

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Peter Gauch

302

JUHANI KOSTKA

Harte Kartelle

Internationale Entwicklung und
schweizerisches Recht

Schulthess § 2010

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXXV
Literaturverzeichnis.....	XLI
Materialienverzeichnis	LXIII

Einleitung..... 1

Erster Teil: Internationale Verbotssysteme 5

1. Kapitel: Grundlagen..... 5

§ 1 Kartellbildung als historisches Phänomen..... 5

§ 2 Vorrang der Verbotssysteme 6

2. Kapitel: Wettbewerbstheorien 9

§ 1 Klassik und Neoklassik 11

I. Wettbewerbstheoretisches Grundkonzept..... 11

II. Kartellrechtliche Implikationen 12

A. Allgemeines Kartellrecht 12

B. Harte Kartelle..... 12

C. Beurteilung 14

§ 2 Chicago Schule..... 15

I. Wettbewerbstheoretisches Grundkonzept..... 15

II. Ziel der Effizienz 16

III. Kartellrechtliche Implikationen 17

A. Allgemeines Kartellrecht 17

B. Harte Kartelle..... 18

1. Grundsatz der Schädlichkeit..... 18

a. Allokative und produktive Ineffizienz 18

b. Deadweight loss und Missallokation der Ressourcen 18

2. Ausnahmen..... 19

a. Kooperationsabkommen mit sekundären Kartellabreden..... 19

b. Fehlende Marktmacht 20

c. Preisfixierung zur Qualitätssicherung 20

d. Einführung eines neuen Produktes oder Einsparung von
Transaktionskosten 21

e. Instabilität der harten Kartelle..... 21

f. Core-Theorie..... 22

aa. Grundlagen 22

bb. Beurteilung	23
C. Beurteilung	24
§ 3 Kontinentaleuropäische Entwicklung	25
I. Ordoliberalismus	25
A. Wettbewerbstheoretisches Grundkonzept	26
B. Kartellrechtliche Implikationen	26
C. Beurteilung	27
II. Evolutorische Wettbewerbstheorien	28
A. Innovationswettbewerb nach Schumpeter	28
1. Wettbewerbstheoretisches Grundkonzept	28
2. Kartellrechtliche Implikationen	29
a. Allgemeines Kartellrecht	29
b. Harte Kartelle	29
3. Beurteilung	29
B. Österreichische Marktprozesstheorien	31
C. Koordinationstheorie und komparative Institutionentheorie	32
D. Evolutorische Innovationsökonomik	32
E. Kartellrechtliche Implikationen	33
1. Allgemeines Kartellrecht	33
2. Harte Kartelle	34
3. Beurteilung	35
§ 4 <i>Contestable markets</i> -Theorie	36
I. Wettbewerbstheoretisches Grundkonzept	36
II. Kartellrechtliche Implikationen	37
A. Allgemeines Kartellrecht	37
B. Harte Kartelle	37
C. Beurteilung	38
§ 5 Transaktionskostentheorie	39
I. Wettbewerbstheoretisches Grundkonzept	39
II. Kartellrechtliche Implikationen	40
A. Allgemeines Kartellrecht	40
B. Harte Kartelle	41
C. Beurteilung	41
§ 6 Post-Chicago-Entwicklung (moderne Industrieökonomie)	42
I. Zielausrichtung des Kartellrechts	44
II. Effizienzbegriff	46
A. Allokative und produktive Effizienz	46
B. Dynamische Effizienz	47

III. Oligopole.....	48
A. Allgemeine Voraussetzungen.....	49
1. Nicht-kooperative Spieltheorie.....	49
a. Grundlagen.....	49
b. Terminologie und Kategorisierung	50
c. Nash-Gleichgewicht.....	51
2. Gefangenen-Dilemma	52
a. Allgemein.....	52
b. Wettbewerbstheoretische Adaption des Gefangenen-Dilemmas	53
B. Spieltheoretische Modelle.....	54
1. Cournot-Modell.....	54
2. Bertrand-Modell.....	55
3. Stackelberg Leader Follower-Modell.....	57
4. Monopolistischer Wettbewerb und Hotelling-Modell	58
5. Zwischenfazit	58
IV. Kollusion	60
A. Spieltheoretische Analyse eines Kartells	61
1. Statisches Spiel.....	61
2. Dynamische oder multiperiodische Spiele	62
a. Trigger-Strategien	63
b. Grundproblematik	63
3. Empirische Evidenz.....	65
4. Fazit.....	65
B. Erfolg eines Kartells	66
1. Entstehung des Kartells.....	67
a. Allgemein.....	67
b. Marktfaktoren	67
aa. Geringe Anzahl von Unternehmen	67
bb. Homogenität der Produkte	68
cc. Bedeutende Marktschranken.....	69
dd. Symmetrisches Marktverhalten	70
ee. Stabilität der Nachfrage	70
ff. Strukturkrisen	70
gg. Geringe Nachfragemacht	71
hh. Koordinationsmechanismen.....	71
ii. Vertikale Preisbindungen.....	73
jj. Austausch von Informationen.....	73
i. Inhalt.....	74
ii. Form.....	75
iii. Marktstruktur	76
iv. Zusammenfassung	76
kk. Ambivalente Strukturfaktoren	76

c.	Häufigkeit der Kartelle.....	77
aa.	Hoher ökonomischer Profit und unwirksame Sanktionen	77
bb.	Geringe Entdeckungswahrscheinlichkeit.....	78
cc.	Unwirksamkeit des Bonussystems.....	79
dd.	Zusammenfassung	80
2.	Durchsetzung und Aufrechterhaltung eines Kartells (interne Stabilität).....	80
a.	Grösse des Zusatzgewinns	80
b.	Überwachungssystem.....	81
c.	Sanktionsmassnahmen	82
3.	Ökonomischer Schaden.....	82
a.	Grundkonzept.....	82
b.	Allokative Ineffizienz oder deadweight loss	83
c.	Produktive Ineffizienz.....	85
d.	Ressourcenverschwendung	86
e.	Dynamische Ineffizienz	86
f.	Verminderung der Qualität und Auswahl	87
g.	Keine Kostensenkung	87
h.	Zusammenfassung.....	87
V.	Joint Ventures	88
A.	Allgemeine ökonomische Beurteilung.....	88
1.	Identifizierungsmerkmal	88
2.	Wettbewerbsfördernde und wettbewerbshindernde Wirkungen.....	89
B.	Differenzierung zwischen Joint Ventures und harten Kartellen	90
1.	Joint Ventures ohne Kartellabreden.....	90
2.	Joint Ventures mit Kartellabreden	91
a.	Grundsatz.....	91
b.	Beurteilungskriterien.....	92
VI.	Kartellrechtliche Implikationen.....	94
A.	Allgemeines Kartellrecht	94
B.	Harte Kartelle.....	95
1.	Grundsatz	95
2.	Ausnahmen.....	96
a.	Fehlende Marktmacht	96
aa.	Voraussetzung zur Wettbewerbsschädigung.....	96
bb.	Keine Notwendigkeit einer Marktanteilsgrenze.....	97
b.	Kooperationsabkommen	98
c.	Nicht-profitorientierte Organisationen.....	99
d.	Qualitätssteigerung	101
aa.	Ungehinderter Preiswettbewerb als Maximierung der Gesamtwohlfahrt.....	101
bb.	Empirischer Nachweis	101
e.	Instabilität	103

C. Fazit	104
1. Erweiterung der ökonomischen Analyse des Rechts	104
2. Schwachpunkte	104
3. Grundsätzliche Schädlichkeit und Ausnahmen	105
3. Kapitel: Harte Kartelle im amerikanischen Antitrust-Recht.....	107
§ 1 Grundzüge	108
I. Rechtsgrundlagen	108
A. Sherman und Clayton Act	108
B. Ziel des Kartellrechts	109
II. Rechtsgrundsätze	111
A. <i>Per-se</i> -Verbots-Regel	111
B. <i>Rule-of-reason</i> -Regel	112
C. <i>Quick-look</i> -Regel	114
§ 2 Rechtssprechungspraxis	116
I. Preisabreden	116
A. Grundlagen	116
B. Leitentscheide	117
1. Trans-Missouri Freight Association	117
2. Chicago Board of Trade	118
3. Trenton Potteries Co.....	119
4. Appalachian Coals, Inc.	120
5. Socony-Vacuum Oil Co.....	121
6. National Society of Professional Engineers	122
7. Broadcast Music, Inc	123
8. National Collegiate Athletic Association	125
a. Fehlende Effizienzsteigerung.....	125
b. Ancillary restraints-Doktrin	126
9. Brown University	127
10. California Dental	127
11. Texaco, Inc. and Shell Oil Co.....	129
C. Zusammenfassung	130
II. Mengenabreden	131
A. Grundlagen	131
B. Leitentscheide	131
C. Zusammenfassung	132
III. Marktaufteilungsabreden	133
A. Grundlagen	133
B. Leitentscheide	133
1. Frühere Praxis des Supreme Court.....	133

2. Timken Roller Bearing.....	134
3. Sealy.....	134
4. Topco Associates, Inc.....	135
5. Palmer.....	136
C. Zusammenfassung.....	137
IV. Rechtliche Beurteilung der Argumente zur Rechtfertigung harter Kartelle.....	138
V. Verfahrensarten.....	139
A. Kartellstrafverfahren.....	140
1. Rechtsgrundlagen.....	140
2. Verfahrensregeln.....	142
a. Beweislast.....	142
b. Beweismass.....	142
aa. Beeinflussungsfaktoren.....	142
bb. Mögliche Adaption im KG.....	142
B. Kartellzivilverfahren.....	143
1. Rechtsgrundlagen.....	143
2. Verfahrensregeln.....	143
3. Bedeutung.....	144
4. Nutzenanalyse.....	145
VI. Fazit.....	146
4. Kapitel: Harte Kartelle im europäischen Kartellrecht.....	149
§ 1 Grundzüge.....	150
I. Rechtsgrundlagen.....	150
II. Zielausrichtung des europäischen Kartellrecht.....	152
§ 2 Art. 81 EGV.....	153
I. Kernbeschränkungen.....	153
II. Systematik.....	154
A. Kartellverbot.....	154
B. Nichtigkeitsfolge.....	155
C. Freistellung.....	156
III. Tatbestandselemente.....	157
A. Zwischenstaatlichkeit.....	157
B. Spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.....	159
1. Qualitative und quantitative Beurteilung.....	159
2. Leitlinien zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.....	160
C. Spürbare Beeinträchtigung des Wettbewerbs.....	162
D. Unternehmen.....	163

1. Merkmale	163
a. Ausübung einer ökonomischen Tätigkeit	163
b. Funktionaler Unternehmensbegriff	164
2. Unternehmensvereinigungen	164
3. Konzerne	165
4. Ausnahmen	166
E. Vereinbarungen, Beschlüsse, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	167
1. Vereinbarungen	167
2. Beschlüsse	168
3. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	170
a. Bewusster Konsens und praktische Kooperation	170
b. Umsetzung des abgestimmten Marktverhaltens	172
c. Abgrenzung	173
aa. Einseitige Massnahmen	173
bb. Parallelverhalten und Preisankündigungen	174
d. Empfehlungen	176
e. Beweisarten	177
aa. Direkter Beweis	177
bb. Indizienbeweis	178
f. Beweismass	179
aa. Im europäischen Kartellrecht	179
bb. Im englischen Kartellrecht	181
cc. Bedeutung für das schweizerische KG	181
g. Beweislast	182
4. Konzept der Gesamtvereinbarung	183
a. Funktionsweise von Kartellen	183
b. Lösungsmöglichkeiten wegen Beweisschwierigkeiten	184
F. Wettbewerbsbeschränkung	185
1. Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit	185
2. Negative ökonomische Auswirkung	187
3. Nebenabreden	189
4. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung	190
a. Alternativer Zweck oder Wirkung	190
b. Beurteilung des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks	191
c. Kartelle als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen	192
5. Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	193
IV. Preisabreden	195
A. Unzulässige Preisabreden	195
1. Unmittelbare oder mittelbare Beschränkung des Preiswettbewerbs	196
2. Arten	197
a. Direkte Preisfixierungen	197

b. Indirekte Preisfixierungen	198
c. Fixierung von preisbeeinflussenden Geschäftsbedingungen.....	199
d. Austausch von Informationen	201
aa. Effizienzsteigerung und Begünstigung von Kollusion.....	201
bb. Beurteilungskriterien	201
i. Marktstruktur	201
ii. Inhalt der Information	202
iii. Art und Weise des erfolgten Informationsaustausches.....	203
3. Abgrenzung zum singulären Verhalten	204
B. Zulässige Preisabreden	204
1. Praxis der EG-Kommission.....	205
a. Uniform Eurocheques	205
b. Visa International	205
c. Reims II.....	206
d. IFPI «simulcasting»	207
e. UEFA Champions League	208
f. AuA/Lufthansa.....	209
g. Zwischenfazit.....	210
2. Gruppenfreistellungsverordnungen	210
3. Leitlinien zu Kooperationsabkommen	211
a. Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen	211
b. Produktions- und Spezialisierungsvereinbarungen	211
c. Vermarktungsvereinbarungen	212
d. Einkaufsvereinbarungen.....	213
e. Normungs- und Umweltschutzvereinbarungen.....	214
V. Mengenabreden	215
A. Unzulässige Mengenabreden	215
1. Beschränkung der Erzeugung und des Absatzes	216
2. Beschränkung der technischen Entwicklung.....	217
3. Beschränkung der Investitionen	218
B. Zulässige Mengenabreden	219
1. Strukturkrisenkartelle	219
2. Kooperationsabkommen.....	220
a. Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen	220
b. Produktions- und Spezialisierungsvereinbarungen	221
c. Technologievereinbarungen.....	221
d. Einkaufsvereinbarungen.....	222
e. Normungs- und Umweltschutzvereinbarungen.....	222
VI. Marktaufteilungsabreden.....	223
A. Unzulässige Marktaufteilungen	223
B. Zulässige Marktaufteilungen	224
VII. Submissionskartelle.....	225
VIII. Zusammenfassung	226

Zweiter Teil: Missbrauchsprinzip.....	229
1. Kapitel: Evolution des schweizerischen Kartellrechts.....	229
§ 1 Boykottrechtsprechung des Bundesgerichts	229
I. Grundsatzentscheid Vögtlin	229
A. Sachverhalt	229
B. Rechtsfolge	230
II. Restaurative Zwischenphase.....	230
III. «Vertglas-Entscheid» als Wendepunkt.....	232
IV. Bedeutung für die späteren KG	233
§ 2 Das erste schweizerische Kartellgesetz KG62	234
I. Grundlagen	234
A. Historischer Kontext	234
B. Zweck	235
C. Verfassungsbestimmungen.....	235
D. Wettbewerbstheoretische Konzeption	235
II. Kartellprivatrecht.....	236
A. Systematik.....	236
B. Allgemeiner Geltungsbereich	237
C. Gesetzliche Regelung der horizontalen und vertikalen Abreden	237
D. Gerichtspraxis	238
1. Hintergrund	238
2. Tabakkartell	239
3. Bierkartell.....	239
4. Zwischenfazit	240
III. Kartellverwaltungsrecht	241
A. Verfahrensrechtliche Grundlagen.....	241
B. Praxis der Kartellkommission	241
C. Entwicklung der Saldomethode	242
IV. Zusammenfassung	243
§ 3 Die Übergangsgesetzgebung des KG85	244
I. Grundlagen	244
A. Historischer Kontext	244
B. Verfassungsbestimmungen.....	244
C. Wettbewerbstheoretische Konzeption	244
II. Kartellprivatrecht.....	245
A. Neuerungen.....	245
B. Gerichtspraxis	246

III.	Kartellverwaltungsrecht	246
A.	Neuerungen.....	246
B.	Saldomethode	247
C.	Praxis der Kartellkommission.....	247
1.	Hintergrund	247
2.	Bierkartell.....	248
3.	Tabakkartell.....	249
IV.	Wirkungslosigkeit der KG62 und KG85	249
V.	Zusammenfassung	250
§ 4	Reform des Kartellrechts mit den KG95 und KG03.....	251
I.	Grundlagen	251
A.	Historischer Kontext	251
B.	Überblick	251
1.	Bekämpfung der harten Kartelle	252
2.	Unzureichendes Sanktionensystem des KG95	253
C.	Zweck und Schutzobjekt des KG.....	254
D.	Verfassungsbestimmungen.....	256
1.	Kartellfreiheit	256
a.	Gesetzgebungskompetenz	256
b.	Institutionale Schutzfunktion	257
aa.	Verfassungsmässigkeit selektiver Kartellverbote	258
bb.	Verfassungsmässigkeit eines allgemeinen Kartellverbots	258
2.	Wirtschaftsfreiheit.....	259
a.	Inhalt	259
b.	Individualrechtlicher Aspekt.....	259
c.	Begrenzte Vertragsfreiheit als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit.....	260
d.	Institutionelle Schutzfunktion	261
3.	Konsumentenschutz des Art. 97 BV.....	262
4.	KG als Institutionalschutz des Wettbewerbs	263
a.	Grundlagen.....	263
b.	Neuausrichtung zu Gunsten des Institutionalschutzes	264
c.	Verfassungskonforme Auslegung	264
d.	Wettbewerbsbeschränkung	265
e.	Gerechtigkeitsfunktion.....	266
f.	Schädliche Bevorzugung einzelner Wettbewerber.....	266
E.	Wettbewerbspolitisches Leitbild des wirksamen Wettbewerbs.....	267
1.	Schlüsselkriterium.....	267
2.	Dynamischer Prozess	267
3.	Theoretische Offenheit	269
4.	Primäre Garantie des Institutionalschutzes	270

II.	Verfahrensrechtliche Regelungen	270
A.	Kartellzivilverfahren	271
1.	Überblick	271
2.	Wahrnehmung privater Interessen	272
3.	Praktische Bedeutungslosigkeit des Kartellzivilrechts	272
B.	Kartellverwaltungsverfahren	274
1.	Organe	274
2.	Verfahrensarten	274
3.	Sanktionenregime	276
III.	Materielle Regelung	277
A.	Überblick	277
B.	Systematik des Art. 5 KG	278
C.	Vermutungstatbestand bei harten Kartellen	280
D.	Wirkung der Vermutung	281
1.	Im Kartellzivilrecht	281
2.	Im Kartellverwaltungsrecht	282
3.	Im Kartellverwaltungsstrafrecht	283
2. Kapitel:	Der Einzug der Vermutung ins Kartellrecht	285
§ 1	Die Herkunft aus dem Privatrecht	285
I.	Ursprünge	285
II.	Begriff	285
A.	Allgemeines	285
B.	Begriffselemente	286
1.	Vermutungsbasis	286
2.	Vermutungsfolge	286
3.	Widerlegung	287
a.	Gegenbeweis	287
b.	Beweis des Gegenteils	287
C.	Rechtliche Qualifizierung	288
1.	Besondere Beweislastregel	288
2.	Abgrenzung der gesetzlichen Vermutung	289
a.	Tatsachen- und Rechtsvermutung	289
b.	Kartellrechtliche Vermutungen als Tatsachenvermutung	290
III.	Wirkung der Vermutung	291
A.	Unter Geltung der Verhandlungsmaxime	291
1.	Im Allgemeinen	291
a.	Verschiebung des Beweisthemas	291
b.	Umkehr der Beweislast	292
aa.	Grundsatz	292
bb.	Beweislastverteilung	293
c.	Umkehr der Behauptungslast	293

2. Im Kartellrecht	294
a. Beweislast für die Vermutungsbasis	294
b. Beweislast für die Vermutungsfolge	295
c. Mitwirkungspflicht beim Widerlegungsbeweis	296
aa. Beweisnot im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 3 KG	296
bb. Bundesgerichtliche Praxis	296
cc. Kartellverwaltungsrecht	297
dd. Harte Kartelle als typische Situation der Beweisnot	297
ee. Praktischer Anwendungsfall	298
d. Beweismass	299
aa. Im Kartellverwaltungsrecht	299
i. Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit	299
ii. Sanktionsabhängiges Beweismass	299
bb. Im Kartellprivatrecht	300
B. Unter Geltung der «privatrechtlichen» Untersuchungsmaxime	301
1. Umkehr der objektiven Beweis- und Behauptungslast	301
2. Vaterschaftsvermutung	302
a. Allgemeines	302
b. Wirkung auf die Beweislastverteilung	302
aa. Vermutungsbasis	302
bb. Vermutungsfolge	303
cc. Unterstützungsfunktion der Mitwirkungspflicht	304
3. Die Rechtsvermutung des Art. 371 ZGB	305
a. Allgemeines	305
b. Wirkung auf die Beweislastverteilung	306
aa. Umkehr der objektiven Beweislast	306
bb. Unterstützungsfunktion der Mitwirkungspflicht	306
c. Fazit	307
IV. Zweck der Vermutung	308
A. Im Allgemeinen	308
B. Im Kartellrecht	309
1. Wahrscheinlichkeitsfolgerung	309
2. Effizienzsteigerung des Verfahrens	309
3. Vereinfachung des Verfahrens	310
§ 2 Vermutungen im Verwaltungsrecht	311
I. Untersuchungsmaxime als Leitmaxime	311
II. Einschränkung der Untersuchungsmaxime durch Sondergesetzgebung	312
A. Asylrechtliche Vermutungen	312
1. Ausgangslage	312
2. Begrenzte Verhandlungsmaxime im Asylrecht	312

3.	Wirkung auf die Beweislastverteilung	313
a.	Umkehr der objektiven Beweislast	313
b.	Unterstützungsfunktion der Mitwirkungspflicht	314
B.	Bewilligungsrechtliche Vermutungen	315
1.	Ausgangslage	315
2.	Relativierung der Untersuchungsmaxime durch Mitwirkungspflichten	315
3.	Wirkung auf die Beweislastverteilung	316
a.	Umkehr der objektiven Beweislast	316
b.	Unterstützungsfunktion der Mitwirkungspflicht	317
C.	Zusammenfassung	317
III.	Kartellrechtliche Vermutung	318
A.	Allgemeines	318
B.	Sachverhaltsermittlung	319
C.	Mitwirkungspflichten	320
1.	Auskunftspflicht nach Art. 40 KG	320
a.	Grundlagen	320
b.	Adressatenkreis	321
c.	Verfahrensart	322
d.	Inhalt	323
aa.	Auskunftsmittel	323
bb.	Gegenstand	324
cc.	Vorgehensweise bei der Einholung von Auskünften	325
e.	Begrenzung der Auskunftspflicht	326
aa.	Verhältnismässigkeitsprinzip	326
bb.	Auskunftsverweigerungsrecht	327
cc.	Tragweite des Aussageverweigerungsrechts bei Anwälten	329
i.	Träger des Anwaltsgeheimnisses	329
ii.	Allgemeiner Schutzbereich des Anwaltsgeheimnisses	330
iii.	Praxis der Wettbewerbsbehörden	331
iv.	Gründe für eine Ausdehnung des kartellrechtlichen Anwaltsgeheimnisses	332
v.	Fazit	333
dd.	Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 6 EMRK	334
i.	Kartellrechtliche Bussen als strafrechtliche Sanktionen	334
ii.	Praxis der europäischen Gerichte im KG	334
iii.	Schweigerecht von juristischen Personen	335
iv.	Rechtsträger	338
v.	Zusammenfassung	338
ee.	Bestreitung der Auskunftspflicht	338
2.	Amtshilfe nach Art. 41 KG	339

3. Untersuchungsmassnahmen	341
a. Zeugeneinvernahme	341
b. Beweisaussage	343
c. Hausdurchsuchung	344
aa. Rechtsgrundlage	344
bb. Voraussetzungen	345
i. Im Allgemeinen	345
ii. Hinreichender Verdacht auf Kartellrechtsverletzung	346
iii. Wahrscheinlichkeit des Auffindens von Beweismitteln	346
iv. Verhältnismässigkeit: Erforderlichkeit	347
v. Hausdurchsuchung auch ohne ultima ratio	347
vi. Verhältnismässigkeit im engeren Sinne	348
vii. Hausdurchsuchungsbefehl	349
cc. Vorgehensweise	349
dd. Umfang	351
i. Räume und Örtlichkeiten	351
ii. Informationsträger aller Art	351
ee. Mitwirkungspflichten während der Hausdurchsuchung	353
i. Verbot des Selbstbelastungszwangs	353
ii. Keine aktive Mitwirkungspflicht	353
iii. Anwesenheits- und Äusserungsrecht	354
d. Beschlagnahme	354
e. Siegelung	355
D. Wirkung auf die Beweislastverteilung	357
1. Umkehr der objektiven Beweislast	357
a. Vermutungsbasis	357
b. Vermutungsfolge	358
aa. Beweislastverteilung	358
bb. Mitwirkungspflichten	359
cc. Annäherung der Mitwirkungspflichten an subjektive Beweislast	360
2. Beweislastumkehr im Licht des Art. 6 Abs. 2 EMRK	361
a. Beweislast- und Beweiswürdigungsregel	361
b. Praxis des EGMR	362
c. Schweizerische Lehre und Rechtsprechung	363
aa. Beweislastumkehr als Verletzung der Unschuldsvermutung?	363
bb. Bundesgerichtliche Praxis	364
cc. Begründung für eine Umkehr der objektiven Beweislast	364
3. Unterstützungsfunktion der Mitwirkungspflichten	365
4. Neuste Praxis des Bundesverwaltungsgerichts	366
E. Fazit	367

3. Kapitel: Die harten Kartelle gemäss Art. 5 Abs. 3 KG	369
§ 1 Vermutungsbasis.....	369
I. Wettbewerbsabrede.....	369
A. Unternehmen.....	371
1. Ökonomische Tätigkeit auf dem Markt.....	371
2. Funktional-ökonomisches Begriffsverständnis	372
3. SMA-Rechtsprechung	373
4. KG03 als Bestärkung eines funktional-ökonomischen Begriffsverständnisses.....	374
5. Konzernprivileg.....	376
6. Ausnahmen.....	377
a. Arbeitnehmer	377
b. Konsumenten	378
B. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken.....	379
C. Wettbewerbsbeschränkung.....	380
1. Grundlagen.....	380
a. Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit.....	380
b. Freiheitsbeschränkung und negative ökonomische Auswirkungen.....	380
2. Tatbestandselemente.....	381
a. Alternatives Verhältnis zwischen Zweck und Wirkung.....	381
b. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.....	382
aa. Objektivierter Zweck	382
bb. Typen von Wettbewerbsabreden.....	383
i. Harte Kartelle und horizontale Kooperationsabkommen mit sekundären Kartellabreden.....	383
ii. Kernbeschränkung	384
c. Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung.....	386
aa. Beschränkung des unabhängigen Marktverhaltens.....	386
bb. Wettbewerbsbeschränkung als Minderung der Konsumentenwohlfaht.....	386
cc. Marktabgrenzung.....	387
D. Erscheinungsformen	388
1. Rechtlich erzwingbare Vereinbarungen.....	388
a. Vertrag und Beschluss	388
b. Praxisfälle	389
c. Keine harten Kartelle als rechtlich erzwingbare Vereinbarungen.....	389
2. Rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen.....	390
3. Abgestimmte Verhaltensweisen	390
a. Im Allgemeinen	390
b. Praxis des Bundesgerichts und des EuGH	391

c. Parallelverhalten	392
aa. Dreifache Abgrenzung	392
bb. Erlaubtes Parallelverhalten	393
cc. Praxisfälle von natürlichem Parallelverhalten	393
d. Preisführerschaft	395
e. Tatsächliche Umsetzung	396
f. Beweisproblematik	397
aa. Mindestmass an Verhaltenskoordination	397
bb. Konzept der Gesamtvereinbarung	398
cc. Indizienbeweis	399
dd. Beweiserleichterungen	400
g. Einseitige Massnahmen	402
aa. Im europäischen Recht	402
i. Scheinbar einseitige und tatsächlich einseitige Massnahmen	402
ii. Adalat-Entscheid	402
iii. Volkswagen-Entscheid	403
iv. Einbettung in eine Gesamtvereinbarung oder laufende Geschäftsbeziehungen	403
v. Befolgung als stillschweigende Zustimmung	404
bb. Im schweizerischen Recht	405
i. Scheinbar einseitige und tatsächlich einseitige Massnahmen	405
ii. Hauptarten scheinbar einseitiger Massnahmen	405
4. Konkurrenzverbote	406
a. Bundesgerichtliche Praxis	406
b. Gründe für Qualifizierung von Konkurrenzverboten als Wettbewerbsabreden	407
5. Empfehlungen	408
a. Rechtliche Qualifizierung	408
aa. Grundlagen	408
i. Effizienzsteigerung versus Kartellförderung	408
ii. Voraussetzungen für Qualifizierung einer Empfehlung als zweiseitige Wettbewerbsabrede	409
iii. Zwischenfazit	410
bb. Empfehlungen als Vereinbarungen	410
cc. Empfehlungen als abgestimmte Verhaltensweisen	411
b. Befolgung	412
aa. Praxis der Weko zum Ausmass der Befolgung	412
bb. Kriterium: Überwiegende und deutliche Befolgung im Einzelfall	413
6. Informationsaustausch	414
a. Grundlagen	414
b. Beurteilungskriterien	416
aa. Marktstruktur	416
bb. Inhalt der Information	416

	cc. Art und Weise des erfolgten Informationsaustausches	417
II.	Ausrichtung der Abreden.....	419
	A. Ökonomische Grundlagen horizontaler und vertikaler Abreden.....	419
	1. Funktionsweise.....	419
	2. Wirkung.....	421
	B. Kartellrechtliche Beurteilung horizontaler und vertikaler Abreden.....	423
	1. Gleichbehandlung	423
	2. Merkmal der horizontalen Marktausrichtung	424
	a. Abrede zwischen tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern	424
	b. Praxis der EG-Kommission.....	424
	aa. Grundsatz.....	424
	bb. Einschränkungen.....	425
	cc. Funktionaler Zusammenhang zwischen Marktstufe und Abrede	426
	3. Kombinationsformen.....	427
	a. Abgrenzung.....	428
	b. Organisatorische Bündelung als Nachweis einer Horizontalabrede.....	429
	aa. Grundsatz.....	429
	bb. Buchpreisbindung	430
	c. Dual Distribution	431
	aa. Praxis der EG-Kommission	432
	bb. Übernahme der europäischen Praxis.....	432
	d. Vertikale Verbandsabreden als verdeckte Kartelle	433
	e. Bündeltheorie.....	434
	aa. Praxis des EuGH.....	434
	bb. Schweizerische Lehre und Praxis	435
	4. Zusammenfassung.....	436
III.	Preisabreden	436
	A. Ökonomische Wirkung	436
	B. Gesetzliche Regelung	437
	1. Das europäische Recht im direkten Vergleich	437
	2. Rechtliche Umsetzung der ökonomischen Schädlichkeit.....	438
	3. Anwendungsbereich	439
	C. Kriterien zur Qualifizierung einer Preisabrede	441
	1. Definition der Preisabrede.....	441
	2. Zweck und Wirkung.....	441
	3. Inhalt	442
	4. Umfang.....	443
	a. Gesamtpreis	443

b.	Festlegung des Preises von Produkte- oder Dienstleistungsteilen	444
aa.	Grundregel	444
bb.	Preisharmonisierende Wirkung	445
cc.	Preisharmonisierende Wirkung betreffend Teilprodukt oder Gesamtprodukt	446
i.	Richtige Marktdefinition	446
ii.	Anschauungsbeispiel	446
dd.	Umstrittener Nachweis einer preisharmonisierenden Wirkung	447
i.	Besondere Marktsituationen	447
ii.	Praktisches Anschauungsbeispiel	448
ee.	Festlegung von Preiskomponenten	449
i.	Arten	449
ii.	Preisharmonisierender Zweck oder Wirkung	450
iii.	Relevanter Markt	450
iv.	Beurteilung der preisharmonisierenden Wirkung	451
v.	Erheblichkeit des Preiselements	452
5.	Betroffene Wirtschaftsstufe	452
a.	Endverkaufspreis	452
b.	Hersteller- oder Grossistenpreis	452
6.	Mittel	453
a.	Direkte Preisabreden	454
aa.	Endverkaufs-, Grossisten- und Herstellerpreise	454
bb.	Mindest- und Höchstpreise	455
cc.	Ziel-, Referenz- oder Richtpreise	457
dd.	Preisrahmen	458
ee.	Preisstrategien	459
ff.	Harte Preiskartelle	460
i.	Hintergrund	460
ii.	Vitaminkartell	461
iii.	Strassenbelagskartell	462
b.	Indirekte Preisabreden	463
aa.	Grundlagen	463
bb.	Preiseempfehlungen	464
cc.	Rabatte und andere Nachlässe	466
i.	Anwendungsfälle	466
ii.	Allgemeine Funktionsweise und Beurteilungskriterien	466
iii.	Kombinierte Rabatabreden	467
iv.	Singuläre Rabatabreden mit erheblicher Preisbeeinflussung	468
v.	Rabatabreden mit geringer Preisbeeinflussung	469
vi.	Nichtgewährung von Rabatten	471
vii.	Zusammenfassung	472
dd.	Gewinn- und Margenabreden	473
i.	Grundlagen	473

ii. Mangelnde Effizienzgründe.....	473
ee. Kalkulationshilfen.....	474
i. Grundlagen	474
ii. Qualifizierung als Preisabreden	475
iii. Erhebliche Preisfestlegung.....	475
iv. Nicht erhebliche Preisfestlegung	476
ff. Preisbeeinflussende Geschäftsbedingungen.....	477
i. Grundlagen	477
ii. Beurteilungskriterien	477
iii. Verknüpfung von Geschäftsbedingung und Preis.....	478
iv. Kombinierte Konditionenabreden.....	479
v. Singuläre Konditionenabrede mit erheblichem Einfluss auf Preisbildung.....	480
vi. Singuläre Konditionsabrede mit geringem Einfluss auf Preisbildung	480
7. Kartellrechtliche Form	481
8. Kartellbegünstigende Faktoren.....	481
9. Zusammenfassung.....	482
IV. Mengenabreden	484
A. Ökonomische Wirkung	484
B. Gesetzliche Regelung	485
1. Das europäische Recht im direkten Vergleich.....	485
2. Anwendungsbereich	486
C. Kriterien zur Qualifizierung einer Mengenabrede	487
1. Allgemeine Definition einer Mengenabrede	487
2. Zweck und Wirkung.....	487
3. Inhalt	488
4. Umfang.....	488
5. Mittel.....	489
6. Wirtschaftsstufe.....	489
7. Ausgestaltung.....	489
a. Produktionseinschränkungen	491
b. Bezugs- und Liefereinschränkungen.....	492
aa. Absatzeinschränkungen	492
bb. Verwendungsbeschränkungen	493
c. Investitionseinschränkungen.....	494
d. Einschränkungen der technischen Entwicklung.....	494
8. Kartellrechtliche Form	496
9. Kartellbegünstigende Marktfaktoren.....	496
10. Zusammenfassung.....	496
V. Marktaufteilungsabreden.....	499
A. Ökonomische Wirkung	499

B. Gesetzliche Regelung	499
1. Europäische Regelung im direkten Vergleich.....	499
2. Anwendungsbereich	500
a. Abredetypen.....	501
aa. Marktaufteilung nach Versorgerquellen	501
bb. Marktaufteilung nach Produkten.....	501
i. Wortlaut.....	501
ii. Sinn und Zweck	502
iii. Systematik.....	502
iv. Erfassung aller harten Kartelle.....	502
v. Amerikanisches und europäisches Kartellrecht	503
vi. Gleichbehandlung aller harten Kartelle	503
vii. Berücksichtigung der ökonomischen Wirkung	503
b. Unterschiedliche Zielfunktionen	504
C. Kriterien zur Qualifizierung einer Marktaufteilungsabrede.....	505
1. Allgemeine Definition einer Marktaufteilungsabrede	505
2. Zweck und Wirkung	505
3. Inhalt	506
4. Umfang.....	507
5. Mittel.....	507
a. Marktaufteilungsabreden nach geographischen Kriterien	507
b. Marktaufteilung nach persönlichen Kriterien.....	509
c. Marktaufteilung nach sachlichen Kriterien	510
aa. Spezialisierungsabreden.....	511
bb. Produktionsabreden	512
cc. Normenabreden.....	512
dd. Zulieferabreden.....	514
6. Wirtschaftsstufe.....	514
7. Kartellrechtliche Form	515
8. Kartellbegünstigende Marktfaktoren.....	515
9. Zusammenfassung.....	515
D. Submissionskartelle	517
§ 2 Die Vermutungsfolge der Wettbewerbsbeseitigung	519
I. Marktabgrenzung.....	519
A. Notwendigkeit der Marktabgrenzung im Verfahrensstadium der Vermutungsfolge	519
B. Sachlich relevanter Markt	520
1. Marktgegenseite	521
2. Substituierbarkeit	522
a. Austauschbarkeit und Verwendungszwecks eines Produkts oder einer Dienstleistung	522
b. SSNIP-Test	523
c. Kreuz-Preis-Elastizität und andere Tests	523

C. Geographisch relevanter Markt.....	524
D. Zeitlich relevanter Markt	525
E. Markdefinition im europäischen Recht.....	526
1. Sachlich relevanter Markt	526
2. Geographisch relevanter Markt.....	528
II. Widerlegung	529
A. Grundlagen	529
1. Widerlegungsbeweis gegen Vermutungsbasis	529
a. Beweisrecht und Beweislast.....	529
b. Beweismass.....	530
c. Arten	530
aa. Keine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 KG.....	530
bb. Keine horizontale Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG.....	530
cc. Keine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG.....	531
dd. Unerhebliche Wettbewerbsabrede	531
2. Widerlegungsbeweis gegen Vermutungsfolge.....	531
3. Annäherung an US- und EG-Kartellrecht	532
4. Begriff der Wettbewerbsbeseitigung	533
a. Im Allgemeinen	533
b. Beseitigung mehrerer Wettbewerbsparameter	533
c. Beseitigung des Preiswettbewerbs	534
B. Aussenwettbewerb.....	535
1. Fehlende Marktmacht.....	535
2. Beurteilungskriterien zur Ermessung von Aussenwettbewerb	537
a. Marktanteile.....	537
aa. Leitlinien.....	537
i. Kumulierung der Marktanteile als Grundsatz	537
ii. Messung der Marktanteile.....	537
iii. Verteilung der Marktanteile auf die verschiedenen Wettbewerber.....	537
iv. Fähigkeit zu wirksamem Wettbewerbsdruck	538
v. Besonderheiten der betreffenden Märkte	538
vi. Analyse der Entwicklung der Marktanteile.....	538
bb. Marktanteils Grenzen	539
i. Im Allgemeinen	539
ii. Erste Marktanteilsstufe bei einem Marktanteil von mehr als 60%	539
iii. Zweite Marktanteilsstufe bei einem Marktanteil zwischen 40–60%	540
iv. Dritte Marktanteilsstufe bei weniger als 40% Marktanteil.....	541
b. Potentieller Wettbewerb und Marktzutrittsschranken	541

3. Keine Marktabschottung	543
C. Innenwettbewerb.....	544
1. Unwirksamkeit der Abrede.....	545
a. Nichtbefolgung	545
aa. Befolungsrate.....	545
bb. Umfang der Befolgung	546
b. Fehlen einer Wettbewerbsabrede	547
c. Unerhebliche Wettbewerbsabrede.....	549
2. Bedeutung anderer Wettbewerbsparameter	549
a. Relevanz des Qualitätswettbewerbs	550
b. Relevanz des Preiswettbewerbs	551
aa. Grammatikalische Auslegung.....	551
bb. Historische Auslegung.....	551
cc. Teleologische Auslegung.....	551
dd. Ökonomische Auslegung.....	552
ee. Amerikanische Praxis	553
ff. Europäische Praxis.....	554
gg. Schlussfolgerung.....	554
D. Gegenmacht	555
1. Ausgangslage	555
2. Voraussetzungen.....	555
a. Starker Markteinfluss.....	555
b. Tatsächliche Marktwirkung	555
3. Betroffene Wirtschaftsstufe	556
E. Andere Widerlegungsmöglichkeiten.....	558
F. Exkurs: Empirisches zur Widerlegung.....	559
III. Erhebliche Wettbewerbsbeschränkung	567
A. Grundlagen	567
B. Quantitative Erheblichkeit	567
C. Qualitative Erheblichkeit	569
1. Im Allgemeinen	569
2. Qualitative Erheblichkeit des Art. 5 Abs. 3 KG	570
IV. Rechtfertigung aus ökonomischen Effizienzgründen	572
A. Grundlagen	572
1. Gesetzssystematik	572
2. Differenzierung zwischen harten Kartellen und Kooperationsabkommen.....	574
3. Nebenabreden (ancillary restraints-Doktrin).....	575
B. Abredetypen.....	577
1. Preisabreden	577
a. Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten	577
aa. Multilaterale Aushandlung von Preisen	577

bb. Effiziente Lizenzverwaltung	579
cc. Transaktionskosteneinsparung bei Vertriebsvereinbarungen	579
dd. Kosteneinsparung bei Vermarktungsabkommen	580
ee. Preissenkung bei Einkaufsvereinbarungen	580
b. Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren	581
c. Förderung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen	584
d. Rationellere Nutzung der Ressourcen	585
2. Mengenabreden	586
a. Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten	586
b. Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren	587
c. Förderung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen	588
d. Rationellere Nutzung der Ressourcen	588
e. Exkurs: Strukturkrisenkartelle	589
3. Marktaufteilungsabreden	590
C. Verhältnismässigkeitsprüfung	591
D. Keine Wirkung der Wettbewerbsbeseitigung	592
§ 3 Rechtsfolge	593
I. Grundlagen	593
II. Sanktionierung	594
A. Verfahrensrechtliche Neuerungen	594
B. Sanktionierte Verhaltensweisen	595
1. Gesetzliche Voraussetzungen	595
2. Nicht sanktionierte Horizontalabreden	596
3. Sanktionierte Horizontalabreden	597
a. Ohne Widerlegung	597
b. Erfolgreiche Widerlegung ohne Rechtfertigung	597
4. Keine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ?	597
5. Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG	599
a. Materialien	599
b. Praxis der Wettbewerbsbehörden und des Bundesgerichts	600
c. Wortlaut	600
d. Sinn und Zweck	601
e. Systematik	601
f. Ökonomischer Hintergrund	602
g. Internationale Praxis	602
h. Fazit	603
C. Sanktionsbemessung	603
1. Allgemeine Voraussetzungen	603
2. Bussenberechnung	604
3. Bonusregelung	605

D. Meldeverfahren.....	606
1. Allgemeine Voraussetzungen	606
2. Anspruch auf eine Feststellungsverfügung	607
Thesen	611
Schlussfazit	621
Sachregister	623