

Auswirkungen der KG-Revision auf Vertriebssysteme

Von Philipp Zurkinden, Fürsprecher, Bern¹

Die im Juni des letzten Jahres vom Parlament beschlossene Revision des schweizerischen Kartellgesetzes (KG) wird voraussichtlich am 1. April 2004 in Kraft treten. Sie bringt den wohl entscheidenden Schritt Richtung EG-Wettbewerbsrecht und bedeutet für die Adressaten dieses Gesetzes, d. h. die Unternehmen, die bis anhin nachhaltigste und einschneidendste Reform des schweizerischen Kartellgesetzes. Kernstück der Revision bildet die Einführung von Bussen. So haben das Vorliegen von so genannten harten Wettbewerbsbeschränkungen in Horizontal- oder Vertikalabreden gemäss Artikel 5 Absatz 3 bzw. 4 KG sowie missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen künftig in der Schweiz Sanktionen zur Folge². Die während den parlamentarischen Beratungen aufgenommene Unterstellung von bestimmten Klauseln in Vertikalabreden unter die Bussendrohung gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG sowie die Präzisierung des Marktbeherrschungsbegriffs in Artikel 4 Absatz 2 KG zwingen die Unternehmen zu einer sorgfältigen Analyse ihrer Vertriebssysteme.

I. Die Revision des schweizerischen Kartellgesetzes

- Hat man bereits vor acht Jahren, bei der Reform 1995, die materiellen Bestimmungen insofern verschärft als einerseits der Geltungsbereich erweitert und andererseits präzisere und strengere

Beurteilungsregeln eingeführt wurden³, so wogen diese Änderungen zwar auf dem Papier schwer, doch waren die unmittelbaren Folgen eines allfälligen Verfahrens der Wettbewerbskommission gestützt auf diese neuen Regeln insofern erträglich als, ausser Negativpublizität, keine Sanktionen ausgesprochen werden konnten. Bussen waren, ausser bei der Verletzung von Meldepflichten im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen, erst dann möglich, wenn das oder die von einer formellen Unzulässigkeitsverfügung betroffene(n) Unternehmen trotzdem mit den für unzulässig erklärten Verhaltensweisen fortfuhren⁴. Ein solches Verfahren, d. h. ein Geldbussenverfahren wegen Verletzung einer Unzulässigkeitsverfügung, hat es in den über sieben Jahren Geltungsdauer des aktuellen KGs nur einmal gegeben und dieses musste zudem eingestellt werden.

Die Einführung direkter Sanktionen wird im Artikel 49a Absatz 1 KG geregelt, der folgendermassen lautet:

«¹Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.»

Für die Unternehmen ergibt sich gegenüber dem bisherigen Recht folgende neue Rechtslage:

Bisher:

- Keine Geldbussen, auch wenn die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Wettbewerbskommission per Verfügung festgestellt wurde. Geldbussen waren bisher erst mög-

¹ Dr. iur., Fürsprecher, Partner bei Prager Dreifuss Rechtsanwälte Bern/Zürich/Brüssel. Lehrbeauftragter für schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht an der Universität Basel. Der vorliegende Artikel basiert auf einem anlässlich des Vertriebsrechtstags vom 25. September 2003 in Basel gehaltenen Vortrag. Der Verfasser dankt Herrn lic. iur. *Samuel Indermühle* für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

² Das schweizerische KG geht damit auch in seiner revidierten Form immer noch nicht ganz so weit wie das EG-Wettbewerbsrecht, da lediglich für sachlich abgegrenzte Tatbestände (Horizontalabreden mit Preis-, Mengen- und Gebietsklauseln, Vertikalabreden mit Preisfestsetzungen zweiter Hand und Gebietsabschottungen und missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) Sanktionen erhoben werden können, während das EG-Wettbewerbsrecht auch für andere Wettbewerbsverstösse Sanktionen sprechen kann; vgl. auch *Walter Stoffel*, «KMU haben wir nur selten im Visier», in: *Schweizerische Gewerbezeitung* vom 22. August 2003, S. 5.

³ Die Beurteilungsregeln wurden bereits damals weitgehend dem EG-Wettbewerbsrecht angepasst, vgl. auch *Rolf Dähler/Patrick Krauskopf*, Kartellgesetz-Revision – das Resultat der parlamentarischen Beratung, in: *Die Volkswirtschaft*, 10/2003, S. 7.

⁴ Vgl. *Rolf Dähler/Patrick Krauskopf*, Kartellgesetz-Revision – das Resultat der parlamentarischen Beratung, in: *Die Volkswirtschaft*, 10/2003, S. 7.

lich, wenn die für unzulässig erklärte Wettbewerbsbeschränkung weiter praktiziert und damit gegen die Unzulässigkeitsverfügung verstossen wurde;

- Bisher kein Verfahren bzw. keine Verfügung möglich, wenn der in Frage stehende Sachverhalt nicht mehr aktuell ist bzw. nicht mehr praktiziert wird.

Neu:

- Verfahren und Unzulässigkeitsverfügungen (evtl. mit Geldbussen) erfolgen bei Vorliegen aktueller, aber auch in der Vergangenheit ausgeübter, d. h. nicht mehr aktueller Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 5 oder 7 KG;
- Geldbussen werden bei Vorliegen unzulässiger Abreden nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 sowie bei Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens nach Artikel 7 KG direkt mit der entsprechenden Unzulässigkeitsverfügung der Wettbewerbskommission auferlegt, es sei denn, die betreffende Wettbewerbsbeschränkung wurde seit mindestens fünf Jahren nicht mehr ausgeübt (Artikel 49a Absatz 3 KG).

Die drohenden Bussen sind auch für europäische Verhältnisse hoch⁵. Sie können nämlich einen Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz (kumulativ) erzielten Umsatzes erreichen. Bemerkenswert ist auch, dass die künftige Bussenberechnungsregel, welche auf dem inländischen Umsatz basiert, vor allem diejenigen Unternehmen treffen wird, die den grössten Teil ihres Umsatzes in der Schweiz erzielen, was vor allem auf KMU⁶ zutrifft⁷. Die konkrete Berechnung der

Bussen wird in deutlicher Anlehnung an das EG-Wettbewerbsrecht in der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 geregelt.

II. Auswirkungen der Revision des schweizerischen Kartellgesetzes auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Vertriebsverträgen

Die Rechtsgrundlagen, welche unter dem revidierten KG zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Vertikalabreden herangezogen werden müssen, sind folgende:

- Abredebegriff in Artikel 4 Absatz 1 KG;
- Materielle Beurteilung in Artikel 5 Absatz 4 KG (i. V. mit Artikel 5 Absatz 1 und 2);
- Artikel 4 Absatz 2 KG i. V. mit Artikel 7 KG.

1. Der Begriff der Abrede in Artikel 4 Absatz 1 KG

Die Erfüllung des Abredetatbestandes im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht erfordert nicht zwingend eine bestimmte Form, sondern es reicht bereits eine blosser Verhaltensabstimmung ohne irgendwelchen schriftlichen Vertrag. Es reicht auch bereits eine Empfehlung zwischen Unternehmen, so beispielsweise Empfehlungen über Wiederverkaufspreise im Rahmen eines Distributionsvertrags, sofern diese Preise in der Praxis denn auch tatsächlich eingehalten werden.

Artikel 2 KG, der den Geltungsbereich des KGs beschreibt, betont in seinem revidierten Wortlaut die Selbstständigkeit nicht mehr explizit als notwendige Eigenschaft von Unternehmen, damit diese vom KG erfasst werden⁸. Vereinzelt Stimmen, welche aufgrund dieser Änderung befürchten, dass nun auch Abreden zwischen nicht selbstständigen Unterneh-

⁵ Vgl. auch *Rolf Dähler/Patrick Krauskopf*, Kartellgesetz-Revision – das Resultat der parlamentarischen Beratung, in: *Die Volkswirtschaft*, 10/2003, S. 11, die zwar der Meinung sind, dass die Bussandrohung «abschreckend hoch» sei, im Verhältnis zur EU hingegen angemessen; vgl. auch *Patrick Krauskopf*, Das verschärfte Kartellgesetz: Kostspielige Risiken, in: *Droit de la Construction DC 1/2003*, S. 125. Hier wird die Meinung vertreten, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Vergleich zur europäischen Behörde zumindest bei der Bestimmung des Basisbetrags verhältnismässig weiter gehen können.

⁶ Vgl. auch die entsprechende Befürchtung des Schweizerischen Gewerbeverbandes in seinem Interview mit *Walter Stoffel*, «KMU haben wir nur selten im Visier», in: *Schweizerische Gewerbezeitung* vom 22. August 2003, S. 5.

⁷ Zu den Möglichkeiten zur Vermeidung von Sanktionen vgl. *Rolf Dähler/Patrick Krauskopf*, Kartellgesetz-Revi-

sion – das Resultat der parlamentarischen Beratung, in: *Die Volkswirtschaft*, 10/2003, S. 11ff. und *Patrick Krauskopf*, Das verschärfte Kartellgesetz: Kostspielige Risiken, in: *Droit de la Construction DC 1/2003*, S. 125f.

⁸ Zur Ausdehnung des Geltungsbereichs in Artikel 2 Absatz 1 bis rev. KG vgl. *Rolf Dähler/Patrick Krauskopf*, Kartellgesetz-Revision – das Resultat der parlamentarischen Beratung, in: *Die Volkswirtschaft*, 10/2003, S. 8 und *Patrick Krauskopf*, Das verschärfte Kartellgesetz: Kostspielige Risiken, in: *Droit de la Construction DC 1/2003*, S. 122.

men, d. h. somit auch konzerninterne Abreden unter den Abredetatbestand fallen könnten, kann nicht gefolgt werden. Der Einbezug beispielsweise von Distributionsverträgen zwischen einer Mutter- und deren Tochtergesellschaften unter den Abredetatbestand von Artikel 4 Absatz 1 KG wäre nach der hier vertretenen Meinung bereits aus dogmatischen Gründen nicht haltbar⁹.

2. Der neue Artikel 5 Absatz 4 KG

Erst in den parlamentarischen Beratungen wurde beschlossen, auch bestimmte Klauseln in Vertikalabreden der Bussenordnung zu unterstellen, und es wurde hierzu ein neuer Absatz 4 in Artikel 5 KG geschaffen. Der Bundesrat war noch der Meinung gewesen, dass lediglich horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden nach Artikel 5 Absatz 3 KG direkten Sanktionen unterstellt werden sollten.

Der neue Artikel 5 Absatz 4 KG hat folgenden Wortlaut:

«Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden».

Nach Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes drohen also Sanktionen, wenn Distributionsabreden Preisfestsetzungen zweiter Hand oder Gebietsabschottungen enthalten.

Ungeklärt ist zum jetzigen Moment die grundsätzliche Frage, ob eine Busse auch dann erfolgen kann, wenn zwar die Vermutung nach Artikel 5 Absatz 4 widerlegt wird, aber eine erhebliche und nicht zu rechtfertigende Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG vorliegt, oder ob, wie der Wortlaut der neu eingeführten Bussenbestimmungen es eigentlich erwarten liesse, Bussen nur dann möglich sind, wenn die Vermutung nicht widerlegt werden kann. Obwohl die bisherigen

Äusserungen der Behördenmitglieder in diesem Punkt ebenfalls nicht immer eindeutig sind, muss angenommen werden, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden der Meinung sind, dass unter dem revidierten Gesetz eine Busse grundsätzlich auch bei Widerlegung der Vermutung möglich ist¹⁰.

Die Begriffe der Preisfestsetzung zweiter Hand und der Gebietsabschottung werden in Artikel 5 KG nicht weiter konkretisiert. Während der Begriff der Preisfestsetzung zweiter Hand in der Praxis wenig Auslegungsschwierigkeiten aufgeben dürfte, ist nicht klar, welche Klauseln künftig als Gebietsabschottungen im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 KG gelten und mit Bussen bedroht sein werden.

Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002

Am 18. Februar 2002, gerade im Anschluss an die Medienkampagne gegen die im Verhältnis zum Ausland hohen Preise für Konsumgüter in der Schweiz, erliess die schweizerische Wettbewerbskommission die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden. Es darf davon ausgegangen werden, dass sich die schweizerische Wettbewerbskommission zumindest in der Anfangsphase unter dem revidierten Gesetz weiterhin an die materiellrechtlichen Grundsätze zur Beurteilung von Vertriebsverträgen halten wird, die sie unter der Geltung des KG 95 aufgestellt hat, und

⁹ Zur Erfüllung des Abredetatbestandes im Zusammenhang mit Verbandstätigkeiten und bei in gewissen Branchen üblichen Marktinformations- und Meldeverfahren nützliche Hinweise bei *Patrick Krauskopf*, Das verschärfte Kartellgesetz: Kostspielige Risiken, in: *Droit de la Construction* DC 1/2003, S. 123.

¹⁰ Auf den Seiten 122 und 124 des Artikels von *Patrick Krauskopf*, Das verschärfte Kartellgesetz: Kostspielige Risiken, in: *Droit de la Construction* DC 1/2003 könnte der Eindruck entstehen, dass Sanktionen bei harten horizontalen oder vertikalen Abreden nur in demjenigen Fall, in dem die Vermutung nicht widerlegt werden kann, drohen. Auf Seite 125 wird dann aber diese Frage in die gegenteilige Richtung geklärt. Vgl. hierzu auch *Rolf Dähler/Patrick Krauskopf*, Kartellgesetz-Revision – das Resultat der parlamentarischen Beratung, in: *Die Volkswirtschaft*, 10/2003, S. 9, unklar S. 10, in dem die beiden Autoren offenbar der Meinung sind, dass der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung bei derartigen Vertikalabreden für die Unzulässigkeit keine Rolle spielt, was auf ein im Gesetz nicht vorgesehenes «per se»-Verbot herauslaufen würde. In diesem Sinne wohl angemessener *Walter Stoffel*, «KMU haben wir nur selten im Visier», in: *Schweizerischen Gewerbezeitung* vom 22. August 2003, S. 5, der sogar bei horizontalen Preisabreden weiterhin auf den Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Bestimmung der Erheblichkeit abstellen will.

damit auch an die Grundsätze, welche in dieser Bekanntmachung aufgestellt wurden¹¹.

Obwohl, wie bereits erläutert, (noch) nicht geklärt ist, ob Bussen auch dann drohen, wenn die Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG widerlegt wird und «nur» eine erhebliche, nicht zu rechtfertigende Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, kann unter dem revidierten Gesetz bei folgenden Klauseln in Vertikalabreden ein Bussenrisiko zumindest nicht (mehr) ausgeschlossen werden bzw. müssen entsprechende Verträge vertieft untersucht werden:

- Verbot von Passivverkäufen in andere Verkaufsgebiete bei Alleinvertriebsverträgen (Ausnahmen bei generellen Verboten der Belieferung von Endkunden durch Grossisten oder der Lieferung von Bestandteilen an Dritte, welche Konkurrenzprodukte herstellen);
- Verbot von Aktiv- und Passivverkäufen (Endkunden) und von Querlieferungen (zugelassene Händler) in andere Vertragsgebiete bei Selektivverträgen (Ausnahmen bei generellen Verboten der Belieferung von Endkunden durch Grossisten);
- Verbot des Verkaufs von Bestand- bzw. Ersatzteilen zu Lasten des Lieferanten an Dritte in anderen Gebieten;
- Preisfestsetzungen zweiter Hand.

Übrige Wettbewerbsbeschränkungen, die eine Beseitigung des Wettbewerbs oder eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung ohne Rechtfertigungsmöglichkeit bezwecken oder bewirken, bleiben weiterhin unzulässig, sind aber nicht mit Bussen bedroht.

Die Wettbewerbskommission hat vorletztes Jahr eine weitere sektorspezifische Bekanntmachung zu Vertikalabreden herausgegeben. Im An-

schluss an die europäische Gruppenfreistellungsverordnung im Automobilbereich hat sie am 21. Oktober 2002 die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel herausgegeben und für diesen Sektor ebenfalls Grundsätze zur Beurteilung von Vertikalabreden festgelegt. Alle darin enthaltenen Klauseln, welche Gebietsbeschränkungen oder Preisfestsetzungen zweiter Hand betreffen, werden analog zu dem zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden Gesagten künftig nicht mehr nur unzulässig, sondern auch mit direkten Bussen bedroht sein.

3. Artikel 4 Absatz 2 KG

Eine im Rahmen der Kartellgesetzrevision beschlossene Neuerung, welche bei der Beurteilung auch von Vertriebsverträgen eine gewichtige Rolle spielen könnte, bisher aber in diesem Zusammenhang eigentlich noch für wenig Gesprächsstoff gesorgt hat, ist die Präzisierung des Marktbeherrschungsbegriffs in Artikel 4 Absatz 2 rev. KG:

Dieser lautet in seiner neuen Fassung folgendermassen:

«Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten».

Erinnerlich wurde in der KG-Reform 95 eine Marktbeherrschungsdefinition ins Gesetz aufgenommen, welche praktisch wortwörtlich derjenigen entspricht, die in der EG-Wettbewerbsrechtspraxis entwickelt wurde und sich während vieler Jahre bewährt hatte. Die praktische Relevanz dieser Marktbeherrschungsdefinition war in der Schweiz allerdings sehr gering, weshalb bereits im bundesrätlichen Vorschlag zur vorliegenden KG-Reform mit dem Klammerzusatz («Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern») eine Konkretisierung des Marktbeherrschungsbegriffs dahingehend beschlossen wurde, dass künftig auch überragende Marktstellungen gegenüber Mitbewerbern sowie durch marktstrukturelle Gründe bedingte Abhängigkeitsverhältnisse erfasst werden sollten. Insbesondere mit letzterem Aspekt sollten einerseits entsprechende Probleme von KMU, aber auch andere Ab-

¹¹ In ihren offiziellen (abgedruckten) Äusserungen lassen die Vertreter des Sekretariats der Weko bzw. Mitglieder der Weko hierzu hingegen Fragen offen und schliessen eine Überarbeitung der einschlägigen Bekanntmachungen zumindest nicht aus, vgl. etwa *Walter Stoffel*, «KMU haben wir nur selten im Visier», in: Schweizerische Gewerbezeitung vom 22. August 2003, S. 5 und auch *Rolf Dähler/ Patrick Krauskopf*, Kartellgesetz-Revision – das Resultat der parlamentarischen Beratung, in: Die Volkswirtschaft, 10/2003, S. 9. Hier wird die Meinung vertreten, dass bis zu einer solchen formellen Überarbeitung der Bekanntmachung bzw. einer Praxisänderung die bisherigen Grundsätze weiterhin Gültigkeit haben.

hängigkeitsverhältnisse, welche sich aufgrund spezieller Marktgegebenheiten ergeben und bei weitem nicht nur KMU betreffen können, besser angegangen werden, ohne Strukturpolitik zu betreiben¹².

Mit Bezug auf eine allfällige Existenz derartiger Abhängigkeitsverhältnisse müssen Partner von Lieferverträgen nun also künftig prüfen, ob der in Frage stehende Markt tatsächlich Besonderheiten enthält, welche eine stärkere Bindung zwischen Lieferant und Lieferunternehmen bedingen als in anderen Märkten und damit einen Wechsel zu einem anderen Partner praktisch verunmöglichen. Entscheidend ist dabei, dass sich das «abhängige» Unternehmen nicht freiwillig, d. h. zum Beispiel aufgrund falscher Strategieüberlegungen, sondern zwangsweise, aufgrund der bestehenden Marktstrukturen, in das Abhängigkeitsverhältnis begeben hat. Liegt ein solches unverschuldetes marktstrukturell bedingtes Abhängigkeitsverhältnis vor, so unterliegen entsprechende Vertriebsverträge, neben Artikel 5 KG künftig auch noch der Missbrauchskontrolle nach Artikel 7 KG, der während der Revision unverändert belassen wurde.

4. Ausländische Auslegungshilfen bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Distributionsverträgen

Aufgrund der erwähnten deutlichen Anlehnung an das EG-Wettbewerbsrecht¹³ dient in erster Linie dieses als sinnvolle Hilfe zur Auslegung von Artikel 5 und 7 KG sowie teilweise auch zur Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffs. Insbesondere im Zusammenhang mit dem präzisierten Marktbeherrschungsbegriff können rechtsvergleichend zudem auch andere Wettbewerbsordnungen, insbesondere das deutsche GWB, konsultiert werden.

4.1 Mit Bezug auf die Beurteilung von Vertriebsverträgen nach Artikel 5 KG

Angesichts der erwähnten Ähnlichkeiten der Grundbestimmungen in Artikel 5 KG und 81 EG-V überraschen die Parallelen bei der Vorgehensweise zur Beurteilung von Vertriebsverträgen nicht. Da die Praxis und Sekundärerlasse zu Artikel 81 EG-Vertrag weit detaillierter sind als diejenigen zu Artikel 5 KG, lohnt sich ein Blick auf das EG-Recht:

Gemäss Artikel 81 EG-Vertrag werden Vertriebsverträge bei Erfüllung folgender Grundvoraussetzungen erfasst bzw. für unzulässig erklärt¹⁴:

a) Grundvoraussetzungen

- *Wirtschaftliche Selbstständigkeit der Vertragspartner bzw. Tragen des finanziellen oder geschäftlichen Risikos durch das Vertriebsunternehmen in Bezug auf die vom Hersteller übertragenen Tätigkeiten, was durch folgende Sachverhalte indiziert wird:*
 - Eigentum geht auf Vertriebsunternehmen über;
 - Beteiligung an Kosten (einschliesslich Transportkosten), die mit der Lieferung/Erbringung der Vertragswaren verbunden werden;
 - Investitionen in geschäftsspezifische Ausrüstungen (Räumlichkeiten, Mitarbeiterschulungen usw.);
 - Haftung des Vertriebsunternehmens für die Erfüllung der Vertragspflichten des Käufers;
 - Haftung gegenüber Dritten für das verkaufte Produkt;
 - Einrichtung eines Kunden-, Reparatur- oder Garantiedienstleistungsbetriebs.
- *Spürbare Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die grundsätzlich bei folgenden Wettbewerbsabreden gegeben ist*
 - Beschränkungen von zentralen Wettbewerbsparametern;

¹² Vgl. hierzu auch *Rolf Dähler/Patrick Krauskopf*, Kartellgesetz-Revision – das Resultat der parlamentarischen Beratung, in: *Die Volkswirtschaft*, 10/2003, S. 8, die sich über die praktische Tragweite dieser Bestimmung noch nicht im Klaren sind.

¹³ Abgesehen von den unterschiedlichen Grundprinzipien (Verbots- bzw. Missbrauchsprinzip), die den beiden Wettbewerbsordnungen zu Grunde liegen.

¹⁴ Vgl. hierzu auch die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag nicht spürbar beschränken (ABl. Nr. C 368, S. 13 vom 22.12.2001) und die Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl. Nr. C 291, S. 1 vom 13.10.2000). Zu erinnern ist nochmals daran, dass die Europäische Kommission befugt ist, bei jedwelcher Unzulässigkeit von Vertikalabreden Bussen zu verhängen, währenddem die schweizerische Wettbewerbsbehörde dies nur wird tun können, wenn entweder eine Preisfestsetzung zweiter Hand oder aber eine Gebietsabschottung vorliegt.

- Bei Beschränkung von anderen Parametern: Marktmacht der an der Abrede beteiligten Unternehmen bzw. entsprechende Auswirkungen auf den «interbrand»- und «intra-brand»-Wettbewerb.
- *Keine Freistellung*
 - Vgl. hierzu vor allem die Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl. Nr. C 291, S. 1 vom 13.10.2000).

b) Zusammenfassung der Unzulässigkeitskriterien

Die Unzulässigkeitskriterien im EG-Wettbewerbsrecht können wie folgt zusammengefasst werden¹⁵:

- *Unzulässigkeit aufgrund der «Qualität» der Beschränkung*
 - Preisbindungen zweiter Hand (Vereinbarungen zwischen Hersteller und Vertriebsunternehmen, die unmittelbar oder mittelbar die Festsetzung eines vom Vertriebsunternehmen zu befolgenden Fest- oder Mindestpreisniveaus bezwecken);
 - Einschränkung des Wiederverkaufs auf bestimmte Gebiete oder Kundenkreise;
 - Spezialfall Selektivvertrieb;
 - Verbot zu Lasten des Abnehmers, Ersatzteile direkt beim Hersteller zu beziehen;
 - Wettbewerbsverbot von mehr als 5 Jahren während der Dauer des Vertriebsvertrags bzw. von mehr als einem Jahr nach Abschluss des Vertriebsvertrags.
- *Unzulässigkeit aufgrund der mit der (spürbaren) Beschränkung verbundenen Marktmacht bzw. Beeinträchtigung des «interbrand»- und «intra-brand»-Wettbewerbs ohne genügende Rechtfertigung*
 - Wegfall von GVO-Freistellungen und Fehlen der Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung (siehe vor allem GVO Nr. 2780/1999 vom 22.12.1999 und Rz 103ff. und 121ff. der Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. Nr. C 291, S. 1 vom 13.10.2000).

4.2 Mit Bezug auf die Beurteilung von Vertriebsverträgen nach Artikel 4 Absatz 2 i. V. mit Artikel 7 KG

Mit Bezug auf die im schweizerischen Kartellrecht aufgrund der Präzisierung von Artikel 4 Absatz 2 KG künftig erfolgenden Anwendung des Marktbeherrschungsbegriffs auf Abhängigkeitsverhältnisse (s. oben) kann im EG-Wettbewerbsrecht auf die Erwägungen zur Marktbeherrschung in den Zusammenschlussentscheidungen i. S. Rewe/Meinl und die Carrefour-Entscheidungen der Europäischen Kommission verwiesen werden. Die im Rahmen der Strukturkontrolle aufgestellten Grundsätze zu aufgrund bestimmter Marktstrukturen entstehenden Abhängigkeitsverhältnissen müssen auch für die Verhaltenskontrolle gelten. Die kommende Rechtsprechung wird zeigen, inwiefern der Gesetzgeber mit dem revidierten Artikel 4 Absatz 2 KG den Gehalt des Marktbeherrschungsbegriff des EG-Wettbewerbsrechts, der, wie oben bereits erwähnt, im schweizerischen KG im Rahmen der Reform 1995 praktisch wortwörtlich übernommen wurde, ausdehnen wollte. Dienlich dürfte bei der Beantwortung dieser Frage eine rechtsvergleichende Betrachtung etwa der Begriffe «relative Marktmacht» oder «überragende Marktstellung» im deutschen GWB sein, wobei – wie oben erwähnt – hier noch einmal darauf hinzuweisen ist, dass die schweizerische Lösung in Artikel 4 Absatz 2 KG nicht nur im Falle der Beteiligung von KMU, sondern generell bei marktstrukturell bedingten Abhängigkeitsverhältnissen gilt. Weiter enthält auch der gerade kürzlich, am 26. September 2003, veröffentlichte Bericht der britischen Competition Commission i. S. Safeway¹⁶ interessante Erwägungen zu Abhängigkeitsverhältnissen im Detailhandel.

III. Schlussfolgerungen

Der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Vertriebsverträgen wird aufgrund der Bussandrohung unter dem revidierten schweizerischen KG zwangsweise weit höheres Gewicht zukommen als bisher. Die drohenden Bussen sind auch für europäische Verhältnisse hoch. Die materiellen Beurtei-

¹⁵ Es wurden nur die allgemeinen GVO Nr. 2780/1999 vom 22.12.1999 zu den Vertikalabreden bzw. die hierzu ergangenen Leitlinien (ABl. Nr. C 291, S. 1 vom 13.10.2000, Rz 100ff.) zusammengefasst. Spezielle Vorschriften wie beispielsweise die Kraftfahrzeug-GVO wurden nicht berücksichtigt.

¹⁶ Vgl. http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2003/481safeway.htm

lungsregeln zu Artikel 5 KG können zumindest in der Anfangsphase im Prinzip anhand der unter dem bisherigen KG aufgestellten Grundsätze grob definiert werden. Aufgrund des präzisierten Marktbeherrschungsbegriffs in Artikel 4 Absatz 2 KG müssen Vertriebsverträge allerdings vermehrt auch unter dem Blickwinkel von Artikel 7 KG geprüft werden.

Die schweizerischen Beurteilungsregeln im Zusammenhang mit den Artikeln 5 und 7 KG, im letzten Fall insbesondere auch mit dem ergänzten Artikel 4 Absatz 2 KG, lassen aber auch Fragen offen. Aufgrund einerseits der klaren Anlehnung der Artikel 5 und 7 KG an das EG-Wettbewerbsrecht und andererseits des doch eher unklaren Gehalts des prä-

zisierten Marktbeherrschungsbegriffs in Artikel 4 Absatz 2 KG werden daher gute Kenntnisse ausländischer Rechtsnormen von grossem Nutzen sein.

Die Übergangsfrist beträgt ein Jahr ab Inkrafttreten der Revision. Bis dahin müssen alle bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen entweder gemeldet oder aufgehoben werden. Neue Wettbewerbsbeschränkungen können auch nach Ablauf der Übergangsfrist gemeldet werden, bevor sie Wirkungen entfalten (Artikel 49a Absatz 3 lit. a KG). Im Ernstfall kann die Kronzeugenregelung zur teilweisen bis ganzen Befreiung von Bussen verhelfen (Artikel 49a Absatz 2 KG i. V. mit Artikel 8ff. der neuen Sanktionsverordnung).