

Kartellgesetz und KMU – ein Leitfaden

1. Warum dieser Leitfaden?

Seit der letzten Revision des Kartellgesetzes im Jahre 2003 drohen bei groben wettbewerbsrechtlichen Verstössen happige Sanktionen. Dies gilt für sämtliche Unternehmen, auch für KMU aller Grössen. Bei wettbewerbsrelevanten Sachverhalten ist also höchste Vorsicht und Sorgfalt geboten.

Gegenwärtig ist das Kartellgesetz wieder einmal Gegenstand kontroverser Debatten: Nicht weniger als drei umstrittene Revisionsvorhaben stehen zurzeit zur Diskussion. Der sgv lehnt diese Reformvorhaben ab; es gibt keinen dringenden Handlungsbedarf zu einer weiteren Gesetzesanpassung, vielmehr gilt es das bestehende Recht konsequent umzusetzen und eine verlässliche Praxis zu entwickeln. Zudem sollten die Spielregeln im Interesse der Planungs- und Rechtssicherheit nicht zu häufig geändert werden.

Der vorliegende Leitfaden möchte auf wenigen Seiten und leicht verständlich den Sinn, Zweck und Inhalt des Kartellgesetzes aufzeigen. Vor allem aber wird dargelegt, wie sich die KMU, aber auch Wirtschaftsverbände vor möglichen „Fallgruben“ bewahren können und wie sie in Zweifelsfällen vorgehen sollen. Insbesondere bei Preisempfehlungen von Branchenverbänden an ihre Mitglieder ist höchste Vorsicht am Platz.

Für den nachfolgenden Text zeichnet ausschliesslich der Schweizerische Gewerbeverband sgv verantwortlich. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Weko) hat aber die Arbeiten eng begleitet und den Inhalt auf seine Richtigkeit überprüft. Es handelt sich um eine Neuauflage und à-jour-Führung des ersten Leitfadens vom 16. Dezember 2009.

2. Wettbewerb: Motor der Wirtschaft

Eine der Grundsäulen unserer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung ist der Wettbewerb. Das schweizerische Kartellrecht hat daher gemäss Zweckartikel 1 des Kartellgesetzes die Aufgabe, „volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern“.

Der Wettbewerb erfüllt in der Tat im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Ordnung eine Reihe wichtiger, grundlegender Funktionen: Er steuert das Angebot gemäss den Käuferpräferenzen, er führt zu einem effizienten Einsatz der Produktionsfaktoren, er schafft Anreize zu bestmöglicher Leistung, er fördert die Produkt- und Prozessinnovation und nicht zuletzt den für das Wirtschaftswachstum notwendigen Strukturwandel. Die Aufgabe staatlicher Wettbewerbspolitik muss es daher sein, das Funktionieren von Marktprozessen und damit das freie Spiel von Angebot und Nachfrage zu gewährleisten – im Interesse der gesamten Volkswirtschaft.

Das Kartellgesetz ist grundsätzlich auf alle Unternehmen, unabhängig von ihrer Grösse, anwendbar. Es gilt für ein Mikrounternehmen mit wenigen Mitarbeitenden genauso wie für die Grossbanken. Allerdings enthält das Kartellgesetz auch Bestimmungen zum Schutz der KMU vor dem Verhalten marktbeherrschender Unternehmen.

Der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist allerdings beschränkt. Er gilt nur für Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Unternehmen, die sich im freien Markt bewegen. Staatlich geregelte Märkte werden vom Kartellgesetz nicht erfasst, so etwa Teile des Agrarmarktes, des Gesundheitssektors und des Arbeitsmarktes mit den zum Teil allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen. Die Weko kann den Behörden jedoch Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb auch in den geschützten Märkten unterbreiten. Mit dem Trend zu einer schrittweisen Liberalisierung der noch staatlich geregelten Märkte wird der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes tendenziell grösser.

3. Die drei Hauptstossrichtungen des Kartellgesetzes

Kartelle sind in der Schweiz nicht verboten, sondern es sollen die Missbräuche beziehungsweise die volkswirtschaftlich negativen Auswirkungen bekämpft werden. Damit wendet sich das Gesetz nicht gegen Strukturen als solche, sondern lediglich gegen gewisse volkswirtschaftlich schädliche Verhaltensweisen, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen oder sogar beseitigen. Zu diesem Zweck stehen drei Hauptinstrumente zur Verfügung:

- **Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden.** Die unzulässigen Wettbewerbsabreden sind in Artikel 5 des Kartellgesetzes geregelt. Es geht in erster Linie um Preisfestsetzungen, Mengenabsprachen oder Gebietsaufteilungen zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe (horizontal) oder verschiedener Marktstufen (vertikal). Sie werden als so genannte harte Kartelle bezeichnet und sind unzulässig. Abreden, die den Wettbewerb nicht beseitigen, ihn aber doch erheblich beeinträchtigen, sind zulässig, wenn sie sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.
- **Massnahmen gegen den Missbrauch von Marktmacht.** Das Kartellgesetz verbietet in Artikel 7 den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Im Gesetz werden die hauptsächlichen unzulässigen Verhaltensweisen aufgeführt. Verfügt ein Unternehmen über keine marktbeherrschende Stellung, kann es diese auch nicht missbrauchen, und Artikel 7 kommt dann nicht zum Zug.
- **Fusionskontrolle.** Zusammenschlüsse von grossen Unternehmen müssen der Weko gemäss Artikel 9 des Kartellgesetzes gemeldet werden. Falls dadurch eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, kann die Fusion untersagt oder nur mit Bedingungen und Auflagen zugelassen werden.

Wettbewerbsabreden, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Fusionen können vom Bundesrat entgegen den Beschlüssen der Weko jedoch zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. Von dieser Möglichkeit macht der Bundesrat allerdings nur äusserst selten Gebrauch.

Ausführende Behörde ist das Sekretariat der Weko mit Sitz in Bern, das administrativ dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement zugeordnet ist. Es beschäftigt rund 60 Personen, vorzugsweise Juristen und Ökonomen. Die Entscheide und Verfügungen werden von der vom Bundesrat ernannten Weko gefällt. Sie zählt gegenwärtig 12 Mitglieder, darunter fünf so genannte Interessenvertreter. Präsident ist Professor Vincent Martenet; der sgv wird bis Ende 2011 durch Dr. Rudolf Horber vertreten, ab 2012 durch Henrike Schneider.

4. Möglichkeiten für die KMU

Das Kartellgesetz gilt gleichermaßen für Grossunternehmen und KMU. Es eröffnet den KMU vielfältige Möglichkeiten, sich zur Wehr zu setzen. Die vor allem bei den Mikrounternehmen noch zu wenig bekannte Kartellgesetzgebung gibt den KMU insbesondere die folgenden Mittel in die Hand:

- **Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen:** Die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen gegen den Missbrauch von Marktmacht fördern den Wettbewerb und verhindern, dass KMU von Grossunternehmen an die Wand gedrückt werden. Wenn KMU im Wettbewerb behindert werden, zum Beispiel durch Lieferverweigerungen oder Preisdiktate, können sie sich zur Wehr setzen, sei dies durch eine Klage bei der Weko oder vor einem Zivilgericht.
- **Verhinderung von Megafusionen:** Die Tatsache, dass Unternehmenszusammenschlüsse, die eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, verboten oder nur mit Bedingungen und Auflagen zugelassen werden können, liegt eindeutig im Interesse der KMU. So mussten beispielsweise bei der Fusion zwischen dem Bankverein und der Bankgesellschaft zur UBS während einer bestimmten Zeit die früheren Kreditbeziehungen mit KMU weitergeführt werden. Auch die Bewilligung der Übernahme von Denner durch die Migros war an verschiedene Auflagen geknüpft, deren Einhaltung einer strengen Kontrolle unterliegen.
- **KMU-Artikel:** Bei der letzten Revision des Kartellgesetzes wurde unter anderem der KMU-Artikel 6 Abs. 1 lit. e aufgenommen. Danach sind Abreden, die eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen mit beschränkter Marktwirkung bezwecken, in der Regel zulässig. Die Details sind in einer Bekanntmachung geregelt. „Harte“ Kartelle sind allerdings nach wie vor verboten, so dass die praktische Auswirkung dieses KMU-Artikels sehr beschränkt ist.

5. Gefahren für die KMU

Daneben lauern aber für die KMU auch verschiedene Gefahren und Fallgruben. Diese gilt es unbedingt zu vermeiden, zumal im schlimmsten Fall seit der letzten Revision des Kartellgesetzes happige Bussen drohen. Diese können bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes betragen. Gefahren drohen vor allem von zwei Seiten:

- **Unzulässige Abreden / Preisempfehlungen:** Das grösste Risikopotential liegt in horizontalen Absprachen über Preise, Mengen oder Gebietsabgrenzungen. Vor allem bei Preisempfehlungen und Kalkulationshilfen ist grosse Vorsicht am Platz. Insbesondere wenn solche Massnahmen als verbindlich erklärt und im Markt auch eingehalten werden, sind sie unzulässig und die betroffenen KMU oder Branchenverbände riskieren happige Bussen. Bei vertikalen Abreden, das heisst solchen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, wie Preisempfehlungen zweiter Hand, sowie Marktabschottungen gilt es ebenfalls aufzupassen.
- **Rechtsunsicherheit / relativ grosse Grauzone:** In vielen Fällen, zum Beispiel bei Preisempfehlungen oder Kalkulationshilfen, kann nicht zum Vornherein gesagt werden, ob eine Abrede zulässig ist oder nicht. Dies führt zu einer grossen Verunsicherung bei den KMU und kann bei den Unternehmen zu einer übervorsichtigen Geschäftspolitik führen. Die effektive Wirkung einer Abrede kann erst festgestellt werden, nachdem durch die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung durchgeführt worden ist. Dabei ist es vielfach matchentscheidend, wie der Markt abgegrenzt wird. Oder auch beim Befolgungsgrad eines unzulässigen Verhaltens gibt es keine gesicherte Praxis: Wird zum Beispiel eine als unverbindlich bezeichnete Preisempfehlung nur von einer kleinen Minderheit der Betroffenen eingehalten, dürfte sie zulässig sein, ist es aber die grosse Mehrheit, spricht alles für ein Verbot, verbunden mit einer direkten Sanktion.

6. Drei Fallbeispiele

- **Die beiden einzigen kleinen Bäcker in einem abgeschiedenen Bergtal machen eine Preisabsprache.** Dies ist mit Sicherheit unzulässig, und zwar aus folgenden zwei Hauptgründen: Erstens handelt es sich um ein „hartes“ Kartell, der Wettbewerb ist völlig ausgeschaltet. Zweitens besteht kein Aussenwettbewerb, die Konsumenten haben keine Ausweichmöglichkeiten und müssen überhöhte, marktfremde Preise bezahlen. Die beiden Bäcker würden zweifellos sanktioniert, da die (negative) Auswirkung ihrer Absprache im definierten Markt, dem Bergtal, beträchtlich ist.
- **Vier kleine Bäcker machen eine Absprache über den gemeinsamen Mehleinkauf, um gegenüber zwei Grossbäckern bestehen zu können.** Eine solche Absprache wäre höchst wahrscheinlich zulässig, denn der Wettbewerb würde nicht beseitigt, sondern höchstens beeinträchtigt. Sie könnte aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. Ohne eine solche Absprache bestünde eventuell die Gefahr, dass die vier kleinen Bäckereien verschwinden würden, womit es weniger Wettbewerb gäbe. Der Konsument hat auch nach der Absprache immer noch eine Ausweichmöglichkeit (Aussenwettbewerb).
- **Ein regionaler Bäckermeisterverband erlässt unverbindliche Preisempfehlungen und fordert die Bäcker auf, die Preise selber zu variieren.** In diesem Fall kann erst eine Untersuchung im definierten Markt aufzeigen, ob die Abrede zulässig ist oder nicht. Sollte eine Mehrheit der Bäcker unbeschadet die Preisempfehlung übernehmen, ist sie verboten und wird auch sanktioniert. Nimmt eine Vielzahl von Bäckern merkliche Zu- oder Abschläge vor (z.B. Kundenrabatte, Qualitätszuschläge etc.), dürfte die Preisempfehlung ohne Folgen bleiben.

7. Wie verhalte ich mich im Zweifelsfall?

Die Möglichkeiten und Gefahren sowie die aufgeführten Beispiele zeigen es deutlich: Der Grauzonenbereich ist relativ gross, in vielen Fällen kann nicht zum Vornherein gesagt werden, ob eine Massnahme oder ein bestimmtes Verhalten kartellrechtlich zulässig ist oder nicht. Wie soll sich ein KMU, das weder kartellrechtlich geschulte Juristen beschäftigt, noch viele Mittel für (teure) Rechtsgutachten ausgeben kann, verhalten, wenn eine wettbewerbsrechtliche Unsicherheit aufkommt? Nachfolgend sind die einzelnen Möglichkeiten kurz aufgezeigt.

- **Nichts unternehmen, keine Vorsichtsmassnahmen:** Die fragliche Massnahme wird umgesetzt in der Hoffnung, weder die Wettbewerbsbehörden werden hellhörig noch werde eine Klage von Dritten eingereicht.
Empfehlung: Sehr gefährliche Strategie, „Spiel mit dem Feuer“, das Restrisiko ist zu gross (Gefahr einer happigen direkten Sanktion); die als problematisch erachtete Verhaltensweise sollte so rasch wie möglich aufgegeben werden.
- **Externes Rechtsgutachten einholen:** Es handelt sich um eine relativ sichere, aber eher teure Lösung.
Empfehlung: Falls es sich um eine grössere Rechtsunsicherheit handelt und genügend Mittel vorhanden sind, ist es eine sinnvolle Lösung.
- **Anfrage beim Sekretariat der Weko:** Relativ sichere und auch günstige Lösung. Eine erste unverbindliche Auskunft ist gratis, ein Gutachten wird zu Stundenansätzen von 100 – 400 Franken erstellt. Allerdings sind Auskünfte des Sekretariates für die Weko nicht bindend.
Empfehlung: Zweckmässige Lösung, von der mehr Gebrauch gemacht werden sollte, vor allem von kleinen Unternehmen und Verbänden.

- **Meldung der Wettbewerbsbeschränkung (Widerspruchsverfahren):** Wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese wirksam wird, entfällt eine Sanktionierung. Wird innert fünf Monaten kein Verfahren eröffnet, bleibt die Wettbewerbsbeschränkung für das Unternehmen ohne Folgen.

Empfehlung: Zweckmässige Lösung für KMU und Verbände aller Grössen.

- **Anfrage beim entsprechenden Branchenverband oder dem sgV:** Die Branchenverbände und der sgV sind gerne bereit, Fragen im Zusammenhang mit dem Kartellgesetz zu beantworten. Sie können jedoch nur eine erste Rechtsauskunft erteilen, die zwar gratis, aber rechtlich nicht bindend sein kann, weil das Detailwissen fehlt.

Empfehlung: Für einfachere Fälle sinnvoll, für eine umfassendere und verbindlichere Auskunft ist das Sekretariat der Weko oder ein externer Spezialist beizuziehen.

8. Kontaktadressen

Schweizerischer Gewerbeverband sgV, Schwarztorstrasse 26, Postfach, 3001 Bern,
Tel. 031 380 14 14, www.sgv-usam.ch, info@sgv-usam.ch oder direkt r.horber@sgv-usam.ch (bis Ende 2011) bzw. h.schneider@sgv-usam.ch (ab 2012)

Sekretariat der Wettbewerbskommission, Monbijoustrasse 43, 3003 Bern, Tel. 031 322 20 40,
www.weko.admin.ch, info@weko.admin.ch

9. Grundlagen

- Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995, SR 251
- Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung) vom 19. Dezember 2005
- Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung) vom 18. Februar 2002
- Bekanntmachung betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen vom 4. Mai 1998

Weitere Grundlagen siehe Website der Weko: www.weko.admin.ch/dokumentation

Bern, 8. Dezember 2011

Dossierverantwortlicher

Rudolf Horber, Ressortleiter sgV
Telefon 031 380 14 34, E-Mail r.horber@sgv-usam.ch