

Executive Summary (deutsch)

Die ZHAW hat ab 2009 den Kfz-Markt, die Kfz-Bekanntmachung, die Kfz-Verträge und die Nutzung von Kundendaten im Kfz-Gewerbe systematisch untersucht. Dabei zeigte sich, dass Händler und Werkstattbetriebe in einem kartellrechtlich relevanten Abhängigkeitsverhältnis zum Importeur stehen und letztere den Inhalt der Händler- und Werkstattverträge weitgehend einseitig bestimmen können. In den Verträgen resp. diesbezüglichen Anhängen, Richtlinien und Reglemente sind auch umfassende Verpflichtungen zu teilweise hohen Investitionen enthalten, welche der Garagist meist auf eigene Kosten (Eigenmittel oder Kredit) vornehmen muss. Damit stellt sich dem betroffenen Garagisten auch die Frage, wie und wann die Investition amortisiert werden kann. Das vorliegende Gutachten im Auftrag des Auto Gewerbe Verbandes Schweiz (AGVS) untersucht den Schutz dieser vom Generalimporteur induzierten Investitionen und legt rechtliche Schutzmöglichkeiten dar.

Auftrag. Die ZHAW ist vom Auto Gewerbe Verband Schweiz (AGVS) beauftragt, empirisch das Bedürfnis nach einem Schutz von Investitionen im Kfz-Gewerbe zu erheben und darauf gestützt die entsprechenden rechtlichen Instrumente darzustellen.

Ausgangslage. Die ZHAW hat in den bisherigen Gutachten Folgendes empirisch belegt:

- **Wettbewerbsförderung durch Kfz-Bekanntmachung.** Die Kfz-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission WEKO hat sich wettbewerbsfördernd auf die Automobilbranche der Schweiz ausgewirkt:
 - Die Untersuchung der Preisentwicklung im Kfz-Gewerbe (2015) zeigte einen Wohlfahrtsgewinn von bis zu CHF 319 Mio. für Konsumenten, welche im Gefolge der Kfz-Bekanntmachung erreicht wurde.
 - Die Förderung des Mehrmarkenvertriebs hat die Vertriebskanäle für Fahrzeuge verbreitert und somit die Konkurrenz unter den Händlern verstärkt (2013).
 - Seit Einführung der Kfz-Bekanntmachung hat sich der Anteil des Mehrmarkenvertriebs auf einem Niveau von ungefähr 35% stabilisiert (2013).
 - Mehrmarkenunternehmen agieren effizienter und ressourcenschonender, d.h. mit geringerem Aufwand und sind damit volkswirtschaftlich vorteilhafter (2013).
- **Besonderheiten der Marktstruktur.** Aufgrund der spezifischen Marktstruktur im Kfz-Gewerbe bestehen einige Besonderheiten, namentlich eine besonders starke Abhängigkeit der Händler und Werkstätten von den Importeuren:
 - Die Abhängigkeit des Kfz-Gewerbes von marktmächtigen Herstellern und Importeuren schlägt sich in den Verträgen nieder, welche über weite Strecken zugunsten der Importeure ausgestaltet sind (2015).
 - Die Verträge zwischen Kfz-Betrieben und den Importeuren enthalten wenig Klauseln, welche gegen Art. 5 KG verstossen. Jedoch weisen die Verträge

Klauseln auf, welche ein Marktmachtmissbrauch i.S.v. Art. 7 KG darstellen könnten (2015).

- **Kundendaten-Klauseln als potenzielle Abreden oder Marktmachtmissbrauch.** Die in den Verträgen zwischen Händler/Werkstatt und Importeur enthaltenen Klauseln bezüglich der Kundendaten können sich de facto als Abreden (Art. 5 KG) sowie als Marktmachtmissbrauch (Art. 7 KG) herausstellen und als Folge zu signifikanten Ausgleichszahlungen führen (2016).

Ökonomisch-empirische Erkenntnisse. Die vorliegende Untersuchung ergab folgende ökonomisch-empirische Befunde.

- **1. ökonomisch-empirischer Befund: Volkswirtschaftlich unerwünschte monopolistische Konkurrenz im Kfz-Vertrieb.** (i) Der Automobilvertrieb ist ein Markt mit monopolistischer Konkurrenz. Dadurch besteht latent die Gefahr einer volkswirtschaftlich schädlichen doppelten Marginalisierung. Zusätzlich droht eine Monopolisierung des Servicemarktes. (ii) Die doppelte Marginalisierung kann entweder durch starke vertikale Bindungen zwischen erster und zweiter Marktstufe oder durch starke Konkurrenz auf der zweiten Stufe verhindert werden. Für die erste Marktstufe sind vertikale Absprachen das Mittel der Wahl, da dadurch die unmittelbare Kontrolle über den gesamten Wertschöpfungsprozess erhalten bleibt. Aus volkswirtschaftlicher Sicht ist die Wettbewerbslösung attraktiver, u.a. weil dadurch die Monopolisierung des komplementären Servicemarktes verhindert wird.
- **2. ökonomisch-empirischer Befund: Markenspezifische Investitionen als Mittel zur Kontrolle.** Aufgrund des weitgehenden Verbots vertikaler Abreden, welche die Preisfestsetzungshoheit der Garagisten einschränken könnten, greifen Importeure zu indirekten Mitteln der vertikalen Kontrolle der zweiten Marktstufe. Ein sehr wichtiges Instrument sind die Vorgabe von Standards und damit die Induzierung von betriebswirtschaftlich relevanten Investitionen. Diese Investitionen sind streckenweise markenspezifisch angelegt und stellen für die Garagisten «sunk costs» dar, sobald der Markenvertrag gewechselt wird. Dadurch wird eine Abhängigkeit der zweiten von der ersten Marktstufe gefestigt.
- **3. ökonomisch-empirischer Befund: Amortisationsdauer der markenspezifischen Investitionen - länger als Kündigungsfrist.** Es konnte gezeigt werden, dass die von den Importeuren veranlassten Investitionen tatsächlich in hohem Masse markenspezifisch sind. Diese Investitionen verringern den Grad des Interbrandwettbewerbs bei den Endprodukten «Markenservice» und «Markenhandel». Die erforderliche Amortisationszeit für diese Investitionen übersteigt gemäss Analyse die Kündigungsfrist sehr deutlich. Dadurch wird die relative Marktmacht der Importeure gegenüber den Garagisten gestärkt. Das wiederholte Setzen neuer, wesentlicher Standards wirkt sich zudem existenzbedrohend auf die Garagenbetriebe aus, wodurch der Wettbewerb auf der zweiten Marktstufe durch die potentielle Reduktion der Anbieterzahl latent bedroht wird.

Es besteht empirisch-ökonomische Evidenz, dass i) die von den Importeuren veranlassten Investitionen tatsächlich in hohem Masse markenspezifisch sind, ii) die erforderliche Amortisationszeit für diese Investitionen deutlich länger ist als die Kündigungsfrist, iii) dadurch die relative Marktmacht der Importeure gegenüber den Garagisten gestärkt wird, iv) die regelmässige Änderung der wesentlichen Standards, welche die Investitionen erforderlich machen, sich existenzbedrohend auf die Garagenbetriebe auswirkt und v) dadurch der Wettbewerb auf der zweiten Marktstufe durch die potentielle Reduktion der Anbieterzahl bedroht wird.

- **4. ökonomisch-empirischer Befund: Wirksamer Schutz von markenspezifischen Investitionen - Kombination der Kündigungsfrist mit anderen Schutzelementen.** Die Finanzierbarkeit der induzierten Investitionen stellt eine elementare Bedingung für den Erhalt des wirksamen Wettbewerbs auf der zweiten Marktstufe und damit für die Realisierung eines effizienten Marktergebnisses dar. Massnahmen für einen verhältnismässigen Investitionsschutz sind darum angezeigt. Die traditionelle Fokussierung auf die Verlängerung der Vertragslaufzeit greift gemäss den empirischen Befunden allerdings zu kurz. Es scheint, dass eine Kombination aus Sicherung der Mindestlaufzeit von zwei Jahren und ein spezieller Schutz der Investitionen in neue Standards, die vorwiegend die Monopolisierung des Endproduktes begünstigen, in Betracht gezogen werden sollte. Alternativ dazu könnte eine Bindung der Frequenz der Standardsetzung an die Vertragslaufzeiten erwogen werden sollte.

Es besteht empirisch-ökonomische Evidenz, dass i) die Finanzierbarkeit der induzierten Investitionen elementare Bedingung für einen wirksamen Wettbewerb ist, ii) ein Bedarf an Schutzmassnahmen besteht, iii) eine Kombination von einer minimalen Kündigungsfrist von 2 Jahren mit weiteren Schutz-Elementen zu kombinieren ist, um einen hinreichenden Schutz von Investitionen aufgrund neuer Standards zu gewährleisten.

Rechtliche Ergebnisse. Die Untersuchung ergab folgende rechtlichen Befunde.

- **1. rechtlicher Befund: Keine einheitlichen Vertragsregeln zum Schutz der KMU im Kfz-Gewerbe.** (i) Der Kfz-Händler- bzw. -Werkstattvertrag ist im Gesetz nicht geregelt: Es handelt sich um einen Innominatvertrag. (ii) Welche vertragsrechtlichen Normen auf diesen anwendbar sind, entscheidet sich anhand der Ausprägung der Eingliederung in das System des Herstellers/Importeurs. Der Schutz des Kfz-Gewerbes ergibt sich - je nach konkreter vertraglicher Ausgestaltung – namentlich aus dem einschlägigen Auftrags-, Agentur- oder Arbeitsrecht, der auf den Vertrag oder auf einzelne vertragliche Klauseln anwendbar ist.
- **2. rechtlicher Befund: Heterogene Investitionen und deren Auslöser.** (i) Investitionen erscheinen in zahlreichen Formen, wie bauliche Investitionen, Investitionen in IT- und EDV-Systeme, Investitionen in Aus- und Weiterbildung, markenspezifischen Auftritt (Corporate Identity) sowie markenspezifische Infrastruktur. (ii) Auslöser der Investitionen sind Regeln in den Kfz-Händler- bzw. -Werkstattverträgen. Zudem besteht de facto eine Pflicht, die Investitionen gemäss den Vorgaben des Importeurs – auf eigene Kosten – vorzunehmen, da sonst mit Konsequenzen zu rechnen ist (wie z.B. Margenkürzungen oder gar – infolge Nichterfüllung der Standards – die Kündigung).

Die rechtliche Begutachtung zeigt, dass i) Verträge im Kfz-Gewerbe je nach Ausprägung der Eingliederung in die Organisation des Importeurs in der Nähe des Auftrags, des Agenturvertrags oder des Arbeitsverhältnisses einzuordnen sind, ii) Verträge und insbesondere die Standards als Vertragsbestandteil Auslöser der markenspezifischen Investitionen sind und iii) deren Einhaltung kontrolliert wird.

- **3. rechtlicher Befund: Schutz von Investitionen: Soll vs. Ist-Zustand.** (i) Das Vertragsrecht enthält zahlreiche Normen, welche die Investitionen der Kfz-Händler bzw. -Werkstätten in analoger Anwendung auf die Kfz-Händler- bzw. -Werkstattverträge schützen. Der Schutz von Investitionen kann durch eine angemessene Vertragslaufdauer bzw. die Kündigungsfrist, durch weitere Kündigungsbedingungen (z.B. Pflicht zur Begründung, mögliche Gründe für die Kündigung des Vertrages, Austrittsbedingungen, Bearbeiten von und Berechtigung an Kundendaten etc.), mittels Verwendungs- und Auslagenersatz (während und nach Vertragsverhältnis) oder der Schadloshaltung/Entschädigung für markenspezifische Investitionen erfolgen. (ii) Die Praxis zeigt indessen, dass ein vertraglicher Investitionsschutz - abgesehen von den Regeln der Kfz-Bekanntmachung - in der Praxis nicht vorgesehen ist. (iii) Gründe hierfür sind, a) dass die Verträge nicht eindeutig einem Vertragstyp zuordenbar sind und daher keine Gewissheit besteht, welche vertragsrechtlichen Normen anwendbar wären und b), dass die Importeure ihre (relative) Verhandlungsmacht zu ihren Gunsten ausschöpfen.
- **4. rechtlicher Befund: Verbesselter Investitionsschutz durch Kartellrecht.** (i) Die Kfz-Händler- bzw. -Werkstattverträge, die weitgehend dem dispositiven Gesetzesrecht unterstehen, werden vom marktmächtigen (Art. 4 Abs. 2 KG) Hersteller und/oder Importeur formuliert. Die entsprechenden Geschäftsbedingungen tendieren dazu, den Importeur zu bevorteilen. Eigentliche Verhandlungen finden zwischen dem Importeur und seinen Händlern/Werkstätten nicht statt. (ii) Das Kartellrecht schützt abhängige Unternehmen vor «unangemessenen Geschäftsbedingungen» (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG). Wann ein Vertrag unangemessen ist, ergibt sich namentlich aus dem dispositiven Vertragsrechts, da dieses gesetzlich eine faire, gerechte Ordnung statuiert. (iii) Beispielsweise wird der Beauftragte geschützt, indem der Auftraggeber ihm gemäss Art. 404 Abs. 2 OR Schadenersatz zu zahlen hat, wenn die Kündigung zur Unzeit erfolgt. Oder der Arbeitnehmer wird durch umfassende Kündigungsfristen und Sperrzeiten vor einer Vertragsauflösung geschützt, die ihn in wirtschaftliche Nöte bringen könnte (vgl. Art. 336c OR).

Die rechtliche Begutachtung zeigt, dass i) die Verträge im Kfz-Gewerbe von den vertragsrechtlichen Schutzregelungen abweichen, weil eine eindeutige Vertragstypenzuordnung fehlt und die ungleichen Machtverhältnisse zur einseitigen Gestaltungsfreiheit genutzt werden, ii) das Kartellrecht abhängige Unternehmen vor unangemessenen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) sowie vor einem unsachgemässen Abbruch von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) schützt, iii) die Unangemessenheit aus einem Vergleich mit dem dispositiven Recht (z.B. auftragsrechtliche Auslagenersatzpflicht, Entschädigung bei Kündigung zur Unzeit im Auftrag, Nichtigkeit der Kündigung zur Unzeit im Arbeitsvertrag) resultieren kann.

- **5. rechtlicher Befund: Verbesselter Investitionsschutz durch Beachtung des zwingenden und dispositiven Vertragsrechts.** (i) Im Einzelfall können Normen des Agentur- und Arbeitsrechts auf die Kfz-Verträge anwendbar sein. (ii) So sind etwa Auslagen- und Ersatzpflichten analog dem Auftragsrecht (Art. 402 Abs. 1 OR) denkbar. Auch das Agenturrecht sieht einen solchen Ersatz von Kosten und Auslagen vor, wenn der Agent Auslagen hatte, die er auf besondere Weisung des Auftraggebers auf sich genommen hat (Art. 418n Abs. 1 OR). Die Investition stellt eine Auslage auf besondere Weisung hin dar, da sie oft markenspezifisch und vom Importeur induziert ist. Weiter könnte auch eine Art «Sperrfrist» analog dem Arbeitsrecht (Art. 336c OR) in Frage kommen – jedenfalls während einer gewissen Zeit nach einer getätigten Investition, sodass diese grösstenteils amortisiert ist. Möglich wäre auch ein Ersatz von Auslagen, welche dem Garagisten durch die Ausführung der vertraglich vorgegebenen Investitionen entstehen, in analoger Anwendung arbeitsvertraglicher Regeln (Art. 327a Abs. 1 OR).

Die rechtliche Begutachtung zeigt schliesslich, dass i) im Einzelfall Normen des Auftrags-, Agentur- oder Arbeitsrechts auf Verträge im Kfz-Gewerbe anwendbar sind, ii) beispielsweise der Auslagenersatz nach Art. 402 Abs. 1 OR (Auftrag) oder nach Art. 327a Abs. 1 OR (Arbeitsrecht), besondere Entschädigungen bei einer Kündigung zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR), Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a Abs. 1 OR) oder eine Art «Sperrfrist» analog der arbeitsrechtlichen Sperrfrist nach Art. 336c OR.

Fazit. Die wichtigsten Ergebnisse können wie folgt zusammengefasst werden.

- 1. Schutzbedarf.** Empirisch-ökonomisch wurde erhoben und dargestellt, dass markenspezifische Investitionen ungenügend geschützt sind, da die Amortisationsdauer regelmässig mehrfach länger ist als die Mindestkündigungsfrist. Ökonomisch betrachtet müsste ein hinreichender Schutz eine Kombination von Mindestkündigungsfrist und weiteren Schutzelementen enthalten.
- 2. Mögliche Schutzrechte.** Rechtlich wurde dargelegt, dass im Einzelfall auftrags-, agentur- oder arbeitsrechtliche Normen auf die Kfz-Verträge anwendbar sein können. Das Kartellrecht schützt abhängige Unternehmen vor der einseitigen Auferlegung von unangemessenen Geschäftsbedingungen, worunter u.a. auch Normen im Zusammenhang mit markenspezifischen Investitionen fallen. Das zwingende und dispositive Vertragsrecht bietet Schutznormen, welche zur Bestimmung der Unangemessenheit herangezogen werden können.
- 3. Kombination.** Das Vertragsrecht enthält verschiedene Schutzelemente, welche mit der Kündigungsfrist von mind. 2 Jahren kombiniert werden können um einen angemessenen Schutz von markenspezifischen Investitionen zu gewährleisten.