

Das neue schweizerische Kartellgesetz



Dr. Vito Roberto, LL. M.
Rechtsanwalt

Überblick

Am 1. Juli 1996 trat in der Schweiz das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen in Kraft. Das neue Gesetz soll der Forderung seitens der Politik, der Wirtschaft und der Wissenschaft nachkommen, wonach die Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandorts Schweiz verbessert werden müssten. Ohne eine solche *Revitalisierung der Marktwirtschaft* – so die Befürchtungen – riskiere die Schweiz, wirtschaftlich ins Hintertreffen zu geraten.

Inhaltlich geht es mithin darum, den Wettbewerb zu intensivieren, wobei die Umsetzung dieses Anliegens weitgehend *europäisch* erfolgen sollte. Der Entwurf lehnt sich denn auch weitgehend an das europäische Wettbewerbsrecht an. Von einer vollständigen Übernahme des EU-Rechts wurde indes aus verfassungsrechtlichen Gründen abgesehen. Überwiegender Auffassung nach lässt die schweizerische Bundesverfassung ein Kartellverbot nicht zu. Da man eine aufwendige Verfassungsrevision nicht durchführen wollte, geht auch das neue Kartellgesetz von einem *Missbrauchsansatz* aus. Es enthält aber griffigere Bestimmungen als das frühere Gesetz.

In *verfahrensrechtlicher* Hinsicht sieht das neue Gesetz wie bisher ein zivilrechtliches Verfahren vor, wobei die Durchsetzungskompetenzen der Verwaltungsbehörde erweitert wurden. In *materieller* Hinsicht wurden die Bestimmungen über Wettbe-

werbsabreden verschärft; die Bestimmungen über unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen haben eine Präzisierung erfahren; und schliesslich sieht das neue Gesetz erstmals auch eine präventive Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vor.

Geltungsbereich

Das Gesetz gilt für *Unternehmen*; nicht erfasst werden somit Konsumenten und Arbeitnehmer. Unter das Kartellgesetz fallen auch Unternehmen des öffentlichen Rechts, wobei öffentlich-rechtliche Vorschriften, welche auf einem Markt Wettbewerb nicht zulassen, vorbehalten bleiben. Zu denken ist namentlich an die Marktordnungen auf dem Gebiet der Landwirtschaft (z.B. Milchordnung, Käsemarktordnung) sowie an die gesetzlich vorgesehenen Monopole (z.B. Postmonopol für Briefe und Pakete bis zu einer bestimmten Gewichtslimite).

In *örtlicher* Hinsicht ist das Gesetz auch auf Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, die zwar im Ausland veranlasst werden, sich aber in der Schweiz auswirken.

Unzulässige Wettbewerbsabreden

Als Wettbewerbsabreden gelten nicht nur schriftliche oder mündliche Verträge, sondern auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen («Gentlemen's Agreements»). Selbst aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen («Parallelverhalten») können eine Wettbewerbsabrede darstellen, so-

fern ein solches Verhalten betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigt ist.

Unzulässig ist eine Abrede dann, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigt. Entscheidend für die Ermittlung der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkung einer Abrede ist die Definition des *relevanten Marktes*. In sachlicher Hinsicht wird auf die *funktionelle Austauschbarkeit* abgestellt; d.h. zu einem Markt werden alle Waren gerechnet, die in den Augen des verständigen Durchschnittskonsumenten zur Befriedigung seiner Bedürfnisse ohne weiteres austauschbar sind. In räumlicher Hinsicht besteht der relevante Markt grundsätzlich in dem *Hauptabsatzgebiet* einer Ware; es werden mithin internationale, nationale, regionale und lokale Märkte unterschieden.

Das Gesetz kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Wettbewerb auf dem relevanten Markt *erheblich* beeinträchtigt oder beseitigt ist. Anders als im europäischen Kartellrecht, in welchem die Wettbewerbsregeln bei Marktanteilen unter 5% und einem Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen unter 200 Millionen ECU grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen, sieht das schweizerische Kartellgesetz *keine Spürbarkeitsgrenzen* vor.

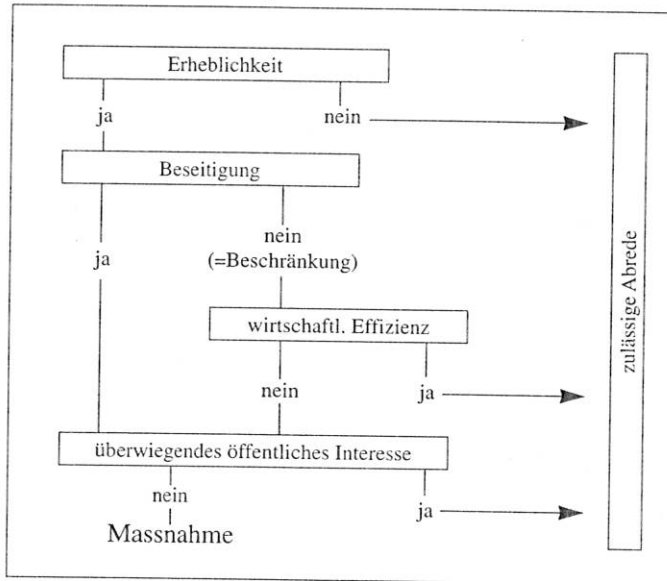
Anders als im früheren Gesetz unterscheidet das neue Kartellgesetz nicht mehr explizit zwischen *horizontalen* und *vertikalen* Abreden. Unter horizontalen Abreden versteht man Vereinbarungen zwischen Unternehmen der

gleichen Wirtschaftsstufe, die also auf demselben Markt tatsächlich oder potentiell tätig sind. Vertikale Abreden sind dagegen Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen (Verkäufer und Käufer bzw. Produzent und Händler).

Ob eine erhebliche Beeinträchtigung vorliegt, beurteilt sich vor allem danach, wie sich die Abrede auf die *Handlungsfreiheit* der betroffenen Unternehmen auf dem Markt auswirkt. Selbst eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs kann jedoch zulässig sein, wenn die Abrede die *wirtschaftliche Effizienz* erhöht. Wirtschaftlich effizient ist eine Abrede dann, wenn ihre schädlichen Auswirkungen durch wirtschaftlich erwünschte Wirkungen ausgeglichen werden. Zu denken ist namentlich an Kostensenkungen durch zwischenbetriebliche Kooperationen, wie z.B. Joint Ventures oder Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen.

Die Rechtfertigung aus Effizienzgründen ist in jenen Fällen ausgeschlossen, in denen der wirksame Wettbewerb durch die Abrede nicht nur beeinträchtigt, sondern ganz *beseitigt* wird. Bei drei Arten von horizontalen Abreden statuiert das Gesetz eine *Rechtsvermutung*, dass der Wettbewerb beseitigt ist. Es handelt sich dabei um erfahrungsgemäss besonders gravierende Abredetypen; man spricht auch von den «harten Kartellen». Die Vermutung bezieht sich auf folgende Abreden:

Abbildung 1 – Unzulässige Abreden



• **Preisabsprachen:** Der Wettbewerb kann nicht mehr spielen, wenn die Konkurrenten direkt oder indirekt die Preise festsetzen.

• **Quotenkartelle:** Gleiches gilt, wenn die Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen zwischen den Konkurrenten eingeschränkt werden (bekanntestes Beispiel ist die OPEC).

• **Gebietsaufteilungen:** Am massivsten wird der Wettbewerb beseitigt bei Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern, da die Kartellmitglieder die Einhaltung solcher Absprachen vergleichsweise gut kontrollieren können.

Auf vielfach geäußerten Wunsch der Wirtschaft hin und um die Rechtssicherheit für die Unternehmen zu erhöhen, sieht das Gesetz vor, dass der Bundesrat *Verordnungen* erlassen kann, in denen häufig vorkommende Arten von Wettbewerbsabreden, die aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt gelten sollen, umschrieben werden. Überdies kann die Wettbewerbskommission *allgemeine Bekanntmachungen* veröffentlichen, wobei unsicher ist, inwiefern diese verbindlich sind. Die im Gesetz erwähnten Bereiche, in denen solche Verord-

goth
SERVIZI LOGISTICI



è a vostra disposizione
per uno studio
personalizzato sulla

DISTRIBUZIONE

dei vostri prodotti
sia in Svizzera che in Italia

TELEFONATECI

studieremo insieme
la soluzione ideale

GOTH SERVIZI LOGISTICI SA

Via Motta 5
CH-6828 BALERNA
Tel. 091 695 57 11
Fax 091 695 59 11

GOTH ITALIANA SERVIZI LOGISTICI SRL

Via G. Carducci 10/12
I-22070 MONTANO LUCINO
Tel. 031 47 7 1 11
Fax 031 24 90 40

nungen oder Bekanntmachungen in Betracht kommen, sind allesamt Gegenstand von europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen. Es darf daher vermutet werden, dass sich die entsprechenden Erlasse eng an die europäischen Normen anlehnen werden.

Das Gesetz sieht eine *Ausnahmeklausel* vor: Wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkungen und Wettbewerbsbeseitigungen können auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn Sie ausnahmsweise nötig sind, um *überwiegende öffentliche Interessen* zu verwirklichen. Als öffentliche Interessen kommen etwa die hinreichende Versorgung der Bevölkerung oder sozial- und kulturpolitische Anliegen in Betracht (z.B. Preisbindung im Büchermarkt). Da es sich bei einer solchen Zulassung nicht um eine wettbewerbsrechtlich begründbare, sondern um eine politische Entscheidung handelt, ist (anders als im früheren Gesetz) nicht die Wettbewerbsbehörde, sondern der *Bundesrat* zuständig.

Unzulässige Verhaltensweisen

Neben den Abreden regelt das Kartellgesetz auch die unzulässigen, d.h. missbräuchlichen Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen. *Missbräuchlich* ist ein Verhalten dann, wenn es andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt; in anderen Wor-

ten ein Verhalten, welches ohne sachlich gerechtfertigten Grund («legitimate business reasons») geschieht. Im Anschluss an das europäische Wettbewerbsrecht nennt das Gesetz einige Beispiele verpönter Verhaltensweisen. Es sind dies

- *die Liefer- oder Bezugssperre*: Da jedes Unternehmen grundsätzlich daran interessiert ist, den Absatz zu vergrößern, ist die Lieferverweigerung in der Regel kartellrechtswidrig, es sei denn, die Verweigerung lasse sich mit objektiven betriebswirtschaftlichen Kriterien begründen. Dagegen kann ein Unternehmen beim Bezug von Gütern selbstverständlich nicht jeden Anbieter berücksichtigen.
- *die Diskriminierung von Handelspartnern*: unzulässig ist ferner die betriebswirtschaftlich nicht begründbare Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen. Betriebswirtschaftlich begründet sind etwa Mengenrabatte oder Aufpreise bei kurzfristigen Lieferungen.
- *unangemessene Preise*: Ferner soll auch die Erzwingung ungemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen kartellrechtswidrig sein. Es ist indes fraglich, ob es gelingen wird, zwischen den angemessenen und den unangemessenen Preisen bzw. Geschäftsbedingungen zu unterscheiden.
- *die gezielte Preisunterbietung*: Preisunterbietungen gehören an sich zum normalen Wettbewerbsverhalten. Kartellrechtlich relevant dürften solche Verhaltensweisen lediglich dann sein, wenn sie gezielt auf einem vergleichsweise kleinen Marktsegment gegen ein dort bestehendes oder eindringendes Drittunternehmen eingesetzt werden.
- *«Out-put»-Einschränkungen*: Kartellrechtswidrig ist auch die Einschränkung der

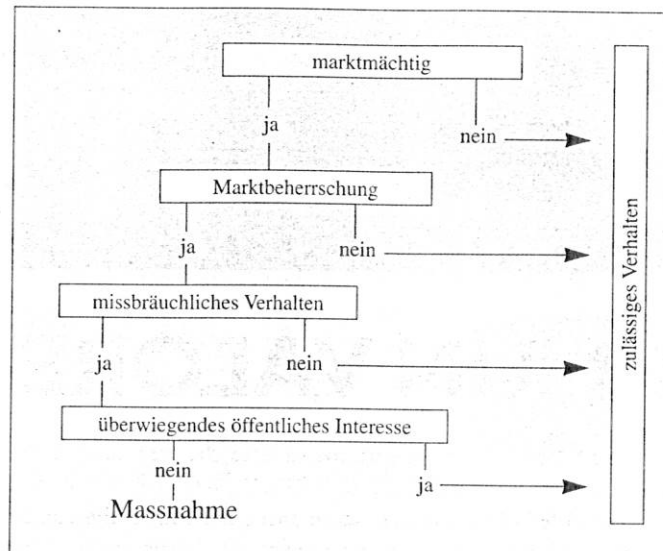
Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung. Da sich solche Verhaltensweisen aber kaum je nachweisen lassen, dürfte die praktische Relevanz dieser Fallgruppe gering sein.

- *Koppelungsverträge*: Unzulässig ist es schliesslich, die beherrschende Stellung von einem Markt auf einen anderen Markt zu übertragen, indem verschiedene Güter nur zusammen angeboten werden. So wäre etwa denkbar, dass der marktmächtige Hersteller von Computern durch den Verkauf der Hardware zusammen mit der Software auch Marktmacht auf dem Software-Markt erlangt.

Die Anwendung dieser Bestimmung über missbräuchliche Verhaltensweisen setzt eine *marktbeherrschende Stellung* des betreffenden Unternehmens voraus. Wichtigster Indikator für das Vorliegen von Marktmacht ist der *Marktanteil*, d.h. der Anteil am Gesamtumsatz auf dem relevanten Markt. Daneben spielen auch Marktzutrittschranken, die Finanzkraft, der Nachfragemarkt und weitere Kriterien eine Rolle. Im Regelfall wird Marktmacht nur dann vorliegen, wenn ein Unternehmen mindestens einen Marktanteil in der Größenordnung von ca. 25-40% aufweist.

Auch eine missbräuchliche Verhaltensweise kann auf Antrag des Unternehmens durch den Bundesrat aus überwiegenden öffentlichen Interessen ausnahmsweise und befristet für zulässig erklärt werden.

Abbildung 2 – Unzulässige Verhaltensweisen



Unternehmens- zusammenschlüsse

Das Gesetz sieht neu eine *präventive Fusionskontrolle* vor. Ein beabsichtigter Zusammenschluss von Unternehmen ist meldepflichtig, wenn diese im letzten Geschäftsjahr

- einen (weltweiten) Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielt;
- und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen in der Schweiz einen Umsatz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielt (im Medien-, Bank- und Versicherungsbereich bestehen Sondervorschriften).

Unabhängig von den Umsatzzahlen ist ein Zusammenschluss jeweils dann meldepflichtig, wenn ein Unternehmen beteiligt ist, welches bereits früher durch die Wettbewerbsbehörden als marktmächtig qualifiziert wurde. Aufgrund dieser Vorgaben dürften nur wenige Fusions-

fälle unter die Genehmigungspflicht fallen.

Das *Prüfungsverfahren* bei Fusionen wird durch die Meldung des Vorhabens durch die beteiligten Unternehmen eingeleitet. Die Wettbewerbskommission entscheidet innerhalb eines Monats, ob eine Prüfung durchzuführen ist; während dieser Phase darf der Zusammenschluss nicht vollzogen werden. Entscheidet sich die Kommission, eine eingehende materielle Prüfung durchzuführen, so muss dies grundsätzlich innerhalb von vier Monaten erfolgen. Sollte die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen, besteht wiederum die Möglichkeit, dass der Bundesrat auf Antrag der beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss ausnahmsweise zulässt, um überwiegende Interessen zu verwirklichen.

Zivilrechtliches Verfahren

Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung behindert wird, namentlich durch Verweigerung von Geschäftsbeziehungen oder Dis-

kriminierungen, kann gegen die Urheber der Wettbewerbsbeschränkung vor den zivilen Gerichten klagen. Die Klage kann entweder am Sitz des Klägers oder am Sitz einer der Beklagten erhoben werden. Der Kläger kann Ansprüche auf *Beseitigung* und *Unterlassung* der Behinderung auf *Schadenersatz* und Genugtuung sowie Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Ge-

winnes geltend machen. So kann das Gericht auf Antrag des Klägers beispielsweise anordnen, dass Verträge ganz oder teilweise ungültig sind oder dass die Beklagten mit dem Kläger marktgerechte oder branchenunübliche Verträge abzuschliessen haben. Praktisch bedeutsam ist so dann die Möglichkeit, *vorsorgliche Massnahmen* zu verlangen.

Servizi di consulenza e gestione societaria

Analisi delle problematiche, creazione e gestione di strutture societarie per conto di privati e aziende che operano a livello internazionale

Gestione patrimoniale

Consulenza ed amministrazione di patrimoni a livello globale

Consulenza giuridica e fiscale

Zurigo
Bleicherweg 33
Postfach
8027 Zürich

Lugano
Via Cantonale 19
Casella postale
6901 Lugano

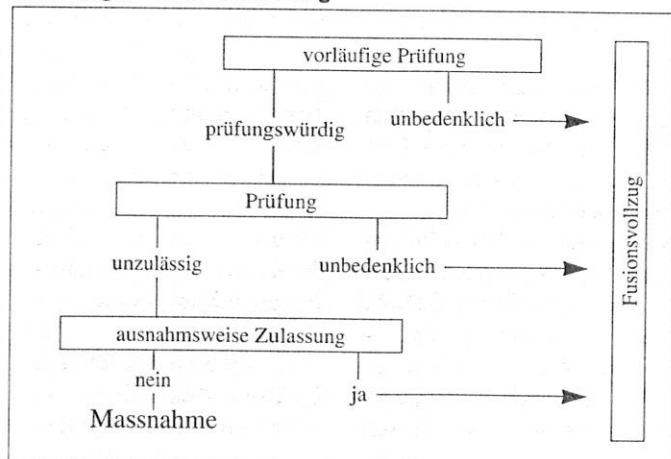
Ginevra
Avenue de Champel 8c
Case postale
1211 Genève 12

Losanna
Avenue de Rumine 37
Case postale
1002 Lausanne

Basilea
Innere Margarethenstrasse 5
Postfach
4002 Basel

Guernsey
Helvetia Court, South Esplanade
P.O. Box 122
St. Peter Port, Guernsey, C.I.

Abbildung 3 – Fusionsmeldung



Verwaltungsrechtliches Verfahren

Wie bereits unter dem früheren Kartellgesetz dürfte das Schwergewicht auch nach dem neuen Gesetz eindeutig beim verwaltungsrechtlichen Verfahren liegen. Zivilrechtsstreitigkeiten dürften demgegenüber vergleichsweise selten sein. Aus diesem Grunde hängt die Effizienz und Durchsetzung des Kartellrechts vor allem von der Organisation, der personellen Ausstattung und den Durchsetzungskompetenzen der Wettbewerbsbehörden ab. Die Behördenorganisation wurde im Gesetz neu geregelt und entspricht dem Organisationsmodell für die Bankenaufsicht. Die vom Bundesrat gewählte *Wettbewerbskommission* besteht aus 11 bis 15 mehrheitlich unabhängigen Mitgliedern. Der Wettbewerbskommission steht ein professionelles *Sekretariat* zur Seite. Dieses bereitet die Geschäfte der Kommission vor und führt die Untersuchungen durch. Das Verfahren beginnt mit der *Vorabklärung* durch das

Sekretariat. Eine solche Abklärung kann auf eigene Initiative des Sekretariats, auf Begehren eines Beteiligten oder auf Anzeige eines Dritten hin durchgeführt werden. Liegen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so wird eine *Untersuchung* eröffnet. Die Einleitung einer Untersuchung kann auch von der Wettbewerbskommission oder vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement in Auftrag gegeben werden. Die Eröffnung der Untersuchung wird durch *amtliche Publikation* bekannt gemacht, um betroffenen Dritten Gelegenheit zu geben, ihre Beteiligung an der Untersuchung anzumelden. An der Untersuchung beteiligen können sich Personen, die von der Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind, Berufs- und Wirtschaftsverbände sowie Konsumentenschutzorganisationen. Die Untersuchung wird abgeschlossen entweder durch eine *einvernehmliche Regelung* mit den Beteiligten, die aber durch die Wettbewerbskommission genehmigt werden muss, oder durch eine *Verfügung* der Wettbewerbskommission über die zu treffenden Massnahmen.

Gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission kann bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen *Beschwerde* erhoben werden; deren Entscheidung kann dann mittels *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* an das Bundesgericht weitergezogen werden. Daneben besteht auch die Möglichkeit, dass die Beteiligten eine Zulassung der Wettbewerbsbeschränkung durch den Bundesrat aus überwiegenden öffentlichen Interessen beantragen.

Sanktionen
Verletzt ein Unternehmen die Auskunftspflicht oder die Pflicht zur Vorlage von Urkunden, kann dies eine Sanktion bis zu 100.000 Franken und bei einem Verstoß im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen bis zu einer Million Franken zur Folge haben. Bei Widerhandlungen gegen einvernehmliche Regelungen oder Verfügungen kann sich die Höhe der Sanktion bis auf den dreifachen Betrag des erzielten Gewinnes belaufen. Ist der Gewinn nicht abschätzbar, kann die Sanktion stattdessen bis zu zehn Prozent des letzten Jahresumsatzes in der Schweiz betragen. Neben diesen Verwaltungssanktionen sind auch Strafsanktionen vorgesehen. Diese richten sich nicht gegen das Unternehmen, sondern gegen die verantwortlichen natürlichen Personen. Die Bussen können bis 20.000 Franken,

bei Verstößen gegen einvernehmliche Regelungen oder behördlichen Anordnungen bis zu 100.000 Franken betragen.

Würdigung

Mit dem neuen Kartellgesetz (sowie dem zum gleichen Zeitpunkt in Kraft getretenen Binnenmarktgesetz) sucht die Schweiz den *Anschluss an das europäische Recht*. Auch wenn das schweizerische Gesetz nicht in erster Linie darauf abzielt, transnationale Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, und zudem nicht ein Verbots-, sondern ein Missbrauchsprinzip statuiert, so fand dem Grundsatz nach doch eine weitgehende Anlehnung an das europäische Wettbewerbsrecht statt. Dies war nach Einschätzung des Gesetzgebers schon wegen der Berührungspunkte der schweizerischen Volkswirtschaft mit derjenigen der EU-Mitgliedstaaten notwendig. Zugleich wollte man den schweizerischen Unternehmen mit Tätigkeitsfeld in der EU eine gewisse Gewähr geben, dass die schweizerischen und die europäischen Massstäbe bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nicht in einem grundsätzlich widersprüchlichen Verhältnis zueinander stehen. Sowohl die schweizerischen Unternehmen, die im EU-Raum tätig sind, als auch Unternehmen aus EU-Mitgliedstaaten, die im schweizerischen Markt präsent sind, sollten mithin einer (erneuten) wettbewerbsrechtlichen Kontrolle durch die jeweiligen Kartellbehörden gelassen entgegentreten können. ○

Abbildung 4 – Verwaltungsrechtliches Verfahren

