Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD

Bern, den 23. September 2011

Erläuternder Bericht

Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit: Anpassung von Artikel 5 Kartellgesetz gemäss Entscheid des Bundesrates vom 17. August 2011

Übersicht

Mit Beschluss vom 17. August 2011 hat der Bundesrat das EVD beauftragt, horizontale Preis-, Mengen und Gebietsabreden sowie vertikale Preisbindungen und Gebietsabschottungen per Gesetz zu verbieten, jedoch Rechtsfertigungsmöglichkeiten zuzulassen. Der vorliegende Bericht dient der Erläuterung der vom EVD in Erfüllung dieses Auftrags erarbeiteten Anpassung von Artikel 5 Kartellgesetz (KG). Die Vorlage steht im Zusammenhang mit der Frankenstärke und will der allseits gerügten ungenügenden Weitergabe von Währungsvorteilen entgegenwirken.

Der grundlegende Unterschied zum geltenden Recht soll darin bestehen, dass die Unzulässigkeit der besonders schädlichen horizontalen und vertikalen Abreden an ihrer Form anknüpft, und nicht mehr an ihren ökonomischen Wirkungen, nämlich einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Konkret werden die fünf Formen von Abreden, die heute schon direkt sanktionierbar sind, per Gesetz für grundsätzlich unzulässig erklärt. Die in diesen Fällen geltende gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung fällt dementsprechend weg.

Bestimmte Arten von Abreden generell zu verbieten ist aus ökonomischer Sicht indes problematisch, können damit doch Fälle einer volkswirtschaftlich effizienten Zusammenarbeit zwischen Unternehmen verhindert werden. Dies gilt namentlich für die zwei Formen vertikaler Abreden, die heute gestützt auf Artikel 5 Absatz 4 KG direkt sanktionierbar sind. Deshalb sollen unzulässige Abreden im Einzelfall zulässig bleiben, wenn sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind. Dass bestimmte Rechtfertigungsgründe bestehen, wird vom Unternehmen, das diese Gründe geltend macht, nachzuweisen sein. Was sich grundsätzlich als Effizienzeinrede eignet, wird auf Stufe Verordnung oder Bekanntmachung zu konkretisieren sein, wobei zwischen horizontalen und vertikalen Abreden zu differenzieren sein wird.

1. Grundzüge der Vorlage

1.1. Ausgangslage

Mit *Beschluss vom 17. August 2011* hat der Bundesrat das EVD beauftragt, „dem Bundesrat eine Revision des Kartellgesetzes vorzuschlagen, welche die heute in den Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG enthaltenen Tatbestände (horizontale Preis-, Mengen und Gebietsabreden sowie vertikale Preisbindungen und Gebietsabschottungen) per Gesetz verbietet (per se Verbote), jedoch Rechtsfertigungsmöglichkeiten zulässt". Dieser Bericht dient der Erläuterung der vom EVD in Erfüllung dieses Auftrags erarbeiteten Anpassung von Artikel 5 Kartellgesetz (KG).

1.2. Untersuchte Lösungsmöglichkeiten

In der *Vernehmlassung zum ersten KG-Revisionspaket* (durchgeführt vom 30. Juni bis 19. November 2010) wurde neben andern materiell-rechtlichen Revisionspunkten auch eine Anpassung von Artikel 5 Absatz 4 KG, der vertikale Preis- und Gebietsabreden zum Inhalt hat, zur Diskussion gestellt. Ziel der damaligen Revisionsvorschläge war einerseits die Beseitigung der Rechtsunsicherheit, zu welcher die vom Gesetzgeber 2003 beschlossene gesetzliche Ausgestaltung geführt hat, und andererseits die Ermöglichung einer differenzierteren Beurteilung vertikaler Abreden, welche deren wettbewerbshindernde und -fördernde Wirkungen besser berücksichtigt.

Die Vernehmlassungsvorschläge stiessen auf erhebliche Skepsis und liessen bezüglich der beiden vorgeschlagenen Varianten auch bei Befürwortern einer Gesetzesänderung keine eindeutige Präferenz erkennen. Variante 1 sah den Verzicht auf die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei vertikalen Preis- und Gebietsabreden vor (d.h. Streichung von Art. 5 Abs. 4), das heisst den systematischen Übergang zu einer Einzelfallbetrachtung, dies aber unter Beibehaltung der Sanktionierbarkeit der beiden in Artikel 5 Absatz 4 genannten Formen von Abreden; Variante 2 schlug die Einführung sogenannter „sicherer Häfen" bei nur geringen Marktanteilen und bei EWR-Kompatibilität einer Abrede vor. Angesichts des Vernehmlassungsergebnisses ist von einer Weiterverfolgung der damaligen Vorschläge abzusehen. Dies gilt a fortiori wegen der Beschlüsse des Bundesrates vom 17. August 2011.

1.3. Die beantragte Neuregelung

Im Zusammenhang mit der Frankenstärke und der allseits gerügten ungenügenden Weitergabe von Währungsvorteilen will der Bundesrat gemäss seinem Beschluss anlässlich der Sitzung vom 17. August 2011 neben den in Artikel 5 Absatz 3 KG genannten horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden auch vertikale Preisbindungen und Gebietsabschottungen nach Absatz 4 per Gesetz wirksamer zu unterbinden. Sie sollen unzulässig sein, wenn nicht eine Einzelfallprüfung von Rechtfertigungsgründen ergibt, dass die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

1.4 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung

Der grundlegende Unterschied zum geltenden Recht und zu den beiden in die Vernehmlassung gegebenen Varianten soll darin bestehen, dass die Unzulässigkeit an die Form der Abrede anknüpft, nicht mehr an deren ökonomischen Wirkung, nämlich einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Das heisst, es werden direkt unzulässige Formen von Abreden bezeichnet. Konkret handelt es sich um die fünf Formen von Abreden, die heute schon direkt sanktionierbar sind. Dass man für die Unzulässigkeit an der Form und nicht an der ökonomischen Wirkung der Abrede im Einzelfall anknüpft, führt – zumindest was den Aspekt der Rechtssicherheit angeht – zu einer klaren Verbesserung gerade gegenüber den heutigen Vermutungstatbeständen.

Bestimmte Arten von Abreden generell zu verbieten ist aus ökonomischer Sicht indes problematisch, können damit doch Fälle einer volkswirtschaftlich effizienten Zusammenarbeit zwischen Unternehmen verhindert werden. Dies gilt namentlich für die zwei Formen vertikaler Abreden, die heute gestützt auf Artikel 5 Absatz 4 KG direkt sanktionierbar sind. Es war im Übrigen nicht der Bundesrat, sondern der Gesetzgeber, der 2003 diese zwei Formen von Abreden mit den harten horizontalen Kartellen, d. h. Preis-, Gebiets- und Mengenabsprachen, gleichstellte, deren Schädlichkeit allgemein anerkannt ist. Wie ausgeführt, wollte der Bundesrat dies im Jahr 2010 in der ersten Vernehmlassung zu einer KG-Revision korrigieren, indem er Artikel 5 Absatz 3 KG (horizontale Preis-, Gebiets- und Mengenabsprachen) noch unberührt liess, mit Bezug auf Artikel 5 Absatz 4 KG aber eine Einzelfallbeurteilung vorsah, die damals aber noch die Prüfung der Erheblichkeit einschloss. Stellt man neu auf die Form ab, soll diese Anpassung in gleicher Weise für Abreden nach den heutigen Absätzen 3 und 4 in Artikel 5 KG gelten.

Die ökonomischen Überlegungen, die für eine Einzelfallbetrachtung sprechen, sollen jedoch weiterhin berücksichtigt werden. In Übereinstimmung mit dem BRB vom 17.8.2011 sollen die Abreden nach Artikel 5 Absatz 3 und 4 KG dann im Einzelfall zulässig sein, wenn überwiegende Gründe der wirtschaftlichen Effizienz für ihre Tolerierung sprechen. Dass solche Gründe bestehen, wird vom Unternehmen, das diese Gründe geltend macht, nachzuweisen sein. Was sich grundsätzlich als Effizienzeinrede eignet, kann auf Stufe Verordnung oder Bekanntmachung konkretisiert werden.

Im Ergebnis bringt die neue Lösung nicht nur einfachere, schnellere Verfahren und mehr Rechtssicherheit für Unternehmen wie Behörden, sondern sie führt auch zu einer Annäherung der Kartellbekämpfung an internationale Standards (insb. an die Gesetzeslage in der EU, ohne diese zu kopieren; vgl. Abschnitt 1.5).

1.5. Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht

Das EVD hat auch *Alternativen* geprüft, sie aber als wenig sachgerecht verworfen: Erwogen wurde insbesondere eine stärkere Annährung ans EU-Recht. Dieses kennt ein generelles gesetzliches Verbot von Abreden, das dann durch Verordnung wieder bereichsweise zurückgenommen wird. Bekannt sind Einzelfreistellungen und Gruppenfreistellungen. Übertragen auf die rechtlichen Verhältnisse der Schweiz müsste

im Fall einer Verbotsgesetzgebung das Gesetz zumindest gewisse Kriterien für die Gewährung einer Ausnahme (das heisst sog. Freistellungen) benennen. Dies würde zu einem grossen legislatorischen Aufwand Anlass geben und liesse Fragen nach dem abschliessenden Charakter der Liste der Freistellungsmöglichkeiten aufkommen, ohne erkennbaren Zusatznutzen gegenüber der hier vorgeschlagenen Lösung. Denn es ist anerkannt, dass eine mit Teilkartellverboten operierende Missbrauchsgesetzgebung gleich streng ausfallen kann wie eine Verbotsgesetzgebung mit weit gefassten (und deshalb wenig bestimmten) Freistellungsmöglichkeiten. Auch ist ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt insofern wenig liberal, als der Staat zunächst alles verbietet und dann im Sinne von Ausnahmen doch wieder vieles zulässt – während nach der hier vorgeschlagene Lösung eine Abrede erst und nur dann unzulässig ist, wenn sie im konkreten Einzelfall nicht gerechtfertigt werden kann. Zur Lösung in der EU anzumerken ist schliesslich, dass ein allgemeines Verbot von Abreden mit Erlaubnisvorbehalt nicht mit dem Wortlaut von Artikel 96 Absatz 1 BV zu vereinbaren wäre.

2. Erläuterung der rechtlichen Anpassungen an Artikel 5

2.1. Allgemeines

Die hier vorgeschlagene neue Lösung eines *Teilkartellverbots mit Rechtfertigungsmöglichkeit* lässt sich mit *wenig gesetzgeberischem Aufwand* verwirklichen, da sie nur geringfügige Anpassungen an der bestehenden Konzeption des Gesetzes vornimmt. Nicht geändert wird die bisherige Unterscheidung zwischen den gewöhnlichen Abreden nach Absatz 1, welche untersagt werden können, und den fünf in den Absätzen 3 und 4 genannten Typen von harten Abreden (horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, vertikale Preisbindungen sowie Gebietsabschottungen), welche zu einer Sanktion führen. Wie bisher hat ein Unternehmen die Möglichkeit, eine Abrede im Einzelfall aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen.

Kritik an geltendem Recht und Praxis

Von dem, was der Gesetzgeber im KG-95 mit Bezug auf horizontale Abreden wollte (nämlich dass die Vermutung nach Artikel 5 Absatz 3 KG erst widerlegt sein soll, wenn nachgewiesen wird, dass echter Wettbewerb herrscht), ist die heutige Rechtsprechung abgewichen. Die Vermutung wird bereits umgestossen, wenn dargetan ist, dass trotz der die Vermutung begründenden Abrede noch ein gewisser – wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigter – Rest- oder Teilwettbewerb besteht.

Für einen Verzicht auf die der Vermutung immanente Beweislastumkehr für das Vorliegen harter Abreden spricht allerdings auch die Einführung direkter Sanktionen durch die Kartellrechtsrevision von 2003, die quasi zeitgleich mit dem Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Buchpreisbindung erfolgte, welcher eine Umstossung der Vermutung bei harten Preisabreden bereits dann bejaht hatte, wenn hinsichtlich anderer Wettbewerbsparameter (z. B. Qualität und Beratung) Restwettbewerb herrscht.

An sich hätte die gesetzliche Vermutung, welche der Gesetzgeber im KG 1995 anstelle eines Teilkartellverbots eingeführt hat, eine einfachere Beurteilung von harten Abreden ermöglichen sollen. Dies hat sich nicht realisiert. Die Rechtsprechung und die Einführung direkter Sanktionen sprechen, wie angeführt, heute klar für das Verlassen des bisherigen Wegs der Gesetzesvermutung. In der Praxis haben die Wettbewerbsbehörden in Beachtung der Untersuchungsmaxime denn auch in jedem Verfahren von sich aus geprüft, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann oder nicht. Dies ist unabdingbar, zumal die Vermutung zumindest bei vertikalen Abreden, welche nicht selten wettbewerbsfördernd sind, oft zu einer ökonomisch bzw. empirisch betrachtet falschen gesetzlichen Diagnose der Wettbewerbsverhältnisse führt. In den Begründungen der Entscheide führt die Gesetzesvermutung zu einer unnötigen Zusatzschlaufe.

Die Behörden sind nach geltendem Recht quasi durchgehend gezwungen, eine *Prüfung der Auswirkungen* einer Abrede vorzunehmen. Diese *Erheblichkeitsprüfung*, welche in dieser Form bei harten Abreden international unbekannt ist, belastet die Verfahren und führt zudem zu Rechtsunsicherheit, da sich nur mit grösstem Aufwand und nur selten eindeutig feststellen lässt, ob eine Abrede den Wettbewerb „erheblich beeinträchtigt“ oder nicht. Die folgenden Beispiele zeigen den unverhältnismässigen Aufwand, den die nach geltendem Recht geforderte Prüfung der Erheblichkeit sowohl den Unternehmen als auch den Behörden beschert:

- Selbst wenn die Behörden z. B. den konkurrierenden Herstellern eines Produkts nachweisen, dass sie die Überwälzung von Materialteuerungszuschlägen auf ihre Abnehmer miteinander abgesprochen haben, muss umfassend geprüft werden, welche Auswirkungen diese Abrede im Markt genau hatte.
- Selbst wenn der ausländische Hersteller einer Kleidermarke die Händler in der Schweiz zwingt, einen bestimmten Mindestpreis einzuhalten, oder wenn er verhindert, dass die Schweizer Händler billigere Waren aus dem Ausland parallel importieren können, müssen die Behörden stets nachweisen, dass dadurch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt worden ist.
- Sogar konkurrierende Bauunternehmen, die in einem Eingabeverfahren ihre Offerten abgesprochen haben, könnten argumentieren, die Kartellabrede habe keine erhebliche Wirkung gehabt, da z. B. ein Dritter den Zuschlag erhalten habe.

Umgekehrt ist es für die Unternehmen, welche z. B. ein KG-konformes, vertikales Vertriebssystem aufbauen wollen, schwierig, im Voraus abzuschätzen, ob das geplante System zulässig ist oder nicht. Ob eine gewisse Abrede erhebliche Auswirkungen zeitigen wird oder nicht, wird sich meist erst nach einer gewissen Umsetzungszeit erweisen und wird sich auch dann (je nach Verfügbarkeit von Marktdaten) oft nur vage feststellen lassen. Dies spricht dafür, bei den besonders schädlichen Abreden nach den heutigen Absätzen 3 und 4 auf das Erfordernis des Nachweises der Erheblichkeit zu verzichten und vorzusehen, dass die Unzulässigkeit allein an der Form der Abrede anknüpft und nicht auch noch an deren Wirkungen. Vorbehältlich einer Rechtfertigung im Einzelfall wird das Vereinbaren solcher Absprachen mit anderen Worten *neu per Gesetz grundsätzlich für unzulässig erklärt.* Dadurch werden die Kartellverfahren auch vereinfacht und verkürzt. Selbstverständlich wird die

Schwere der Auswirkungen einer Abrede Einfluss auf die Höhe einer allfälligen Sanktion haben.

Verfassungsmässigkeit der Neuregelung

Die Rechtfertigungsmöglichkeit im Einzelfall als Korrekturventil zum vorgeschlagenen gesetzlichen Verbot bestimmter Abreden ist schon aus Gründen der *Verfassungskonformität* geboten. Denn in Artikel 96 Absatz 1 BV wird der Bund nur ermächtigt, Vorschriften gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen, wenn diese volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigen (vgl. auch den Zweckartikel Art. 1 KG). Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Gestaltungsspielraum des Kartellgesetzgebers beträchtlich ist: Insbesondere „kann er auch partiell das Mittel des Kartellverbotes einsetzen"; Artikel 96 BV lässt es nur nicht zu, „dass Wettbewerbsabreden schon als solche generell untersagt werden" (so die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996; BBl 1997 I 1). Die Botschaft zum KG 1995 hielt diesbezüglich fest, dass die Befugnis, KG-Vorschriften zu erlassen, sicher nicht so zu verstehen sei, dass schädlichen „Auswirkungen immer erst dann entgegengetreten werden kann, wenn sie konkret aufgetaucht sind. Vielmehr dürfen auch vorbeugende gesetzgeberische Massnahmen getroffen werden, um das Entstehen schädlicher Auswirkungen zu verhindern". Auch ein selektives Kartellverbot stehe als Mittel zur Bekämpfung schädlicher Auswirkungen mit dem Kartellartikel in Einklang, sofern es „im Gesamtinteresse gerechtfertigt und verhältnismässig" sei: „Aus der Bundesverfassung ergibt sich folglich kein per se-Verbot für kartellrechtliche per se-Tatbestände" (vgl. zum Ganzen die Botschaft des Bundesrats vom 23.11.1994; BBl 1995 I 468).

In Umsetzung der Vorgaben der Verfassung beschränkt sich das neu vorgesehene Verbot auf die fünf bereits im bestehenden Gesetz als besonders gravierende Wettbewerbsbeschränkungen qualifizierten Kartelltypen (namentlich horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie vertikale Preisbindungen und absoluter Gebietsschutz). Insofern handelt es sich nur, aber immerhin um ein selektives bzw. partielles Kartellverbot, also ein *Teilkartellverbot*. Dieses ist darüber hinaus nicht absolut ausgestaltet im Sinne eines totalen „per se"-Verbots, denn die Rechtfertigung einer Abrede im Einzelfall bleibt im Sinne eines Korrekturventils immer möglich. Die gewählte Konzeption eines gesetzlichen *Teilkartellverbots mit Rechtfertigungsmöglichkeit* ist im Gesamtinteresse gerechtfertigt, verhältnismässig und steht im Einklang mit der Bundesverfassung.

Nachweis der Rechtfertigungsgründe

Da beim vorgeschlagenen Verzicht auf den Nachweis der Erheblichkeit bestimmter Abreden vermehrt die Möglichkeit der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ins Zentrum der Prüfung rücken dürfte, ist zu klären, wem es obliegt, das Vorliegen rechtfertigender Tatsachen nachzuweisen. Das bezüglich Vorliegens konkreter Effizienzvorteile bestehende Wissensgefälle zwischen der untersuchenden Behörde und dem beklagten Unternehmen bedingt diesbezüglich eine zusätzliche Änderung des KG, sonst bleibt die vom Bundesrat angestrebte wirkungsvollere Unterbindung von Kartellen auf halbem Weg stehen. Dem allgemeinen Prinzip nach

Artikel 8 ZGB folgend soll es den Unternehmen obliegen nachzuweisen, dass eine von ihnen getroffene Abrede notwendig ist, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen. Diese Regel gilt für alle unzulässigen Abreden, also die „gewöhnlichen“ nach Absatz 1 und die „harten“ nach Absatz 3 und 4 (neu: Abs. 2 E-KG).

Bei einer klaren gesetzlichen Grundlage verstösst selbst im Falle direkter Sanktionen eine solche Pflicht der Unternehmen, nachzuweisen, dass eine Abrede im Einzelfall gerechtfertigt werden kann, zumindest dann nicht gegen die Unschuldsvermutung, wenn sie sachgerecht und verhältnismässig ausgestaltet ist und die Verteidigungsrechte gewahrt bleiben (vgl. auch die vergleichbare Situation in Art. 173 Ziff. 2 StGB). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt: Den Beweis, dass überhaupt eine Kartellabrede vorliegt (und im Falle von Abs. 1 auch deren Erheblichkeit), muss weiterhin die Behörde erbringen. Bezüglich Rechtfertigung ist es indes sachgerecht, die Unternehmen in die Pflicht zu nehmen. Denn einerseits sind es die Unternehmen selber, welche wissen (müssen), aus welchen Gründen sie eine Kartellabrede geschlossen haben und welche Effizienzvorteile sich daraus konkret ergeben. Andererseits ist es für die Wettbewerbsbehörden zumeist unmöglich den Negativbeweis zu erbringen, dass *keine* Rechtfertigungsgründe vorliegen (Grundsatz *„negativa non sunt probanda“*).

Ausblick auf die Umsetzung auf Verordnungsstufe

Um für die Unternehmen grösstmögliche Rechtssicherheit auch bezüglich der möglichen Effizienzgründe zu geben, wird es sinnvoll sein, gestützt auf die geltende Verordnungskompetenz in Artikel 6 KG die im Gesetz genannten Rechtfertigungsgründe weiter zu konkretisieren. In einer Verordnung (bzw. Bekanntmachung der WEKO) könnten die relativ allgemein formulierten Rechtfertigungsgründe basierend auf den bestehenden Materialen und der Praxis der Wettbewerbsbehörde in verständlicher Form zugänglicher gemacht werden. Dies entsprach auch in der Vergangenheit dem Bedürfnis der Unternehmen, insbesondere der KMU (vgl. insb. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 [Vertikalbekanntmachung, VertBek] sowie Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2005 [KMU-Bekanntmachung]). Dabei wird der Verordnungsgeber den sich nicht deckenden Rechtfertigungsgründen von horizontalen und vertikalen Abreden Rechnung zu tragen haben. Die Schwelle für die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz wird bei den Abreden, die heute unter Artikel 5 Absatz 3 fallen, auf Verordnungsstufe höher angesetzt werden müssen als bei den Abreden nach dem heutigen Artikel 5 Absatz 4.

Bezüglich Rechtfertigung vertikaler Abreden nach Artikel 5 Absatz 4 des geltenden KG ist namentlich an die heute in Ziffer 16 Absatz 4 der Vertikalbekanntmachung der WEKO genannten Rechtfertigungsgründe a) bis g) zu denken. Diese stehen in Übereinstimmung mit dem europäischen Recht. Kritischer wird die Frage sein, ob auch die in Ziffer 16 Absatz 2 und 3 geregelten Konstellationen einen Rechtfertigungs-

grund darstellen können. Diese Frage wird der Bundesrat als Verordnungsgeber im Zusammenhang mit der ggf. zu revidierenden oder durch eine Verordnung zu ersetzenden KMU-Bekanntmachung zu beurteilen haben. Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e KG sieht für Abreden zwischen KMU, welche nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen, eine erleichterte Rechtfertigung vor, doch beschränkt die geltende Bekanntmachung diese Erleichterung in Übereinstimmung mit dem europäischen Recht auf die Kategorie der in der Schweiz nicht direkt sanktionierbaren Abreden.

Zusammenfassung

Auch nach erfolgter Gesetzesänderung werden die Behörden nachweisen müssen, dass eine harte Kartellabrede (horizontale Preis-, Mengen und Gebietsabrede bzw. vertikale Preisbindung oder Gebietsabschottungen) vorliegt. Nur im Falle gewöhnlicher Abreden gem. Absatz 1 werden die Behörden zusätzlich noch deren Erheblichkeit nachzuweisen haben. Gelingt es im nächsten Schritt den Unternehmen nicht, im Einzelfall aufzeigen, dass die Abrede aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist, so ist sie verboten (dies gilt auch für Fälle nach Absatz 1). Im Fall von harten Kartellabreden werden in einem dritten Schritt dann die Sanktionen bestimmt.

Im Vergleich zur heutigen Gesetzeskonzeption, die (gerade bei Vertikalabreden mit ökonomisch/empirisch unzutreffenden) Vermutungen der Wettbewerbsbeseitigung operiert und die in der Praxis der Wettbewerbsbehörden nur in seltenen Fällen wirklich zu einer Vereinfachung der Verfahren, dafür gerade im Bereich der direkten Sanktionierung zu einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit geführt hat, würde den Wettbewerbsbehörden damit ein schlagkräftigeres Instrument in die Hand gegeben, um diese Arten von Abreden wirkungsvoller zu unterbinden, die Märkte zu öffnen und den Wettbewerb durchzusetzen. Für die Unternehmen ihrerseits wäre bereits im Voraus besser abschätzbar, ob eine bestimmte Abrede zulässig ist oder nicht, was im Sinne der Rechtssicherheit und der Prävention zu begrüssen ist.

2.2. Die Neuregelung im Detail

Absatz 1

Im Absatz 1 wird weiterhin festgehalten, dass Wettbewerbsabreden nur im Grundsatz dann unzulässig sind, wenn sie einerseits den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich andererseits nicht ökonomisch rechtfertigen lassen. Im Vergleich zur heutigen Fassung wird auf die explizite Erwähnung der möglichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verzichtet. Dies stellt jedoch eine redaktionelle Änderung dar, die nicht zu einer Änderung der Gesetzeslage führt. Dies aus dem einfachen Grund, dass eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs immer auch eine erhebliche Beeinträchtigung darstellt und eine Rechtfertigung einer den Wettbewerb beseitigenden Abrede bereits gestützt auf die Regelung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe b E-KG (heute: Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG) ausgeschlossen ist.

Absatz 2

Der neu formulierte Absatz 2 regelt die andere Konstellation im Fall des Vorliegens von drei Arten von horizontalen und zwei Arten von vertikalen Wettbewerbsabreden.

Diese sind stets – also unabhängig vom Nachweis einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall – unzulässig, es sei denn, sie können im Einzelfall aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. Absatz 2 übernimmt dabei unverändert die fünf heute in den Absätzen 3 und 4 bereits explizit genannten, vom Gesetzgeber als besonders schwerwiegend qualifizierten und bereits heute gestützt auf Artikel 49a KG direkt sanktionierbaren Typen von Abreden. Damit sich an deren Sanktionierbarkeit nichts ändert, ist eine redaktionelle Anpassung des Verweises in Artikel 49a Absatz 1 KG nötig. Neu muss es heissen „Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 *Absatz 2* [bisher: „Absätze 3 und 4“] beteiligt ist …“.

Die geringfügige Abweichung bei der Definition des Gebietsabschottungstatbestandes in Buchstabe b, zweites Lemma, ist sprachlich bedingt und eine Folge der vorgeschlagenen Darstellung. Dem Satzteil „in Vertriebsverträgen“ kommt angesichts der Tatsache, dass in diesem Lemma auf „Vertriebspartner“ Bezug genommen wird, keine eigenständige Bedeutung zu, weshalb dessen Streichung zu keiner materiellen Änderung führt.

Absatz 3

Absatz 3 übernimmt die heute in Absatz 2 bestehende Regelung weitgehend. Insbesondere wird der nach herrschender Meinung abschliessende Katalog der möglichen Rechtfertigungsgründe unverändert übernommen. Eine nähere Konkretisierung dieser abstrakten Rechtsbegriffe durch Verordnung oder allenfalls Bekanntmachung nach Artikel 6 erscheint angesichts der erhöhten Bedeutung der Rechtfertigungsgründe jedoch als sinnvoll. Ebenso übernommen wird die Bestimmung von Buchstabe b, wonach eine Rechtfertigung nicht möglich ist, wenn die Abrede den beteiligten Unternehmen ermöglicht wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

Die einzige inhaltliche Änderung im Bereich Rechtfertigung betrifft Buchstabe a, indem dort neu festgehalten wird, dass der Nachweis, dass eine Abrede notwendig ist, um Effizienzvorteile zu erreichen, den Unternehmen obliegt. Diese Neuerung gilt konsequenterweise für Abreden nach den Absätzen 1 und 2. Es ist zukünftig somit an den Unternehmen, sich auf einen (oder mehrere) der genannten Effizienzgründe zu berufen und im Einzelnen darzulegen, weshalb die getroffene Absprache zur Realisierung dieser Effizienzgründe notwendig ist. Unter dem Stichwort der „Notwendigkeit“ werden die Wettbewerbsbehörden dann insbesondere zu prüfen haben, inwiefern die vorbrachten Effizienzvorteile die im Einzelfall festgestellte Wettbewerbsbeschränkungen aufwiegen.

3. Finanzielle und personelle Konsequenzen

Die vorgesehene Anpassung von Artikel 5 KG hat unmittelbar keine finanziellen und personellen Konsequenzen. Die WEKO wird zumindest in einer Anfangsphase, bis sich das neue Recht geklärt hat, in diesem Bereich mehr Fälle aufgreifen müssen. Umgekehrt werden sich bei der Abwicklung dieser Fälle gewisse Vereinfachungen ergeben, indem die Erheblichkeit einer Abrede nicht mehr geprüft werden muss und die Effizienzgründe in erster Linie von den Unternehmen vorzubringen sein werden.