



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Fall 2 (Kartellrecht): Wettbewerbsabrede?

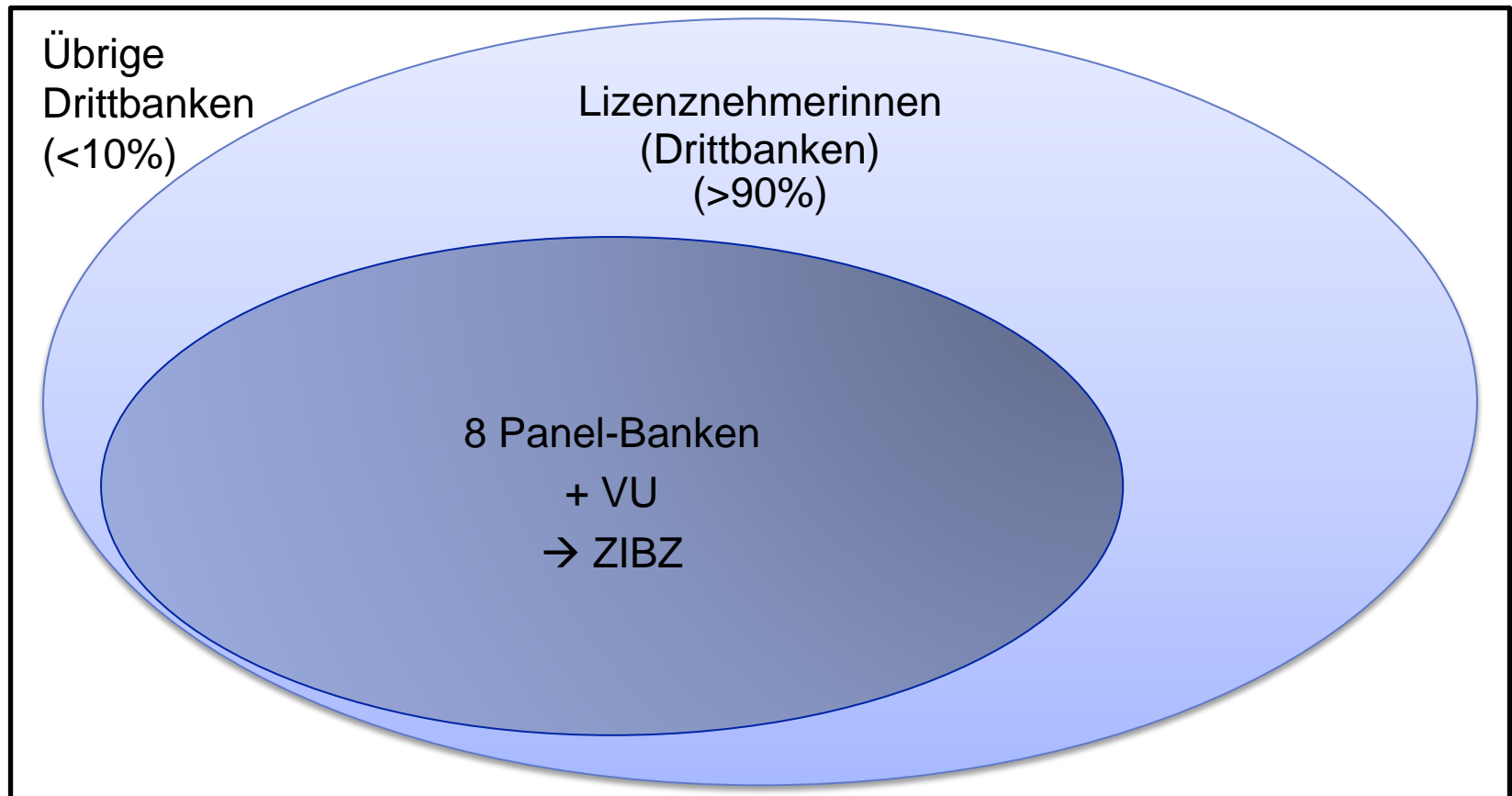
Übungen im Handels- und Wirtschaftsrecht

FS 2015

Prof. Dr. iur. Seraina Grünewald



Sachverhaltsskizze (zu Frage 1)



Panel-Banken und Drittbanken



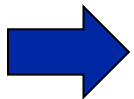
Frage 1

Handelt es sich beim ZIBZ um eine bzw. mehrere unzulässige Wettbewerbsabrede(n)? Was spricht dafür, was dagegen?



Geltungsbereich des KG

- *Persönlich*: Panel-Banken, VU und Drittbanken sind als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG zu qualifizieren
- KG *örtlich* auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken (Art. 2 Abs. 2 KG: «Auswirkungsprinzip»)
 - Tätigkeiten der ausländischen Panel-Banken fallen somit auch unter das KG, da sie sich in der Schweiz auswirken
- *Sachlich* liegt möglicherweise eine Wettbewerbsabrede vor (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG)



SV fällt in den Geltungsbereich des KG



Abrede(n) i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG?

Drei zu untersuchende Verhältnisse:

1. Panel-Banken und VU
2. Panel-Banken untereinander
3. Panel-Banken und Lizenznehmerinnen



Abrede(n) i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG?

1. Vertikalabrede zwischen Panel-Banken und VU?

- VU sammelt lediglich die Meldungen, berechnet Durchschnitt und stellt den ZIBZ zur Verfügung → nimmt keinen Einfluss auf die Höhe des ZIBZ
- Rolle des VU ist mehr die eines Gehilfen



Abrede(n) i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG?

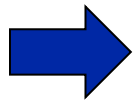
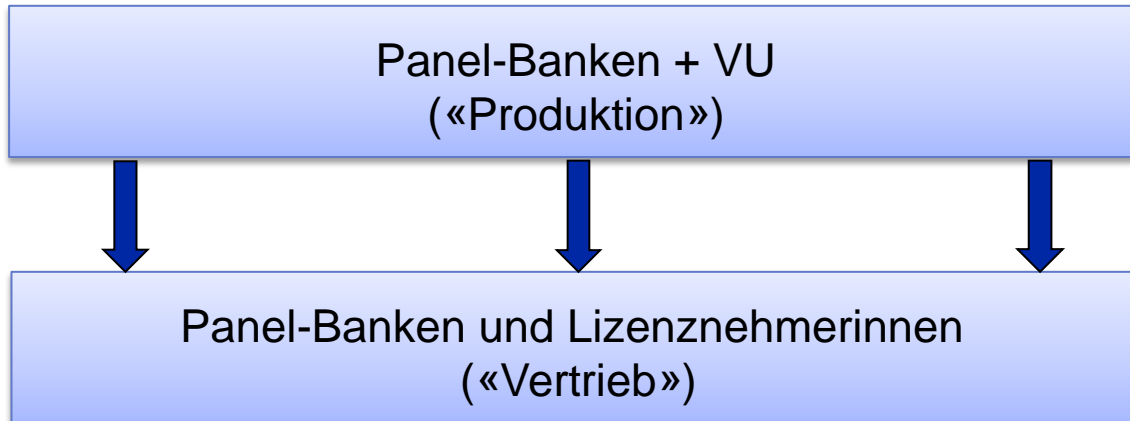
2. Horizontalabrede zwischen Panel-Banken?

- Koordiniertes Verhalten bezüglich Höhe des ZIBZ? → Hier noch kein Hinweis auf eine Abstimmung der Meldungen der einzelnen Panel-Banken
- Gemeinsame Verwendung derselben Kennzahl (ZIBZ) zur Berechnung des geschuldeten Hypothekarzinses
- ABER: Auch viele Drittbanken verwenden den ZIBZ (gegen Lizenzgebühr)



Abrede(n) i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG?

3. Horizontalabrede zwischen Panel-Banken und Lizenznehmerinnen?



Entscheidend ist nicht die Produktion, sondern die Verwendung (der «Vertrieb») des ZIBZ



Abrede(n) i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG?

Variante:

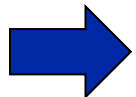
Kann auch als Bündel von Vertikalabreden zwischen Panel-Banken und Lizenznehmerinnen eingeordnet werden, sofern die Panel-Banken Interesse an breitem Vertrieb des ZIBZ haben

→ Bündel wirkt wie Horizontalabrede auf Stufe «Vertrieb»



Abrede(n) i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG?

- Gemeinsame Verwendung des ZIBZ als mind. konkludente Abrede?
→ Abgrenzung zum wirtschaftlich bedingten Parallelverhalten
 - Lizenzverträge deuten auf eine «organisierte» Verwendung hin → keine Verpflichtung auf Verwendung, wegen Lizenzgebühr aber wahrscheinlich
 - 90% Marktanteil kann für oder gegen Abredecharakter sprechen
 - Verwendung vorwiegend durch einen exogenen Marktfaktor (Refinanzierungskosten der Banken) bedingt → spielt hier überhaupt Wettbewerb?



Beide Schlussfolgerungen vertretbar, sofern gut begründet



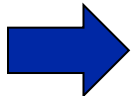
Relevanter Markt?

- *Sachlich* und *räumlich* relevanter Markt ergibt sich aus dem SV, kann aber auch anhand des Substituierbarkeits-Tests ermittelt werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU)
- Schweizer Markt für Privathypotheiken (NICHT Interbankenmarkt!)
- Marktgegenseite sind Privatkunden, die Kredite für den Kauf von Immobilien nachfragen



Wettbewerbsbeseitigung (Art. 5 Abs. 3 KG)?

- ZIBZ als Preisabrede (Preiskomponente, Preisempfehlung, Preismeldesystem) oder (weniger bedenkliche) Kalkulationshilfe
- Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gem. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG
- Widerlegung der Vermutung?
 - Wenig *Aussenwettbewerb*: <10% Marktanteil der nicht lizenznehmenden Drittbanken
 - Erheblicher *Innenwettbewerb*: Jeder Bank verbleibt entscheidender Spielraum bei der Festlegung des Endpreises (Hypothekarzinses); möglicherweise andere Wettbewerbsparameter (Service, Beratung etc.)



Keine Wettbewerbsbeseitigung aufgrund Innenwettbewerbs



Weko-Bekanntmachung über Kalkulationshilfen

B. Begriff

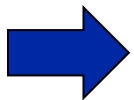
Art. 2

Kalkulationshilfen sind standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche den Anwendern erlauben, die Kosten von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf die Preisbestimmung zu berechnen oder zu schätzen.



Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (Art. 5 Abs. 1 KG)?

- Praxis der Weko: Kombination von qualitativen und quantitativen Elementen
 - *Qualitativ* (Art der Abrede): Preis ist bedeutender Wettbewerbsparameter in der Vergabe von Hypothekarkrediten
 - *Quantitativ* (Marktanteile und Umsätze): Panel-Banken und Lizenznehmerinnen haben zusammen Marktanteil von >90%; Panel-Banken gehören zu weltweit grössten Banken
 - *Restwettbewerb* (Aussen- und Innenwettbewerb, potenzieller Wettbewerb, Marktstellung der Marktgegenseite)?

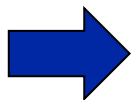


Beide Schlussfolgerungen vertretbar, sofern gut begründet



Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz?

- Gesetzliche Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 lit. a KG) erfüllt?
 - ZIBZ führt zur Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten von Hypothekarverträgen sowie zur rationelleren Nutzung von (unternehmerischen) Ressourcen
 - Wohl mildestes Mittel (Notwendigkeit)
- Art. 6 Abs. 1 lit. b KG: Bekanntmachung «Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen»



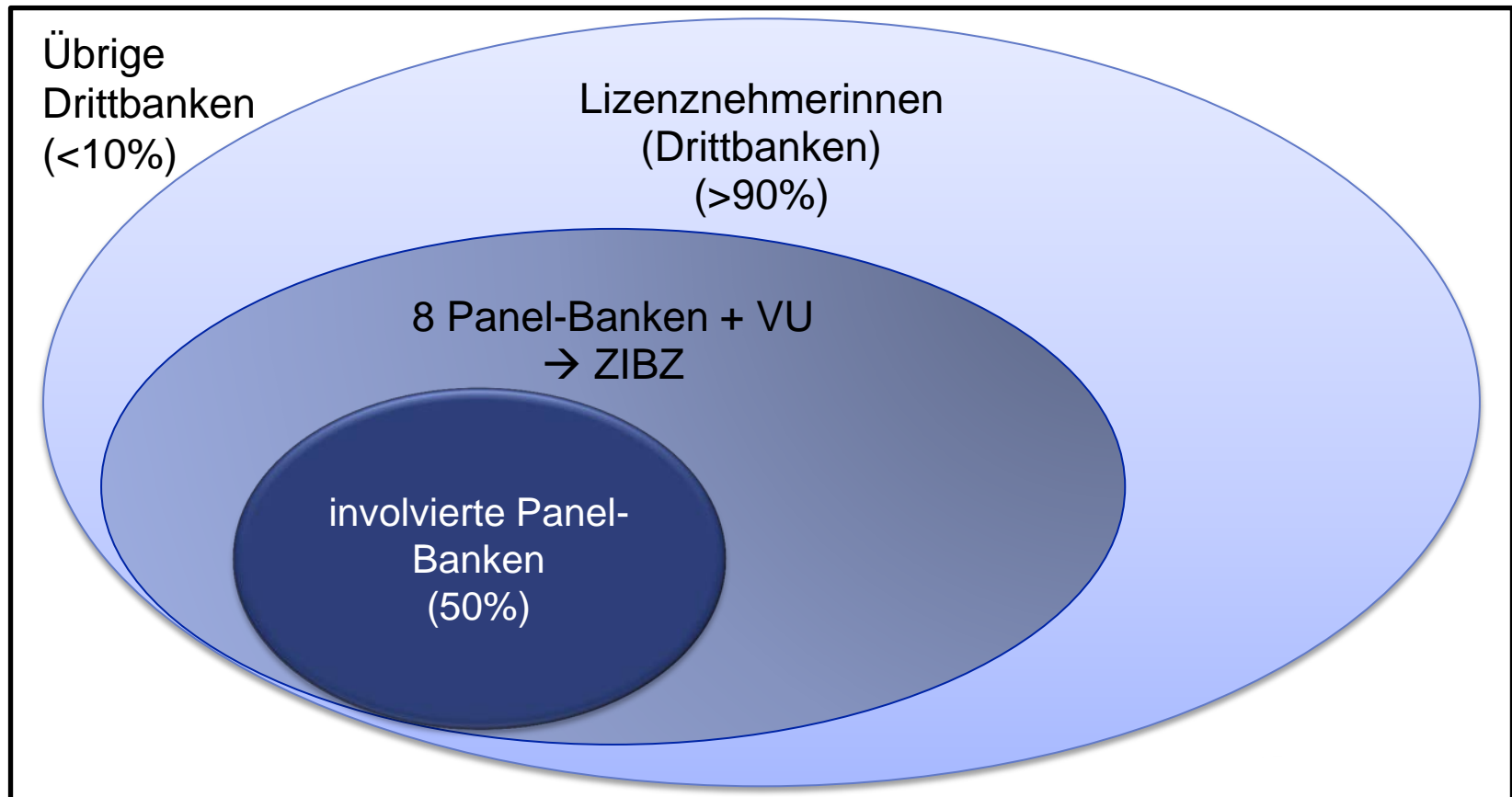
Verwendung des ZIBZ wohl aus Effizienzgründen gerechtfertigt



Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen (Art. 8 KG)?

- Zuständigkeit des Bundesrates, separates Verfahren, zeitlich begrenzt
- Voraussetzungen: überwiegende öffentliche Interessen, Geeignetheit der Massnahme, Notwendigkeit der Massnahme

Sachverhaltsskizze (zu Frage 2)



Panel-Banken und Drittbanken



Frage 2

Prüfen Sie, ob eine bzw. mehrere unzulässige Wettbewerbsabrede(n) vorliegt/vorliegen.

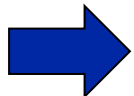


Abrede(n) i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG?

Zwei zu unterscheidende Sachverhalte:

1. «Vereinbarungen» zwischen X. und den zwei Hypothekarberatern *innerhalb* der SUB (interne Abrede)
2. «Informationsaustausch» zwischen den Mitarbeitenden der SUB und Mitarbeitenden anderer Panel-Banken (externe Abrede)

→ Kartellrechtlich relevant sind nur Abreden zwischen zwei oder mehr Unternehmen, d.h. unternehmensinterne Vereinbarungen stellen keine Wettbewerbsabreden dar



Sachverhalt 1 ist *a priori* keine Wettbewerbsabrede



Abrede(n) i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG?

- (Externe) Abstimmung der Meldungen als mind. konkludente Abrede?
 - Weites Ermessen im ZIBZ-Ermittlungsverfahren («hypothetische Einschätzung»), aber Meldung muss «unabhängig» erfolgen
 - ZIBZ fällt laut SV tatsächlich höher aus → mind. bewusstes Parallelverhalten (Horizontalabrede) zw. involvierten Panel-Banken
- ABER: Wettbewerbsverfälschung?
 - Die nicht involvierten Panel-Banken und Lizenznehmerinnen verwenden ebenfalls den höheren ZIBZ



Abrede(n) i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG?

Variante 1:

- Informationsvorsprung der involvierten Panel-Banken als Wettbewerbsvorteil → ermöglicht optimierte Preisgestaltung (z.B. tieferer variabler Teil des Hypothekarzinses)
- Absicht und grundsätzliche Eignung genügen

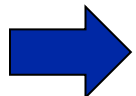
Variante 2:

- Involvierte Panel-Banken wollen höhere Zinseinnahmen generieren → kein Wettbewerbsvorteil, da Anpassung des variablen Teils des Hypothekarzinses unterbleibt



Relevanter Markt und Wettbewerbsbeseitigung (Art. 5 Abs. 3 KG)?

- Relevanter Markt: s. Frage 1
- Wettbewerbsbeseitigung?
 - Preisabrede in der Preisabrede: indirekter, aber tatsächlicher Einfluss auf die Preisgestaltung
- Widerlegung der Vermutung?
 - Verbleibender Aussen- und Innenwettbewerb (ABER: anderes Aussen- bzw. Innenverhältnis)

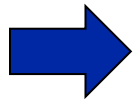


Keine Wettbewerbsbeseitigung



Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (Art. 5 Abs. 1 KG)?

- Erhebliche Auswirkungen des Informationsvorsprungs auf den Wettbewerb?
 - Qualitative Elemente
 - Quantitative Sicht: 50% Marktanteil
 - Restwettbewerb



Beide Schlussfolgerungen vertretbar, sofern gut begründet



Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz und ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen?

- Kommen nicht in Betracht



Sanktionen

- Hinweis: Kronzeugenregelung (Art. 49a Abs. 2 KG) u.U. auf die SUB anwendbar
- Teilweiser oder vollständiger Bussenerlass



Frage 3

Eine Klientin möchte von Ihnen als **Anwalt/Anwältin wissen, ob und gegebenenfalls wie sie ihren durch die Kommunikation unter den involvierten Panel-Banken (s. Frage 2) entstandenen Schaden im Verwaltungs- und/oder Zivilverfahren geltend machen kann. Wie beraten Sie Ihre Klientin, wenn es sich dabei um...**

- a) ... die Privatperson A. handelt, die mit der SUB einen Hypothekarvertrag unterhält?**
- b) ... die Drittbank B. handelt?**



1. Verwaltungsverfahren

- Auf die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen gerichtet (im öffentlichen Interesse), *nicht* auf monetären Ersatz
- ABER: Privatkläger haben Interesse an behördlicher Feststellung eines Wettbewerbsverstosses (kartellrechtliche Follow-on-Klage)
- Hinweis: Weko *kann* auf Anzeige Dritter hin tätig werden (Art. 26 Abs. 1 KG)
- Unterscheidung zwischen «Beteiligten» (Parteien) und «Dritten»
 - Weder A. noch B. kommt im Verwaltungsverfahren materielle Parteistellung zu (keine materiellen Verfügungsadressaten)



1. Verwaltungsverfahren

- Verfahrensbeteiligung als «Dritte» gestützt auf Art. 43 Abs. 1 KG?

Privatperson A.

- Höchstens indirekt über eine Konsumentenorganisation (lit. c)

Drittbank B.

- Beteiligung gestützt auf lit. a, sofern Nachweis mind. einer gewissen Beziehungsnähe zum Streitgegenstand und eines schutzwürdigen Interesses an der Verfahrensteilnahme
- Muss innert 30 Tagen erklären, sich an der Untersuchung beteiligen zu wollen (Art. 28 Abs. 2 KG) → zurückhaltende Anerkennung durch die Weko



2. Zivilverfahren

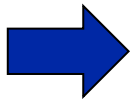
- Individuelle Ansprüche können im zivilrechtlichen Verfahren geltend gemacht werden
 - Hier: Schadenersatz und Genugtuung (Art. 12 Abs. 1 lit. b KG) oder Gewinnherausgabe (Art. 12 Abs. 1 lit. c KG)
- Aktivlegitimation: «wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird» (Art. 12 Abs. 1 KG)



2. Zivilverfahren

Privatperson A.

- H.L. lehnt eigene kartellrechtliche Ansprüche für Konsumenten ab (nehmen nicht am Wettbewerb teil, keine Popularklage)
- H.L. lehnt auch Aktivlegitimation von Konsumentenorganisationen ab (qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers)



A. ist weder direkt noch indirekt aktivlegitimiert

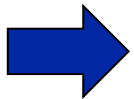
- ABER: Hypothekarvertrag mit der SUB als *Folgerechtsgeschäft* ev. einseitig unverbindlich (relative Nichtigkeit)



2. Zivilverfahren

Drittbank B.

- Aktivlegitimation: bei Unternehmen nach h.L. weit, erfordert Nachweis einer tatsächlichen Betroffenheit (Lizenznehmerin)
- Widerrechtlichkeit: liegt in der Verletzung von Art. 5 KG (Schutznorm)
- Schaden, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden



B. ist aktivlegitimiert, sofern Lizenznehmerin

- Hinweis: Begehren auf Gewinnherausgabe wohl bessere Lösung → B. muss nur nachweisen, dass die Beklagten durch die widerrechtliche Abrede Gewinne erzielt haben