

Neues Kartellrecht – Chancen und Handlungsbedarf für KMU

Am 1. April 2004 tritt das neue Kartellrecht in Kraft. Dieser Teilrevision eilt der Ruf voraus, **für KMU viele Chancen** zu bieten, so vorab im Bereich der Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen. So verspricht die **Förderung der Parallelimporte** im Rahmen des entschiedenen Vorgehens gegen Vertikalabreden einen wirksameren Wettbewerb und damit günstigere Preise für Güter und Dienstleistungen von Grosskonzernen (Stichwort «Hochpreisinsel Schweiz»). Ebenfalls im Interesse der KMU ist der **verstärkte Schutz vor Nachfragemacht**: Die Schwelle für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung liegt tiefer, berücksichtigt werden neu insbesondere auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt. Mächtige Konkurrenten, welche die Abhängigkeit eines KMU missbräuchlich ausnutzen, können so unabhängig von absoluten Marktanteilsdaten künftig zur Rechenschaft gezogen werden.

Die besondere Situation von KMU wird durch den sog. **KMU-Artikel** (Art. 6 Abs. 1 lit. e neu KG) berücksichtigt. Das Gesetz regelt, welche Arten von Wettbewerbsabreden als gerechtfertigt gelten können. Neu gehören dazu «Abreden mit dem Zweck, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu verbessern, sofern sie nur beschränkte Marktwirkung aufweisen.» Gerade KMU sind auf ein funktionierendes Netzwerk und gewisse koordinierte Verhaltensweisen mit den anderen Marktteilnehmern (Mitbewerber, Anbieter und Nach-

frager) angewiesen. Die Bedeutung des KMU-Artikels wird allerdings erst noch in einer Verordnung oder allgemeinen Bekanntmachung zu präzisieren sein, so dass der Bereich zwischen legitimem Netzwerk und unzulässiger Wettbewerbsabrede noch nicht klar abgegrenzt ist.

Angesichts der verschärften Regelungen im neuen Kartellgesetz ergibt sich daraus auch ein **Handlungsbedarf für KMU**. Hervorzuheben sind zwei Neuerungen, die – zumindest in einigen Branchen – zu einem Mehraufwand im Bereich der unternehmensinternen Massnahmen (**Compliance**) führen dürften:

- Griffige Bussen durch **direkte Sanktionen** (keine Vorwarnung, Umsatzabhängige Bussen: bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Umsatzes im relevanten Markt)
- **Bonusregelung** für sog. Whistleblower (d.h. ein Kartellmitglied profitiert davon, dass es das vermeintliche Kartell zur Anzeige bringt)

Diese Regelungen führen dazu, dass die Unternehmen bei kartellrechtlich zweifelhaften Vereinbarungen (wichtig: nicht nur formelle Verträge, sondern auch mündliche oder E-mail-Vereinbarungen fallen darunter) nicht einfach abwarten können, bis die Wettbewerbskommission eine erste Untersuchung eingeleitet und eine Verfügung erlassen hat. Sie müssen sich vielmehr **vor Abschluss** einer Vereinbarung und

auch **während** eines laufenden Vertragsverhältnisses die Frage stellen, ob die kritische Klausel zulässig sei – denn das Damoklesschwert der erheblichen Sanktion schwebt drohend über ihnen.

Im Hinblick auf die Inkraftsetzung am 1. April 2004 empfehlen wir Ihnen deshalb, die Verträge und Geschäftsbeziehungen des Unternehmens im Hinblick auf die neue Regelung zu überprüfen (so insbesondere auch bestehende Marktinformations- und Meldeverfahren sowie sog. «naive Kartelle» im Rahmen von gewissen Verbänden, ERFAS etc.). Aus unserer Sicht bestehen alsdann **drei Handlungsalternativen**, die sich jedes KMU überlegen muss:

1. **Nichts tun:** Das dürfte bei den meisten kleinen Gewerbetreibenden die beste Lösung sein, da hier normalerweise kein Problem vorliegt.
2. **Aufhebung der kartellistischen Vereinbarung:** Diese Lösung sollte dort gewählt werden, wo schon heute klar ist, dass sie gegen das Kartellrecht verstösst, wo die Beteiligten aber zuwarten wollten nach dem Prinzip «Wo kein Kläger, da kein Richter». Wenn die Aufhebung innert Jahresfrist ab Inkrafttreten erfolgt, d.h. bis zum **1.4.2005**, werden noch keine direkten Bussen verhängt. Dies könnte u.a. in folgenden Situationen der Fall sein:
 - Mengen-, Preis- und Gebietsabsprachen; neu fallen hier auch explizit vertikale Abreden in Vertriebs-, Kooperations- und ähnlichen Verträgen darunter (z.B. Mindest- und Festpreise, Verbot von Passivverkäufen)
 - Verbindliche Tariflisten von Verbänden oder Mindestpreise für Verbandsmitglieder
 - Vertriebs- und Händlerverträge mit Fixierung von Weiterverkaufspreisen und/oder Beschränkung des Absatzgebietes
 - Offertabsprachen (bewusst höhere Konkurrenzofferten, um Gebiete zu verteilen)

3. **Meldung der Vereinbarung:** Wenn eine Klausel im Graubereich liegt und mit dem entsprechenden Vertrag eine hohe Wertschöpfung verbunden ist, erscheint eine Analyse durch einen Juristen und u.U. darüber hinaus eine Meldung an das Sekretariat der Weko angebracht zu sein. Mit dem Clearing ist die Bedrohung minimiert, dass ein ausgezeichneter Business case aus Sicht eines KMU eines Tages aus heiterem Himmel verboten wird. Dieses Vorgehen ist u.a. in folgenden Fällen empfehlenswert:
 - Joint ventures / Kooperationsverträge mit zusätzlichen Gebiets- oder Mengenaufteilungen (Preisabsprache ist ohnehin unzulässig)
 - Lizenzverträge mit zusätzlichen Absprachen, die über das geschützte Nutzungsrecht eines Immaterialgutes hinausgehen wie z.B. Festlegung der Weiterverkaufspreisen oder Verbot von Verkäufen in andere Gebiete hinein
 - (Allein-) Vertriebsverträge
 - Reglemente oder Praxis in Verbänden, die über Preisempfehlungen und Richtpreise hinausgehen (z.B. Meldung der Umsatzzahlen an das Sekretariat)
 - Vertragliche oder faktische Verhaltensweisen bei sog. marktmächtigen Unternehmen (Achtung, das kann je nach Marktstruktur bereits bei 30% Marktanteil der Fall sein), die nicht betriebswirtschaftlich sinnvoll sind.

Zusammenfassend bringt die Kartellrechtsrevision eine erhöhte präventive Wirkung und somit die Abnahme volkswirtschaftlich schädlicher Kartelle. Angesichts der drohenden hohen Bussen muss die Kartellrechtsproblematik auf Unternehmensebene ein festes Element der Geschäftsleitung und der Compliance werden (Stichwort: Verhaltensrichtlinien für die Angestellten).

Februar 2004, BB / TB