
Kartellrecht aus anwaltlicher Sicht

Dr. Gion Giger

walderwyss rechtsanwälte

Inhaltsübersicht

1. Kartellrecht betrifft auch KMU
2. Kartellrechtskonforme Vertragsgestaltung (Beispiele)
3. Unzulässiges Verhalten bei Submissionen
4. Arbeitsgemeinschaften (ARGE)
5. Verfahren (I): Einvernahmen
6. Verfahren (II): Hausdurchsuchungen

Kartellrecht betrifft auch KMU

walderwys **rechtsanwälte**

Kartellrecht betrifft auch KMU (I)

Weko untersuchte das lokale Kebab-Kartell

Die Wettbewerbskommission ging Preisabsprachen unter Kebab-Kartell aus. deutliche Warnung aus.

Entscheidung der WEKO vom 6. Juli 2009

WEKO eröffnet Untersuchung gegen Kies- und Deponieunternehmen im Kanton

Bergsportartikel

WEKO büsst Petzl-Generallimporteur wegen Verkaufspreis-Diktat

BERN - BE - Die Schweizer Generalimporteurin der Bergsportartikel Petzl

Elektroinstallationsbetriebe Bern

wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG.

ERSTMALIGE VERÖFFENTLICHUNG

Entscheidung der Wettbewerbskommission

gemäss des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz; SR 251)

Das Präsidium der Wettbewerbskommission hat am 30. Oktober 2009 die folgenden Unternehmen mit einem Mitglied des Präsidiums er

untersucht gemäss Artikel 27 KG gegen Alfred Laurent AG, B

AG, Fabio Bau GmbH, Foffa Conrad AG, Imple

AG, Impraisa da fabrica Margadant, Impraisa Ma

AG Bauunternehmung Chur, Koch AG Ramos

AG Untervaz, René Hobenegger Sarl,

AG, Sosa g

AG, Sosa g

AG, Sosa g

Fahrschule Graubünden

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

selon l'art. 27 ss. LCart

giusta l'art. 27 ss. LCart

Januar 2003 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel

preise der Graubündner Fahrlehrer wegen Wettbe

Kartellrecht betrifft auch KMU (II): BGer 2C_180/2014 (*Gaba/Elmex*)

Preis-, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG gelten [...] aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Dies gilt **unabhängig von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der Beteiligten**. Entsprechende Abreden sind somit vorbehältlich einer Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz **unzulässig**.

Kartellrecht betrifft auch KMU (III): Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG

- **Horizontale Abreden** (zwischen Konkurrenten) über:
 - **Preise**, Preisbestandteile, Rabatte, Margen, Aktionen etc. (z.B. Preiserhöhungen koordinieren, Preisrahmen festlegen)
 - **Mengen**
 - **Marktaufteilung** nach Gebieten, Kunden, Sortimenten, Produkten
- **Vertikale Abreden** (zwischen Nicht-Konkurrenten, z.B. Hersteller und Händler) über
 - **Preisbindung zweiter Hand** (Vorgabe von Wiederverkaufspreisen)
 - **Gebietszuweisung** (absoluter Gebietsschutz)

Kartellrechtskonforme Vertragsgestaltung (Beispiele)

Kartellrechtskonforme Vertragsgestaltung (I): Vertriebs- und Lieferverträge

- Keine Preisvorgaben für den Weiterverkauf der Produkte
 - Aus Sicht des Lieferanten: dem Abnehmer keine Preisvorgaben machen
 - Aus Sicht des Abnehmers: keine Preisvorgaben des Lieferanten akzeptieren
- Keine Vertragsbestimmungen, die Parallelimporte erschweren:
 - Keine Verpflichtung des Abnehmers, die Produkte beim Schweizer Lieferanten (Generalimporteur) zu beziehen (**Bezugspflicht, Importverbot**)
 - Keine generellen Verbote für ausländische Abnehmer, die Produkte an Schweizer Kunden zu verkaufen (**Exportverbot**)
- Parallelimporte geniessen hohe Priorität für WEKO (z.B. Entscheide Nikon, Gaba/Elmex, BMW)

Kartellrechtskonforme Vertragsgestaltung (II): Konkurrenzverbote

- **Horizontale Konkurrenzverbote** zwischen Konkurrenten
 - Grundsatz: in aller Regel unzulässig (Sanktionen!)
 - Beispiel: Vermietung einer Maschine an einen Konkurrenten, verbunden mit der Auflage diese für bestimmte konkurrenzierende Tätigkeiten nicht zu verwenden
 - *Ausnahmsweise* allenfalls zulässig bei Spezialisierungsvereinbarungen, F&E-Kooperationen etc. (Einzelfallprüfung!)
- **Vertikale Konkurrenzverbote** zwischen Nicht-Konkurrenten (z.B. Verbot des Händlers, Konkurrenzprodukte zu vertreiben)
 - Marktanteile der beteiligten Unternehmen unter 30%
 - Zeitliche Beschränkung notwendig: 5 Jahre, keine nachvertragliche Dauer
- **«M&A-Konkurrenzverbote»** bei Unternehmenszusammenschlüssen in bestimmten Grenzen zulässig (reichhaltige Fallpraxis)
- Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag gemäss arbeitsrechtlichen Voraussetzungen möglich

Unzulässiges Verhalten bei Submissionen

Unzulässiges Verhalten bei Submissionen (I)

- Submissionsabsprachen sind unzulässige Absprachen im Rahmen von **öffentlichen oder privaten Ausschreibungen**.
- Submissionsabsprachen sind in vielen Formen denkbar:
 - **Rotationsabsprache:** Bieter vereinbaren, dass sie sich jeweils darin abwechseln, welcher von ihnen der erfolgreiche Bieter ist;
 - **Eingabeverzicht:** Bieter vereinbaren, dass ein oder mehrere potentielle Bieter auf die Einreichung einer Offerte verzichten;
 - **Stützofferte (Scheinofferte):** Bieter vereinbaren, dass ein oder mehrere Bieter eine Offerte zum Schein einreichen.
- Als Absprachen gelten auch mündliche Abmachungen, «Gentlemen's Agreements», «Side Letters», Verbandsbeschlüsse, abgestimmte Verhaltensweisen etc.

Unzulässiges Verhalten bei Submissionen (II)

- Offerten ganz oder teilweise anderen Anbietern offenlegen oder Offerten untereinander austauschen
- Sensitive Informationen (wie z.B. Preise, Preisnachlässe, Rabatte, Informationen über Leistungen) während Abgebotsrunden mit anderen Anbietern austauschen
- Gespräche mit potentiellen Anbietern über das eigene oder deren Interesse an der Ausschreibung führen
- Einseitige Mitteilung an (potentielle) Anbieter, dass man nicht offeriere
- Bauherren dazu veranlassen, die Offerten von anderen Anbietern offenzulegen

Arbeitsgemeinschaften (ARGE)

walderwys **w** rechtsanwälte

Arbeitsgemeinschaften (ARGE) (I): Zulässige ARGE

- ARGE, die sich **angebotserhöhend** oder **-neutral** auswirkt: Unternehmen kann allein nicht offerieren (technische oder unternehmerische Gründe, strategische Überlegungen)
- Legitime Gründe für eine ARGE sind z.B.:
 - Projekt enthält Spezialitäten, die das Unternehmen nicht anbietet
 - Projekt übersteigt die Kapazitäten oder stellt ein Kapazitätsrisiko dar
 - Realisierung im Alleingang ist ein zu hohes finanzielles Risiko
 - Unternehmen erfüllt die Eignungskriterien ohne ARGE nicht
 - Unternehmen wurde in einem Einladungsverfahren nicht eingeladen und bildet eine ARGE mit einem eingeladenen Unternehmen

Arbeitsgemeinschaften (ARGE) (II): Unzulässige ARGE

- ARGE, welche die **Anzahl Angebote reduziert** (Unternehmen könnte das Projekt auch alleine realisieren)
- ARGE als Deckmantel, um den Markt aufzuteilen oder Preisinformationen auszutauschen
 - *unzulässig*: zunächst eine ARGE bilden, um solche Informationen auszutauschen, die ARGE dann auflösen und separate Einzelofferten einreichen

→ Gleiche Regeln wie für ARGE gelten für Subakkordantenverhältnisse!

Verfahren I: Einvernahmen

Verfahren I: Einvernahmen (I)

Selbstbelastungsfreiheit (Nemo-tenetur-Grds.)

- Art. 6 Ziff. 1/2 EMRK; Art. 14 Ziff. 3 Bst. g UNO-Pakt II; Art. 32 Abs. 1/2 BV; Art. 113 Abs. 1 StPO
- Schutz der Menschenwürde, Fairnessgebot, Wahrung der Unschuldsvermutung
- Gilt im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren («strafrechtliche Anklage» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK)
(Urteil des EGMR 43509/08 vom 27. September 2011, A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy; BGE 139 I 72 E. 2.2.2., Publigroupe SA)
- Gilt für juristische Personen; umstr., ob differenzierter Schutzbereich
(BGE 140 II 384 E. 3.3.4, A. AG v. ESBK; bisher keine Differenzierung durch EGMR)

→ Recht, die Aussage ohne Angabe von Gründen zu verweigern

	Parteienvernahme (einfaches Parteiverhör)	Zeugeneinvernahme
Gesetzliche Grundlage	Auskunftspflicht nach Art. 40 KG Art. 62 BZP analog?	Art. 42 Abs. 1 KG; Art. 14 Abs. 1 Bst. d VwVG
Adressaten	Parteien (Art. 6 VwVG)	Dritte (Zeugnispflicht Art. 15 VwVG)
Sanktionen	Keine Strafandrohung für Falschaussage Verletzung der Auskunftspflicht: Sanktionen nach Art. 52 und 55 KG	Strafbarkeit für falsche oder unvollständige Aussagen (Art. 307 i.V.m. 309 StGB)
Wesentlicher Unterschied bei den Verweigerungsrechten	<ul style="list-style-type: none"> • Belastung der auskunftspflichtigen Person oder einer ihr nahestehenden Person • Recht zu schweigen in Sanktionsverfahren (Art. 6 Abs. 1/2 EMRK; Selbstbelastungsfreiheit; «nemo tenetur») 	<ul style="list-style-type: none"> • Belastung des Zeugen oder einer ihm nahestehenden Person

Verfahren I: Einvernahmen (II): Parteivertreter vs. Zeuge: Praxis

- Als Unternehmensvertreter werden **formelle und faktische Organe** befragt
- Als Zeugen befragt werden:
 - **Drittpersonen**
 - **Mitarbeiter ohne Organstellung**, einschliesslich Mitarbeiter von Organen und Mitarbeiter von Rechts- oder Compliance-Abteilungen, selbst mögliche «Kartellrechtstäter»
 - **Ehemalige Organe** (z.B. pensionierter CEO)
- Beurteilung im Zeitpunkt der Befragung
- Beurteilung nach rein formellen Kriterien

Vgl. Merkblatt «Ausgewählte Ermittlungsinstrumente», Rz 56

Verfahren I: Einvernahmen (III): Parteivertreter vs. Zeuge: Kritik an dieser Praxis

- Zufällige und sachwidrige Unterscheidung der Mitwirkungspflichten der Unternehmensangehörigen nach ihrem Status
Organ/Mitarbeiter
- Möglicher Kartellrechtstäter ist kein unbeteiligter Dritter und deshalb als Zeuge nicht geeignet (vgl. Art. 42 KG und Art. 162 StPO: «eine an der Begehung einer Straftat nicht beteiligte Person»)
- Ehemalige können Fragen zu Ereignissen während ihrer Anstellung nur beantworten, weil sie früher Organe/Mitarbeiter des Unternehmens waren
- Aushebelung des **Nemo-tenetur-Grundsatzes**

Verfahren II: Hausdurchsuchungen

Verfahren II: Hausdurchsuchungen (I)

Häufigkeit

- Kartellrechtliche Untersuchung startet in der Regel mit simultanen Hausdurchsuchungen
- In 10 Jahren:
 - 25 Hausdurchsuchungen
 - An insgesamt 103 Standorten (bei Unternehmen und in Privatdomizilen)
 - In bisher 15 Kantonen (auch in Graubünden)

Verfahren II: Hausdurchsuchungen (II)

Vorbereitung der Klienten

- Checklisten für Klienten:
 - Kurzversion für den Empfang
 - Umfangreichere Version für Management/Rechtsdienst
- Kontaktangaben Anwalt für Alarmierung
- Bereits diese minimale Vorbereitung wirkt für die Klienten «beruhigend»

Verfahren II: Hausdurchsuchungen (III)

Ablauf

- Mitarbeiter des Sekretariats der WEKO in Begleitung der Polizei
- Durchsuchungsbefehl, der Vorwurf kurz umschreibt und die zu durchsuchenden Räumlichkeiten bezeichnet
- Weitreichende Kompetenzen
 - Durchsuchung aller Räume, Unterlagen, Ablagen (inkl. elektronischer)
 - Beschlagnahmung von physischen Unterlagen
 - Spiegelung der elektronischen Ablagen
- Nicht durchsucht (aber cursorisch gesichtet) werden dürfen Informationen, die
 - dem Anwaltsgeheimnis unterstehen,
 - offensichtlich nichts mit dem Untersuchungsgegenstand zu tun haben oder
 - offensichtlich privat sind.

Verfahren II: Hausdurchsuchungen (IV)

Aufgaben des Anwalts

- Erste Priorität: Zusammen mit dem Klienten den Entscheid über eine **Selbstanzeige** treffen
- Sichtung von beschlagnahmten Dokumenten und **Siegelung** verlangen:
 - Priorität: bei Dokumenten, die unter das Anwaltsgeheimnis fallen
 - Allenfalls: bei rein privaten Dokumenten
- Vorbereitung auf und Teilnahme an **Einvernahmen** (finden in der Regel am gleichen Tag statt)
- Psychologischer Beistand für den Klienten («Ausnahmesituation»)

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Gion Giger
Walder Wyss AG
Seefeldstrasse 123
8034 Zürich
058 658 56 18
gion.giger@walderwyss.com