

Wettbewerbskommission (WEKO)
Sekretariat
Herrn lic.iur. Rolf Dähler, Direktor
Monbijoustrasse 43
3003 Bern

RR/fm 312

Bern, 14. Oktober 2005

Entwurf einer KMU-Bekanntmachung – Zweite Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Direktor

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zu obgenannter Angelegenheit Stellung nehmen zu dürfen und dafür, dass Sie dem SAV eine Fristverlängerung gewährt haben.

Aus Sicht des SAV sind folgende Bemerkungen anzubringen:

1. Allgemeine Bemerkungen

Die KMU-Bekanntmachung sollte sich am allgemeinen Ziel orientieren, klarzustellen, wann Abreden in kartellrechtlicher Hinsicht als zulässig zu betrachten sind. Auch der zweite Entwurf enthält eine Vermischung der Elemente der Unerheblichkeit, welche im Kriterium der "beschränkten Marktwirkung" angelegt ist, und der Rechtfertigung aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz, als welche der "Zweck der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit" wohl anzusehen ist. Er löst die bereits in der gesetzgeberischen Grundlage von Art. 6 Abs. 1 Bst. e KG enthaltene begriffliche Unschärfe nicht, was der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit nicht eben dienlich ist. Es muss festgestellt werden, dass die Begrifflichkeit nicht mit dem bestehenden System des KG zusammenpasst und der Entwurf der WEKO für die KMU-Bekanntmachung hinter den im Gesetzgebungsverfahren geweckten Erwartungen zurück bleibt. Art. 6 Abs.1 lit. e KG lässt weitergehende Erleichterungen bzw. Vereinfachungen zu, als sie im Bekanntmachungs-Entwurf vom 4. Juli 2005 vorgesehen sind.

2. Ziffer 1 (Verzicht auf Verfahrenseröffnung)

Diese Vorschrift beinhaltet die Gefahr, dass damit Grundsätze festgeschrieben werden, die strenger sind, als die bisherige Praxis bzw. das geltende Gesetz.

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nur unerheblich beeinträchtigen, zulässig, müssen also nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. Gemäss Ziffer 1, Abs. 1 des Entwurfs der WEKO für die Bekanntmachung würden Wettbewerbsabreden in der Regel als zulässig nach Art. 5 KG erachtet, wenn ihnen nur eine beschränkte Marktwirkung zukommt **und** sie eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen dienen. Dieses Junktim könnte zur Folge haben, dass Abreden, die den Wettbewerb nur unerheblich beeinträchtigen, einer Rechtfertigung (Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen) bedürften, was eine Verschärfung der gesetzlichen Regelung (Art. 5 Abs. 1 KG) bedeuten würde.

Ziffer 2 (Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit)

Aus dem Entwurf für die Bekanntmachung geht nicht ausreichend klar hervor, in welchem Verhältnis die Begriffe „Abreden, die den Markt unerheblich beeinträchtigen“/„Abreden, die nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen“, einerseits, und „Gründe der wirtschaftlichen Effizienz“/„Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten kleinen und mittleren Unternehmen“, andererseits, zueinander stehen. Die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit wird wohl als Teilbereich von Art. 5 Abs. 2 KG zu qualifizieren sein und müsste somit durch den „KMU-Artikel“ (Art. 6 Abs. 1 lit. e KG) geschaffenen Möglichkeiten voll ausgelotet werden.

Ziffer 3 (Beschränkte Marktwirkungen)

Das Verhältnis zwischen der beschränkten Marktwirkung und der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG ist zu klären.

Ziffer 4 (Definition)

Die in Ziffer 4 des Entwurfs der WEKO bei der Definition der kleinen Unternehmen verwendeten, viel zu engen Kriterien würden den Anwendungsbereich der Spezialregeln für solche Unternehmen unverhältnismässig stark einschränken. Die Vernehmlassung des SAV vom 26. Januar 2005 zum ersten Entwurf der WEKO enthält diesbezüglich eine deutlichere und mit verschiedenen Vergleichszahlen untermalte Definition der Grenzwerte. An dieser wird weiterhin festgehalten.

Ziffer 5 (Regeln)

Die Anknüpfung an die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erscheint zweckmässig. Der Verzicht auf das im ersten Entwurf noch vorgesehene Kriterium, wonach die Abrede nicht marktumfassend sein darf, ist begrüssenswert, da damit die Vorausssehbarkeit und Rechtssicherheit für die betroffenen Kleinunternehmen erhöht wird. Auch hier sollte das Erfordernis eines Vertriebsvertrags in Bst. b ausdrücklich erwähnt werden.

Den Vorarbeiten folgend, müsste in der KMU-Bekanntmachung vorgesehen werden, dass diese Vermutungen hinsichtlich Preis-, Mengen- und Gebietsabspra-

chen, innerhalb einer festzulegenden Begrenzung (kleine Unternehmen, prozentual beschränkter Marktanteil), als widerlegt gelten.

Ziffer 6 (Unternehmen) und 7 (Abreden)

Auf die wörtliche oder inhaltliche Wiederholung von Begriffen, welche sich bereits aus dem Gesetz ergeben, sollte unseres Erachtens generell verzichtet werden, insbesondere wenn aufgrund kleiner terminologischer Unterschiede der wohl unzutreffende Eindruck entstehen könnte, es sei eine inhaltliche Modifikation der gesetzlichen Definition bezweckt (besonders bei der Definition vertikaler Abreden in Ziff. 7 Abs. 3).

Ziffer 11 (Überprüfung)

Die Selbstverpflichtung der Wettbewerbskommission zur Überprüfung der Auswirkungen der Bekanntmachung ist zu begrüßen. Eine Überprüfung erlaubt es, praktische Erfahrungen mit der Anwendung der Bekanntmachung zu berücksichtigen.

Gerne hoffen wir, dass unseren Überlegungen Beachtung geschenkt wird.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Schweizerischen Anwaltsverband

Alain Bruno Lévy
Präsident

René Rall
Generalsekretär