

## Argumentarium – Nein zur Revision des Kartellgesetzes

### I. Ziel

- Nichteintreten auf die vorgeschlagene Revision des Kartellgesetzes KG
- Wenn Eintreten: Formulierung von Eventualanträgen

### Botschaft

- **Das heutige Kartellgesetz braucht keine Änderungen. Der Wettbewerb in der Schweiz ist dynamisch und kann mit den gegebenen Rahmenbedingungen gestärkt werden.**
- **Die Verfahren dauern lange, weil der Schweiz eine etablierte Praxis fehlt, auf die Gerichte zurückgreifen können. Die dauernden Änderungen des Wettbewerbsrechts führen dazu, dass sich keine Praxis etablieren kann. Je öfter wir das Kartellgesetz ändern, desto länger dauern die Verfahren.**
- **Ein Teilkartellverbot ist ökonomisch unsinnig, weil es effiziente Kooperationen im vertikalen Verhältnis verbietet. Kommt ein neues Teilkartellverbot, erhöht sich der Fusionsdruck (Vertikalintegration). Das führt zum „KMU-Sterben“.**

### II. Argumente

#### 1. KMU unter Generalverdacht gestellt

Mit der angedachten Revision des Kartellgesetzes werden Unternehmenskooperationen, wie sie vor allem unter KMU üblich sind, praktisch verboten. Es sind nicht mehr konkrete wettbewerbsschädliche Auswirkungen untersagt, sondern die Kooperation als Form an sich. Wer trotzdem noch zusammenarbeiten will, muss von sich aus den Beweis erbringen, dass die Kooperation dem Markt dient. Wie dieser Beweis zu erbringen ist, weiss derzeit niemand.

#### 2. Vertikale Abreden können ökonomisch sinnvoll sein

Es ist unbestritten, dass bestimmte Formen der Kooperation zwischen Produzenten und Wiederverkäufern Vorteile bringen. Beispielsweise lassen sich durch langfristige oder sogar Exklusivverträge Preise senken, was allen zu Gute kommt. Vertriebsallianzen erhöhen den Wirkungsgrad der Werbung, was insbesondere jene KMU hilft, die kein grosses Marketingbudget haben. Kooperationen in der Logistik senken die Komplexitäten der Feinverteilung und helfen KMU auch, bürokratische Hürden (Import/Exportzollformalitäten) zu nehmen. In WTT- (Wissenschafts- und Technologietransfer) Kreisen tauschen Hersteller und Installateure Informationen aus und entwickeln gemeinsam neue Produkte.

#### 3. Abreden können heute schon in verhältnismässiger Weise verfolgt und verboten werden

Falls es sich herausstellt, dass eine Abrede (vertikal oder horizontal) in erheblicher Weise den Wettbewerb behindert, kann nach heutigem Gesetz die WEKO tätig werden. Bei vertikalen Absprachen gibt es sogar die Vermutung, dass sie schädlich sind. Wie in jeder rechtsstaatlichen Untersuchung muss jedoch die WEKO zeigen, dass bestimmte Unternehmen sich zusammengetan haben, um den Wettbewerb auszuschalten (Erheblichkeitsbeweis). Die WEKO muss das Verschulden beweisen, so wie es auch in anderen Gebieten des Rechts üblich ist.

#### **4. Kein Zick-Zack-Kurs der WEKO**

Noch im Jahr 2010 plädierten die Wettbewerbskommission, eine Expertengruppe, die das Kartellgesetz evaluierte und sogar der Bundesrat selbst für eine Lockerung des Wettbewerbsrechts. Sie sagten: “[Mit einer Einschränkung der vertikalen Absprache] besteht das Risiko, dass effiziente vertikale Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmenden verschiedener Marktstufen verhindert werden. Anpassungen in Gesetz und Vollzug sind deshalb notwendig.“ (Evaluation, S. XVI) Warum nur zwei Jahre nach der Evaluation die Meinung um 180 Grad gedreht wird, bleibt schleierhaft.

#### **5. Hochpreisinsel und Frankenstärke: nicht stichhaltige Argumente**

Warum wollte man noch im 2010 die Lockerung der vertikalen Absprache? Von heute aus gesehen ist es mit Staunen zur Kenntnis zu nehmen: Die im 2010 vorgeschlagene Lockerung der Vorschriften zur vertikalen Abrede dienten der Bekämpfung der Hochpreisinsel Schweiz (Evaluation, S. 73)! Das gleiche Argument, das heute verwendet wird, um sie gänzlich zu verbieten!

Fakt ist, das Preisniveau ist vom Kartellrecht unabhängig und kann vom Preisüberwacher behandelt werden. Das KG setzt die langfristigen Rahmenbedingungen für die Kooperation und das Vertrauen zwischen Unternehmen und darf nicht auf die momentanen Schwankungen im Währungs- oder Arbeitsmarkt reagieren.

#### **6. Gesetz soll Wettbewerb schützen, nicht verbieten**

Günstige Preise, gute Qualität, Innovation und Service werden durch Wettbewerb vorangetrieben. Die Idee aber, dass Wettbewerb eine vollkommene Institution ist, ist irreführend. Vieles entscheidet sich im „trial-and-error“ Verfahren, d.h. Fehler zu begehen ist ein natürlicher Bestandteil des Wettbewerbs. Wenn nun der Bundesrat aus Angst vor möglichen fehlerhaften Kooperationen jegliche Zusammenarbeit verbieten will, setzt er den Wettbewerb insgesamt ausser Kraft. Das Resultat ist: höhere Preise, geringere Qualität, weniger Innovation.

#### **7. Umkehr der Beweislast ist eine Last für die Wirtschaft**

Die Umkehr der Beweislast ist eine doppelte Herausforderung: Einerseits ist sie mit den üblichen Prinzipien des Rechts nicht kompatibel. Im Normalfall gilt: Wenn ein Verschulden vermutet wird, muss derjenige, der das Verschulden bestrafen will, es auch beweisen. In der vom Bundesrat angedachten Revision werden aber alle Unternehmen in ein Rechtsvakuum gesetzt, weil sie grundsätzlich Verschulden trifft, wenn sie im Markt sind.

Andererseits ist es unklar, wie der Befreiungsbeweis erbracht werden kann, zumal die Unternehmen nicht nur zeigen müssen, dass die Kooperation für sie effizient ist, sondern für den gesamten Markt. Weil die Kriterien dazu fehlen, kann man nur vermuten, dass die Unternehmen die gleichen Untersuchungen machen müssen, wie sie heute die WEKO vornimmt, wenn sie Verschulden beweisen will. Das beinhaltet: Abgrenzung des Marktes, empirische Untersuchung über die Betroffenheit des Marktes, empirische Modellierung eines Marktes ohne Kooperation, Untersuchung über die Auswirkung der Kooperation auf den Markt. Mit anderen Worten, wenn heute das Sekretariat der WEKO Teams von zwei bis fünf Fachexperten pro Fall einsetzt, um Verschulden zu beweisen, müssen in Zukunft Unternehmen dies alleine und für sich vornehmen, um ihre Unschuld darzulegen. Dies ist vor allem für die KMU eine Zumutung; je kleiner ein Unternehmen, desto grösser wird der zusätzliche administrative und finanzielle Aufwand.

Damit führt die Neuregelung zu einem bürokratischen Moloch, zu komplizierten Verfahren und vor allem zu enormen Kostenblöcken. Das macht die Schweiz teuer.

## 8. Kartellverbot verletzt Bundesverfassung

Die Bundesverfassung gibt dem Bund die Pflicht, gegen schädliche Kartelle vorzugehen; nicht gegen Kartelle insgesamt. Würde sie Kartelle insgesamt für missbräuchlich halten, hätte sie ein Kartellverbot verhängt, stattdessen sagt sie klar: „Art. 96 Wettbewerbspolitik 1 Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. 2 Er trifft Massnahmen: a. zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts; b. gegen den unlauteren Wettbewerb.“

## 9. Keine Belohnung fehlerhafter Strukturen

Der Bundesrat will, dass Unternehmen mit einem Compliance-System aufgrund dieses Systems eine Strafmilderung bekommen (bis hin zur Befreiung). Wenn diesen Unternehmen tatsächlich Verschulden trifft, ein schädliches Kartell eingegangen zu sein, dann wird gerade das Compliance-System belohnt, das versagt hat. Mit anderen Worten: ausgerechnet das mangelhafte System dient der Schuldbefreiung.

Darüber hinaus wird hier eine Verzerrung des Gesetzes zu Gunsten grosser Unternehmen eingeführt. KMU können es sich kaum leisten, ein Compliance-System einzuführen. In der Weiterentwicklung der Logik der Beweislastumkehr wird die Absenz eines solchen Systems bereits als „Verschlimmerungstatbestand“ vermutet. Zudem können Compliance-Vorkehrungen bereits heute unter dem Titel „mildernde Umstände“ berücksichtigt bzw. bei der Sanktionsbemessung honoriert werden.

## 10. Die Schweiz wechselt sein Kartellgesetz, wie andere die Unterwäsche

Damit ein Gesetz richtig angewendet werden kann und dementsprechend Rechtssicherheit herrscht, muss es über eine gewisse Zeit stabil bleiben, so dass sich eine Praxis entwickeln kann. Die Dauer der Prozesse ist vor allem der fehlenden Rechtspraxis und damit den nicht vorhandenen Erfahrungswerten zuzuschreiben. Je öfter die gesetzliche Grundlage geändert wird, desto länger dauern die Prozesse.

Die gleiche Evaluation stellte ein klares Fazit fest: „Eine zentrale Aussage der Evaluation bildet die Empfehlung 1: Am 1995 eingeführten und 2003 revidierten Konzept des Kartellgesetzes [d.h. Missbrauchsbekämpfung, sgV] ist festzuhalten.“ (Evaluation, S. XIX)

## 11. Worum es wirklich geht: Die WEKO will aufstocken

Gemäss Botschaft betrifft die vorliegende Revision primär den institutionellen Bereich (S. 16). Das bedeutet zweierlei: Einerseits möchte man das Milizsystem abschaffen und andererseits das Sekretariat der WEKO aufstocken. Bereits in der zitierten Evaluation und auch in der Botschaft wird immer wieder betont, wie klein das Sekretariat ist. Der Vergleich dazu ist die EU. Die Schlussfolgerung, die WEKO solle grösser werden, folgt alleine der Vergleichslogik, stellt aber nicht die wesentliche Frage: Welchen Nutzen würde eine grössere WEKO für den Wettbewerb in der Schweiz bringen?

Auch die Entfernung der Lobbyisten aus der WEKO scheint bestechend, vor allem wenn sie im Zusammenhang der Unabhängigkeit der Professoren genannt wird. Zwei Argumente sprechen dagegen: Erstens sind die Professoren auch abhängig. Sie stehen im Dienste des Staates, haben eigene Karrierepläne, wissenschaftliche Schwerpunkte und nicht selten Beratungs- und andere Mandate. Zweites wünscht sich die Botschaft zur Revision immer noch Nähe von Wirtschaft und Kartellgericht. Wenn jedoch eine Person in der Wirtschaft tätig ist und von der Wirtschaft immer noch

komplett unabhängig, spricht vieles dafür, dass sie nichts über die Wirtschaft gelernt hat. Dies gibt die Botschaft selbst zu (S.60).

## **12. Die neue WEKO als „Kartellschnüffler“**

Heute ist das Kartellverfahren dreistufig organisiert – wie im Übrigen die meisten Rechtsverfahren in der Schweiz. Die Besonderheit ist, dass heute die Kommission, die Untersuchungen genehmigt, auch Entscheide fällt. Nach Ansicht der Kritiker führt dies zu einer unsaubereren Kompetenztrennung. Die Logik der Kritiker besagt, dass die Behörde, die eine Untersuchung leitet auch voreingenommen ist. Durch die Dreistufigkeit dauert auch das Verfahren zu lange.

Selbst wenn einige Anliegen dieser Kritik richtig wären, sind die vom Bundesrat präsentierten Lösungen alles andere als zielführend. Die neue Wettbewerbsanstalt ist freier als das heutige WEKO Sekretariat in der Auswahl und Einleitung von Untersuchungen und Verfahren. D.h. ohne die Kommission, die heute das Vorgehen vielfach bremst oder auf Wesentliches beschränkt, wäre die Anstalt frei, alles zu untersuchen, was ihr interessant scheint. Dazu kommt, dass die Mittel der Anstalt markant aufgestockt werden. Grosse Apparate tendieren dazu, zu zeigen, dass sie notwendig sind. Es besteht also der starke Anreiz, besonders bei der Umstellung, alle Fälle zu untersuchen, die man schon lange untersuchen wollte.

Natürlich wird diese Anstalt von einem Rat geführt, dem auch Praxisvertreter angehören. Doch die Aufgabe dieses Rates ist die Steuerung langfristiger Vorgänge, nicht das Eingreifen in einzelne Fälle. Die Art der Untersuchungen, welche die Anstalt führen kann, wird nicht anders sein als heute. D.h. Hausdurchsuchungen und Anhörungen sind immer noch möglich und werden durch den freieren Rahmen der Anstalt sogar noch zunehmen. Es ist im Übrigen interessant, dass die Anstalt die Fusionskontrolle inklusive Entscheidungskompetenz immer noch in der eigenen Hand haben soll.

## **13. Das Wettbewerbsgericht als Feigenblatt**

Das neue Wettbewerbsgericht wird also zur ersten Entscheidungsinstanz. Was auf dem ersten Blick eine Entlastung des Prozesses ist, kann leicht zu seiner Verkomplizierung führen. Das Gericht kann zu denjenigen der Wettbewerbsanstalt zusätzliche Untersuchungen anordnen und muss auch eigene Anhörungen durchführen. Also finden vor der erstinstanzlichen Entscheidung mehrere Etappen der Untersuchungen statt, an denen sich Unternehmen beteiligen müssen. Wenn bei jeder Stufe Gebühren und Administrationsvorgänge fällig werden, bleiben sie bestenfalls gleich hoch wie heute und steigen schlechtenfalls stark an. Abnehmen werden sie nicht. Es ist auch damit zu rechnen, dass die gesamte Dauer des Verfahrens von der Eröffnung der Untersuchung durch die WEKO bis zum Gerichtsentscheid etwa gleich lange bleiben wird, wie sie heute ist.

Das Gericht entscheidet auch mit geringem Zutun aus der Praxis. Zwar ist eine 5er Kammer vorgesehen, in der die sogenannten Vertreter der Praxis als nebenamtliche Richter Sitz und Stimme haben. Aber es ist gleichzeitig zu betonen, dass auf drei Vertreter aus der Praxis nur eine Stimme zukommt. D.h. selbst wenn die Kammer aus 5 Richtern besteht, wobei 2 Vollrichter und 3 Nebenamtliche sind, würde das Stimmverhältnis 2:1 betragen. Im Fall einer Uneinigkeit der Praxisvertreter ist nicht klar, wie ihre Stimme zählt, wenn überhaupt. Es ist darüber hinaus ebenso unklar, wie diese Vertreter aus der Praxis gewählt werden. Einerseits sollen sie genügend Wissen und Erfahrung mitbringen, andererseits dürfen sie keinem Unternehmensorgan angehören und auch nicht bei einer Organisation angestellt sein, die zu einem Interessenskonflikt mit dem Gericht führen kann.

Bern, 02. April 2012