

Zur Diskussion / A discuter

Generalversammlung der Schweizerischen Vereinigung für Wettbewerbsrecht (ASAS) vom 26. Oktober 2006 – Diskussion über die Revision der Vertikal-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission

RETO A. HEIZMANN*

Am 5. September 2006 orientierte die Wettbewerbskommission in einer Medienmitteilung über die Eröffnung der Vernehmlassung zur Revision der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 (Vertikal-Bekanntmachung). Sie kündigte an, mit der Revision ihrer Bekanntmachung über Vertikalabreden der Kartellrechtsrevision vom 20. Juni 2003 sowie der Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung vom 19. Dezember 2005 (KMU-Bekanntmachung) Rechnung tragen zu wollen. Gleichzeitig werde eine Harmonisierung mit dem EU-Wettbewerbsrecht angestrebt. Die Vernehmlassungsfrist dauerte bis am 31. Oktober 2006.

Vor diesem Hintergrund bot die Schweizerische Vereinigung für Wettbewerbsrecht (ASAS) am 26. Oktober 2006 im Anschluss an ihre in Bern abgehaltene Generalversammlung zwei ausgewiesene Experten zum Streitgespräch auf. Pierre Kobel, der Präsident der ASAS, durfte Dr. Patrick Krauskopf und Dr. Julia Xoudis vorstellen, die zum Entwurf der überarbeiteten Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden sprachen. Krauskopf als Vizedirektor des Dienstes «Produktmärkte» im Sekretariat der Wettbewerbskommission richtete sich als Erster an das Publikum und vertrat die Ansicht der Wettbewerbskommission. Xoudis unterzog den Entwurf im Anschluss an das Referat von Krauskopf einer kritischen Würdigung. Zum Schluss stellten sich die Referenten Fragen aus dem Publikum.

Nach grundsätzlichen Ausführungen zur Natur von vertikalen Abreden zeigte Krauskopf auf, dass vertikale Abreden sowohl negative als auch positive Wirkungen haben könnten. Von den negativen Wirkungen nannte er den Marktabschottungseffekt, von den positiven die effizientere Vertriebsgestaltung. In diesem Kontext diene die Bekanntmachung als Anleitung zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung vertikaler Abreden im Einzelfall.

Im Anschluss daran erklärte Krauskopf, aus welchen Gründen die Wettbewerbskommission die Vertikal-Bekanntmachung revidieren wolle. Er erwähnte die Anpassung an das revidierte Kartellrecht, das heisst an Art. 5 Abs. 4 des Kartellgesetzes (KG, SR 251), die Anpassung an die KMU-Bekanntmachung sowie die Angleichung an das EU-Wettbewerbsrecht. Als Ziele der Revision erwähnte er den Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz, die Öffnung der Märkte, die Vermeidung von Helvetismen und höhere Rechtssicherheit durch Präzisierungen. Nach Krauskopf seien die wichtigsten im Entwurf vorgesehenen Änderungen die Aufnahme einer Regelung des Verhältnisses zur KMU-Bekanntmachung, die Erhöhung der Marktanteilsschwellen in Bagatellfällen, die Konkretisierung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung, die Konkretisierung der Widerlegung der Vermutung und die Präzisierung der ökonomischen Rechtfertigung.

Bezüglich des Verhältnisses zur KMU-Bekanntmachung sei geplant, dass die revidierte Vertikal-Bekanntmachung der KMU-Bekanntmachung vorgehe. Daraus folge, dass Abreden mit beschränkter Marktwirkung im Sinne der KMU-Bekanntmachung künftig zulässig seien, sofern keine Erheblichkeit aufgrund des Gegenstandes vorliege und der Vorbehalt gleichartiger Netze nicht greife. Somit sei der Nachweis der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit nicht mehr notwendig. Schliesslich würden auch Spezialregelungen für Kleinunternehmen bei vertikalen Abreden hinfällig.

Bezüglich der Erhöhung der Marktanteilsschwellen bei Bagatellfällen präziserte Krauskopf, dass vertikale Abreden zwischen kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) unproblematisch seien, wenn der Marktanteil jedes KMUs 15% nicht überschreite und keine Erheblichkeit aufgrund des Gegenstandes vorliege. Bisher liegt diese Schwelle bei 10%. Von der Bagatellklausel ausgenommen seien gleichar-

tige vertikale Vertriebsnetze, falls diese Netze mehr als 30% des Marktes abdeckten, wobei diesbezüglich – im Vergleich zur geltenden Vertikal-Bekanntmachung – die Festlegung einer Marktanteils-grenze von 30% neu wäre.

Weiter sollen in der überarbeiteten Bekanntmachung die in Art. 5 Abs. 4 KG vorgesehenen gesetzlichen Vermutungen der Wettbewerbsbeseitigung konkretisiert werden. Als Vermutungstatbestände gelten die Fixierung von Mindest- oder Festpreisen sowie der absolute Gebietsschutz. Zudem soll in der überarbeiteten Vertikal-Bekanntmachung ausdrücklich erwähnt werden, dass auch Preisempfehlungen eine Preisfixierung darstellen könnten. Dabei solle der blosser Nachweis bestehenden Markenwettbewerbs, so genannten Interbrand-Wettbewerbs, nicht zur Widerlegung der Vermutung ausreichen. Wie Krauskopf feststellte, sei diese Formulierung in den bisherigen Stellungnahmen zum Bekanntmachungsentwurf zwar schon auf einige Kritik gestossen. Allerdings sei diese Regelung für die Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG zentral und er werde sich dafür einsetzen, dass diese Bestimmung nicht toter Buchstabe bleibe.

In der neuen Vertikal-Bekanntmachung soll zudem die ökonomische Rechtfertigung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG weiter präzisiert werden. So soll neu eine 30%-Regel eingeführt werden. Das heisst Vertikalabreden, bei denen der Lieferant respektive der Käufer einen Marktanteil von 30% nicht überschreitet und die den Wettbewerb nicht aufgrund des Gegenstandes beeinträchtigen, sollen künftig grundsätzlich zulässig, genauer gerechtfertigt im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sein. Für Wettbewerbsabreden, bei denen der Lieferant respektive Käufer einen Marktanteil von 30% oder weniger hält und die den Wettbewerb aufgrund des Gegenstandes beeinträchtigen, gälte ein Beispielkatalog. In allen anderen Fällen erfolgte eine Einzelfallprüfung.

Schliesslich hielt Krauskopf im Sinne eines Ausblicks fest, dass mit Hilfe der überarbeiteten Vertikal-Bekanntmachung Europricing auch für die Schweiz gelten solle. Zudem sollen offene Märkte geschaffen werden sowie die Helvetismen auf ein Minimum reduziert werden. Für Unternehmen müsse zudem höhere Rechtssicherheit herrschen.

Nachdem Krauskopf sein Referat beendet hatte, legte Xoudis ihre kritische Analyse des Entwurfs der neuen Vertikal-Bekanntmachung dar. Die Referentin gliederte ihren Vortrag in drei Teile: Nach Ausführungen zur Übereinstimmung des Entwurfs mit den EU-rechtlichen Vorgaben untersuchte sie den Entwurf auf die Berücksichtigung von Effizienzkriterien. Ihr Beitrag schloss mit Fragen de lege ferenda.

Im ersten Teil ihrer Ausführungen kritisierte Xoudis, dass sich der Entwurf zwar weitgehend am EU-Recht orientiere, er aber nicht dessen Präzision erreiche und nicht gleich vollständig sei. So blieben einige Fragen offen, etwa, ob die revidierte Bekanntmachung auch Abreden über den Technologietransfer erfasse oder wie Handelsvertreterverträge oder vertikale Abreden, welche die Schwelle von 30% überschreiten, im Einzelfall zu beurteilen seien. Des Weiteren kritisierte Xoudis verschiedene im Entwurf vorgenommene Begriffsbestimmungen, so etwa die Formulierung, dass auch Preisempfehlungen Preisfixierungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG darstellen könnten. Zudem bemängelte sie, dass Bagatellfälle strenger als im EU-Recht beurteilt würden. Auch sei die Systematik des Entwurfs verbesserungsbedürftig.

Im zweiten Teil untersuchte die Referentin die Übereinstimmung des Entwurfs mit den vom Kartellgesetz verfolgten ökonomischen Zielen. Das Kartellgesetz bezwecke den Schutz des Wettbewerbs, das heisst die Förderung der allgemeinen Wohlfahrt durch eine Erhöhung der Allokations- und Produktionseffizienz sowie der Innovation. Zwar erwähne der Bekanntmachungsentwurf in seinen Begründungserwägungen drei und vier diese Grundsätze, setze diese aber in den vorgeschlagenen Regeln nicht um.

Unbestritten sei, dass der Gesetzgeber mit der im Zuge der Revision vom 20. Juni 2003 ins Kartellgesetz aufgenommenen Bestimmung von Art. 5 Abs. 4 KG das in der Schweiz erhöhte Preisniveau bekämpfen wolle, gerade auch durch die Ermöglichung von Parallelimporten. Es sei aber falsch, die EU-rechtlichen Vorgaben ohne Weiteres ins schweizerische Recht zu übernehmen, denn diese Regeln verfolgten auch das Ziel der Integration der mitgliedstaatlichen Märkte. Demgegenüber müsse die Wettbewerbskommission im Kontext von Art. 5 Abs. 4 KG untersuchen, ob eine vertikale Abrede dazu diene, in der Schweiz ein erhöhtes Preisniveau zum Schaden der Konsumenten durchzusetzen.

Diesem Anliegen werde der vorgeschlagene Entwurf nach Xoudis nicht gerecht, was gerade auch in Ziffer 11 Abs. 2 des Entwurfs zum Ausdruck komme. Dort werde nämlich vorgeschlagen, dass die

Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht durch den blossen Nachweis bestehenden Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden könne. Dieser Vorschlag stehe im Widerspruch zur Wettbewerbstheorie und stimme auch nicht mit der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Art. 5 Abs. 3 KG überein. Nach Ansicht von Xoudis sollte Art. 5 Abs. 4 KG für Fälle reserviert sein, in denen der Wettbewerb zwischen verschiedenen Herstellern schwach sei, insbesondere in Fällen von engen Oligopolen. Auch durch eine auf diese Fälle beschränkte Anwendung bliebe die Bestimmung von Art. 5 Abs. 4 KG nicht toter Buchstabe.

Weiter kritisierte Xoudis, dass Ziffer 12 des Entwurfs, die diejenigen Klauseln aufzähle, welche die Wettbewerbskommission als erheblich einzustufen gedenkt, ebenfalls nicht den ökonomischen Erkenntnissen entspreche. Entgegen der im Entwurf vorgesehenen Regeln müsste etwa gelten, dass vertragliche Verbote von Parallelimporten nur dann unzulässig seien, wenn zwischen den verschiedenen Märkten Preisdifferenzen bestünden. Und Wettbewerbsverbote sollten nur dann für erheblich befunden werden, wenn Konkurrenten der Zugang zur Distribution erschwert werde.

Nach Xoudis bleibe der Bekanntmachungsentwurf – entgegen des Wortlauts der Bestimmung von Art. 6 KG – bezüglich der wirtschaftlichen Rechtfertigung von Abreden seltsam still. Auch hier müsste der Entwurf den ökonomischen Erkenntnissen besser gerecht werden. Denn nach Xoudis könnten sogar Klauseln, die zu einer Abschottung des Schweizer Marktes führten, positive Auswirkungen auf die ökonomische Effizienz haben.

Den zweiten Teil ihrer Ausführungen schloss die Referentin mit verschiedenen Verbesserungsvorschlägen. So schlug sie etwa vor, dass auch der Nachweis bestehenden Interbrand-Wettbewerbs allein die Vermutung des Art. 5 Abs. 4 KG umstossen könne. Weiter regte sie an, nur diejenigen vertikalen Klauseln als erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG einzustufen, die in der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der EU-Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nicht gruppenfreigestellt sind. Generell müsste den ökonomischen Erkenntnissen und den positiven Wirkungen von vertikalen Abreden in einer überarbeiteten Vertikal-Bekanntmachung mehr Gewicht eingeräumt werden.

Im dritten Teil ihres Referats unterbreitete Xoudis dem Publikum verschiedene Fragen de lege ferenda. Als Erstes warf sie die Frage auf, worin die hauptsächlichen Gründe für das in der Schweiz überhöhte Preisniveau lägen. Daran schloss die Frage an, ob die Zulassung von Parallelimporten tatsächlich die Preise in der Schweiz reduzieren würde. Als dritten Punkt gab sie zu bedenken, dass eine Senkung der Konsumentenpreise zwar den Schweizer Konsumenten diene, aber auch dazu führen könne, dass die Innovationsanreize der Produzenten gesenkt würden. Dies könnte auch in einer Schlechterstellung der Konsumenten münden. Schliesslich wies Xoudis auf die durch eine Verschärfung der Politik gegenüber vertikalen Abreden möglicherweise bewirkte Beschleunigung der vertikalen Integration hin, was die ökonomische Effizienz verringern könnte.

Nachdem Krauskopf die von Xoudis am Schluss ihres Referats aufgeworfenen Fragen und Anregungen im Einzelnen kritisiert hatte, wurde dem Publikum die Möglichkeit gewährt, den Referenten Fragen zu stellen. Diese Möglichkeit wurde rege genutzt, wobei der Entwurf einer überarbeiteten Vertikal-Bekanntmachung mehrheitlich kritisch beurteilt wurde. Zum Schluss der Veranstaltung verdankte Kobel im Namen der ASAS die Referenten und kündigte an, auch im nächsten Jahr wieder für eine angeregte Diskussion besorgt zu sein.

In der von der ASAS organisierten Veranstaltung wurde deutlich, wie unterschiedlich die Auffassungen über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden in der Schweiz sind. Der Entwurf einer überarbeiteten Bekanntmachung wird daher Gegenstand angeregter Diskussionen bleiben. Durch die Referate von Krauskopf und Xoudis wurde ein erster Markstein gesetzt.

* Dr. iur., Rechtsanwaltssubstitut, Zürich.