

5. Kolloquium „Baurecht heute“ vom 14. Januar 2004

im UBS Konferenzgebäude „Grünenhof“, Nüscherstrasse 9, 8001 Zürich

Das neue Kartellrecht: Fussangeln für Geschäftsbeziehungen und Zusammenarbeit?

Referat von Marie-Theres Huser, Rechtsanwältin

1. ÜBERSICHT ÜBER DIE REVISIONSPUNKTE DES SCHWEIZERISCHEN KARTELLRECHTS

Das Parlament hat letzten Sommer eine Revision des Kartellrechts beschlossen. Mit einem Inkrafttreten der neuen Regelungen ist frühestens im April 04 zu rechnen. Der Bundesrat hat entsprechende Ausführungsverordnungen zu erlassen. Die im folgenden beschriebenen Verschärfungen der Sanktionsregelungen werden ihre Wirkungen erst nach der einjährigen Übergangsfrist entfalten. Innerhalb dieses Jahres können bestehende Wettbewerbsbeschränkungen – ohne dass sie Sanktionen zur Folge haben – gemeldet werden. Eine Sanktion entfällt selbstverständlich in dieser Zeit auch, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung von den betreffenden Unternehmen selbständig aufgelöst wird.

Die Revision sieht unter anderem folgende wesentliche Neuerungen vor:

- Einführung von direkten Sanktionen (bis max. 10% des Umsatzes, der in den letzten drei Jahren in der Schweiz erzielt worden ist) für vermutungsweise unzulässige Horizontal- bzw. Vertikalabreden, nämlich
 - horizontale Abreden: Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen
 - vertikale Abreden: Vertriebsverträge mit absoluter Gebietsexklusivität; Preisbindung der zweiten Hand
- sowie für Missbräuche marktbeherrschender Stellungen (grundsätzlich gesetzl. Vermutung);

5. Kolloquium "Baurecht heute" vom 14. Januar 2004

- Erweiterung der Untersuchungskompetenzen der Wettbewerbsbehörden (Hausdurchsuchungen etc.)
- „Bonusregelung“, wonach Kartellmitglieder, welche unzulässige Abreden aufdecken, keine oder nur eine beschränkte Bussgeldsanktion zu erwarten haben („Kronzeugenregelung“)

Das Schweizer Kartellgesetz soll durch diese Revision mehr „Biss“ bekommen und damit in erster Linie seine präventive Wirkung verstärkt werden, dies insbesondere durch die Androhung von direkten Sanktionen und die Kronzeugenregelung. Neben der finanziell empfindlichen Höchststrafe von 10% des in den letzten drei Jahren in der Schweiz erzielten Umsatzes hat der drohende Imageverlust für ein von einer direkten Sanktion (grösseres Medieninteresse!) getroffenes Unternehmen eine nicht zu unterschätzende präventive Wirkung. Die „Kronzeugenregelung“ erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass unzulässige Kartelle aufgedeckt werden.

2. EINIGE AUSGEWÄHLTE BEISPIELE

2.1 Schweizerische Landesbibliothek; Betonsanierung (RPW 2002/1, S. 130 ff)

Vorgängig einer Ausschreibung durch das Bundesamt für Bauten und Logistik 1999 für Betonsanierungsarbeiten an der Schweiz. Landesbibliothek nach dem selektiven Verfahren wurde eine Kostenschätzung eingeholt. Die aufgrund der Ausschreibung eingetroffenen 4 Offerten übertrafen diese Kostenschätzung um fast 1 Mio. (+100%). Diese Differenz veranlasste das BBL zur Einholung einer Vergleichsofferte bei der Batigroup, welche schliesslich CHF 620'000.00 unter dem tiefsten Angebot lag. Auf Anzeige des BBL kam die WEKO zu folgenden Schlüssen:

- Die beträchtlichen Abweichungen der Offerten zur vorgängig eingeholten Kostenschätzung lässt eine unzulässige Wettbewerbsabrede vermuten.

5. Kolloquium "Baurecht heute" vom 14. Januar 2004

- Dabei sei nicht völlige Identität der Angebote Voraussetzung, viel mehr genügt es, wenn sich die Angebote – fern einer Vergleichs-Offerte – in einem gewissen Preiskorridor bewegen. Auf diese Weise werde auch versucht, den Zuschlag an einen bestimmten Bewerber zu steuern.
- Im Weiteren hätten sich die Mitbewerber nach einer gemeinsamen Begehung gekannt und die Möglichkeit zu einer solchen Absprache gehabt.

2.2 Kantonale Registerinträge als Voraussetzung für die Berufsausübung

(RPW 2001/1, S. 167 ff)

Die Kantone TI, FR, GE und NE setzen für eine Bewilligung zur Berufsausübung für Architekten und Ingenieure den Eintrag in ein kantonales Register voraus. Diesen Eintrag wiederum machen sie von folgenden Bedingungen abhängig:

- Mehrjährige Praxis im Kanton
- Geschäftssitz im Kanton
- Entrichtung einer Gebühr

Die WEKO kam 2001 zum Schluss, dass die das Bundesgesetz zum Binnenmarkt verletze und empfahl diesen Kantonen, die entsprechenden Bestimmungen aufzuheben.

2.3 Zschokke Holding AG / Göhner Merkur AG (RPW 2001/3, S. 565 f)

2001 meldete die Zschokke Holding AG bei der WEKO ihr Vorhaben, die Göhner Merkur Totalunternehmungen AG und die Göhner Merkur Immobilien AG mittels Erwerb des gesamten Aktienkapitals zu erwerben sowie die AG für manuelle Dienstleistungen, Neuenhof, mittels Erwerb von 53,33% des Aktienkapitals zu übernehmen. Verkäuferin war die Siemens Building Technologies AG, Zürich.

Die Meldepflicht ist aufgrund des in der CH erzielbaren Umsatzes von > 500 Mio. gegeben (Art. 9 Abs. 1 lit. b KG).

5. Kolloquium "Baurecht heute" vom 14. Januar 2004

Die Untersuchung der WEKO ergab kartellrechtliche Unbedenklichkeit, weil:

- im GU/TU Bereich viele andere potente Wettbewerber verbleiben und neue Markteintritte möglich bleiben
- im Immobilienhandel /-verwaltung ebenfalls weiterhin ein funktionierender Wettbewerb gewährleistet sei und neue Markteintritte möglich bleiben
- Effizienzsteigerung und Konzentration auf Kernkompetenzen ist in der Baubranche unabdingbar

2.4 Swisscom ADSL (RPW 2002/3, S. 440 ff)

Swisscom Fixnet AG stellt ihr Telefonnetz anderen Anbietern von Internet-Dienstleistungen gegen Entgelt zur Verfügung. Dabei gewährte sie seit Anfang März 2002 bei ADSL-Diensten Mengenrabatte, deren Höhe von der Anzahl Kunden abhängig war. Bluewin AG, eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG, war dank ihrer Kundenzahl die einzige Anbieterin, welche in den Genuss des maximalen Rabattes kam. Als Folge davon konnte Bluewin den Endkunden Preise für ADSL-Abonnemente offerieren, die tiefer waren als die Netzbenutzungsgebühren der Konkurrenten.

Die WEKO kam zum Schluss, dass Swisscom dadurch ihre marktbeherrschende Stellung missbrauche und alle Konkurrenten von Bluewin diskriminiere. Die WEKO verpflichtete Swisscom in Form einer **vorsorglichen Massnahme** am 6. Mai 2002 dazu, allen Anbietern von ADSL-Diensten den gleichen Rabatt zu gewähren. Gleichzeitig eröffnete sie eine Untersuchung, inwieweit die Bevorzugung der eigenen Tochtergesellschaft gegen das Kartellgesetz verstösst. Der Entscheid steht zur Zeit noch aus.

2.5 Citroën (RPW 2002/3, S. 455 ff; RPW 2002/2, S. 404 ff)

Die Untersuchung über das Vertriebssystem von Citroën zeigte, dass zwei Klauseln in den Verträgen mit den Konzessionären und Vertretern geographische Beschränkungen bewirkten, welche eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellen.

5. Kolloquium "Baurecht heute" vom 14. Januar 2004

Der Vertrieb der Produkte und Fahrzeuge von Citroën in der Schweiz wurde durch ein System vorgenommen, welches die Belieferung und den Absatz zwischen den Händlern auf in der Schweiz und in Lichtenstein zugelassene Partner beschränkte. Dabei war es den Citroën-Konzessionären nicht ausdrücklich untersagt, Neuwagen von Citroën bei einem Konzessionär ausserhalb der Schweiz zu kaufen. Das System beschränkte aber die Beschaffung indirekt, indem für das Erreichen der vorgegebenen Jahresziele nur auf die Beschaffungen von Neuwagen beim offiziellen schweizerischen Importeur abgestellt worden ist.

Mit Verfügung vom 19. August 2002 genehmigte die WEKO eine einvernehmliche Regelung mit Citroën, in welcher sich Citroën verpflichtete, die fraglichen Klauseln zu streichen. Mit diesem **Entscheid** fällt die WEKO ihren ersten Entscheid im Bereich der Vertikalabreden bezüglich Abschottung des Schweizer Marktes.

Erheblichkeit von Vertikalabreden: Vertikalabreden, die Wiederverkaufspreise festlegen, Mindestverkaufspreise vorschreiben oder den Schweizer Markt von ausländischen abschotten, werden als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen erachtet und sind grundsätzlich unzulässig. Ausnahmsweise zulässig sind solche Abreden nur dann, wenn sie durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind.

2.6 CS / Bank Linth (RPW 2003/3, S. 514 ff)

Im November 2001 schlossen die CS und die Bank Linth eine Kooperationsvereinbarung ab. Diese sah unter anderem eine Beteiligung der CS an der Bank Linth (33%), den Wechsel der Bank Linth von der RBA auf die IT- Plattform der CS sowie den Vertrieb von CS-Produkten über die Verkaufskanäle der Bank Linth vor. Die WEKO eröffnete im Mai 2002 ein Untersuchungsverfahren.

In dieser Untersuchung wurde insbesondere geprüft, ob die geplante Kooperation eine Wettbewerbsabrede darstellt, welche den Wettbewerb **im Wirtschaftsraum Linthebene** erheblich beeinträchtigen könnte, d.h. ob die CS durch das Anbieten ihrer IT-Infrastruktur an kleine und mittlere Banken allenfalls eine marktbeherrschende Stellung (die von der KEKO vermutet wird!) einnehmen und dadurch die Marktstruktur zu ihren Gunsten beeinflussen könnte. Als besonders problematisch erachtete die WEKO die Kombination von IT-Migration, finanzieller Beteiligung, Wahl einer von CS vorgeschlagenen Person in den VR, die Einräumung eines

5. Kolloquium "Baurecht heute" vom 14. Januar 2004

Rahmenkredites zwecks Refinanzierung der Kundenausleihungen und die Verpflichtung der Bank Linth, freiwillig keine weiteren Verpflichtungen gegenüber Drittbanken zu übernehmen.

Zentral an der Prüfung dieser Frage war die einsetzende Trennung zwischen Produktion von Bankdienstleistungen und deren Vertrieb. Die von CS und Bank Linth angestrebte Anbindung an die IT-Plattform liess die Vermutung aufkommen, dass die Bank Linth im Vertrieb von Produkten nicht mehr unabhängig sein könnte und mehrheitlich nur noch die Produkte der CS vertreiben würde.

Dies käme – nach Meinung der WEKO – **einer Aufgabe der Unabhängigkeit gleich, die – sollte sich dieses Modell zwischen den Grossbanken und kleinen bis mittleren Banken in der Schweiz durchsetzen – den Beginn einer tiefgreifenden Strukturänderung in der schweiz. Bankenlandschaft zur Folge haben könnte.**

Die WEKO kam zwar zum Schluss (19. Mai 2003), dass gegen die Kooperationsvereinbarung inkl. Anhänge allein keine kartellrechtlichen Bedenken bestünden. Die Vereinbarung vom 19. November 2001 als Ganzes jedoch sei als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4.1 KG ev. sogar Art. 5.3 KG zu qualifizieren.

M.E.: Die Meinung der WEKO im vorliegenden Fall erachte ich als äusserst bedenklich. Sie geht bei der Begründung weit über den Willen des Gesetzgebers hinaus, indem sie einerseits versucht präventive Strukturpolitik zu betreiben und andererseits die wirtschaftlichen Möglichkeiten einer kleinen oder mittleren Bank für den Betrieb einer IT-Plattform überhaupt nicht gewichtet. Die Zugehörigkeit zur RBA – Gruppe und Nutzung ihrer IT-Plattform schränkt die Unabhängigkeit der Mitgliederbanken auch ein. Nachdem die Bank Linth ihren Austritt aus der RBA-Gruppe erklärt hat, ist es für sie existentiell sich an eine bestehende, ihren Bedürfnissen entsprechende IT- Plattform anschliessen zu können, weil eine eigene Lösung die Möglichkeiten dieser Bank übersteigt (vgl. demgegenüber Kooperationsvorhaben UBS AG / Postfinance – Die Schweizerische Post SB v. 3.2.2003; RPW 2003/2 S. 255ff).

5. Kolloquium "Baurecht heute" vom 14. Januar 2004

3. Zusammenfassung

- Das jetzt geltende KG ist im Vergleich zum revidierten ein „zahnloses“ Gebilde
- Die WEKO hat in der Vergangenheit mit Vorliebe „einvernehmliche Lösungen“ mit den beteiligten Unternehmen gesucht. Dabei war es von Vorteil, die entsprechende Bereitschaft früh, d.h. vor dem Antrag des Sekretariates zu zeigen.
- Die direkten Sanktionen (Busse bis 10% des Umsatzes der letzten 3 Jahre in CH), die erweiterte Untersuchungskompetenz (Hausdurchsuchungen, etc.) und die Kronzeugenregelung (Strafmilderung oder -erlass bei Kooperation eines Beteiligten bei der Aufdeckung) geben dem KG mehr „Biss“
- Eine möglichst frühzeitige Überprüfung von möglicherweise kartellrechtlich relevanten Sachverhalten ist unumgänglich (Frist 1 Jahr seit Inkrafttreten des rev. KG), insbesondere
 - relevante Märkte in sachlicher und geographischer Hinsicht
 - Marktstruktur (Analyse Anbieter/Nachfrager)
 - Gesellschaftsrechtliche Struktur (personelle Verflechtungen; finanzielle Beteiligungen; Vorwurf der Kollusion?)
 - Vertragrechtliche Strukturen (Vermeidung Konkurrenzierung durch Gebietsabgrenzung; gemeinsame marktgerechte Preispolitik; Ausschliesslichkeit Bezug/Lieferung; diskriminierungsfreie Ausgestaltung von Lieferbedingungen (Mengenrabatte); Verbot von Wiederverkauf; Vorzugskonditionen, Aktionärbindungs-Verträge, etc.)
 - Preispolitik (Vorzugskonditionen; Rückvergütungen, etc.)
- Der Kartellfahnder wird zwar weder im Rotary-Club noch im Schlafzimmer auf der Lauer liegen, aber Vorsicht ist besser als Nachsicht, denn

Wer kennt schon heute seinen Kronzeugen von morgen?