

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Vernehmlassung zu Art. 5 KG
Holzikofenweg 36
3003 Bern

per email an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Bern, 10. Oktober 2011 sgv-Sc

**Vernehmlassungsantwort
Änderung Art. 5 Kartellgesetz**

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv, die Nummer 1 der Schweizer KMU-Wirtschaft, vertritt 280 Verbände und gegen 300'000 Unternehmen. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich die Dachorganisation sgv für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Sie haben den sgv eingeladen, zum oben genannten Geschäft Stellung zu beziehen. Für diese Gelegenheit zur Meinungsäusserung danken wir Ihnen und nehmen sie hiermit fristgerecht wahr.

Der sgv lehnt die beabsichtigte Änderung des Artikels 5 im Kartellgesetz ab, denn sie ist weder das richtige Mittel, um der Frankenstärke zu begegnen noch dient sie einer offenen, möglichst freiheitlichen Wirtschaftsordnung. Darüber hinaus steht die Vorlage in mehrfachem Widerspruch zu anerkannten Rechtsprinzipien sowie zur Bundesverfassung.

I. Allgemeine Bemerkungen

Gemäss dem Artikel 1 des Kartellgesetzes, bezweckt es, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

Diese allgemeine Verpflichtung des Gesetzes entspricht der Ausrichtung der Schweizerischen Wirtschaftsordnung. Der Schweizer Gesetzgeber hat sich bewusst für eine permissive Rechtsgestaltung entschieden, d.h. grundsätzlich sollen die Wirkungen *einzelner* Marktzusammenspiele, wenn sie sich negativ auf den Wettbewerb auswirken, sanktioniert und gegebenenfalls untersagt werden. Die Schweizer Lösung nimmt Rücksicht auf wesentliche Kennzeichen einer liberalen Wirtschaft. Erstens führt nicht jede unternehmerische Abmachung zu Preisabsprachen oder Abschottungen, zweitens

kann der Markt in Einzelfällen sogar von Absprachen profitieren. Drittens ist es im Interesse aller Teilnehmer, über *ex post* funktionierende Steuerungsmöglichkeiten zu verfügen (in der Schweiz sind diese die Sanktionen der WEKO und die Verfügungen der Preisüberwachers). Die Marktteilnehmer, welche sich einer Abschöpfung gegenüber sehen, sollten ein Interesse haben, diese zu melden und somit ihre Verantwortung wahrnehmen (Mitgestaltungsrecht).

Das heute gültige Kartellgesetz ist effizient und insofern erfolgreich, als dass der Schweizer Markt frei ist und gleichzeitig selten Fälle von Missbräuchen verzeichnet.

Gerade in diesem Licht ist es gesetzgeberisch fahrlässig, Normen zu verändern, um exogene Schocks abzufedern. Deutlicher: Gesetze dürfen nicht dem Wechselkurs folgen. Es ist daher befremdend, wie unsystematisch verschiedene Revisionen/Änderungen des KG möglichst schnell und formunangepasst in Vernehmlassung gegeben werden. In der vorliegenden ist nicht einmal auf bereits erstellte Evaluationsberichte – welche im Übrigen die nun angestrebte Änderung als nicht verfassungsmässig taxieren – zurückgegriffen worden. In den mitgeltenden Unterlagen fehlen auch die Schätzungen der Auswirkungen der Änderung auf die Volkswirtschaft und auf die Unternehmen. Das ist umso wichtiger, weil das KG schliesslich der Volkswirtschaft dient.

II. Zur Vorlage

Die jetzige Ausgestaltung des Art. 5 KG steht im Lichte zwei für die Schweiz fundamentaler Prinzipien mit Verfassungsrang. Einerseits geht es um die möglichst einfache Handhabung der Verwaltung. Diese Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips führt zu einem permissiven Kartellrecht, das die Wettbewerbsbehörde ermächtigt, nur dann zu handeln, wenn sie sich auf eindeutige ökonomische Fakten stützen kann. Andererseits geht es um die Rechtssicherheit. Unsere Vorstellung von Recht basiert darauf, dass Unternehmen wissen, wann sie im Unrecht sind; nämlich, wenn eine eindeutig verzerrende Wirkung nachweisbar ist und vor allem nicht, wenn ein Sachverhalt lediglich vermutet werden kann.

Die angestrebte Änderung des Art. 5 KG widerspricht den oben erwähnten verfassungsrechtlichen Prinzipien sowie der Regelungsabsicht des Gesetzes als Ganzes. Wenn nunmehr die Form einer Abrede statt ihre Wirkung bekämpft werden soll, ist die Gesetzesänderung aus drei Gründen nicht zumutbar:

Rechtssicherheit

Erstens ist die Rechtssicherheit für Unternehmen nicht mehr gegeben, denn jede Abmachung könnte unter einer der verbotenen Formen fallen. Sollte sich das Unternehmen damit konfrontiert sehen, müsste es den Beweis erbringen, dass die Abmachungen sich nicht nur „nicht verzerrend“ auswirken, sondern obendrein volkswirtschaftlich „effizient“ sind. Diese klassische Beweislastumkehr führt dazu, dass Unternehmen – ungeachtet ihrer Grösse oder Aktivitäten – einen Kostensprung in den Regulierungskosten erleiden werden. Auf Seite 3 sagt der erläuternde Bericht dies unverblümt: „Dass solche Gründe [Effizienzgewinne] bestehen, wird vom Unternehmen, das diese Gründe geltend macht, nachzuweisen sein.“ Das Bild eines von Juristen und Ökonometrikern umgebenen Unternehmens drängt sich hier auf.

Das Rechtssicherheitsargument, das in den erläuternden Unterlagen bemüht wird, erscheint als Vorwand, dienen die unterbreiteten Vorschläge doch vor allem der Wettbewerbsbehörde, indem ihr jeglicher Prüfungs- und Begründungsaufwand abgenommen werden soll, um so zu einem schnellen Entscheid zu kommen. Soweit die Vorlage klar macht, dass Preis-, Mengen-, Gebiets- und Kundenabreden im horizontalen und vertikalen Verhältnis per se verboten sind, geschieht dies zum Preis, dass unternehmerischer Spielraum auch bei fehlender Erheblichkeit beschränkt wird, was weder rechtlich noch ökonomisch zu begründen ist, und dass ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nur abgewendet

werden kann, wenn der Nachweis von Effizienzgründen gelingt, was in der Praxis kaum je der Fall ist/sein wird.

Das Anliegen einer Annäherung an internationale Standards (vgl. Ziffer 1.4 am Ende) schliesslich ist angesichts der Vorgaben in der schweizerischen Bundesverfassung nicht begründet.

Gesetzesklarheit / Verwaltungsökonomie

Zweitens ist diese Änderung mit der „schlanken Verwaltung“ inkompatibel, denn sie führt letztlich dazu, dass der Wettbewerbsregulator und – Untersucher *ex ante* ein qualifiziertes Wissen über Markteffizienz haben muss, d.h. der Regulator muss unter Umständen einen Markt besser kennen als seine Teilnehmer. Ob er dies überhaupt kann und ob er dies mit seinen heutigen Strukturen – die Vorlage scheint die wenig realistische Annahme zu treffen, „Effizienzregulierung“ bedinge keine Aufstockung der Verwaltung – kann, ist fraglich. Unmittelbar auf den vorher zitierten Satz folgt auch die „Allwissenheitsvermutung“ der Verwaltung: „Was sich grundsätzlich als Effizienzeinrede eignet, kann auf Stufe Verordnung oder Bekanntmachung konkretisiert werden.“ Wenn hingegen die Effizienz auf die von der Änderung intendiertem Art zum Mittelpunkt des Gesetzes gemacht werden sollte, dann haben die Kriterien für Effizienz auch Gesetzesrang. Die angestrebte Delegation auf Verordnungsstufe ist daher unzulässig.

Die vorgeschlagene Änderung des Art. 5 KG ist darüber hinaus problematisch, weil sie dem Gebot der Klarheit nicht nachkommt. Die Formulierungen lassen – je nach Auslegung – sich widersprechenden Interpretationsmöglichkeiten offen. Es ist daher grammatikalisch fraglich, ob Absatz 3 nur zusammen mit Absatz 2 gelten kann, zumal Absatz 2 „stets“ gilt und nicht auf Absatz 3 hinweist. Damit würde Absatz 3 eine eigene und absolute Geltung entfalten. Dieser Absatz 3, der wiederum systematisch die Ausnahmen von Absatz 2 aufzählen sollte, enthält in lit. b hingegen eine Verbotsklausel.

Verfassungskonformität

Drittens wird ein System vollständig geändert, das ökonomisch austariert ist und auf die konkrete Wirkung abzielt, d.h. effizient ist, ohne dass es Mängel hätte. Der Gegenteil ist der Fall: Noch in der laufenden Revision I des KG überlegte sich der Gesetzgeber, diese Vorschriften zu lockern (sic !). Der Bundesrat hatte anlässlich der Revision I noch argumentiert, die Praxis zeige, dass wirksamer Wettbewerb hier sozusagen nie beseitigt wird. Zudem seien vertikale Vereinbarungen in vielen Fällen effizient. Er unterbreitete daher zwei Vorschläge: Variante 1: Art. 5 Abs. 4 KG wird gestrichen; Variante 2: die Bestimmung wird beibehalten, in einer Verordnung oder Bekanntmachung wird kundgetan, dass vertikale Vereinbarungen unbedenklich sind, wenn Unternehmen mit geringen Marktanteilen daran beteiligt sind. Was nun zu einer 180° Wende führt, kann nur spekulativ beantwortet werden (Es ist anekdotisch, dass die NZZ diese Änderung eine „Opportunistische Revision“ nennt).

Die Absurdität der intendierten Regelung wird im erläuternden Bericht exemplarisch auf Seite 3 vorgeführt: „Der grundlegende Unterschied zum geltenden Recht [...] soll darin bestehen, dass die Unzulässigkeit an die Form der Abrede anknüpft, nicht mehr an deren ökonomischen Wirkung, nämlich einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Das heisst, es werden direkt unzulässige Formen von Abreden bezeichnet. Konkret handelt es sich um die fünf Formen von Abreden, die heute schon direkt sanktionierbar sind.“ Der Bericht gibt selber zu, dass marktverzerrende Wirkungen heute schon vom Regulator mit Sanktionen belegt werden können. Also drängt sich die einfache Frage auf: Wofür braucht der Markt diese hier vorgeschlagene Änderung? Genau der zitierte Satz gibt überdies offen zu, dass es dem Entwurf nicht um einen ökonomischen, sondern um einen rein legalistischen Sachverhalt geht, d.h. es um eine Regulierung des Marktes und nicht um die Bekämpfung von Missbräuchen.

Genau diese Systemänderung ist mit der Schweizerischen Bundesverfassung nicht kompatibel. Die Bundeszuständigkeit auf dem Gebiet der Wettbewerbspolitik stützt sich auf Art. 96 Abs. 1 der Bundesverfassung. Dieser Bestimmung zufolge ist der Bund befugt, Regelungen zu treffen gegen schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Die Bundeszuständigkeit beschränkt sich auf eine Missbrauchsgesetzgebung. Ein Kartellverbot ist damit nicht vereinbar.

Nun sollen bestimmte Abreden (vorbehältlich des Nachweises ihrer Effizienz durch die Unternehmen) unabhängig von schädlichen Auswirkungen als „stets unzulässig“ qualifiziert werden. Künftig soll also nicht mehr geprüft werden, ob die Vermutung der (schädlichen) Wettbewerbsbeseitigung im Einzelfall begründet ist und ob die Beschränkung erheblich ist, so dass von ihrer Schädlichkeit ausgegangen werden kann.

Dies ist mit der Verfassungsgrundlage nicht mehr zu vereinbaren, da sie den Bund nur ermächtigt, Massnahmen gegen schädliche Auswirkungen von Abreden und anderen Verhaltensweisen zu treffen. Wird das Vorhandensein solcher schädlicher Auswirkungen behördlicherseits nicht mehr geprüft, sondern für bestimmte Kategorien von Abreden kurzerhand vorausgesetzt, überschreitet dies die Regelungszuständigkeit des Bundes.

Im Rahmen einer Missbrauchsgesetzgebung ist eine Prävention mittels Kartellverbot nicht zulässig. Sie sprengt vielmehr den (die vorausgesetzten schädlichen Auswirkungen berücksichtigenden) Missbrauchsansatz. Gemäss der Botschaft zum bestehenden Kartellgesetz lässt Art. 96 Abs. 1 BV es nicht zu, „dass Wettbewerbsabreden schon als solche untersagt werden“. Genau das wird mit den präsentierten Revisionsvorschlägen aber bewirkt. Beim vorgeschlagenen per se Verbot geht es nicht mehr darum, „partiell das Mittel des Kartellverbots einzusetzen“ (vgl. die Botschaftszitate auf Seite 6 der Erläuterungen). Nach der Einführung der direkten Sanktionierbarkeit im Jahr 2004 ist ein Kartellverbot noch heikler geworden und sind die bereits in der Botschaft zum KG 1995 geäusserten Vorbehalte gegen ein solches noch ernster zu nehmen.

III. Fazit

Es ist festzuhalten, dass

1. das heutige Gesetz zur vollständigen Zufriedenheit funktioniert,
2. die Wirkung einer Abrede zu beurteilen ökonomisch sinnvoller ist, als eine Form zu überprüfen,
3. die beabsichtigte Änderung ein Fremdkörper im KG ist, Regelungen mit materiellem Gesetzesrang auf eine noch unbekanntere Verordnung delegiert werden und die Anreizstruktur der Märkte verändert wird und dieses deshalb wohl eher nur im Kontext einer Gesamtrevision des Gesetzes möglich ist,
4. die Vorlage Regulierungskosten schafft und
5. die beabsichtigte Änderung keine Massnahme gegen die Frankenstärke ist.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv ist entschieden gegen diese Anpassung des Art. 5 KG, weil sie mit dem Gesetz insgesamt, insbesondere seiner Regulierungsabsicht, unvereinbar ist, Prinzipien mit Verfassungsrang verletzt und letztlich ökonomisch untauglich ist. Es ist ebenfalls mit Nachdruck zu bemerken, dass das Wettbewerbsrecht der falsche Hebel ist, das Phänomen, das gemeinhin als „Frankenstärke“ bezeichnet wird, zu begegnen. Damit Unternehmen in einem angespannten Umfeld bestehen können, brauchen sie möglichst freie, rechtssichere Märkte. Diese Zusatzregulierung bei gleichzeitiger Destabilisierung der Rechtsgrundlage ist sicher die falsche Antwort.

Wir weisen jedoch darauf hin, dass zwei (von ca. 280) dem sgv angeschlossenen Verbände (Gastro-Suisse und hotelleriesuisse) die vorgeschlagene Änderung von Art. 5 KG begrüßen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv

Hans-Ulrich Bigler
Direktor

Henrique Schneider
Ressortleiter