

E Diverses

Divers

Diversi

E 1	1. Bericht über KMU-Bekanntmachung und Bekanntmachung über Kalkulationshilfen: Überprüfung der Auswirkungen und allfälliger Anpassungsbedarf
-----	---

A. Hintergrund

1. Bereits kurz nach Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 haben die Wettbewerbsbehörden die Umsetzung des neuen Art. 6 Abs. 1 Bst. e KG an die Hand genommen, indem sie erste Gespräche mit den betroffenen Kreisen führten. In der Folge wurden Eckwerte definiert und mehrere Varianten diskutiert. Ende November 2004 ging ein erster Entwurf einer KMU-Bekanntmachung in die Vernehmlassung. Aufgrund der zahlreichen Rückmeldungen wurden der erste Entwurf überarbeitet und weitere Varianten diskutiert. Mitte Juli 2005 fand eine weitere Vernehmlassung bis Ende September 2005 statt. Mit Beschluss vom 19. Dezember 2005 wurde die definitive Version der KMU-Bekanntmachung verabschiedet. Gemäss Ziffer 10 der KMU-Bekanntmachung hat die Weko die Auswirkungen der Bekanntmachung nach spätestens zwei Jahren zu überprüfen.

2. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2006 wandte sich der Schweizerische Gewerbeverband (SGV) an das Sekretariat der Weko mit der Bitte, die KMU-Bekanntmachung und die Bekanntmachung über Kalkulationshilfen anhand von verschiedenen Änderungsvorschlägen zu überarbeiten. Aufgrund der damals laufenden Diskussionen über die Änderung der Bekanntmachung über vertikale Abreden konnte dem Wunsch des SGV im damaligen Zeitpunkt nicht entsprochen werden. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2007 wurde das Sekretariat der Weko durch den SGV erneut aufgefordert, die KMU-Bekanntmachung und die Bekanntmachung über Kalkulationshilfen zu überprüfen bzw. anzupassen.

3. An ihrer Sitzung vom 17. Dezember 2007 beschloss die Weko auf Antrag des Sekretariates, bei den Vernehmlassungsadressaten bzw. denjenigen Organisationen und Institutionen, die sich bereits anlässlich der Entstehung der KMU-Bekanntmachung vernehmen liessen, eine (kleine) Umfrage bezüglich beider Bekanntmachungen durchzuführen. Auf die Ergebnisse wird nachfolgend unter dem Abschnitt E. eingegangen.

B. Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden im Umgang mit der KMU-Bekanntmachung

4. Gemäss Ziffer 10 der KMU-Bekanntmachung überprüft die Weko die Auswirkungen der Bekanntmachung nach spätestens zwei Jahren.

5. Die KMU-Bekanntmachung hatte zum Ziel, den KMU aufzuzeigen, welche Verhaltensweisen kartellrechtlich problematisch sind und welche nicht. Die Wirkung der KMU-Bekanntmachung besteht insbesondere darin, dass

sie klargestellt hat, dass KMU – dem Willen des Gesetzgebers entsprechend – in Bezug auf die harten Kartellabsprachen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) durch die Wettbewerbsbehörden nicht anders behandelt werden können als alle anderen Unternehmen. Dagegen sind andere Arten von Absprachen unter KMU bzw. Kleinstunternehmen gemäss KMU-Bekanntmachung unter bestimmten Voraussetzungen als unbedenklich einzustufen. Diesbezüglich hat die KMU-Bekanntmachung eine Wirkung erzielt und Rechtssicherheit geschaffen. Zudem wurde dadurch, dass anstelle einer umfassenden KMU-Definition Marktanteilsschwellen aufgestellt werden, dem Bedürfnis Rechnung getragen, eine Art allgemeine „de minimis-Bekanntmachung“ zu erlassen, die nicht nur für KMU, sondern auch für alle anderen Unternehmen gilt. Schliesslich hat die Weko – entsprechend Ziffer 1 Abs. 3 der KMU-Bekanntmachung – von Amtes wegen grundsätzlich keine Fälle aufgegriffen, welche Abreden zum Gegenstand hatten, die im Dienste einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen standen und nur eine beschränkte Marktwirkung aufwiesen oder an denen nur Kleinstunternehmen im Sinne von Ziffer 4 der KMU-Bekanntmachung beteiligt waren.

6. Im Weiteren wurde in der neuen Vertikal-Bekanntmachung das Verhältnis zur KMU-Bekanntmachung geregelt: Im Grundsatz geht die Vertikal-Bekanntmachung der KMU-Bekanntmachung vor, d.h. es gibt keine besonderen KMU-Regeln in der Vertikalbekanntmachung. Ausnahme bildet Ziffer 5 Bst. b der KMU-Bekanntmachung, die der Vertikal-Bekanntmachung vorgeht. Vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Kleinstunternehmen (somit nicht alle KMU), die keine Elemente einer Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG enthalten, sind in der Regel unerheblich. Dies bedeutet, dass Abreden gemäss Ziffer 12 der Vertikal-Bekanntmachung, die bei anderen Unternehmen zu erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen gemäss Art. 5 Abs. 1 KG führen, für Kleinstunternehmen unproblematisch sind (Hauptanwendungsfall bilden die Wettbewerbsverbote). Bei anderen Abreden wird auf eine Einzelfallprüfung verzichtet, da davon auszugehen ist, dass diese ebenfalls unerheblich sind.

7. Die Erfahrungen der letzten Monate haben gezeigt, dass sich die KMU-Bekanntmachung seit ihrem Inkrafttreten bewährt hat: So erfolgten hinsichtlich der Auslegung der KMU-Bekanntmachung nur wenige Anfragen. Die meisten dieser Anfragen betrafen die Frage der Anwendung des KG auf harte Kartellabsprachen unter KMU, eine Frage, welche die KMU-Bekanntmachung eindeutig beantwortet. Zur besseren Verständlichkeit beigetragen haben dürfte in diesem Zusammenhang der

Umstand, dass Vertreter des Sekretariates der Weko bereits vor, aber auch nach dem Erlass der KMU-Bekanntmachung deren Umfang und Tragweite anlässlich verschiedener Veranstaltungen und Tagungen erläutert haben.

C. Erfahrungen mit der Bekanntmachung über die Kalkulationshilfen

8. Die Bekanntmachung über die Kalkulationshilfen hat sich über Jahre hinweg bewährt, zumal sie aufzeigt, unter welchen Voraussetzungen eine zulässige Kalkulationshilfe vorliegt, und diese von den unzulässigen Preisabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG abgrenzt. Zudem haben die Weko und das Sekretariat verschiedenen Gruppen von Angehörigen der freien Berufe und Verbänden Alternativen zu Preisempfehlungen aufgezeigt, die einerseits den Bedürfnissen dieser Berufsgruppe entsprechen dürften, andererseits als kartellrechtskonform einzustufen sind: Dies betrifft zum einen Leistungsbeschreibungen ohne jegliche Tarif- oder Grössenangaben (etwa eine Auflistung von Kostenfaktoren für Miete, Löhne, Mobiliar etc.), zum anderen die Veröffentlichung historischer, aggregierter Angaben, die durch unabhängige Dritte erhoben werden. Das Sekretariat hat im Verlaufe dieses Jahres mehrere positive Rückmeldungen von Angehörigen der freien Berufe zu diesen Alternativen erhalten.

9. Die Bekanntmachung über Kalkulationshilfen lässt sich auch nur bedingt in Verbindung mit der KMU-Bekanntmachung bringen: Denn die Bekanntmachung über Kalkulationshilfen knüpft materiell an den (Preis-) Abredebegriff an. Preisabreden sind aber von der KMU-Bekanntmachung ohnehin ausgenommen, so dass sich zwischen den beiden Bekanntmachungen keine Überschneidungen ergeben. Es erscheint daher nicht angezeigt, im Rahmen der Überprüfung der KMU-Bekanntmachung eine Anpassung der Bekanntmachung über die Kalkulationshilfen ins Auge zu fassen. Ein anderweitiger Grund zur Anpassung der Bekanntmachung über die Kalkulationshilfen erscheint auch nicht ersichtlich zu sein.

D. Zu den wichtigsten Änderungsvorschlägen, die im Rahmen der Wirkungsanalyse vorgebracht wurden

1. Generelle Änderungsvorschläge

10. Im Zusammenhang mit der Prüfung der Auswirkungen der KMU-Bekanntmachung wurde u.a. vorgebracht, dass Preisabreden mit beschränkter Marktwirkung zulässig sein müssten. Dieses Anliegen ist wie folgt zu beurteilen:

11. Insoweit sich eine Preisabrede in unerheblicher Weise auf den Markt auswirkt, ist sie zulässig. Spricht sich beispielsweise ein Bäcker aus dem Kanton Bern mit einem anderen Bäcker aus dem Kanton Luzern hinsichtlich der Brotpreise ab, stellt dies an sich eine harte Preisabsprache im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar. Dieser Fall ist jedoch unproblematisch, da der räumlich relevante Markt für den Einkauf von Brot wohl nicht kantonsübergreifend, sondern viel enger, möglicherweise gar lokal abzugrenzen ist. Es dürfte daher keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Ähnliches gilt, wenn sich z.B. 2 oder 3 Bäcker in einer grösseren Stadt

hinsichtlich der Preise absprechen. Auch in diesem Fall liegt an sich eine Preisabsprache nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor. Dennoch ist auch diese Abrede unerheblich, wenn es genügend andere Bäcker und/oder andere Grossverteiler (Migros, Coop etc.) gibt, welche ebenfalls Backwaren verkaufen, also auf demselben sachlich relevanten Markt tätig sind (Aussenwettbewerb). An diesen Beispielen zeigt sich deutlich, dass die Wettbewerbsverhältnisse auf einem bestimmten Markt sowie die Markt-abgrenzung eine entscheidende Rolle spielen. Da diese von Fall zu Fall zu beurteilen sind und unterschiedlich sein können, ist es nicht möglich, diesbezüglich einheitliche Kriterien für KMU aufzustellen.

12. Zudem wurde geltend gemacht, dass Preisempfehlungen unter gewissen Voraussetzungen generell als zulässig erachtet werden müssten:

13. Es spricht grundsätzlich nichts dagegen, die Frage der Preisempfehlungen analog der Regelung in der Bekanntmachung über die vertikalen Abreden auch für die horizontalen Fälle zu regeln. Allerdings stellt sich auch hier die Frage nach dem Sinn und Zweck einer solchen Regelung, denn kann die Beurteilung – wie die Kriterien in Ziffer 11 Abs. 2 der Bekanntmachung über die vertikalen Abreden zeigen – letztlich nur bezogen auf den Einzelfall erfolgen. Von daher ist fraglich, ob die Beurteilung der Zulässigkeit von Preisempfehlungen in generell-abstrakter Weise überhaupt vorgenommen werden kann.

14. Im Übrigen dürfen Preisempfehlungen und Kalkulationshilfen einander nicht gleichgesetzt werden, denn Erstere fallen je nach Umständen unter den Begriff der Preisabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, währenddem Letztere vom Abredebegriff grundsätzlich nicht erfasst werden und damit an sich als unproblematisch zu betrachten sind.

15. Weiter wurde die Einführung einer „Mehrheitsregel“, wonach Preisempfehlungen kartellrechtlich nur dann problematisch sein sollen, wenn sie von einer Mehrheit eingehalten würden.

16. Es kann jedoch nicht in allgemeiner Weise gesagt werden, dass Preisempfehlungen nur dann problematisch sind, wenn sie von einer Mehrheit der Beteiligten eingehalten wird. Vielmehr kann eine Wettbewerbsabrede unter gewissen Voraussetzungen bereits dann erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG sein, wenn sich eine Minderheit daran hält.

2. Spezifische Änderungsvorschläge

17. Neben den allgemeinen Anliegen wurden auch spezifische Änderungsvorschläge gemacht, insbesondere wurde die Frage aufgeworfen, ob Kalkulationshilfen und Preisempfehlungen, soweit diese von der Mehrheit der Beteiligten für die eigene Berechnung oder zu Schulungszwecken benutzt werden, zulässig sein müssten:

18. Beide Varianten entsprechen indessen nicht der Praxis der Wettbewerbsbehörden und sind mit Art. 5 KG nicht zu vereinbaren: Die Benutzung durch die Mehrheit der Beteiligten birgt das Risiko einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung in sich. Ähnliches gilt für Schulungszwecke. Zudem sollte vermieden werden, dass Lernenden der Eindruck vermittelt wird, es sei kartell-

rechtlich unbedenklich, auf einheitliche, vorgegebene Berechnungsgrundlagen abzustellen.

19. Darüber hinaus wurde zur Diskussion gestellt, dass Kalkulationshilfen und Preisempfehlungen für KMU zulässig sein müssten, sofern Bandbreiten von mindestens 15 % vorgesehen sind, bei absoluten Beträgen Rabatte, Zuschläge etc. möglich sind oder nur Teilleistungen betroffen sind:

20. Kartellrechtlich wäre auch diese Bestimmung problematisch: Bandbreiten können nicht allgemeingültig für zulässig erklärt werden, zumal sie in der Tendenz dazu führen können, dass sich der Preis bzw. das Preisniveau in einem bestimmten Bereich (eher am oberen Ende der Bandbreite) einpendelt. Zudem ist offen, worauf sich diese Bandbreite stützt (Kosten, Marge etc.). Der Vorschlag würde die Möglichkeit eröffnen, die Bandbreite irgendwo, quasi willkürlich festzulegen. Die Festlegung von Fixbeträgen erscheint vor diesem Hintergrund noch problematischer, da sie einen noch stärkeren Orientierungspunkt darstellen würden. Schliesslich ist auch die Festlegung von Tarifen für Teilleistungen als Preisbestandteil aufzufassen und damit ebenfalls vom Abredebegriff nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst. Zudem bestehen, wie oben erwähnt, zulässige Alternativen zu Preisempfehlungen.

21. Schliesslich wurde vorgebracht, dass gegenüber Kleinunternehmen generell von einer Verfahrenseröffnung abzusehen sei. Soweit harte Kartellabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zur Diskussion stehen, wäre ein solcher Verzicht jedoch als gesetzeswidrig zu betrachten.

E. Resultate und Würdigung der Umfrageergebnisse

22. Das Interesse an der Umfrage fiel – gemessen an den Antworten und deren Umfang – eher gering aus: Von den über den Schweizerischen Gewerbeverband angefragten Berufs- und Branchenverbänden reichten lediglich 7 eine Stellungnahme ein. Die KMU-Bekanntmachung scheint für die Betroffenen nicht allzu wichtig zu sein.

23. Der Hauptteil der Antworten, den das Gewerbe über den Schweizerischen Gewerbeverband (SGV) eingereicht hat, enthält über weite Strecken bereits bekannte oder gleiche bzw. ähnliche Argumente, die z.T. schon im Vorfeld zum Erlass der KMU-Bekanntmachung vorgebracht wurden (fehlende Wirkung der KMU-Bekanntmachung, mangelnde Rechtssicherheit und Verständlichkeit, Bedürfnis nach Überarbeitung der KMU-Bekanntmachung und der Bekanntmachung über Kalkulationshilfen, Forderung nach echten Ausnahmen vom Verbot harter Absprachen für Mikrounternehmen unter gewissen Voraussetzungen, Ergänzung der KMU-Bekanntmachung mit Erläuterungen und Beispielen). Diese Forderungen wurden von der Weko beim Erlass der KMU-Bekanntmachung bereits eingehend diskutiert und – soweit dies im gesetzlichen Rahmen möglich ist – berücksichtigt bzw. bewusst nicht berücksichtigt.

24. Die anderen Vernehmlassungsadressaten (Behörden, Gerichte etc.) äusserten sich – wenn überhaupt –

nur sehr zurückhaltend. Sie gehen in der Tendenz davon aus, dass die KMU-Bekanntmachung, wenn sie auch keinen allzu grossen Nutzen gebracht haben mag, auch nicht geschadet hat.

25. Die Beurteilung der einzelnen Ziffern der KMU-Bekanntmachung in den Antworten widerspiegelt die generelle Kritik indessen nicht oder nur ansatzweise. Der grosse Teil der Antwortenden, mitunter auch des Gewerbes, erachtet die einzelnen Artikel der KMU-Bekanntmachung als klar. Ein allfälliger Anpassungsbedarf scheint daher auch von Seiten des Gewerbes nicht eindeutig zu sein, zumal die Antworten des Gewerbes z.T. sehr unterschiedlich ausgefallen sind und die Kritik eher generell gehalten ist. Zudem blieb das Interesse an den weiterführenden Veranstaltungen zur KMU-Bekanntmachung insgesamt bescheiden. Der Widerspruch zwischen den Antworten zur Klarheit der einzelnen Artikel und der generellen Kritik an der Verständlichkeit der KMU-Bekanntmachung könnte auch darauf zurückzuführen sein, dass die Anstrengungen der betroffenen Kreise, sich mit der Bekanntmachung auseinander zu setzen, eher gering waren.

26. Die Bemerkungen zu den Fragen zur Bekanntmachung über Kalkulationshilfen lassen darauf schliessen, dass eine Anpassung dieser Bekanntmachung nicht vordringlich ist.

27. Ein Revisionsbedarf für beide Bekanntmachungen scheint somit vor allem seitens des SGV zu bestehen, doch bleibt aufgrund der z.T. divergierenden Antworten der einzelnen Gewerbekreise und der übrigen Vernehmlassungsadressaten nicht restlos nachvollziehbar, wie genau die Bekanntmachungen anzupassen wären. Zudem scheinen die einzelnen Artikel der KMU-Bekanntmachung gemäss den eingereichten Antworten genügend klar zu sein. Eine Änderung der Bekanntmachung über Kalkulationshilfen erscheint gestützt auf die eingegangenen Antworten ebenfalls nicht nötig zu sein.

28. Die Weko ist nach wie vor der Auffassung, dass sich eine Änderung der KMU-Bekanntmachung und/oder der Bekanntmachung über Kalkulationshilfen nicht aufdrängt und – zumindest in der vorgeschlagenen Ausgestaltung mit echten Ausnahmen vom Verbot harter Absprachen für KMU – sich mit dem KG auch nicht vereinbaren liesse. Bis zu einem gewissen Grad liegt es zudem in der Natur der Sache, dass eine Bekanntmachung generell-abstract formuliert sein muss, um auf eine Vielzahl von Fällen anwendbar zu sein. Der Erlass von Erläuterungen und/oder die Ergänzung der Bekanntmachungen mit Beispielen für jede Gewerbebranche erscheint daher kaum realisierbar, zumal die Verhältnisse in den einzelnen Branchen sehr unterschiedlich sind.

F. Schlussfolgerungen

29. An ihrer Sitzung vom 3. März 2008 hat die Weko die Auswirkungen der KMU-Bekanntmachung gemäss Ziffer 10 derselben überprüft und beschlossen, auf eine Revision der KMU-Bekanntmachung zu verzichten. Auch eine Änderung der Bekanntmachung über Kalkulationshilfen hat sie nicht als notwendig erachtet.