

Aufgabe 2 (Gewichtung: 40%)

Zur Gewährleistung der Gewichtung der Punkte zwischen den beiden Teilen Gesellschaftsrecht 60% (Punktemaximum: 66) und Wettbewerbsrecht 40% (Punktemaximum: 32) sind die im Teil zum Wettbewerbsrecht (Frage 2) erzielten Punkte mit dem Faktor 1.375 zu multiplizieren.

Prüfungslaufnummer:

	Punkte maximal	Punkte erreicht
Vorbemerkung		
Die Fallfrage lautet, ob die Vertriebsregeln der Musica AG mit dem Kartellgesetz vereinbar sind. Es stellt sich deshalb nicht die Frage des kartellbehördlichen Vorgehens oder kartellzivilrechtlicher Ansprüche. Es ist einzig die materiellrechtliche Frage der Kartellrechtskompatibilität zu beantworten. Laut Fallfrage sind die Regeln über Wettbewerbsabreden und über die Ausübung von Marktmacht zu behandeln, also die Art. 5 und Art. 7 KG. Zuvor ist der Geltungsbereich des Kartellgesetzes zu prüfen.		
I. Geltungs- und Anwendungsbereich des KG		
Art. 2 KG		
Sachlicher Geltungsbereich: Geht es hier um Wettbewerbsabreden, Ausübung von Marktmacht oder Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 2 Abs. 1 KG)? Die dritte Möglichkeit scheidet von vornherein aus. Angesichts der Vertriebsverträge geht es auf jeden Fall um "Wettbewerbsabreden" (1. Säule). Aufgrund des nicht unbedeutenden Marktanteils von 30 Prozent ist aber auch an die "Ausübung von Marktmacht" (2. Säule) zu denken.	1	
Persönlicher Geltungsbereich: Unternehmensqualität. Definition in Art. 2 Abs. 1^{bis} KG . Die Musica AG und die Musikhäuser sind zweifellos Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn.	0,5	
Geographischer Geltungsbereich: Auswirkungsprinzip in Art. 2 Abs. 2 KG . Zu unterscheiden ist zwischen den inländischen und		

den ausländischen Händlerverträgen. <i>Inländische Händlerverträge:</i> Die inländischen Händlerverträge haben Auswirkungen auf die Schweiz, da es um den Vertrieb der Musikinstrumente innerhalb der Schweiz geht.	0,5	
<i>Ausländische Händlerverträge:</i> Diese regeln zwar den Vertrieb im Ausland. Die EWR-Klausel hindert aber die ausländischen Händler daran, in die Schweiz weiterzuverkaufen. Insofern haben die ausländischen Händlerverträge ebenfalls Auswirkungen in der Schweiz. Der geographische Geltungsbereich des KG ist also eröffnet.	0,5	
Art. 3 KG		
Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Anwendungsbereich des KG): Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 KG sind hier offenbar nicht relevant. Der Sachverhalt erwähnt allerdings Patente, so dass Art. 3 Abs. 2 KG zu prüfen ist. Da es sich hier um Wettbewerbsbeschränkungen in Verträgen handelt, ergeben sich allfällige Wettbewerbswirkungen aber nicht "ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum", sondern eben aus den Abreden. Da sich die Patente auch nur auf die elektronischen Instrumente beziehen, haben sie nur eingeschränkte Fallrelevanz. Die Gesetzgebung über das geistige Eigentum steht der Anwendung des Kartellgesetzes also nicht entgegen. Der Anwendungsbereich des KG ist somit eröffnet.	1,5	

II. Art. 5 KG: Unzulässige Wettbewerbsabreden		
1. Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) Hier geht es um Verträge zwischen der Musica AG und den Musikhäusern (im In- und Ausland), also um rechtlich erzwingbare Vereinbarungen i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG .	1	
2. Beseitigung wirksamen Wettbewerbs - Wahl des Art. 5 Abs. 4 KG (und nicht von Abs. 3!). Bei den Verträgen geht es um Vereinbarungen zwischen einer Produzentin und ihren Händlern, also um Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die nicht auf derselben Stufe der Produktion oder Distribution stehen. Es handelt sich folglich um <i>vertikale Vereinbarungen</i> . Von den		

<p>Vermutungstatbeständen ist deshalb Art. 5 Abs. 4 KG und nicht Abs. 3 einschlägig.</p>	1	
<p>- Art. 5 Abs. 4 KG erfasst vertikale Preisbindung und absoluten Gebietsschutz.</p>		
<p><i>Vertikale Preisbindung</i> Vom Gesetz werden Abreden über Mindest- oder Festpreise erfasst. Laut Sachverhalt macht die Musica AG in den Verträgen mit den inländischen Musikhäusern "unverbindliche Preisempfehlungen". Diese erfüllen den Tatbestand nur dann, wenn sie in Wirklichkeit nicht "unverbindlich" sind. Nach Klausel 13 der inländischen Vertriebsverträge darf der Händler die empfohlenen Preise um maximal 10 Prozent unterschreiten. Aus dem Wort "darf" folgt, dass es sich in Wirklichkeit nicht um unverbindliche Preisempfehlungen handelt, sondern um verbindliche Vorgaben, die lediglich eine 10prozentige Abweichung nach unten erlauben. Auch die Fixierung einzelner Elemente der Preisbildung (wie z.B. ein maximaler Preisnachlass) wird von Art.5 Abs. 4 1. Alt. KG erfasst. Es liegt also eine tatbestandsmässige vertikale (Mindest-)Preisbindung vor.</p>	3	
<p><i>Absoluter Gebietsschutz</i> Art. 5 Abs. 4 2. Alt. KG erfasst die Fälle des absoluten Gebietsschutzes, also Vereinbarungen, aufgrund derer nicht nur die aktiven, sondern auch die passiven Verkäufe in ein Gebiet ausgeschlossen werden. Hier führen zwei vertragliche Regelungen zu absolutem Gebietsschutz:</p>	1	
<p>- Laut Klausel 9 der <i>inländischen Vertriebsverträge</i> dürfen die Musikhäuser in der Schweiz die Musica-Instrumente nur direkt von der Musica AG erwerben. Sie haben also nicht das Recht, sich an Händler im Ausland zu wenden, wo es diese Instrumente möglicherweise günstiger gibt. Damit werden unaufgeforderte Lieferanfragen Schweizer Wirtschaftsteilnehmer im Ausland und damit passive Verkäufe in die Schweiz ausgeschlossen. Dies stellt absoluten Gebietsschutz dar.</p>	3	
<p>- Die EWR-Klausel in den <i>ausländischen Vertriebsverträgen</i> hindert die ausländischen</p>		

<p>Händler daran, die Musica-Instrumente ausserhalb des EWR zu verkaufen. Da die Schweiz kein EWR-Vertragsstaat ist, werden durch diese Klausel also Verkäufe an Abnehmer in die Schweiz ausgeschlossen. Dies gilt auch für die passiven Verkäufe. Die EWR-Klausel in den ausländischen Vertriebsverträgen stellt also ebenfalls absoluten Gebietsschutz dar.</p> <p>Die Vermutung in Art. 5 Abs. 4 KG greift also (andere Auffassung mit entsprechender Begründung vertretbar).</p>	3	
<p>3. Widerlegung der Vermutung des Art. 5 Abs. 4 KG</p> <p>Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann widerlegt werden, wenn ausreichender Aussen- oder Innenwettbewerb besteht.</p> <p>(Anmerkung: Nicht ganz genau ist es, wenn man hier auf Inter- und Intra-brandwettbewerb anstelle von Aussen- und Innenwettbewerb abstellt. Dies führt zu entsprechendem Punktabzug.)</p> <p><i>Marktabgrenzung</i> Zur Feststellung der Wettbewerbsverhältnisse ist eine Marktabgrenzung vorzunehmen. Laut Bearbeiterhinweis umfasst der sachlich relevante Markt Musikinstrumente insgesamt. Es findet keine Segmentierung nach einzelnen Typen von Musikinstrumenten statt. In geographischer Hinsicht ist (auch wegen des Ausschlusses von Parallelimporten) von einem nationalen, Schweizer Markt auszugehen. (Hierfür gibt es keine Punkte, da der relevante Markt durch den Bearbeiterhinweis vorgegeben ist.)</p> <p><i>Aussenwettbewerb</i> Wirksamer Aussenwettbewerb liegt vor, wenn es auf dem relevanten Markt Unternehmen gibt, die nicht an der Abrede beteiligt sind, und die so viel Konkurrenz schaffen, dass der wirksame Wettbewerb nicht als beseitigt erscheint. Hierzu gehört der <i>interbrand</i>-Wettbewerb, also der Wettbewerb durch die anderen Musikinstrumentehersteller. Diese verfügen insgesamt immerhin über einen Marktanteil von 70 Prozent. Es besteht also wirksamer</p>	1	

<p>Aussenwettbewerb. (Anderes Ergebnis gut vertretbar: eine Meinung in der Literatur lehnt für die Widerlegung der Vermutung in Art. 5 Abs. 4 KG die Heranziehung von <i>interbrand</i>-Wettbewerb ab.)</p> <p><i>Innenwettbewerb</i> Ausreichender <i>intra</i>brand-Wettbewerb liegt vor, wenn die Abrede entweder nicht befolgt wird oder Wettbewerb in Bezug auf nicht-gebundene Parameter fortbesteht. Aufgrund des absoluten Gebietsschutzes gibt es keinen <i>intra</i>brand-Wettbewerb durch Parallelimporte. Der Sachverhalt enthält auch keine Anhaltspunkte, dass die Vorgaben in Bezug auf Gebiete und Preise in der Realität nicht eingehalten werden. Zu denken ist aber an die Rechtsprechung des Bundesgerichts, nach der ausreichender Innenwettbewerb trotz Preisbindung darin bestehen kann, dass ausreichender Beratungs-, Service- oder Qualitätswettbewerb existiert. Musikinstrumente sind sehr komplizierte und differenzierte Produkte. Die Annahme liegt nahe, dass Händler sich hier durch besonders gute Beratung und guten Service profilieren können. Folgt man dem Bundesgericht, liegt die Annahme ausreichenden Innenwettbewerbs also nahe. (Die Gegenmeinung ist mit entsprechender Begründung aber ebenfalls gut vertretbar.)</p>	2	
<p>Zwischenergebnis Die Umstossung der Vermutung gelingt jedenfalls aufgrund des starken Aussenwettbewerbs, je nach Argumentation aber auch wegen ausreichenden Innenwettbewerbs.</p>		
<p>4. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs Die Erheblichkeit der Beeinträchtigung beurteilt sich nach qualitativen und quantitativen Gesichtspunkten. Bei starker qualitativer Erheblichkeit sind geringere Anforderungen an die quantitative Erheblichkeit zu stellen.</p> <p>Hier liegt qualitative Erheblichkeit vor, da Verhaltensweisen praktiziert wurden, die im Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG explizit genannt werden. In quantitativer Hinsicht ist der Marktanteil der Musica AG von 30 Prozent</p>	1	

<p>hervorzuheben sowie die Tatsache, dass die betreffenden Verhaltensweisen in Bezug auf alle Musikhäuser in der Schweiz erfolgt sind. Es liegt also auch quantitative Erheblichkeit vor.</p> <p><i>Ergebnis:</i> Es liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor.</p> <p><i>(Anmerkung:</i> Auf die quantitative Erheblichkeit braucht nicht einzugehen, wer mit dem Bundesverwaltungsgericht in <i>Gaba</i> und <i>Gebro</i> der Auffassung ist, dass Verhaltensweisen, die in Art. 5 Abs. 4 KG aufgeführt sind, <i>per se</i> erheblich sind, auf quantitative Gesichtspunkte also nicht zurückgegriffen werden muss.)</p>	2	
<p>5. Effizienzrechtfertigung (Art. 5 Abs. 2 KG) Laut Bearbeiterhinweis existieren keine Gründe wirtschaftlicher Effizienz.</p>		
<p>6. Ergebnis Die in- und ausländischen Vertriebsverträge verstossen gegen Art. 5 KG.</p>		

<p>III. Art. 7 KG: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung</p>		
<p>1. Marktbeherrschung Ausgangspunkt ist die Definition in Art. 4 Abs. 2 KG.</p> <p>a) Definition des relevanten Marktes Laut Bearbeiterhinweis umfasst der sachlich relevante Markt Musikinstrumente insgesamt und ist nicht auf einzelne Typen von Musikinstrumenten beschränkt. In geographischer Hinsicht ist (auch wegen des Ausschlusses von Parallelimporten) von einem nationalen, Schweizer Markt auszugehen. (Hierfür gibt es keine Punkte, da der relevante Markt durch den Bearbeiterhinweis vorgegeben ist.)</p> <p>b) Beherrschung des relevanten Marktes Nach Art. 4 Abs. 2 KG ist die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten entscheidend. Beurteilungskriterien sind <i>Marktstruktur</i>, <i>Unternehmensstruktur</i>, die <i>Stellung der Marktgegenseite</i> und, allerdings streitig, das <i>Marktverhalten</i>. Zu prüfen sind nur Kriterien, zu denen sich Angaben im Sachverhalt finden.</p>	1	

<p><i>Marktstruktur</i> Der <i>absolute Marktanteil</i> der Musica AG liegt bei 30 Prozent. Dies liegt unter dem Wert von 40 oder 50 Prozent, der als Indiz für Marktbeherrschung häufig genannt wird. Dies spricht also gegen Marktbeherrschung.</p> <p>Der <i>relative Marktanteil</i> beschreibt den Abstand zu den nächsten Konkurrenten. Diese haben Marktanteile von 25 und 20 Prozent, sind also nicht so weit vom Marktführer entfernt. Dies spricht gegen Marktbeherrschung der Musica AG.</p> <p><i>Potentieller Wettbewerb</i>: Hier geht es um die Existenz von Marktzutrittsschranken. Laut Sachverhalt gibt es immer wieder Marktzutritte, da der Instrumentenbau zwar schwierig, aber erlernbar ist und Patente nur für elektronische Musikinstrumente existieren, denen aber leicht durch alternative Technologien ausgewichen werden kann. Offenbar sind die Marktzutrittsschranken also nicht sehr hoch. Dies ist ebenfalls ein Argument gegen Marktbeherrschung.</p> <p><i>Unternehmensstruktur</i>: Der Sachverhalt enthält nicht viele Informationen. Immerhin ist die Rede davon, dass die Musica AG ein "breites Spektrum" von Musikinstrumenten herstellt, und dass sie international tätig ist. Diese Angaben sind aber zu dürftig, um auf Marktbeherrschung zu schliessen.</p> <p><i>Stellung der Marktgegenseite</i>: Hierzu enthält der Sachverhalt kaum Angaben. Allenfalls liesse sich sagen, dass die Marktgegenseite deshalb schwach sei, weil in der Schweiz nicht an Grosshändler, sondern direkt an Einzelhändler verkauft wird. Dieses Argument erscheint aber nicht zwingend. (deshalb keine Punkte zu diesem Stichwort)</p> <p><i>Marktverhalten</i> (in der Vergangenheit): Der Sachverhalt enthält hierzu keine Angaben.</p> <p>c) Ergebnis Die Musica AG hat nicht die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten und ist somit nicht im Besitz einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v.</p>	<p>1</p> <p>1</p> <p>1</p> <p>1</p> <p>1</p>	
--	--	--

Art. 4 Abs. 2 KG.		
<p>2. Missbrauch Da keine marktbeherrschende Stellung besteht, ist das Vorliegen eines Missbrauchs nicht mehr zu prüfen.</p> <p>Theoretisch denkbar wären:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (lit. a), weil die ausländischen Händler nicht in die Schweiz liefern; die Musica AG liefert aber in die Schweiz; - Erzwingung unangemessener Preise (lit. c), weil die Weiterverkaufspreise hoch gehalten werden; der Sachverhalt enthält aber keine Angaben zur Preishöhe und den näheren Bestimmungsfaktoren. <p>Ein Hilfsgutachten drängt sich also nicht auf; es werden deshalb für Überlegungen zum Vorliegen eines Missbrauchs keine Punkte vergeben.</p>		
<p>IV. Ergebnis Die Vertriebsverträge der Musica AG verstossen gegen Art. 5 KG. Sie sind also nicht mit dem Kartellgesetz vereinbar.</p>		
<p>Zusatzpunkte für gute Strukturierung, Subsumtion und Argumente (auch für gute Erfassung und Auswertung des Sachverhalts)</p>	3	
<p>Gesamtpunktzahl Aufgabe 2 (einschliesslich der Zusatzpunkte)</p>	32	