

9th Debating Competition

Vertikalabreden: Ökonomische Effizienz vs. juristische Regulierung

Abstract von Prof. Dr. Patrik Ducrey

Bei Vertikalabreden ist zu unterscheiden zwischen harten Vertikalabreden (Preisbindungen und Gebietsabschottungen) gemäss Art. 5 Abs. 4 KG und Vertikalabreden, die von Art. 5 Abs. 1 KG erfasst werden. Gemäss der Vertikalbekanntmachung vom 28. Juni 2010 (VertBek) können beide Kategorien von Vertikalabreden nach Art. 16 aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden, wenn sie i.S.v. Art. 5 Abs. 1 als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen beurteilt werden. Gemäss Kartellgesetz gibt es damit keine per se-Verbote von Vertikalabreden (siehe auch Bundesverwaltungsgericht in GABA, RPW 2013/4, S. 783 ff., E. 11.3.4 in fine).

Art. 5 Abs. 4 KG ist vom Gesetzgeber in der Revision von 2003 erst in der parlamentarischen Debatte ins Gesetz aufgenommen worden. In der Botschaft des Bundesrates steht nichts zu dieser Bestimmung und es ist keine Vernehmlassung durchgeführt worden. Eine Debatte, ob Art. 5 Abs. 4 KG aus ökonomischer Sicht sinnvoll ist oder nicht, hat nicht stattgefunden. Der Gesetzgeber hat sich am EU-Recht orientiert und die zwei vertikalen Kernbeschränkungen gemäss der damaligen Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung im Gesetz aufgenommen. Dies jedoch mit dem Unterschied, dass mit Erfüllung des Tatbestands „nur“ eine widerlegbare gesetzliche Vermutung ausgelöst wird, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Kann die Vermutung widerlegt werden, was gemäss der Praxis der WEKO regelmässig der Fall ist, muss die Erheblichkeit der Abrede geprüft werden.

Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis bei der Erheblichkeit von Vertikalabreden sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt (Art. 12 Abs. 1 VertBek). Sie wendet dabei eine Art „Sandhaufentheorem“ an, indem eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein kann (vice versa auch). In diesem Sinn hat die WEKO die Erheblichkeit in den Entscheiden GABA/Elmex, NIKON und BMW geprüft (und bejaht). Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil GABA diese Praxis verschärft, indem es bei Gebietsabreden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bejaht, unabhängig von allfälligen Marktanteilen (und damit quantitativen Kriterien). Das BVGer hat damit bei harten Vertikalabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG eine per se-Erheblichkeit eingeführt und sich (auch) auf den Willen des Gesetzgebers berufen. Dieses Urteil ist mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten worden. Das Beschwerdeverfahren ist hängig.

Die VertBek bezeichnet in Art. 12 neben den in Art. 5 Abs. 4 KG genannten harten Vertikalabreden weitere Kernbeschränkungen als qualitativ schwerwiegend (Beschränkungen des aktiven und passiven Verkaufs, von Querlieferungen sowie des Mehrmarkenvertriebs zwischen Händlern im Selektivvertrieb, Beschränkungen betreffend Ersatzteile, Wettbewerbsverbote). Bei diesen Formen von Vertikalabreden ist die Erheblichkeit bereits bei quantitativ geringfügigen Auswirkungen gegeben. Ob dies 2, 3, 5 oder 10% Marktanteil ist oder mehr, ist im Moment offen.

Bei allen anderen Vertikalabreden liegt keine Erheblichkeit vor, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen mehr als 15% Marktanteil aufweist. Solche Abreden gelten auch als gerechtfertigt, wenn weder der Anbieter noch der Abnehmer auf ihren jeweiligen Marktstufen mehr als 30 % Marktanteil erreichen.

Erhebliche vertikale Abreden können nach Art. 16 VertBek gerechtfertigt werden. Dort sind auch eine Reihe von möglichen Rechtfertigungsgründen aufgeführt. Bei harten Vertikalabreden ist dies in der bisherigen Praxis der WEKO noch nie wirklich geltend gemacht worden bzw. noch nie gelungen (GABA/Elmex, NIKON, BMW, Bergsport, Sécateurs et cisailles).

Basierend auf diesen Ausführungen kann gefolgert werden, dass die juristische Regulierung in Bezug auf Vertikalabreden klar ist:

- Nicht unter die Kernbeschränkungen fallende Vertikalabreden sind unter 15 % Marktanteil nicht erheblich; sofern sie erheblich sind, gelten sie bis 30% Marktanteil als gerechtfertigt;
- Kernbeschränkungen werden bereits bei quantitativ geringfügigen Auswirkungen als erheblich beurteilt;
- Preisbindungen und Gebietsabschottungen sind gemäss BVGer per se erheblich (nicht rechtskräftig);
- Alle erheblichen Vertikalabreden können aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

Die bisherige Praxis der WEKO bei Vertikalabreden hat gezeigt, dass Kernbeschränkungen selten vorkommen. Sofern sie in einem Verfahren geprüft worden sind, ist bei harten Vertikalabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG noch nie eine Rechtfertigung gelungen (was angesichts der untersuchten Sachverhalte nachvollziehbar ist).

Bern, 9. Februar 2015