

RVP Bulletin

Wettbewerbsabreden und Marktbeherrschung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Versicherungsmarktes



Dr. Alois Rimle, LL.M.
rimle@rvpartner.ch

Zürich, November 2013, Nr. 6

Inhalt

Schweizerisches Kartellrecht.....	1
Kartellrecht	1
Geltungsbereich des Kartellgesetzes	2
Revision des Kartellgesetzes	2
Neues Abkommen zwischen Schweiz und EU	3
Unzulässige Wettbewerbsabreden	3
Wettbewerbsabreden	3
Horizontale und vertikale Wettbewerbsabreden	3
Fälle von Wettbewerbsabreden	3
Unzulässige Wettbewerbsabreden	4
Beurteilung von Wettbewerbsabreden.....	4
Beurteilung von harten und weichen Kartellen	4
Beurteilungsansatz.....	5
Relevanter Markt.....	5
Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.....	6
Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung..	7
Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung	7
Rechtfertigung durch wirtschaftliche Effizienz	8
Typische Abreden im Versicherungsbereich	9
Tarif-Abreden	9
Gemeinsame AVB.....	9
Marketing-Abreden.....	9
Vertriebs-Abreden	9
Schadenregulierungs-Abreden.....	10
Mitversicherung und Mit-Rückversicherung.....	10

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung...10

Marktbeherrschende Unternehmen.....	10
Missbräuchliche Verhaltensweisen	11

Verfahren und Strafen

Verfahren vor Wettbewerbsbehörden	11
Sanktionen und deren Vermeidung.....	12
Zivilrechtliche Folgen	12
Wettbewerbsrechtliche Klage vor Zivilgericht.....	13

Erkennen und Vermeiden von Verstössen.....13

Compliance-Programm	13
Prüfen von Wettbewerbsabreden.....	13
Verhaltensprüfung bei Marktbeherrschung	14

Abkürzungen.....14

Schweizerisches Kartellrecht

Kartellrecht

Das Kartellrecht kommt zur Anwendung, wenn der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist oder überhaupt zu verschwinden droht. Es bezweckt die Sicherung von Freiheit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und will dessen Beeinträchtigung oder gar Beseitigung verhindern (siehe Art. 1 KG).

Der Schutz des wirksamen Wettbewerbs kann nicht allein den Privaten überlassen werden. Es wurde deshalb eine eigentliche Wettbewerbskommission geschaffen („WEKO“). Die WEKO wurde vom Bundesrat eingesetzt und ist mit Entscheidungskompetenzen ausgestattet. Sie kann u.a. Vorabklärungen und Untersuchungen zu unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen durchführen und Massnahmen zur Beseitigung solcher Beschränkungen verfügen. Sie kann bei gewissen Verstössen zudem hohe Bussen verhängen (siehe hinten).

Geltungsbereich des Kartellgesetzes

Das schweizerische Kartellgesetz hat im Versicherungsbereich uneingeschränkte Geltung. Es besteht keine Sonder- oder Ausnahmeregelung für den Versicherungsbereich.

In persönlicher Hinsicht gilt das Kartellgesetz für sämtliche *Unternehmen* des privaten und öffentlichen Rechts. Erfasst sind somit nicht nur die klassischen Gesellschaften wie beispielsweise die AG, sondern auch etwa die Krankenversicherer gemäss Art. 12 Abs. 1 KVG bzw. Art. 12 Abs. 1 KVV. Ein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes liegt nur vor, wenn dieses wirtschaftlich selbstständig ist. Wenn mehrere Unternehmen unter gemeinsamer Kontrolle stehen, werden sie vom Kartellgesetz als Einheit und mithin als ein einziges Unternehmen betrachtet. Wettbewerbsabreden unter Konzerngesellschaften fallen damit nicht in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

In sachlicher Hinsicht gilt das Kartellgesetz für Kartell- und andere Wettbewerbsabreden, für die Ausübung von Marktmacht und für Unternehmenszusammenschlüsse. Die Thematik der Unternehmenszusammenschlüsse wird in diesem Bulletin nicht behandelt.

In örtlicher Hinsicht gilt das *Auswirkungsprinzip*. Das Kartellgesetz ist auf alle Sachverhalte anwendbar, die sich auf den *schweizerischen Markt* auswirken. Dabei ist unerheblich, ob die Wettbewerbsbeschränkungen von Unternehmen im In- oder Ausland ausgehen.

Das Kartellgesetz ist auch in staatlich regulierten Bereichen anwendbar. Nur dort, wo Rechtsvorschriften den Wettbewerb geradezu ausschliessen, ist es nicht

anwendbar. Das gilt etwa für den Fall, da Versicherer einheitliche und aufsichtsrechtlich genehmigte Tarife in der Elementarschadenversicherung verwenden (Art. 178 AVO). Dagegen ist das Kartellgesetz beispielsweise auf Tarifverhandlungen zwischen öffentlichen Spitälern und Krankenversicherern anwendbar, wenn Tarife für zusatzversicherte Personen verhandelt werden (RPW 2006, 515). Es ist weiter auf Verträge zwischen Herstellern von Produkten und Krankenversicherern anwendbar, auch wenn die vergütungspflichtigen Mittel und die Höchstpreise im KVG festgelegt sind (RPW 2004, 1106). Das Kartellgesetz ist auch auf öffentliche Unternehmen mit Monopolstellung anwendbar, wenn diese ausserhalb des Monopolbereichs zusätzlich im Wettbewerb mit Privaten stehen (z.B. Fahrhabe-Versicherung durch Gebäudeversicherer; vgl. BGE 2C_485/2010).

Revision des Kartellgesetzes

Das schweizerische Kartellgesetz soll revidiert werden. Der Bundesrat hat am 22. Februar 2012 die Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes verabschiedet. Die Revision wird 2013 im Parlament behandelt. Sie dürfte frühestens 2015 in Kraft treten. In diesem Bulletin wird nur geltendes Recht besprochen.

Insbesondere folgende Elemente des Kartellgesetzes sind zur Revision vorgeschlagen:

- *Institutionenreform*: Die WEKO, die die kartellrechtlichen Untersuchungen durchführt, soll als rechtlich selbstständige Anstalt der Wirtschaftsaufsicht ausgestaltet werden.
- *Anpassung von Art. 5 KG*: Es soll in Art. 5 KG zum Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit gewechselt werden. Dabei sollen jene fünf Arten von Abreden vom Teilkartellverbot erfasst werden, die schon heute direkt sanktionierbar sind (siehe hinten). Solche *per se* Verbote würden eine Verschärfung des Kartellgesetzes darstellen.
- *Sanktionsminderung bei Vorliegen von Compliance-Programmen*: Sanktionsminderungen sollen explizit gesetzlich vorgesehen sein, wenn ein Unternehmen darlegen kann, dass es ein wirksames Programm zur Verhinderung kartellrechtlicher Verstösse implementiert hat.

- **Klagemöglichkeit:** Der zivilrechtliche Weg soll im Kartellgesetz gestärkt und die Klagelegitimation ausgeweitet werden.

Neues Abkommen zwischen Schweiz und EU

Die Schweiz und die EU haben im Mai 2013 ein Abkommen über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte unterzeichnet. Das Abkommen wird voraussichtlich noch dieses Jahr vom Parlament genehmigt. Das Abkommen regelt im Wesentlichen die Kooperation zwischen den schweizerischen und europäischen Wettbewerbsbehörden. Es sieht u.a. auch den Austausch von vertraulichen Informationen bzw. Beweismitteln in konkreten Verfahren vor.

Unzulässige Wettbewerbsabreden

Wettbewerbsabreden

Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn (1) Unternehmen bewusst und gewollt zusammenwirken und (2) dieses Zusammenwirken eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

Eine kartellrechtliche *Wettbewerbsabrede* liegt bereits vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten übereinstimmend bewusst und gewollt koordinieren. Es ist keine rechtlich verbindliche Vereinbarung erforderlich. So gelten etwa mündlich getroffene Abmachungen, reine „Gentlemen’s Agreements“ oder Preisempfehlungen eines Verbandes als Vereinbarungen im kartellrechtlichen Sinn. Beispielsweise wurde ein Informationsaustausch zur Erhöhung von Bruttopreisen oder eine vom Verband herausgegebene unverbindliche Kalkulationshilfe von der WEKO als Vereinbarung im kartellrechtlichen Sinn beurteilt (RPW 2004, 995).

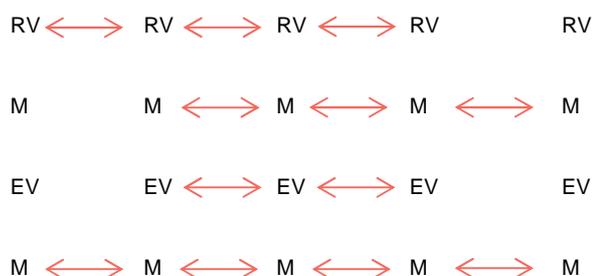
Hingegen ist das *blosse Parallelverhalten* zulässig und gilt nicht als kartellrechtliche Abrede. Dabei reagieren mehrere Unternehmen auf einen äusseren Anlass spontan gleich oder gleichförmig oder ahmen sich wechselseitig nach. Ein zulässiges Parallelverhalten liegt etwa vor, wenn mehrere Schadenversi-

cherer mit einer Terrorschlussklausel auf einen Terroranschlag reagieren.

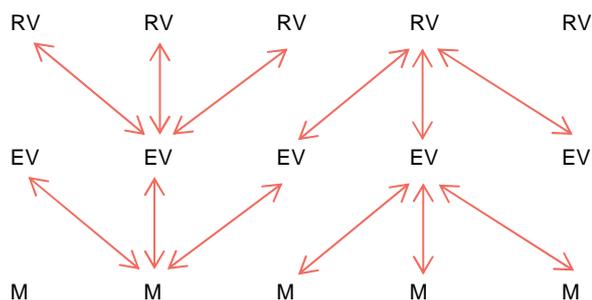
Horizontale und vertikale Wettbewerbsabreden

Wettbewerbsabreden können zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe (Konkurrenten) oder verschiedener Marktstufen (insbesondere Vertrieb) getroffen werden. Im ersten Fall spricht man von *horizontalen Abreden* und im zweiten Fall von *vertikalen Abreden*.

Im Versicherungsbereich können horizontale Abreden zwischen Erstversicherern, Rückversicherern oder Maklern bestehen. Solche Abreden können beispielhaft wie folgt dargestellt werden:



Im Weiteren können im Versicherungsbereich vertikale Abreden etwa zwischen Erstversicherern und Rückversicherern oder zwischen Maklern und Erstversicherern bestehen. Solche Abreden lassen sich beispielhaft wie folgt darstellen:



Fälle von Wettbewerbsabreden

Beispielsweise folgende Verhaltensweisen können im Versicherungsbereich Wettbewerbsabreden darstellen:

- Absprachen über Tarife oder Tarifgrundlagen;

- Informationsaustausch über aktuelle Geschäftsdaten und Marktverhalten, insbesondere Zeichnungspolitik;
- Austausch von Marketingmaterialien und gemeinsame Benchmarkstudien;
- Absprachen über Vertriebsentschädigungen, Vertriebspartner oder Vertriebsgebiete;
- Absprachen von Offerten bei Ausschreibungen;
- gemeinsame Tarifverhandlungen mit Leistungserbringern (z.B. zwischen Krankenversicherern und Spitälern);
- Absprachen über Vergütungen an Leistungserbringer (z.B. Vergütungen von Garagen in Kaskoversicherung);
- Exklusivverträge (z.B. zwischen Krankenversicherern und einem Medikamentenhersteller);
- Preisempfehlungen, unverbindliche Kalkulationshilfen, Empfehlungen betreffend Marktverhalten auf Stufe Verband.

Unzulässige Wettbewerbsabreden

Eine (horizontale oder vertikale) Wettbewerbsabrede ist unzulässig, wenn sie zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führt (Art. 5 Abs. 1 KG). Eine solche Wettbewerbsbeseitigung liegt vermutungsweise vor, wenn eine horizontale Abrede Preise, Mengen, Gebiete oder Geschäftspartner betrifft oder wenn eine vertikale Abrede eine Preisbindung zweiter Hand oder eine Zuweisung von Gebieten umfasst (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG). Solche Abreden werden nachfolgend als „harte Kartellabreden“ bezeichnet. Sie sind nur dann zulässig, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung entkräftet werden kann. Bei harten Kartellen sind direkte Verwaltungsanktionen gegen die beteiligten Unternehmen möglich (Art. 49a KG; siehe hinten).

Im Weiteren ist eine (horizontale oder vertikale) Wettbewerbsabrede unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt (*weiches Kartell*), sofern sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 1 KG). Das Kartellgesetz enthält eine Liste von Wettbewerbsabreden, die aus Gründen der wirtschaftlichen

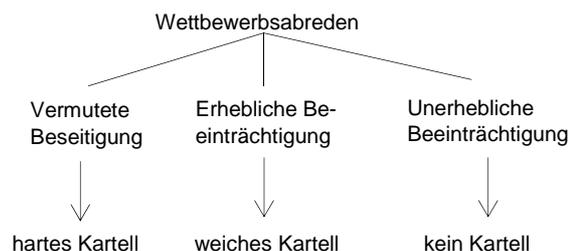
Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten (Art. 6 Abs. 1 KG). Beispielsweise liegt im Fall von Abreden, die die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit von KMUs bezwecken, oder Abreden, an denen nur Kleistunternehmen beteiligt sind, in der Regel keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vor bzw. kann die Wettbewerbsbeschränkung mit wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden.

Die WEKO hat verschiedene allgemeine Bekanntmachungen erlassen, um die kartellrechtlichen Anforderungen im Bereich der unzulässigen Wettbewerbsabreden zu konkretisieren. Für den Versicherungsbereich sind insbesondere die Bekanntmachung von 2005 betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung („KMU-Bekanntmachung“) und die Bekanntmachung von 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden („Vertikalbekanntmachung“ oder „VertBek“) von Bedeutung.

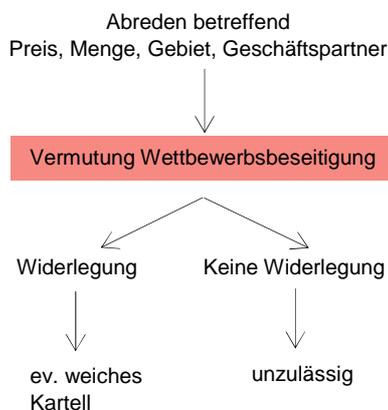
Beurteilung von Wettbewerbsabreden

Beurteilung von harten und weichen Kartellen

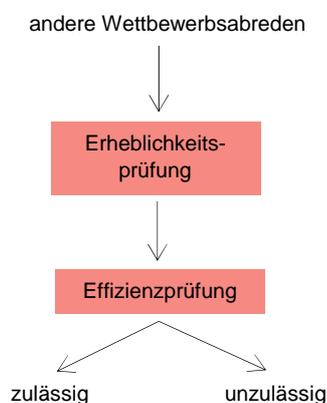
Wettbewerbsabreden können im Hinblick auf ihre rechtliche Beurteilung wie folgt eingeteilt werden:



Liegt eine harte Kartellabrede vor, so ist diese unzulässig, es sei denn, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann entkräftet werden. Kann diese Vermutung entkräftet werden, so kann die Abrede immer noch ein weiches Kartell darstellen. Die Beurteilung von harten Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG kann wie folgt dargestellt werden:



Wettbewerbsabreden, die keine Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG auslösen oder bei denen die Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG widerlegt werden kann, stellen möglicherweise ein weiches Kartell dar. Solche Wettbewerbsabreden (nachfolgend „andere Wettbewerbsabreden“) sind unzulässig, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können. Die Beurteilung anderer Wettbewerbsabreden kann wie folgt dargestellt werden:



Beurteilungsansatz

Wettbewerbsabreden werden im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanter Umstände beurteilt. Es geht dabei darum, festzustellen, ob eine Kooperation zwischen Unternehmen zulässig oder unzulässig ist. Die Beurteilung erfolgt im Rahmen eines „Entscheidungsbaums“. Es werden die relevanten Fragen von oben nach unten beantwortet (siehe Anhang 1 zur Vertikalbekanntmachung). Es stellen sich etwa folgende Fragen: Liegt eine Wettbewerbs-

abrede vor? Welches ist der relevante Markt? Ist die Abrede vertikal oder horizontal? Handelt es sich um eine harte Kartellabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG oder um eine andere Wettbewerbsabrede? Kann die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung bei der harten Kartellabrede beseitigt werden? Bewirkt eine andere Wettbewerbsabrede eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt und kann die erhebliche Beeinträchtigung gegebenenfalls mit wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden?

Im Versicherungsbereich wird man sich bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden neben dem Gesetz sowie den relevanten Verordnungen und allgemeinen Bekanntmachungen vor allem an der Rechtsprechung, der Praxis der WEKO (siehe insbesondere RPW 2007/1, 137-168) und rechtsvergleichend der Gruppenfreistellungsverordnung der EU-Kommission orientieren.

Relevanter Markt

Bevor die Intensität einer Wettbewerbsbeeinträchtigung beurteilt werden kann, muss zunächst der *relevante Markt* definiert werden, auf den sich die Wettbewerbsbeschränkung auswirkt. Der relevante Markt wird grundsätzlich durch eine sachliche und eine örtliche Komponente definiert. In einzelnen Fällen kommt eine zeitliche Komponente hinzu.

Der *sachlich relevante Markt* umfasst alle Waren und Dienstleistungen, die hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks von der Marktgegenseite als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU). In der Praxis werden etwa folgende relevante Märkte sachlich abgegrenzt: Markt für Konsumkredite mit verschiedenen Vertragsformen (inkl. Barkredit, Festkredit, Teilzahlungskredit, Kontokorrentkredit, aber exkl. Leasing, revolvingierende Kredite bei Zahlungskarten und Kontoüberziehungslimiten; RPW 2007, 368); Mobilfunkmarkt mit verschiedenen Teilmärkten (RPW 2002, 118); Käsemarkt mit verschiedenen Teilmärkten (Hart-, Halbhart-, Weich- und Schmelzkäse; RPW 2002, 427). Im Versicherungsbereich wird man grundsätzlich verschiedene Teilmärkte insbesondere entlang der Versicherungszweige unterscheiden.

Der *räumlich relevante Markt* umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die Waren und Dienstleistungen des sachlich relevanten Marktes nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3. lit. a VKU). In der Praxis der WEKO handelt es sich häufig um nationale Märkte. Gleichwohl wurden von ihr verschiedentlich auch kleinere Gebiete als räumlich relevante Märkte abgegrenzt, z.B. die Deutschschweiz für die Übertragung von Fernsehsignalen für deutschsprachige Filme (RPW 2002, 575) oder Bahnhöfe für Rangierleistungen (RPW 2001, 75). Im Versicherungsbereich wird man oftmals von einem nationalen oder regionalsprachlichen Markt ausgehen (z.B. Deutschschweiz oder Westschweiz, je nachdem, wo Policen in der betreffenden Sprache vertrieben werden).

Bei saisonal angebotenen oder nachgefragten Waren und Dienstleistungen oder bei öffentlichen Beschaffungen (Dauer der Ausschreibungsphase) kann es notwendig sein, auch noch den *zeitlich relevanten Markt* abzugrenzen (RPW 2009, 342).

Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

Bei harten Kartellabreden besteht eine gesetzliche Vermutung, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung besteht gemäss Art. 5 Abs. 3 KG bei vier Arten von horizontalen Abreden (Preis-, Mengen-, Gebiets- und Geschäftspartnerabrede) und gemäss Art. 5 Abs. 4 KG bei zwei Arten von vertikalen Abreden (Preisbindung zweiter Hand und absoluter Gebietsschutz). Sie werden nachfolgend kurz beschrieben.

Die *Preisabrede* umfasst jede Art des Festsetzens von Preisen, Preiselementen oder Preiskomponenten. Selbst die Absprache über Einkaufspreise ist gemäss WEKO erfasst. Die WEKO hat im Versicherungsbereich beispielsweise in folgenden Fällen eine Preisabrede angenommen, die den wirksamen Wettbewerb beseitigt: gemeinsame Tarifverhandlung mehrerer Krankenversicherer mit Spitälern, was den gemeinsamen Einkauf von Spitaldienstleistungen impliziert (RPW 2008, 554 betreffend Zusatzversicherungen); Vertrag des Verbandes der Krankenversicherer mit einem Hersteller von Inkontinenzhilfen, mit dem der Preis festgelegt wurde, den die Krankenversicherer den Patienten für diese Produkte vergüten (RPW 2004, 1113); Preisempfehlung einer Ärztegesellschaft für die im Zusatzversicherungsbereich zu

verrechnende Tarife, die von den Mitgliedern weitgehend befolgt wurde (RPW 2003, 268).

Die *Mengenabrede* (Quotenkartell) bewirkt eine künstliche Verknappung des Angebots und führt zu einer unerwünschten Preiserhöhung. Sie kann in einer prozentualen Aufteilung des Marktvolumens bestehen oder eine Aufteilung nach bestimmten Mindest- oder Maximalmengen beinhalten.

Die *Gebietsabrede* betrifft die geographische Segmentierung des Marktes. Beispielsweise stellt die Zuweisung einzelner Kantone zur ausschliesslichen Bearbeitung durch ein Unternehmen eine Gebietsabrede dar.

Die *Geschäftspartnerabrede* betrifft die kundenspezifische Segmentierung des Marktes. Beispielsweise stellt die Aufteilung von Kunden anhand ihrer Grösse eine Kundenabrede dar. Auch Abwerbverbote unter Konkurrenten können eine Aufteilung der Märkte nach Geschäftspartnern sein (RPW 2003, 260 betreffend Kooperation UBS/Postfinanz).

Die *Preisbindung zweiter Hand* betrifft den Fall, bei dem der Hersteller den Wettbewerb zwischen Händlern, die das gleiche Produkt vertreiben, mit vertraglichen Mitteln einschränkt, indem er für den Wiederverkauf des Produkts Preisvorgaben macht. Erfasst ist jede Vereinbarung, die bezweckt, die Preisfestsetzungsautonomie des Händlers in einem relevanten Punkt einzuschränken (z.B. auch Vorgabe eines Preiskorridors oder einzelner Preisbestandteile wie etwa Margen oder Rabatte). Zulässig sind dagegen vom Hersteller vorgegebene Höchstpreise; diese hindern nämlich die Händler nicht daran, diese Preise zu unterbieten (vgl. auch Ziff. 12 Abs. 2 lit. a Vert-Bek). Ebenfalls zulässig sind unverbindliche Preisempfehlungen oder unverbindliche Richtpreise des Herstellers. Die Preisempfehlungen müssen dabei aber als unverbindlich gekennzeichnet sein und tatsächlich unverbindlich sein. Beispielsweise wurde eine von Herstellern von Arzneimitteln publizierte Preisempfehlung als Preisbindung zweiter Hand beurteilt, insbesondere weil sie von den Apotheken und den selbst dispensierenden Ärzten weitgehend befolgt wurde (RPW 2010, 146).

Der *absolute Gebietsschutz* betrifft Abreden in Vertriebsverträgen, die es den Händlern generell verbieten, Kunden ausserhalb ihres Vertragsgebiets zu be-

liefern. Erfasst sind nicht nur Vertriebsverträge, sondern auch Lizenzverträge. Ein Alleinvertriebsvertrag darf zwar dem Händler untersagen, die Vertragsprodukte in einem anderen Gebiet aktiv zu verkaufen (z.B. Inserate in Zeitungen). Hingegen darf er dem Händler nicht den passiven Verkauf (Verkauf auf Kundenanfrage) in einem anderen Gebiet verbieten. Beispielsweise stellt ein den Händlern generell auferlegtes Verbot, Produkte via Internet zu verkaufen, kein Fall von absolutem Gebietsschutz dar. Ein solches Verbot bezweckt nicht, Passivverkäufe zu verhindern. Immerhin kann ein Online-Verbot eine unzulässige erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen. Ein absoluter Gebietsschutz kann hingegen dann vorliegen, wenn der Online-Handel zwar erlaubt ist, die Händler aber keine Kunden ausserhalb ihres Vertragsgebiets beliefern dürfen und den Online-Shop so einrichten müssen, dass solche Kunden gar nicht bestellen können (RPW 2011, 381). Dieselbe Regelung gilt im internationalen Verhältnis: Ein Vertriebsvertrag, der den ausländischen Händlern verbietet, auf Anfrage Kunden in der Schweiz zu beliefern, beseitigen vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb gemäss Art. 5 Abs. 4 KG. *Parallelimporte* müssen möglich sein.

Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

Bei den harten Kartellabreden wird rechtlich vermutet, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Erfüllt eine Wettbewerbsabrede eine der genannten Tatbestände (Vermutungsbasis), so wird von Gesetzes wegen die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet (Vermutungsfolge). Die Rechtsfolge tritt nicht ein, wenn die Vermutung widerlegt werden kann. Gelingt die Widerlegung der Vermutung nicht, ist die Wettbewerbsabrede unzulässig. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist bei harten Kartellabreden nicht möglich.

Wenn die Vermutung widerlegt werden kann, besteht keine rechtswidrige Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Es bleibt dann noch zu prüfen, ob die Abrede (mit erfüllter Vermutungsbasis) den Wettbewerb gemäss Art. 5 Abs. 1 KG tatsächlich erheblich beeinträchtigt (siehe Erheblichkeitsprüfung). Dies ist durchaus nicht immer der Fall (siehe RPW 2008, 564 betreffend Zusatzver-

sicherung; RPW 2004, 1120 betreffend Krankenversicherer). Ergibt sich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs, so muss schliesslich noch die Effizienzprüfung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durchgeführt werden. Erst danach kann festgestellt werden, ob die Abrede gegen das Kartellgesetz verstösst.

Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG kann widerlegt werden, indem im konkreten Einzelfall die Auswirkungen auf den Wettbewerb untersucht werden und gezeigt wird, dass trotz der Abrede Wettbewerb herrscht, d.h. ausreichender Innen- oder Aussenwettbewerb existiert. *Ausreichender Innenwettbewerb* kann etwa vorliegen, wenn sich die Teilnehmer an einer Abrede nicht daran halten oder wenn trotz der Abrede ausreichender Wettbewerb in Bezug auf andere wichtige Wettbewerbsparameter (bzw. Teile von Wettbewerbsparametern) besteht. *Ausreichender Aussenwettbewerb* besteht, wenn die Abrede nur eine beschränkte Wirkung entfaltet, da die Marktgegenseite auf eine ausreichende Anzahl von Unternehmen ausweichen kann, die sich nicht an der Abrede beteiligt haben (vgl. BGE 129 II 35).

Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann bei den horizontalen und vertikalen Abreden grundsätzlich auf dieselbe Weise widerlegt werden. Bei der Beurteilung des Aussenwettbewerbs im Rahmen von vertikalen Abreden werden nicht nur die Produkte des jeweiligen Herstellers (*Intrabrand-Wettbewerb*), sondern auch die Produkte anderer Hersteller (*Interbrand-Wettbewerb*) berücksichtigt (vgl. Ziff. 11 VertBek).

Die Wiederlegung der Vermutung gelang beispielsweise in folgenden Fällen: gemeinsame Tarifverhandlung mehrerer Krankenversicherer mit Spitälern, wobei die Mehrheit der Krankenversicherer an den gemeinsamen Verhandlungen nicht beteiligt waren (RPW 2008, 562 betreffend Zusatzversicherung); Exklusivvertrag des Verbands der Krankenversicherer, wobei sich die Krankenversicherer nicht daran hielten (RPW 2004, 1117).

Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

Unerhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt sind zulässig. Nur erhebli-

che Beeinträchtigungen sind unzulässig, sofern sie nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 1 KG).

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wenn die Abrede einen auf dem relevanten Markt wichtigen Wettbewerbsparameter betrifft (*qualitatives Element*) und die an der Abrede Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten (*quantitatives Element*; BGE 129 II 24). Es ergibt sich aus der Gesamtbeurteilung der qualitativen und quantitativen Elemente, ob eine Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge hat. Die Abwägung der beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise im Rahmen einer *Gesamtbeurteilung*: Eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung kann trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein, während umgekehrt eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen kann, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek).

In qualitativer Hinsicht ist im Einzelfall zu prüfen, welche Bedeutung die von der Abrede tangierten Wettbewerbsparameter für den Wettbewerb im relevanten Markt haben. *Wichtige Wettbewerbsparameter* sind in erster Linie Preis, Menge, Qualität, Absatzgebiete und Kundengruppen. Je nach den konkreten Verhältnissen auf dem relevanten Markt können auch andere Elemente im Wettbewerb wichtig sein, z.B. Lieferbedingungen, Gewährleistungen, Absatzkanäle, Werbeauftritte etc.

Eine *beschränkte Marktwirkung* liegt im Fall von horizontalen Abreden in der Regel vor, wenn der von den beteiligten Unternehmen gehaltene Marktanteil unter 10% liegt oder an der Abrede ausschliesslich sog. Kleinstunternehmen (Unternehmen mit weniger als 10 beschäftigten Personen und mit einem Jahresumsatz in der Schweiz von weniger als CHF 2 Mio.) beteiligt sind. Voraussetzung für die Unerheblichkeit ist aber stets, dass die Abrede keine Preisabsprache, keine Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen und keine Aufteilung der Märkte nach Gebieten oder Kunden enthält (wichtige Wettbewerbsparameter gemäss Ziff. 3 Abs. 2 lit. a KMU-Bekanntmachung). In der schweizerischen Praxis wurde die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung beispielsweise für eine horizontale Preisab-

sprache unter knapp 70% der Autofahrlehrer in Graubünden bejaht (RPW 2003, 287).

Eine *beschränkte Marktwirkung* liegt im Fall von vertikalen Abreden in der Regel vor, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15% überschreitet. Dabei darf die Abrede keine in Ziff. 12 Abs. 2 lit. a-e VertBek genannte Klausel enthalten (wichtige Wettbewerbsparameter gemäss Ziff. 13 Abs. 1 VertBek; vgl. auch Ziff. 3 Abs. 2 lit. b KMU-Bekanntmachung). Im Weiteren gilt der Sonderfall des *rein qualitativen Selektivvertriebs* ohne weiteres als nicht erhebliche Wettbewerbsbeschränkung, sofern die strengen Anforderungen von Ziff. 14 VertBek erfüllt sind. Beispielsweise wurden in der bisherigen Praxis der WEKO folgende Fälle von vertikalen Abreden als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen qualifiziert: ein den Händlern auferlegtes Verbot, die Produkte via Internet zu verkaufen (RPW 2011, 390); eine weitgehend befolgte Preisempfehlung (RPW 2010, 679). Keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung wurde von der WEKO in einem Fall festgestellt, bei dem der Verband der Krankenversicherer mit einem kleinen Hersteller eines Produkts einen Exklusivvertrag abschlossen hatte (d.h. Vergütung an Patienten nur bei Verwendung dieses Produkts), wobei in der Praxis von den Krankenversicherern aber auch die Produkte anderer Hersteller vergütet wurden (RPW 2004, 1118).

Rechtfertigung durch wirtschaftliche Effizienz

Horizontale und vertikale Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, sind zulässig, wenn sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 1 KG).

Wettbewerbsabreden sind gemäss Kartellgesetz durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz grundsätzlich gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um (1) die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken; (2) Produkte oder Produktverfahren zu verbessern; (3) die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern; oder (4) Ressourcen rationeller zu nutzen (Art. 5 Abs. 1 lit a KG). Eine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz setzt zudem voraus, dass die durch die Abrede erzielbaren Effizienzgewinne in der

Lage sind, die negativen Auswirkungen der Abrede auf den Wettbewerb aufzuwiegen (RPW 2005, 275).

Eine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz ist in jedem Fall ausgeschlossen, wenn die betreffende Wettbewerbsabrede den Unternehmen die Möglichkeit gibt, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. b KG). Bei einem fehlenden Wettbewerb wird der erzielte Gewinn nämlich in der Regel nicht an die Volkswirtschaft weitergegeben, sondern verbleibt bei den Unternehmen.

Gemäss Art. 6 KG können in Verordnungen und allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen besondere Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. Dementsprechend werden in der Vertikalbekanntmachung (Ziff. 16) die Rechtfertigung aus Effizienzgründen für vertikale Abreden präzisiert. Im Weiteren enthält die KMU-Bekanntmachung (Ziffer 2) präzisierende Kriterien für die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit. In der Praxis der WEKO wurde beispielsweise die Kostensenkung als Rechtfertigungsgrund für gemeinsame Verhandlungen mehrerer Abnehmer gegenüber einem marktbeherrschenden Anbieter (*Bildung einer Gegenmacht*) im Bereich der Zusatzversicherungen teilweise bejaht (RPW 2008, 564).

Typische Abreden im Versicherungsbereich

Tarif-Abreden

Tarif-Abreden zwischen Versicherungsunternehmen stellen harte Kartellabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar, bei denen die Beseitigung des Wettbewerbs vermutet wird. Es stellt sich somit die Frage, welche Verhaltensweisen auf dem Versicherungsmarkt als Tarif-Abreden gelten und welche nicht (vgl. Praxis der WEKO in RPW 2007, 137; vgl. auch EU-Verordnung 2010, Kapitel II).

Folgende koordinierte Verhaltensweisen sind grundsätzlich zulässig, sofern sie keine Rückschlüsse auf die Daten der beteiligten Versicherungsunternehmen zulassen: gemeinsame Schadenbedarfsstatistiken

und Tafeln zur Häufigkeit von Unfällen, Krankheiten oder Todesfällen sowie gemeinsame Studien über Klimaveränderungen etc.

Als unzulässige Tarif-Abreden gelten grundsätzlich folgende Fälle: Absprachen über die zu ziehenden Schlussfolgerungen aus gemeinsamen Studien (z.B. in Tarif einzurechnende Kosten, Trend- oder Sicherheitszuschläge, Teuerung); Absprachen über die Zeichnungspolitik.

Gemeinsame AVB

Die Ausarbeitung gemeinsamer AVB kann eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen. Solche gemeinsamen AVB sind hingegen zulässig, wenn (1) auf deren Unverbindlichkeit hingewiesen wird; (2) darauf hingewiesen wird, dass die beteiligten Versicherer davon abweichende Klauseln aufnehmen können; (3) sie öffentlich zugänglich sind (Internet); (4) sie keine Hinweise zu Selbstbehalten, Versicherungssumme oder Rabatten enthalten; (5) sie den Versicherten keine umfassende Deckungen von Risiken auferlegen, denen eine grosse Anzahl von Versicherten nicht gleichzeitig ausgesetzt sind; und (6) sie den Versicherungsnehmern nicht auferlegen, unterschiedliche Risiken bei demselben Versicherer zu versichern (Praxis der WEKO in RPW 2007, 139; vgl. auch EU-Verordnung 2003, Kapitel III).

Marketing-Abreden

Marketing-Abreden können unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen. Zulässig ist selbstverständlich die Marktforschung. Problematisch kann der Austausch von Marktforschungs-Materialien sein, sofern diese nicht öffentlich zugänglich sind. Benchmarkstudien sind nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig (vgl. Praxis der WEKO in RPW 2007, 143).

Vertriebs-Abreden

Vertriebsabsprachen im Versicherungsbereich können unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen. Absprachen zwischen Versicherungsunternehmen über Vertriebsentschädigungen (z.B. Absprache über die den Maklern auszurichtenden Courtagen) sind als harte Kartellabreden

vermutungsweise unzulässig. Im Weiteren sind Anfragen beim Vorversicherer auf die zur Beurteilung der Risikoverhältnisse erforderlichen Umstände zu beschränken. Schliesslich können Absprachen zu Ausschreibungen (*Submissionskartelle*) unzulässig sein (z.B. Absprache betreffend Offerten-Preis).

Schadenregulierungs-Abreden

Vereinbarungen zwischen Versicherungsunternehmen über die Höhe von Leistungen an Dritte können unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen. Beispielsweise kann ein vereinbarter Verrechnungslohn von Garagen in der Kascoversicherung zu Wettbewerbsbeschränkungen führen.

Mitversicherung und Mit-Rückversicherung

Die Beteiligung mehrerer Versicherer bei der Deckung eines grösseren Einzelrisikos gilt als Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellrechts. Das gemeinsame Festlegen der Vertragsbedingungen und der Prämien vor der Offerierung darf nicht zu einer Beseitigung oder zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen. Solche Kooperationen im Einzelfall sind insbesondere zulässig, wenn die Versicherung durch einen individuellen Versicherer unter vernünftigen Erwägungen nicht erbracht werden kann oder wenn die gemeinsame Deckung durch mehrere Versicherer vom Kunden ausdrücklich gewünscht wird.

Von der im Einzelfall vereinbarten gemeinsamen Übernahme bestimmter Risiken ist die Bildung von Gemeinschaften zur Deckung von Risikoparten zu unterscheiden. Auch solche Gemeinschaften gelten als Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellrechts. In bestimmten Risikoparten kann nur durch die Bildung von Gemeinschaften ausreichende Deckung gewährleistet werden (z.B. Schweizer Pool für Luftfahrtversicherungen). Darüber hinaus können durch solche Gemeinschaften u.U. Kostenersparnisse und günstigere Prämien bewirkt werden. Ein Verbot von grösseren Mitversicherungs- und Mit-Rückversicherungsgemeinschaften, wie es in der EU besteht, gibt es in der Schweiz nicht (Praxis der WEKO in RPW 2007, 140; vgl. EU Verordnung 2010, Kapitel III).

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Marktbeherrschende Unternehmen

Als marktbeherrschende Unternehmen gelten gemäss Art. 4 Abs. 2 KG 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. Das zur Diskussion stehende Unternehmen muss auf dem relevanten Markt (siehe vorne) über eine beherrschende Stellung verfügen. Marktbeherrschend kann ein Unternehmen nicht nur als Anbieter, sondern auch als Nachfrager sein. Bei der Prüfung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, sind die aktuelle Konkurrenz, die potentielle Konkurrenz, die Marktgegenseite sowie allenfalls weitere disziplinierende Einflüsse relevant.

Auf der Stufe der *aktuellen Konkurrenz* können zusammen mit anderen Umständen Marktanteile von bereits 60% eine marktbeherrschende Stellung begründen. Bei Marktanteilen von über 75% wird man grundsätzlich von einer Marktbeherrschung ausgehen, während Marktanteile von unter 30% in der Regel keine Marktbeherrschung begründen.

Auf der Stufe der *potentiellen Konkurrenz* wird geprüft, ob neue Konkurrenten kurzfristig und ohne grossen Aufwand in den Markt eintreten können. Eine starke potentielle Konkurrenz bzw. tiefe Markteintrittsschwellen können eine starke Position im Markt relativieren.

Im Weiteren ist auch die *Marktgegenseite* des zur Diskussion stehenden Unternehmens zu prüfen. Diese ist unter Umständen in der Lage, die Verhaltensspielräume des Unternehmens zu begrenzen. Bei starken Abnehmern wird sich das Unternehmen nicht weitgehend unabhängig von diesen verhalten können, auch wenn die aktuelle und potentielle Konkurrenz verhältnismässig gering ist.

Schliesslich ist zu untersuchen, ob weitere disziplinierende Einflüsse bestehen, die ein unabhängiges Verhalten des Unternehmens einschränken. Zu denken ist etwa an Produkte oder Dienstleistungen be-

nachbarter Märkte, die den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beeinflussen können.

Die WEKO hat im Versicherungsbereich beispielsweise eine marktbeherrschende Stellung von öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern des Kantons Luzerns auf dem Markt für stationäre Gesundheitsleistungen gegenüber privat und halbprivat versicherten Personen in den Kantonen Luzern und Nidwalden festgestellt (RPW 2008, 578 betreffend Zusatzversicherung; vgl. auch WEKO-Vorabklärungen im Bereich Gebäudeversicherungsdienstleistungen, RPW 2011, 483).

Eine Marktbeherrschung kann auch durch mehrere Unternehmen bestehen (*kollektive Marktbeherrschung*). Dabei kommt keinem der Unternehmen für sich alleine eine marktbeherrschende Stellung zu und die Unternehmen haben unter sich auch keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen. Gleichwohl verhalten sich diese Unternehmen im Markt weitgehend gleichförmig; sie werden deshalb von den anderen Marktteilnehmern mindestens teilweise als Einheit wahrgenommen.

Missbräuchliche Verhaltensweisen

Das Kartellgesetz schränkt die Vertragsfreiheit der marktbeherrschenden Unternehmen ein. Marktbeherrschende Unternehmen sind nicht mehr frei zu entscheiden, mit wem sie Verträge abschliessen. Auch der Vertragsinhalt kann nicht mehr frei gewählt werden.

Das Kartellgesetz stellt Verhaltensregeln für marktbeherrschende Unternehmen auf. Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind dann unzulässig, wenn sie ohne sachlichen Grund und mithin in missbräuchlicher Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Es wird unterschieden zwischen *Behinderungsmissbrauch*, bei dem andere Unternehmen in der Ausübung oder Aufnahme der konkurrenzierenden Tätigkeit behindert werden, und *Ausbeutungsmissbrauch*, bei dem der Marktgegenseite unangemessene Bedingungen (z.B. überhöhte Preise) aufgezwungen werden.

Das Kartellgesetz nennt (in nicht abschliessender Weise) folgende typische Fälle von unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 Abs. 2 KG):

- Verweigerung von Geschäftsbeziehungen;
- Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen;
- Gezielte Preisunterbietung oder gezielte Unterbietung sonstiger Geschäftsbedingungen;
- Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- Koppelungsgeschäfte (Vertragsabschluss nur, wenn Vertragspartner zusätzliche Leistungen annimmt oder erbringt).

Marktbeherrschende Unternehmen können ihre Verhaltensweisen, die dem Schein nach auf missbräuchlicher Ausnutzung ihrer Marktstellung beruhen, rechtfertigen. Verhaltensweisen sind nur missbräuchlich, wenn sie nicht gerechtfertigt werden können. Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens können gerechtfertigt werden, wenn sie auf allgemein anerkannten Grundsätzen beruhen (*„legitimate business reasons“*). Es ist selbstverständlich auch marktbeherrschenden Unternehmen erlaubt, wirtschaftlich sinnvoll zu handeln.

Verfahren und Strafen

Verfahren vor Wettbewerbsbehörden

Die Wettbewerbsbehörden nach Kartellgesetz umfassen die Wettbewerbskommission (WEKO) und das Sekretariat. Die WEKO wird vom Bundesrat bestellt. Sie trifft Entscheide und erlässt Verfügungen (Art. 18 Abs. 3 KG). Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der WEKO vor, führt Untersuchungen durch und vollzieht die Entscheide der WEKO (Art. 23 Abs. 1 KG).

Das Sekretariat kann *Vorabklärungen* von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen (Art. 26 Abs. 1 KG).

Wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen, so eröffnet das Sekretariat eine *Untersuchung* (Art. 27 Abs. 1 KG).

Im kartellrechtlichen Verfahren stehen den Wettbewerbsbehörden verschiedene Untersuchungsmassnahmen zur Verfügung, um den Sachverhalt zu ermitteln. Die Wettbewerbsbehörden können die im Markt tätigen Unternehmen befragen; diese sind verpflichtet, Auskunft zu erteilen (Art. 40 und Art. 42 Abs. 1 KG). Im Weiteren können die Wettbewerbsbehörden *Hausdurchsuchungen* durchführen und Beweisgegenstände beschlagnahmen (Art. 42 Abs. 2 KG). Um den Überraschungseffekt zu wahren, wird in der Regel die Untersuchung unmittelbar vor der Durchführung der Hausdurchsuchung eröffnet. Dabei erhalten die betroffenen Unternehmen erst mit der Hausdurchsuchung Kenntnis von der Untersuchung.

Sanktionen und deren Vermeidung

Kartellrechtswidrige Abreden und Verhaltensweisen können verwaltungsrechtlich durch die WEKO mittels Verfügung untersagt werden. Wenn das betroffene Unternehmen die Untersagungsverfügung nicht beachtet, drohen Bussen gemäss 50 KG (Busse für Unternehmen) und Art. 54 KG (persönliche Busse).

Im Fall von harten Kartellen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) und beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG) können *drakonische Sanktionen*, die sich direkt aus dem Gesetz ergeben, gegen das Unternehmen ausgesprochen werden (Art. 49a Abs. 1 KG). Bei Versicherungsunternehmen können Bussen bis zu 10% der Bruttoprämieneinnahmen der letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz belastet werden (zur Sanktionsbemessung siehe Art. 2 ff. SVKG). Bei dieser Regelung fällt die Vorwarnung durch eine Verfügung der WEKO weg. Die Unternehmen müssen deshalb die Rechtmässigkeit ihres Verhaltens selbst beurteilen (siehe hinten). Sie riskieren, für ein rechtswidriges Verhalten direkt mit Sanktionen belegt zu werden.

Die direkte Busse entfällt oder wird reduziert, wenn ein Kartellmitglied das Kartell bei der WEKO anzeigt und damit an der Aufdeckung und der Beseitigung

der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt („*Bonusmeldung*“; Art. 49a Abs. 2 KG; vgl. Art. 8 ff. SVKG). Der Erlass der Busse („*Bonusregelung*“) ist auf Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ausgerichtet. Ein solcher ist aber auch im Zusammenhang mit Art. 7 KG (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) möglich.

Wenn Unsicherheit darüber besteht, ob eine beabsichtigte Kooperation ein Verstoss gegen das Kartellgesetz darstellt, kann der betreffende Sachverhalt dem Sekretariat im Rahmen einer gebührenpflichtigen *Beratung* zur Beurteilung unterbreitet werden (Art. 23 Abs. 2 KG). Solche Anfragen sind selbst ohne Namensnennung möglich.

In Zweifelsfällen stellt das Kartellgesetz den Unternehmen weiter die Möglichkeit einer *vorgängigen Meldung* zur Verfügung, um das Risiko einer kartellrechtlichen Fehlbeurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen und der daraus resultierenden Bussen zu vermeiden (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG). Die Belastung entfällt, wenn die Meldung erfolgt, bevor die Wettbewerbsbeschränkung Wirkung entfaltet. Mit der Meldung beginnt das sogenannte *Widerspruchsverfahren*, mit dem die WEKO die Meldung prüft (vgl. Art. 19 SVKG). Wenn innerhalb von fünf Monaten ein Verfahren (Vorabklärung gemäss Art. 26 KG oder Untersuchung gemäss Art. 27 KG) eröffnet wird und das Unternehmen gleichwohl an der Wettbewerbsbeschränkung festhält, entfällt die Belastung nicht (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG; vgl. RPW 2009, 123). Mit einer Verfahrenseröffnung lebt somit das Sanktionsrisiko wieder auf.

Wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei der Untersuchungseröffnung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist, entfällt die Belastung (*Verjährung* von Bussen gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. b KG).

Zivilrechtliche Folgen

Verträge, die gegen das Kartellgesetz verstossen, sind widerrechtlich. Sie sind gemäss Art. 20 OR nichtig bzw. teilnichtig (BGE 134 III 442). Die Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit wirkt *ex tunc* (Wirkung per Vertragsabschluss). Daraus ergibt sich, dass jede Partei die Erfüllung kartellrechtswidriger Pflichten jederzeit einstellen kann, ohne dass dadurch der Vertrag verletzt wird.

Wettbewerbsrechtliche Klage vor Zivilgericht

Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, kann gegen den Verursacher der Wettbewerbsbeschränkung vor dem zuständigen Zivilgericht klagen. Er hat Anspruch auf (a) Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung; (b) Schadenersatz oder Genugtuung; oder (c) Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinns (Art. 12 Abs. 1 KG). Als Wettbewerbsbehinderungen kommen insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie Diskriminierungsmassnahmen in Betracht (Art. 12 Abs. 2 KG). Die Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann dadurch geschehen, dass das Gericht auf Antrag des Klägers anordnet, dass (a) Verträge ganz oder teilweise als ungültig erklärt werden; (b) der Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen hat (Art. 13 KG).

Erkennen und Vermeiden von Verstössen

Compliance-Programm

Ein Unternehmen im Versicherungsbereich und in anderen Bereichen muss sich intern so organisieren, dass kartellrechtliche Verstösse vermieden werden, weil ansonsten erhebliche direkte Sanktionen drohen (siehe vorne). Zu diesem Zweck sollten *Compliance-Programme im Bereich des Kartellrechts* implementiert werden. Es ist gegenwärtig noch weitgehend ungeklärt, wie eine angemessene Kartellrechts-Compliance in der Praxis auszugestalten wäre. Compliance im Bereich des Kartellrechts dient der Vermeidung von wettbewerbswidrigem Verhalten und beinhaltet verschiedene unternehmensinterne Massnahmen gegenüber Mitarbeitenden, Organen und Geschäftsführern (z.B. Schulungen, Weiterbildungen, externe Beratungen, personelle und organisatorische Vorkehrungen wie etwa Anlaufstelle und Richtlinien). Solche Massnahmen müssen sämtliche Mitarbeitenden eines Unternehmens erfassen, die kartellrechtlich relevante Handlungen vornehmen können. Analysen und Kontrollen relevanter Kartellrechtsrisiken

im Rahmen von Kartellrechts-Compliance-Prüfungen sind datenschutzrechtskonform durchzuführen.

Prüfen von Wettbewerbsabreden

Im Rahmen von unternehmensinternen Bemühungen, wettbewerbswidriges Verhalten zu vermeiden, kann sich im Einzelfall die Frage stellen, ob bestehendes oder beabsichtigtes Verhalten kartellrechtlich zulässig ist oder nicht. Bei der rechtlichen Prüfung von Wettbewerbsabreden kann wie folgt vorgegangen werden:

- Ein problematisches Verhalten, das kartellrechtlich relevant sein könnte, muss zunächst erkannt werden. Erforderlich ist ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen Unternehmen mit Bedeutung für den Wettbewerb.
- Das relevante Verhalten wird im Hinblick auf die rechtliche Prüfung beschrieben (Inhalt der Abrede, Beteiligte an der Abrede, relevanter Markt);
- Es wird geprüft, ob das beschriebene Verhalten eine Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes ist (Abgrenzung zum blossen Parallelverhalten).
- Die Wettbewerbsabrede wird kartellrechtlich qualifiziert (horizontal oder vertikal, weich oder hart).
- Harte Kartelle sind zu vermeiden oder zumindest so auszugestalten, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann und zudem keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt bzw. deren Rechtfertigung durch wirtschaftliche Effizienz möglich ist. In Zweifelsfällen kann eine vorgängige Meldung an die WEKO in Erwägung gezogen werden.
- Ein bestehendes hartes Kartell wird daraufhin überprüft, ob die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann. Ein kartellrechtswidriges Verhalten ist umgehend zu stoppen. Gegebenenfalls ist eine Bonusmeldung in Erwägung zu ziehen.
- Ein beabsichtigtes weiches Kartell ist anhand der Effizienzprüfung so auszugestalten, dass es zulässig ist bzw. deren Zulässigkeit rechtlich vertretbar ist.

- Besteht bereits ein weiches Kartell, so wird mittels der Effizienzprüfung geprüft, ob es zulässig oder unzulässig ist. Ein kartellrechtswidriges Verhalten ist umgehend zu stoppen.

Verhaltensprüfung bei Marktbeherrschung

Beim wettbewerbswidrigen Verhalten kann es sich auch um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung handeln. Bei einer entsprechenden rechtlichen Prüfung kann wie folgt vorgegangen werden:

- Das problematische Verhalten eines möglicherweise marktbeherrschenden Unternehmens im Markt, das kartellrechtlich relevant sein könnte, muss zunächst erkannt werden. Erforderlich ist eine Verhaltensweise im Markt, die nur mit der Grösse des Unternehmens erklärt werden kann und für kleine Unternehmen nicht möglich wäre.
- Das relevante Verhalten wird im Hinblick auf die rechtliche Analyse beschrieben (Unternehmen, relevanter Markt, Verhaltensweise z.B. in Form einer Vertragsbestimmung).
- Es wird geprüft, ob das Unternehmen ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes ist.
- Eine beabsichtigte Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens sollte so ausgestaltet werden, dass sie nicht missbräuchlich ist bzw. sachlich gerechtfertigt werden kann. In Zweifelsfällen kann eine vorgängige Meldung an die WEKO in Erwägung gezogen werden.
- Eine bereits bestehende Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens wird daraufhin überprüft, ob ein Missbrauch vorliegt bzw. das Verhalten mit sachlichen Gründen gerechtfertigt werden kann. Ein kartellrechtswidriges Verhalten ist umgehend zu stoppen. Gegebenenfalls ist möglicherweise eine Bonusmeldung in Erwägung zu ziehen.

Abkürzungen

AG:	Aktiengesellschaft
AVB:	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVO:	Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen von 2005
BGE:	Bundesgerichtsentscheid
EU:	Europäische Union
EU-Verord. 2010:	Verordnung (EU) Nr. 267/2010 der Kommission vom 24. März 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor
EU-Verord.2003:	Verordnung (EU) der Kommission vom 27. Februar 2003 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Versicherungssektor
EV:	Erstversicherer
KG:	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen von 1995 (Kartellgesetz)
KMU:	Kleine und mittlere Unternehmen
KMU-Bekannt.	Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung von 2005
KVG:	Bundesgesetz über die Krankenversicherung von 1994
KVV:	Verordnung über die Krankenversicherung von 1995
M:	Makler (Broker)
OR:	Schweizerisches Obligationenrecht
RPW:	Recht und Politik des Wettbewerbs
RV:	Rückversicherer
SVKG:	Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen von 2004
VertBek:	Bekanntmachung der WEKO über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden von 2010
VKU:	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen von 1996
VN:	Versicherungsnehmer
VU:	Versicherungsunternehmen
WEKO:	Wettbewerbskommission

Auf www.rvpartner.ch verfügbare Bulletins und Broschüren in PDF-Form

2013

- Geschäftsraummiete
Chasper Kamer, LL. M.
- Aufsichtsrechtliche Optimierung in der unabhängigen Vermögensverwaltung
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Verantwortlichkeit und Haftung des Verwaltungsrats (eine Übersicht)
(RVP)
- Umstrukturierungen im Versicherungskonzern (eine Übersicht)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Der Vorsorgeauftrag – Delegieren Sie Ihre Sorge(n)
Bigna Grauer

2012

- Entwicklungen im Unternehmens- Datenschutzrecht der Schweiz und der EU im Jahr 2011
Dr. Alois Rimle, LL.M.

2011

- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsrecht 2011/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2011/1
(RVP)
- Vermeidung der Regulierung von Private Equity-Investitionen in der Schweiz (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.; Alfred Gilgen, LL.M., N.Y. BAR
- Durchsetzung von Geldforderungen nach der neuen ZPO
Dr. Alois Rimle, LL.M.

2010

- Der Aktionärsbindungsvertrag
Chasper Kamer, LL.M.
- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch)
(RVP)
- Entwicklungen im Unternehmens-Daten-schutzrecht der Schweiz und der EU 1/2010
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im schweizerischen Banken- und Kapitalmarktrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Rechtliche Rahmenbedingungen der Unternehmenssanierung
(RVP)

2009

- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2009/2 (Deutsch und Englisch)
(RVP)
- Überstunden und Überzeit
Dr. Franziska Buob
- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2009/2 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz und der EU 2009/2
- Unternehmensleitung in Krisenzeiten
Worauf es zu achten gilt
Dr. Franziska Buob

- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2009/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz und der EU 2009/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2009/1
(RVP)

2008

- Revision des Revisionsrechtes: Eine Übersicht über die wichtigsten Neuerungen
Sara Sager
- Entwicklung im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2008/2 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Vom Prozessieren
Dr. Franziska Buob
- Liegenschaften im Erbgang: Häufige Tücken und Fallen (Teil I: Nachlassplanung)
Pio R. Ruoss
- Outsourcing
Dr. Marc M. Strolz
- IP IT Outsourcing
Pascale Gola, LL.M.
- Entwicklung im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2008/1 (Deutsch und Englisch)
Dr. Alois Rimle, LL.M.

2007

- Aktuelles aus dem Bereich des Immaterialgüter- und Firmenrechts
Dr. Martina Altenpohl
- Die „kleine Aktienrechtsreform“ und Neuerungen im Recht der GmbH
Chasper Kamer, LL.M.
- Swiss Insurance Law Update 2007/1
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Privatbestechung (Art. 4a UWG)
Dr. Reto T. Ruoss
- Neue Phase der Freizügigkeit für EU/EFTA-Bürger, deren Familienangehörige und Erbringer von Dienstleistungen in der Schweiz
Alfred Gilgen, LL.M.
- Revidiertes Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Aktuelles aus dem Bereich des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts
Chasper Kamer, LL.M.
- Actions Required under New Swiss Collective Investment Schemes Act
Dr. Alois Rimle, LL.M.

2006

- Dokumenten- und Datenaufbewahrung im schweizerischen Unternehmen
Dr. Alois Rimle, LL.M.
- Schweizerische Versicherungs- und Vermittleraufsicht
Dr. Alois Rimle, LL.M.