



## Das Kartellgesetz ist kein Mittel gegen den starken Franken

**MARC AMSTUTZ UND MANI REINERT**

*Die fünf Probleme des bundesrätlichen Entwurfs zur Revision des Kartellgesetzes.*

Im Rahmen von Massnahmen im Zusammenhang mit der Frankenstärke hat der Bundesrat Ende September dieses Jahres einen Vorschlag vorgelegt, um das Kartellgesetz zu ändern. Er will neu die Unzulässigkeit bestimmter Abreden von ihrer Form abhängig machen und nicht mehr, wie bisher im geltenden Recht, von ihren Wirkungen. Zudem soll der Nachweis, dass solche Abreden aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt sind, durch eine Umkehr der Beweislast erschwert werden. Dieser Vorschlag ist wettbewerbspolitisch und rechtsstaatlich jedoch problematisch. Er würde zahlreiche effiziente Kooperationen, namentlich zwischen kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), verbieten.

### Fehlender Zusammenhang

Der bundesrätliche Entwurf muss sich, und das ist das erste Problem, den Vorwurf gefallen lassen, ein völlig untaugliches Mittel gegen die Frankenstärke zu sein. Die Bekämpfung der Frankenstärke ist primär Aufgabe der Nationalbank und nicht der Wettbewerbskommission (Weko). Auch die vielzitierte angebliche Unterlassung der Weitergabe von Währungsvorteilen an die Schweizer Konsumenten ändert hieran nichts. Selbst wenn Währungsgewinne kurzfristig nicht weitergegeben worden wären, hätte dieser Umstand mit dem Kartellrecht nichts zu tun. Solange Unternehmen die Entscheidung, Währungsvorteile nicht an die Verbraucher weiterzugeben, autonom fällen, verstossen sie nicht gegen das Kartellrecht. Nur wenn diese Entscheidung Gegenstand einer Abrede zwischen Unternehmen bildet, ist sie kartellrechtlich überhaupt relevant.

Für die Bekämpfung solcher Abreden reicht das geltende Kartellgesetz völlig aus. Die geplante Verschärfung des Kartellgesetzes bringt hier keinen zusätzlichen Vorteil, stiftet aber, wie noch gezeigt wird, viel Schaden. In einer Marktwirtschaft setzen noch immer die Unternehmen den Preis fest und nicht der Staat. Wie die Weko selber verschiedentlich zu Recht gesagt hat, ist sie keine Preisregulierungsbehörde.

### Unausgewogener Grundsatz

Das zweite Problem des bundesrätlichen Entwurfs besteht darin, dass gewisse Abreden künftig unabhängig von ihren tatsächlichen Auswirkungen auf den Markt grundsätzlich unzulässig sein sollen. Eine solche Regelung ist wettbewerbspolitisch unsinnig. Um dies darzulegen, ist vom geltenden Kartellgesetz auszugehen. Danach muss eine Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, um unzulässig zu sein. Mit anderen Worten haben die Wettbewerbsbehörden eine Analyse der Wirkungen einer Abrede auf den Markt vorzunehmen. Nur wenn diese Analyse zeigt, dass die Abrede wettbewerbschädlich («erheblich») ist, kann es überhaupt zu einer Untersagung derselben kommen.

Diese Regelung hat einen guten Grund. In der modernen Wettbewerbstheorie ist anerkannt, dass es äusserst heikel ist, mit Kriterien zu arbeiten, die auf die Form und nicht auf die Funktion - bzw. die Wirkung - von Abreden abstellen. Formalistische Kriterien können höchstens in seltenen, wettbewerbsökonomisch und wettbewerbspolitisch völlig eindeutigen Fällen zum Zuge kommen.

Im Kartellrecht der Europäischen Union (EU), das lange einen formalistischen Ansatz verfolgt hatte, hat sich der vielzitierte «more economic approach» bzw. «effects-based approach» durchgesetzt, der nicht auf die Form, sondern auch auf die Wirkung einer Abrede abstellt.

Wenn nun der Bundesrat im Entwurf das Erfordernis der Erheblichkeit bei horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie bei vertikalen Preis- und Gebietsabreden abschaffen will, so beachtet er dieses allgemein akzeptierte Prinzip nicht. Wie absurd eine solche Regelung ist, zeigt das Ergebnis, zu welchem sie führt: Die erwähnten Abredearten wären grundsätzlich unzulässig, auch wenn sie nachweislich keine Auswirkung auf den Wettbewerb haben oder ihn sogar intensivieren. Abreden wären unter anderem auch dann unzulässig und strafbar, wenn sie gar nicht umgesetzt würden. Beispiele sind der Fall, dass die Preisabrede in einem Vertriebsvertrag überhaupt nicht praktiziert wird oder wenn eine Abrede aufgrund des Widerstands der Marktgegenseite nicht umgesetzt wird.

Der Bundesrat scheint in seinem Entwurf davon auszugehen, dass der Nachweis der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in der Praxis mit besonderen Schwierigkeiten verbunden sei. Dies ist unrichtig. Die Weko hat gerade bei harten Kartellen die Erheblichkeitsschwelle in jüngster Zeit deutlich herabgesetzt. In der Praxis wurde kein hartes Kartell für zulässig erklärt, weil die Erheblichkeit im konkreten Fall nicht nachweisbar war.

Zudem ist anzumerken, dass in der Schweiz das Kriterium der Erheblichkeit auch verfassungsrechtlich geboten ist. Denn die Schweizer Verfassung lässt in der Wettbewerbspolitik nur eine Missbrauchs- und nicht eine Verbotsgesetzgebung (wie zum Beispiel in der EU) zu. Art. 96 Abs. 1 der Bundesverfassung spricht denn auch ausschliesslich von «volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen», die bekämpft werden müssen. Kartellgesetzliche Verbote, die unabhängig von konkreten Auswirkungen gelten, sind somit verfassungsrechtlich problematisch.

### Ausuferndes Verbot

Das dritte Problem des Entwurfs besteht darin, dass das vom Bundesrat vorgeschlagene Kartellverbot ausufernd weit ist. Der bundesrätliche Vorschlag übernimmt einmal die sehr breite Kategorie der horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden des geltenden Kartellgesetzes. Gemäss der Praxis der Weko werden von dieser Kategorie auch effiziente Kooperationen wie unter anderem Einkaufskooperationen, Mitversicherungs-Gemeinschaften und Rückversicherungspools, Kooperationen in Produktion und Vertrieb sowie Spezialisierungsvereinbarungen erfasst, denn solche Abreden enthalten inhärent auch Vereinbarungen über Preise, Preiselemente oder Produktionsmengen. Allerdings intensivieren sie unter gewissen Voraussetzungen anerkanntermassen den Wettbewerb. Zu denken ist etwa an Einkaufskooperationen von kleinen und mittleren Unternehmen, um Grössenvorteile zu erreichen.

Unter dem geltenden Recht wird die bisweilen zu extensive Interpretation des Tatbestands der Preis-, Mengen- und Gebietsabreden dadurch aufgefangen, dass dieser Tatbestand nur eine Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs enthält. Diese Vermutung kann im Einzelfall widerlegt werden. Damit besteht die Möglichkeit, nachzuweisen, dass eine Abrede wettbewerbsfördernd ist oder zumindest den Wettbewerb nicht in volkswirtschaftlich bzw. sozial schädlicher Weise beeinträchtigt.

Der bundesrätliche Entwurf erlaubt demgegenüber, wie gezeigt, einen solchen Nachweis nicht mehr. Damit werden Abreden für unzulässig erklärt, die den Wettbewerb überhaupt nicht oder lediglich in unerheblichem Umfang beschränken und deshalb auch nicht schädlich für den Wettbewerb sind. Mit anderen Worten: Das vom Bundesrat geplante Verbot ist viel zu umfassend geraten. Es ist ein exorbitantes Verbot, das in der Sache inkohärent ist.

Der Vorschlag des Bundesrates krankt daran, dass versucht wird, die Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Modell von Art. 101 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) in einer kurzen Formel nachzubilden. In der Europäischen Union existiert allerdings eine sehr umfangreiche und differenzierte Praxis zur Frage, was eine bezweckte und was eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ist. Wird dieses komplexe Thema, wie im bundesrätlichen Vorschlag, mithilfe holzschnittartiger formalistischer Kriterien geregelt, werden unweigerlich auch ökonomisch erwünschte Kooperationsformen verboten.

Im Hinblick auf das geplante Verbot von vertikalen Preis- und Gebietsabreden ist Ähnliches festzustellen. Die moderne ökonomische Theorie lehnt Per-se-Regeln der Art, wie sie der Bundesrat in seinem Entwurf vorsieht, ab. Schon aus diesem Grund ist schwer verständlich, weshalb der Bundesrat die Regelung im Bereich der Vertikalabreden nun verschärfen will. Zudem schafft er damit Unterschiede zum Wettbewerbsrecht der EU, die sich in keiner Weise aufdrängen, geschweige denn empfehlen.

## **Zeichen von Konzeptlosigkeit**

Vielmehr werden dadurch unerwünschte Rechtsunterschiede geschaffen, die die schweizerischen Unternehmen und namentlich die KMU dazu zwingen, zwei verschiedene Regelungen zu beachten und deshalb unnötige Transaktionskosten in Kauf zu nehmen. So schiesst zum Beispiel der Entwurf über das EU-Recht insofern hinaus, als er im Gegensatz zum heutigen Stand der EU-Wettbewerbsregeln nun auch Technologie-Lizenzverträge erfasst.

Der bundesrätliche Entwurf würde somit auch Verbote von Passivverkäufen des Lizenznehmers in Gebiete des Lizenzgebers in Technologie-Lizenzverträgen für unzulässig erklären, obwohl diese nach dem Recht der EU erlaubt sind. In diesem Zusammenhang sei auch angemerkt, dass der Bundesrat in seiner ersten Vernehmlassungsvorlage vom 30. Juni des vergangenen Jahres im Hinblick auf Vertikalabreden genau das Gegenteil vorgeschlagen hatte: Eine Abschaffung der heutigen Vermutung der Schädlichkeit von vertikalen Preis- und Gebietsabreden sollte stets eine einzelfallbezogene Wirkungsanalyse ermöglichen. Mit dem Entwurf wird diese wettbewerbstheoretisch zu begrüssende Revision der Regeln über Vertikalabreden in ihr Gegenteil verkehrt. Der plötzliche Meinungsumschwung des Bundesrates ist nicht nachvollziehbar und Ausdruck einer besorgniserregenden Konzeptlosigkeit.

## **Erschwerte Rechtfertigung**

Der Entwurf stellt das von ihm geplante Teilkartellverbot unter einen Vorbehalt: Die unzulässigen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden können aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden und gelten dann als zulässig. Darin sieht der Bundesrat ein Korrekturventil zur grundsätzlichen Unzulässigkeit dieser Abreden. Dieses Argument ist jedoch in zweifacher Hinsicht unzutreffend:

Einmal, und hierin liegt das vierte Problem des Entwurfs, ist nicht einzusehen, weshalb wettbewerbsneutrale oder wettbewerbsfördernde Kooperationen einer Rechtfertigung bedürften. Es leuchtet nicht ein, weshalb die Kosten für den Rechtfertigungsnachweis aufgeworfen werden sollen, wenn Abreden keine Effekte auf dem Markt zeitigen. Diese Kosten sollten volkswirtschaftlich nicht geringgeschätzt werden, was namentlich die Antitrust-Law-Forschung in den Vereinigten Staaten nachgewiesen hat.

Sodann besteht ein weiteres Problem des Entwurfes - das fünfte - im Umstand, dass der Bundesrat (entgegen seinen Beteuerungen) die heute schon bestehende Möglichkeit, Abreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen, de facto abschafft. Er will nämlich den Beweis für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen für alle Abreden vollständig auf die Unternehmen überwälzen. Unter der vorgeschlagenen neuen Regelung müssten die Wettbewerbsbehörden im Ergebnis also weder nachweisen, dass eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, noch müssten sie selbst untersuchen, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen liesse. Die vom Bundesrat vorgeschlagene faktische Abschaffung der Rechtfertigungsmöglichkeit ist wettbewerbspolitisch und rechtsstaatlich abzulehnen.

Schon heute stellen die Wettbewerbsbehörden überhöhte Anforderungen an den Nachweis der Rechtfertigung aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz. Mit der Gesetzesrevision würde diese heute bereits unbefriedigende Situation noch einmal erheblich verschärft. Der erläuternde Bericht des Bundesrates liefert denn auch keine einleuchtende Begründung, weshalb die vorgeschlagene Überwälzung des Nachweises auf die Unternehmen überhaupt notwendig sein soll.

Zudem hängt der Beweis für das Vorliegen von Gründen der wirtschaftlichen Effizienz häufig von Marktdaten (Marktanteile, Angaben Dritter zu Verbrauchergewohnheiten usw.) ab, die nur die Wettbewerbsbehörden erheben können, nicht indessen die beteiligten Unternehmen. Wird den Unternehmen der Nachweis für das Vorliegen von Gründen der wirtschaftlichen Effizienz überwälzt, bedeutet dies, dass bewusst auf die Abklärung des relevanten Sachverhalts verzichtet wird.

Die Überwälzung des Nachweises der Rechtfertigungsmöglichkeit auf die Unternehmen widerspricht auch dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG und Art. 6 StPO). Der Untersuchungsgrundsatz hat seinen Grund darin, dass im Verwaltungs- und noch mehr im Strafverfahren ein öffentliches Interesse an der Erforschung der materiellen Wahrheit besteht. Die Überwälzung des Nachweises der Rechtfertigungsmöglichkeit auf die Unternehmen widerspricht auch der Unschuldsumutung (Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 32 Abs. 1 BV), da diese Überwälzung keineswegs verhältnismässig ist.

## **Der wahre Revisionsgrund**

Die wahren Motive des bundesrätlichen Entwurfs liegen keineswegs in der Bekämpfung der Frankenstärke. Unter diesem politisch und medial als wirksam eingestuftem Vorwand wurde vielmehr die Gelegenheit ergriffen, um der Weko die Arbeit generell zu erleichtern. Das wird in den Erläuterungen zum Entwurf (zumindest implizit) auch eingestanden. Für diese problematische Beweiserleichterung besteht aber, wie gezeigt, keine Notwendigkeit.

In Anbetracht der weitreichenden Folgen der geplanten Revision, die einen - wie auch Bundesrat Schneider-Ammann im Ständerat an der dritten Sitzung der Herbstsession vom 14. 9. 2011 vortrug - Paradigmenwechsel im Kartellgesetz zur Folge hätte, erstaunt auch das hastig durchgeführte Vernehmlassungsverfahren. Mitte August wurde die Revision von Art. 5 KG vom Bundesrat in Aussicht gestellt. Der

Auftrag des Bundesrates an das EVD, eine Revisionsvorlage auszuarbeiten, erfolgte am 17.8.2011. Der entsprechende Revisionsvorschlag wurde am 23.9.2011 vorgestellt. Die Sitzung der konferenziellen Vernehmlassung fand am 5.10.2011 statt. Die Vernehmlassungsfrist endete am 10.10.2011.

Mit diesen kurzen Fristen wurde eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Materie verunmöglicht. Entsprechend ist zu bezweifeln, dass die von einem Vernehmlassungsverfahren bezweckte Legitimation der vorgeschlagenen Änderung erreicht wird, zumal es sich dabei nicht um eine schlichte gesetzliche Anpassung, sondern um eine grundlegende konzeptionelle Änderung eines der wichtigsten wirtschaftsrechtlichen Erlasse handelt.

*Marc Amtutz ist Professor für Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Direktor des Instituts für Recht und Wirtschaft an der Universität Fribourg; Mani Reinert ist Partner der Rechtsanwaltskanzlei Bär & Karrer in Zürich. Dieser Artikel wurde in der «Neuen Zürcher Zeitung» vom 19. Oktober 2011 publiziert.*

Oktober 2011



---

Dieser Text ist verfügbar online unter: <https://www.libinst.ch/?i=das-kartellgesetz-ist-kein-mittel-gegen-den-starken-franken>

© Copyright 2011 **Liberales Institute**