Neues schweizerisches Kartellgesetz

Von Dr. Vito Roberto[1]

Seit dem 1. Juli 1996 ist in der Schweiz das neue Kartellgesetz in Kraft. Um den Unternehmen Gelegenheit zu geben, ihre Verträge mit Konkurrenten, Lieferanten oder Abnehmern auf ihre Kartellrechtskonformität zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen, sehen die Übergangsbestimmungen des neuen Gesetzes eine «Schonfrist» von sechs Monaten vor. Diese Frist ist nunmehr abgelaufen; seit dem 1. Januar dieses Jahres können neue Verfahren eingeleitet bzw. frühere Verfahren nach neuem Recht weitergeführt werden. Grund genug, hier den Inhalt der Neuregelung nochmals in Erinnerung zu rufen.



Dr. Vito Roberto

Überblick

Das neue Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen soll die Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandorts Schweiz verbessern. Inhaltlich geht es mithin darum, den Wettbewerb zu intensivieren. Ohne eine solche Revitalisierung der Marktwirtschaft – so die Befürchtungen – riskiere die Schweiz, wirtschaftlich ins Hintertreffen zu geraten.

Diese Revitalisierung sollte nach Möglichkeit *eurokompatibel* erfolgen. Das neue Gesetz 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 die Neuordnung des Kartellrechts 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 und ein verwaltungsrechtliches Verfahren vor. Das Schwergewicht dürfte noch vermehrt bei der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung liegen, da die Wettbewerbsbehörden personell aufgestockt und deren Durchsetzungskompetenzen erweitert wurden. Auch in *materieller* Hinsicht markiert die Neuordnung eine Aufwertung des Kartellrechts. So haben die Bestimmungen über unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmungen eine Präzisierung erfahren; und neu wurde auch eine präventive Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen eingeführt.

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. das 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 sowohl (schriftliche oder mündliche) Verträge als auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen («Gentlemen's Agreements»). Selbst aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen («Parallelverhalten») können eine Wettbewerbsabrede darstellen, sofern ein solches Verhalten betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigt ist.

Das neue Kartellgesetz umfasst gleichermassen *horizontale* Abreden, d.h. Vereinbarungen zwischen Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe, und *vertikale* Abreden, d.h. Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen (Verkäufer und Käufer bzw. Produzent und Händler).

Abreden sind dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen. Ob eine erhebliche Beeinträchtigung vorliegt, beurteilt sich vor allem danach, wie sich die Abrede auf die *Handlungsfreiheit* der betroffenen Unternehmen auf dem relevanten Markt auswirkt.

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.

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 Mio. Ecu grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen, sieht

[1] Der Autor ist Anwalt bei Froriep Renggli, Rechtsanwälte, Zürich

das schweizerische Kartellgesetz *keine Spürbarkeitsgrenzen* vor.

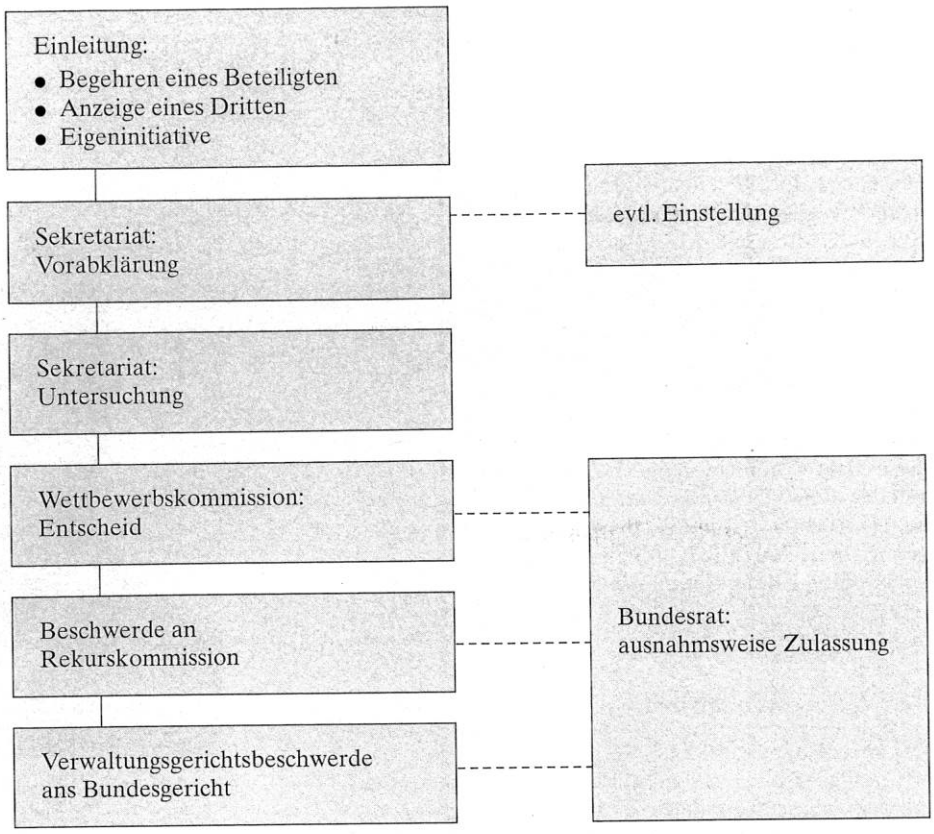
Eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs ist freilich in jenen Fällen zulässig, in denen die Abrede die *wirtschaftliche Effizienz* erhöht. Wirtschaftlich effizient ist eine Abrede dann, wenn ihre schädlichen Auswirkungen durch wirtschaftlich erwünschte Wirkungen ausgeglichen werden. Zu denken ist 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 Absprachen zwischen direkten Konkurrenten über Preise (Preiskartell), über Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen (Quotenkartell) oder über *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 Verordnungen 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.

Verwaltungsrechtliches Verfahren



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 Worten 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,
- die Diskriminierung von Handelspartnern,
- unangemessene Preise,
- die gezielte Preisunterbietung,
- «Output»-Einschränkungen und
- Koppelungsverträge.

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 Marktzutrittsschranken, 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 bis 40% aufweist.

Wir sind Mitglied der Handelskammer Deutschland/Schweiz

ELEKTRON Elektrotechnik Elektronik Nachrichtentechnik

Elektron AG, CH-8804 Au ZH, Telefon 01 781 01 11, Fax 01 781 02 02

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

Unternehmenszusammenschlüsse

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 Mrd. Fr. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Fr. erzielten;
- *und* mindestens zwei der beteiligten Unternehmen in der Schweiz einen Umsatz von je mindestens 100 Mio. Fr. erzielten (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 Fusionsfälle 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 Diskriminierungen, 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 Gewinnes 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 branchenübliche Verträge abzuschliessen haben. Praktisch bedeutsam ist sodann die Möglichkeit, *vorsorgliche Massnahmen* zu verlangen.

Ist im zivilrechtlichen Verfahren streitig, ob ein Sachverhalt kartellrechtswidrig ist, so wird das Verfahren ausgesetzt und die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorgelegt.

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 Unter-

Schönste Schiffsreisen auf sonnigen Routen

Ostern 97:

★ **Amazonas,** flussabwärts ab DM 5900,–
27.3.–6.4. Manaus–Cayenne

★ **Burma/Indien** ab DM 6900,–
22.3.–6.4. Rangoon–Bombay

★ **Flussfahrt Main/Donau** ab DM 3290,–
27.3.–5.4. Würzburg–Budapest

Schiffe: Hanseatic, Bremen, River Cloud

Weitere einmalige Vorschläge:

★ **«top-class» durch den Panama-Kanal**
1.–13.3. Acapulco–Miami ab DM 5950,–

★ **Seychellen + Malediven** ab DM 8900,–
9.–28.3. Mahé–Bombay–Muskat/Oman

★ **Rotes Meer und Suez-Kanal** ab DM 6900,–
26.3.–12.4. Muskat–Aqaba–Malta–Genua

Schiffe: Crystal Harmony, ms Europa.
Linienflüge meist LH, im Preis inkl.

Prospekte und Info erhältlich bei «Kreuzfahrten-Büros» und bei

HANSEATIC TOURS

Generalvertretung Schweiz:
MCCM MASTER CRUISES
Christian Möhr AG, 8117 Fällanden ZH
Telefon 01 825 20 50, Fax 01 825 31 41

MCCM MASTER CRUISES CHRISTIAN MÖHR

neu: ab 1. Januar '97
Generalvertretung Schweiz für
Hapag-Lloyd
ms Europa
MS Bremen
MS Columbus

MCCM MASTER CRUISES Christian Möhr AG

suchung 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 Entscheid 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 Fr. und bei einem Verstoss im Zusammenhang mit Unternehmungszusammenschlüssen bis zu 1 Mio. Fr. 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 10% 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 Fr., bei Verstössen gegen einvernehmliche Regelungen oder behördliche Anordnungen bis zu 100 000 Fr. 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 Grundsatze nach doch eine weitgehende Anlehnung an das europäische Wettbewerbsrecht statt.

Eine Ausrichtung an das europäische Recht ist schon wegen der Berührungspunkte der schweizerischen Volkswirtschaft mit denjenigen der EU-Mitgliedstaaten notwendig. Gleichzeitig gibt dies den schweizerischen Unternehmen mit Tätigkeitsfeld in der EU eine gewisse Gewähr, 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 in Deutschland (bzw. in anderen EU-Ländern) tätig sind, als auch deutsche Unternehmen, die im schweizerischen Markt präsent sind, sollten mithin einer (erneuten) wettbewerbsrechtlichen Kontrolle durch die jeweiligen Kartellbehörden im Grossen und Ganzen gelassen entgegenblicken können.

■

Anforderung an ausländische Unternehmen betreffend die Mehrwertsteuer in der Schweiz

Seit dem 1.1.1995 sind alle Firmen, die nicht in der Schweiz niedergelassen sind, aber Umsätze in der Schweiz tätigen, sei es als Händler oder Hersteller, verpflichtet, die Mehrwertsteuer auf ihre Umsätze an die Eidgenössische Steuerverwaltung abzuführen und die entsprechenden Mehrwertsteuerabrechnungen abzugeben, soweit bestimmte Mindestumsatzgrenzen überstiegen werden. Hierzu ist es erforderlich, dass sich die ausländischen Unternehmen bei der Eidg. Steuerverwaltung als **mehrwertsteuerpflichtiges Unternehmen** registrieren lassen.

Diese Registrierung muss über einen in der Schweiz ansässigen **Fiskalvertreter** erfolgen. Die Handelskammer Deutschland–Schweiz ist schon seit Jahren **als offizieller Fiskalvertreter bei der Eidg. Steuerverwaltung anerkannt und übernimmt für deutsche Unternehmen entsprechende Mandate.**

Sobald ausländische Unternehmen in der Schweiz selbst keine Umsätze tätigen, aber dennoch Mehrwertsteuer bezahlt haben, besteht die **Möglichkeit der Rückerstattung** der Mehrwertsteuerbeträge.

Allerdings wird auch für die Rückerstattung der Mehrwertsteuer durch die Eidg. Steuerverwaltung gefordert, dass das ausländische Unternehmen einen offiziellen Vertreter mit Wohn- und Geschäftssitz in der Schweiz benennt. Auf Grund ihrer langjährigen Erfahrung in der Zusammenarbeit mit der Eidg. Steuerverwaltung ist die Handelskammer Deutschland–Schweiz gerne bereit, auch diese Vertretung zu übernehmen.

Wegen weiterer Einzelheiten wenden Sie sich bitte an

Handelskammer Deutschland–Schweiz, Rechtsabteilung, Tödistrasse 60, CH-8002 Zürich
Telefon 0041/1/283 61 80, Fax 0041/1/283 61 00