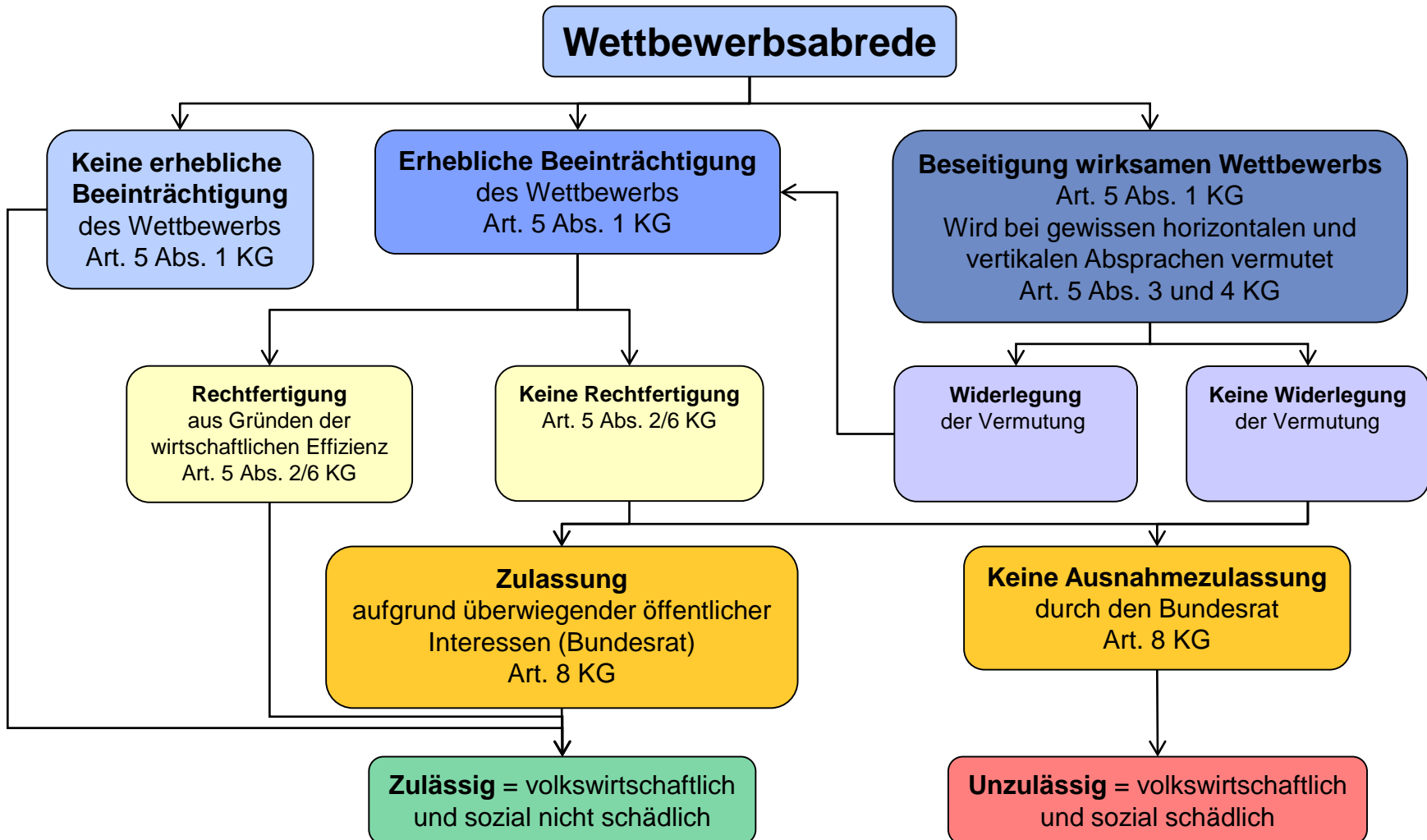
<sup>3</sup> Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

<sup>4</sup> Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.



## 05 Wettbewerbspolitik



## 05 Wettbewerbspolitik

### **BGE 143 II 297 (Gaba) betreffend Art. 5 Abs. 3 und 4 KG:**

1. Verbot an ausländischen Lizenznehmer/Vertriebspartner, direkt oder indirekt in die Schweiz zu liefern, ist unzulässiger Gebietsschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 KG.
2. Für Anwendbarkeit des KG genügt, dass sich Abrede auf den Wettbewerb in der Schweiz auswirken kann, Intensität ist unerheblich.
3. Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind *per se*, aufgrund ihrer Qualität erheblich, selbst wenn Beseitigungsvermutung widerlegt wurde.
4. Quantitative Elemente (Marktanteile, Interbrand-Wettbewerb bei Vertikalabreden) sind irrelevant.
5. Tatsächliche Beeinträchtigung (Umsetzung einer Abrede) ist irrelevant, es genügt die blossе Möglichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung. Typ der Abrede indiziert dieses Potenzial.
6. Zulässigkeit kann nur gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen, wenn Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist.
7. Fazit: Parallelimporte bzw. passive Verkäufe in die Schweiz dürfen nicht beeinträchtigt werden. Vertriebshändler in der Schweiz müssen Waren auch aus dem Ausland beziehen können. "*Form-based approach*" anstatt "*Effects-based approach*".

## 05 Wettbewerbspolitik

### **Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)**

#### **Art. 8 Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen**

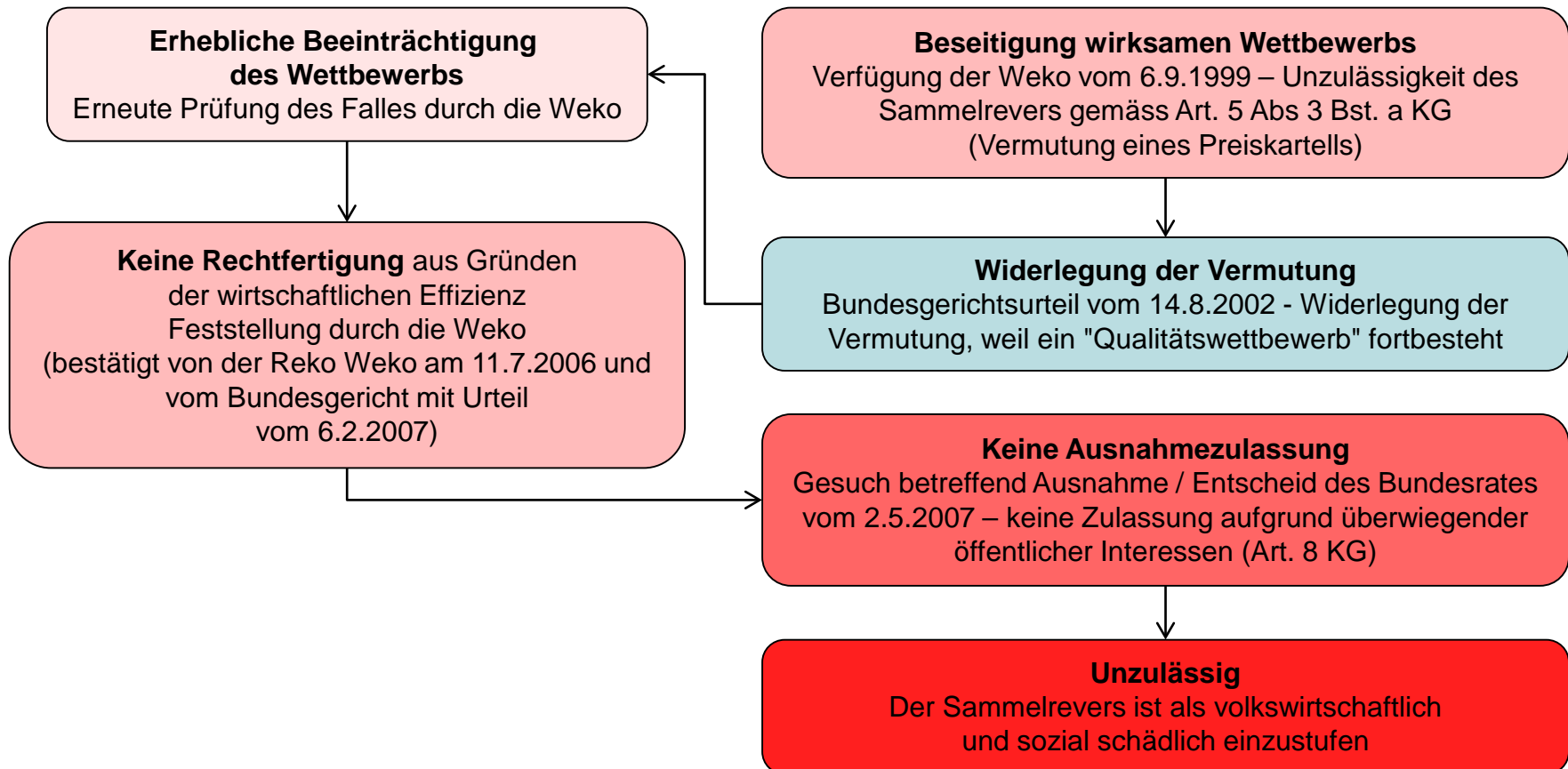
Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, können vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

#### **Art. 11 Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen**

Unternehmenszusammenschlüsse, die nach Artikel 10 untersagt wurden, können vom Bundesrat auf Antrag der beteiligten Unternehmen zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

## 05 Wettbewerbspolitik

### Buchpreisbindung – Abfolge der Entscheidungen



## 05 Wettbewerbspolitik

### **Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)**

#### **Art. 7 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen**

<sup>1</sup> Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

<sup>2</sup> Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

## 05 Wettbewerbspolitik

### **Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)**

#### **Art. 9 Meldung von Zusammenschlussvorhaben**

<sup>1</sup> Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:

- a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und
- b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

<sup>3</sup> [...]

## 05 Wettbewerbspolitik

### Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)

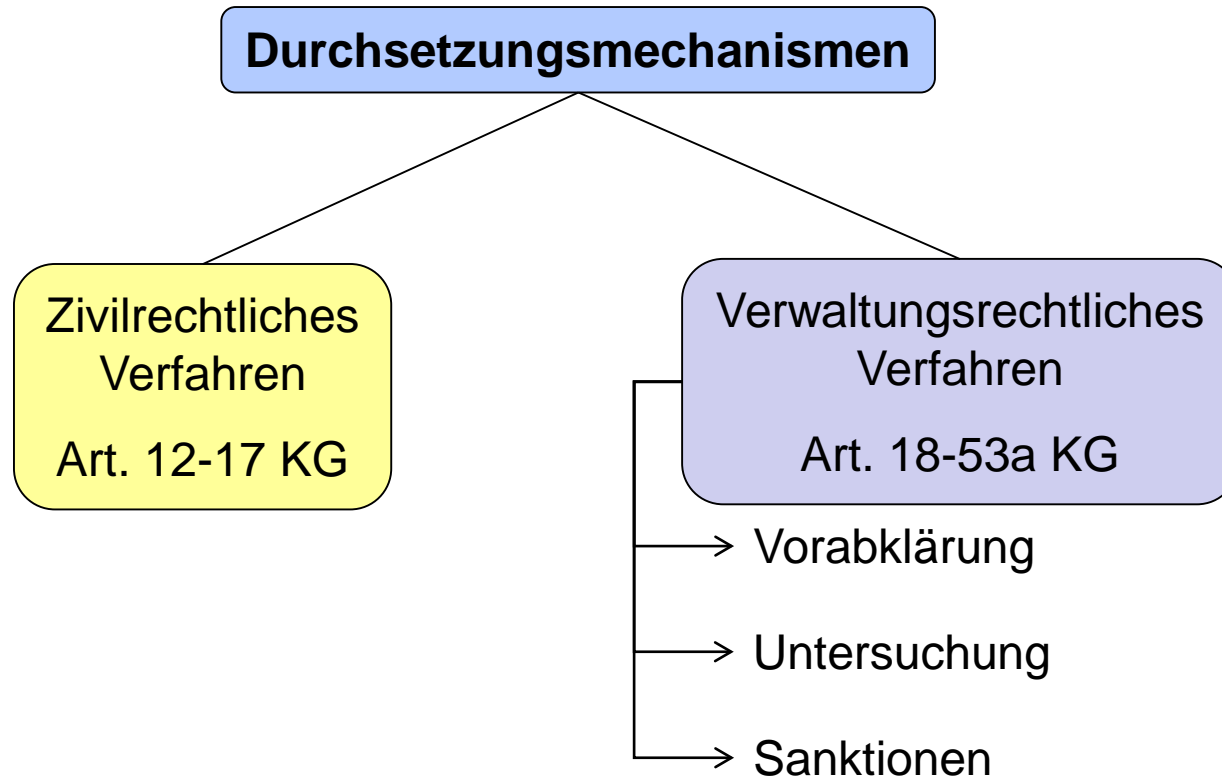
#### Art. 9 Meldung von Zusammenschlussvorhaben

<sup>4</sup> Die Meldepflicht besteht ungeachtet der Absätze 1–3, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

<sup>5</sup> Die Bundesversammlung kann mit allgemeinverbindlichem, nicht referendumspflichtigem Bundesbeschluss:

- a. die Grenzbeträge in den Absätzen 1–3 den veränderten Verhältnissen anpassen;
- b. für die Meldepflicht von Unternehmenszusammenschlüssen in einzelnen Wirtschaftszweigen besondere Voraussetzungen schaffen.

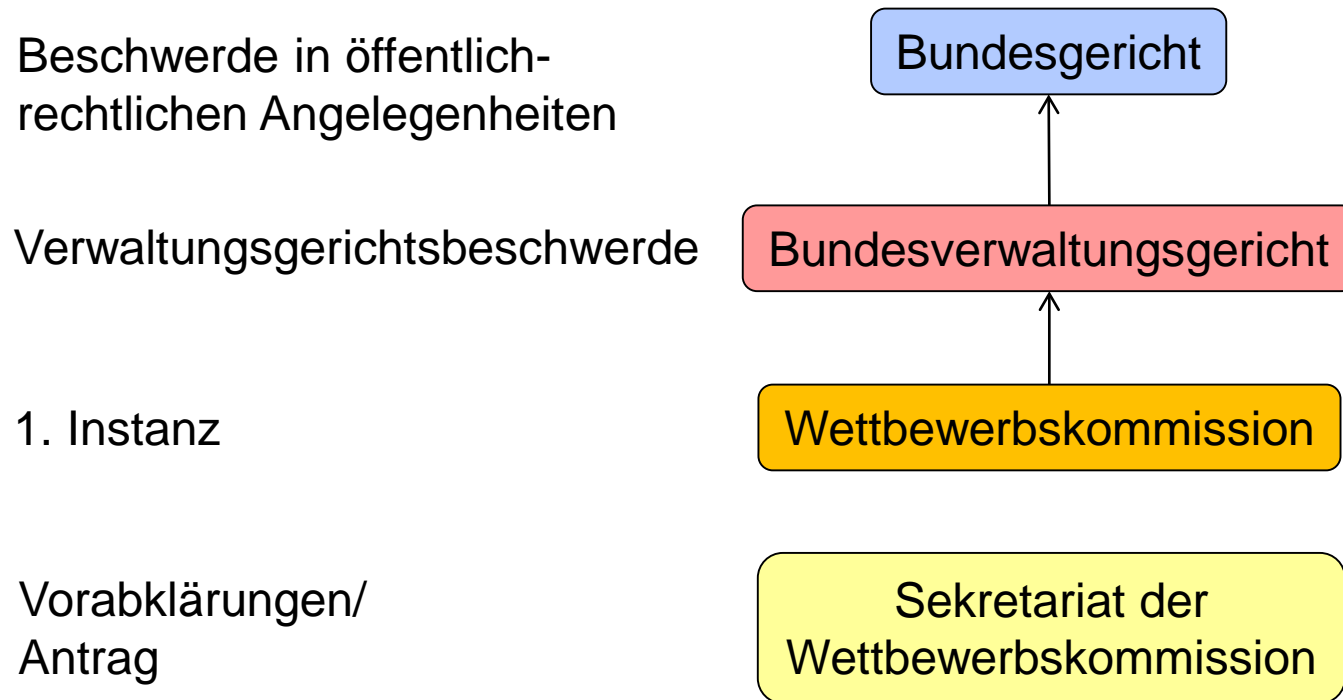
## 05 Wettbewerbspolitik





## 05 Wettbewerbspolitik

### Rechtsweg im Kartellrecht



## 05 Wettbewerbspolitik

### Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)

#### Art. 49a Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

<sup>1</sup> Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

<sup>2</sup> Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden.

<sup>3</sup> Die Belastung entfällt, wenn

- a. das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26–30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht;
- b. die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist; [...]

## 05 Wettbewerbspolitik

### Revision des Kartellgesetzes (Botschaft vom 22.2.2012; BBI 2012, 3905)

#### Vorschläge:

1. Institutionenreform: Wettbewerbsbehörde (neues Wettbewerbsbehördengesetz) und Wettbewerbsgericht (als Teil des Bundesverwaltungsgerichts),
2. Verschärfung der Regelung betreffend Wettbewerbsabreden (Art. 5),
3. SIEC-Test für Zusammenschlusskontrolle und Abstimmung mit EU-Recht (Art. 9 und 10),
4. Anpassungen Kartellzivilrecht (Art. 12, 12a und 13),
5. Sanktionsmindernde Berücksichtigung von Compliance-Programmen (Art. 49a)
6. Nicht: Strafsanktionen gegen natürliche Personen.

Nichteintretensbeschlüsse des NR vom 6.3. und 17.9.2014: Geschäft erledigt.

## 05 Wettbewerbspolitik

### Bekämpfung der Hochpreisinsel mit dem Wettbewerbsrecht

Initiative Altherr 14.449: Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland

*"Das Kartellgesetz soll wie folgt ergänzt werden (Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup>, Art. 7 Abs. 1):*

*Als **relativ marktmächtige Unternehmen** gelten einzelne Unternehmen, soweit von ihnen **andere Unternehmen** als Anbieter oder Nachfrager einer **bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen**, die sie **hauptsächlich produzieren** oder für ihren Betrieb **benötigen**, in der Weise **abhängig** sind, dass **ausreichende und zumutbare** Möglichkeiten, auf anderen Unternehmen **auszuweichen**, nicht bestehen."*

Aus der Begründung:

- *"Viele [Akteure] sind auf ausländische Produktionsmittel, Vorprodukte oder Vorleistungen angewiesen, **müssen** dafür in vielen Fällen jedoch weitaus **mehr bezahlen** als vergleichbare Nachfrager im Ausland."*
- *"Dadurch werden [...] Produktionskosten und damit auch die Endpreise **unnötigerweise** zusätzlich erhöht."*
- *"'Schweiz-Zuschläge' **vermindern** deren **Wettbewerbsfähigkeit**."*
- *"Folge, dass viel **Kapital** zu den Lieferanten **ins Ausland abfließt**."*
- *"Das heisst, sie werden im Gegensatz zur ausländischen Konkurrenz **praktisch gezwungen, ineffizient zu wirtschaften**."*

## 05 Wettbewerbspolitik

### Bekämpfung der Hochpreisinsel mit dem Wettbewerbsrecht

#### Eidgenössische Volksinitiative 'Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)'

Die Bundesverfassung<sup>1</sup> wird wie folgt geändert:

*Art. 96 Abs. 1*

<sup>1</sup> Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Er trifft insbesondere Massnahmen zur Gewährleistung der diskriminierungsfreien Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Ausland sowie zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, die durch einseitiges Verhalten von marktmächtigen Unternehmen verursacht werden.

*Art. 197 Ziff. 12*

*12. Übergangsbestimmung zu Art. 96 Abs. 1*

<sup>1</sup> Bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen erlässt der Bundesrat innerhalb zweier Jahre nach Annahme der Änderungen von Artikel 96 Absatz 1 durch Volk und Stände die erforderlichen Ausführungsbestimmungen.

## 05 Wettbewerbspolitik

### Bekämpfung der Hochpreisinsel mit dem Wettbewerbsrecht

#### **Eidgenössische Volksinitiative 'Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)'**

<sup>2</sup> Die Ausführungsbestimmungen von Bundesversammlung und Bundesrat folgen den nachstehenden Grundsätzen:

- a. Die Verhaltensweisen, die für marktbeherrschende Unternehmen unzulässig sind, sind auch für Unternehmen unzulässig, von denen andere Unternehmen in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen (relativ marktmächtige Unternehmen).
- b. Marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen verhalten sich vorbehältlich einer Rechtfertigung aus sachlichen Gründen unzulässig, wenn sie die Möglichkeit für Nachfrager einschränken, Waren oder Dienstleistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Staat ihrer Wahl zu den dort von den Unternehmen praktizierten Preisen zu beziehen; Preisdifferenzierungen bleiben zulässig, solange Unternehmen nicht wettbewerbswidrige Ziele verfolgen und keine Wettbewerbsverzerrungen verursachen.
- c. Unternehmen dürfen durch einseitiges Verhalten die Beschaffung der von ihnen exportierten Waren im Ausland einschränken, wenn diese Waren ins Produktionsland reimportiert und dort ohne weitere Bearbeitung weiterverkauft werden sollen.
- d. Relativ marktmächtige Unternehmen sind bei unzulässigem missbräuchlichem Verhalten von direkten kartellrechtlichen Sanktionen ausgenommen.
- e. Der diskriminierungsfreie Einkauf im Online-Handel ist grundsätzlich zu gewährleisten, insbesondere durch eine Bestimmung gegen unlauteren Wettbewerb.