

Positionspapier

Revision Kartellgesetz (KG)

I. Forderungen des sgv

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv, die Nummer 1 der Schweizer KMU-Wirtschaft, vertritt 250 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.

Vor diesem Hintergrund verlangt der sgv

- **Das Nicht-Eintreten auf die Revision des Kartellgesetzes;**
- **Die Weiterführung des gültigen Kartellgesetzes vom 2003 damit sich eine solide Rechtspraxis etablieren kann und die Verfahren beschleunigt werden;**
- **Den Verzicht auf die Einführung eines ökonomisch unsinnigen und verfassungswidrigen Teilkartellverbots mit Beweislastumkehr;**
- **Die Beibehaltung der heutigen freiwilligen Lösung zur Compliance statt der Einführung eines quasi-Obligatoriums, das Regulierungskosten in die Höhe treibt;**
- **Eine praxisnahe Wettbewerbskommission statt eines aufgeblähten Verwaltungsapparates mit einem „Wettbewerbsschnüffler“ und einem Wettbewerbsgericht;**
- **Die Beseitigung der Diskriminierung der KMU statt einer Revision, die den Wettbewerb unterdrückt und zu Gunsten der Grossunternehmen verzerrt.**

II. Ausgangslage

Am 22. Februar 2012 unterbreitete der Bundesrat seine Vorschläge zur Revision des Kartellgesetzes den eidgenössischen Räten, insbesondere dem Ständerat als Erstkammer. Grundsätzlich geht es um eine organisatorische Reform, welche die Schaffung von unabhängigen Untersuchungs- und Entscheidungsbehörden vorsieht. Daneben wurden weitere Punkte in die Revision aufgenommen, beispielsweise das Teilkartellverbot für vertikale Abreden oder die „Compliance-Defense“.

Teilkartellverbot für bestimmte Abredeformen

Der Bundesrat hat im Verlauf des Revisionsprozesses auf die ursprünglich vorgesehene Lockerung der Vorgaben zu Wettbewerbsabreden verzichtet und stattdessen ein Teilverbot für fünf Formen von „harten Abreden“ in den Revisionsentwurf eingefügt. Bei diesen Abreden handelt es sich um die zwei Formen von Absprachen zwischen Lieferanten und Händlern, nämlich Preis- und Gebietsabschottungsabreden (vertikale Abreden, Art. 5 Abs. 4 KG) sowie um Preis-, Gebiets- und Mengenabsprachen zwischen Konkurrenten (horizontale Abreden, Art. 5 Abs. 3 KG). Diese Abredeformen sollen neu grundsätzlich verboten werden und nur durch einen Nachweis von Gründen der ökonomischen Effizienz gerechtfertigt werden können.

In der Botschaft erklärt der Bundesrat nun (insb. S. 15), dass die Abweichung vom ursprünglichen Vorschlag „keine radikale Positionsänderung“ sei. Denn die beiden Ziele der Rechtssicherheit und der ökonomischen Einzelfallbeurteilung, die mit dem ursprünglichen Entwurf verfolgt werden sollten, würden auch für den aktuellen Regelungsvorschlag gelten. Der Erlass eines Teilkartellverbots sei im Hinblick auf die Rechtssicherheit optimal, da nun lediglich auf die Art der Abrede (z.B. Preisabrede)

und nicht mehr zusätzlich auch auf die ökonomischen Wirkungen („Erheblichkeitsprüfung“) der Abrede abgestellt werde.

Der Bundesrat erläutert in der Botschaft (S. 37 ff.) ausführlich die Änderung des Gesetzestextes, wonach die Unternehmen die Beweislast für den Nachweis einer Rechtfertigung von Wettbewerbsabreden aus Gründen der ökonomischen Effizienz tragen. Der Bundesrat erinnert zudem daran, dass den Unternehmen bei Unsicherheiten das sogenannte Widerspruchsverfahren zur Verfügung stehe.

Anforderungen an Compliance-Programmen zur Milderung von finanziellen Sanktionen

Mit der Revision soll gesetzlich verankert werden, dass Vorkehrungen von Unternehmen zur Verhinderung von Verstössen gegen das Kartellgesetz („Compliance“) bei der Bemessung der Sanktionshöhe berücksichtigt werden (vgl. Art. 49a Abs. 2 E-KG). Diese Massnahmen müssen Ausdruck nachhaltiger Bemühungen eines Unternehmens sein, Kartellrechtsverstösse generell und insbesondere auch der begangenen Art zu verhindern. Compliance ist als wichtiger Teil der Unternehmenskultur zu betrachten und durch einen angemessenen Aufbau in personeller, finanzieller und organisatorischer Hinsicht zu sichern. Die Massnahmen müssten dabei der jeweiligen Grösse des Unternehmens, der Geschäftstätigkeit und der Branche angemessen sein und innerbetrieblich wirksam umgesetzt werden. Das Aufstellen blosser Verhaltensrichtlinien genügt gemäss Bundesrat nicht. Zu den verschiedenen organisatorischen Massnahmen gehört gemäss Bundesrat z.B., dass nur Zielvorgaben gesetzt werden, die ohne Kartellrechtsverstösse erreichbar sind.

Institutionenreform

Die Vorlage verspricht, das heutige Sekretariat der WEKO zu einer eigenständigen, vom Bundesrat und wirtschaftlichen Interessen unabhängigen Wettbewerbsbehörde aufwerten zu wollen. Die neue Wettbewerbsbehörde soll bei Wettbewerbsbeschränkungen die Untersuchung führen und vor dem Wettbewerbsgericht Antrag erheben. Weiterhin soll sie die Unternehmen beraten und öffentlich für den Wettbewerb eintreten und in Vernehmlassungen Stellung nehmen können. Sie soll darüber hinaus in der Zusammenschlusskontrolle die erstinstanzlichen Verwaltungsentscheide fällen, da Unternehmenszusammenschlüsse besonders zeitkritisch sind. Bei Zusammenschlussverfahren ist zudem „nur“ ein die zukünftigen Marktverhältnisse gestaltendes Element und kein Sanktionselement vorhanden, was es als angezeigt erscheinen lässt, einen ersten Entscheid einer Behörde zu übertragen und das Wettbewerbsgericht erst als Beschwerdeinstanz vorzusehen.

Die konkrete Aufgabenteilung ist wie folgt eingeleitet: Die Wettbewerbsbehörde untersucht, das Wettbewerbsgericht entscheidet und spricht allfällige Sanktionen aus. Da zukünftig bereits in erster Instanz ein BV15- und EMRK16-konformes Gericht entscheidet, sind die Unternehmen, die eine Beurteilung durch ein Gericht wünschen, nicht mehr wie heute nach einem Entscheid der WEKO gezwungen, ein Rechtsmittel einzulegen. Das Wettbewerbsgericht soll Teil des Bundesverwaltungsgerichts werden.

Voraussichtlich wird hierfür eine neue Kammer gebildet werden. Die komplexen und fachlich anspruchsvollen Kartellrechtsfälle setzen voraus, dass im darüber befindenden Spruchkörper nebst juristischem Wissen auch volkswirtschaftliche Kenntnisse sowie unternehmerische Erfahrung vorhanden sind. Um dem zu genügen, werden Richterinnen und Richter mit entsprechenden Kenntnissen ins Bundesverwaltungsgericht gewählt werden müssen, wobei eher tiefere Arbeitspensien denkbar sind. Auch diese Richterinnen und Richter müssen indes die hohen Unabhängigkeitserfordernisse eines Gerichts erfüllen; eine Interessensvertretung ist ausgeschlossen. Es ist jedoch vorgesehen, dass diese nebenamtlichen Richter kein volles Stimmrecht haben sollten (eine Stimme zu Dritt) und während ihrer Richtertätigkeit keine Organstellung in einem Unternehmen haben dürfen.

Zivilrechtliche Verfahren

Der Bundesrat schlägt vor, dass die Möglichkeit der zivilrechtlichen Klage, die heute auf Wettbewerber beschränkt ist, auf alle von Kartellen Betroffenen ausgedehnt wird. Dadurch werden in Zukunft auch die Endkundinnen und -kunden, darunter die öffentlichen Auftraggeber, ihre Rechte zivilrechtlich geltend machen können. Richtet ein Unternehmen gestützt auf einen Entscheid eines Zivilgerichts Leistungen an Geschädigte aus, so ist dies bei der Bemessung der Verwaltungsanktion angemessen zu berücksichtigen. Dies kann bewirken, dass bereits bezahlte Sanktionen teilweise zurückerstattet werden können.

Zusammenschlusskontrolle

Der Bundesrat will erstens die Doppelspurigkeiten bei internationalen Zusammenschlüssen angehen. Zusammenschlüsse, die zumindest die Schweiz und den EWR einschliessen oder noch grössere Märkte betreffen, sollen in der Schweiz in Zukunft stark vereinfacht behandelt werden, da sie ohnehin bereits von den EU-Instanzen beurteilt werden. Damit werden finanzielle und personelle Ressourcen bei Wettbewerbsbehörde und Unternehmen gespart, die anderweitig besser eingesetzt werden können.

Zweitens unterbreitet der Bundesrat eine Anpassung der Beurteilungskriterien, die dazu beiträgt, dass in Zukunft volkswirtschaftlich schädliche Zusammenschlüsse besser angegangen werden können. Dazu soll das in der EU und in den meisten modernen Industrienationen angewendete Beurteilungskriterium übernommen werden (SIEC-Test). Ausgleichend können die Unternehmen Effizienzgründe, die für den Zusammenschluss sprechen, geltend machen. Dergestalt hat diese neue Beurteilung den Vorteil, den negativen und positiven Auswirkungen der Zusammenschlüsse auf die Wirtschaft und auf die Konsumentinnen und Konsumenten umfassend Rechnung zu tragen. Zudem trägt sie zu einer Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle mit dem System der EU bei.

III. Generelle Beurteilung der Vorlage

Die ursprünglich angegebene Zielsetzung dieser Revision wird durch die Vorlage mehrfach widersprochen. Vordergründig ging es darum, erstens die Erkenntnisse der Evaluation vom Jahr 2009 umzusetzen, zweitens eine gewisse Annäherung an die EU einzuleiten und drittens, der sogenannten „Hochpreisinsel Schweiz“ entgegen zu wirken. Keines dieser Ziele kann mit dem vorliegenden Vorschlag erreicht werden.

Grundsätzlich sprechen folgende Argumente gegen das zu schaffende Gesetz:

1. Mit dem Gesetz werden KMU unter Generalverdacht gestellt, denn übliche Formen der Kooperation, wie sie für KMU typisch sind, werden grundsätzlich verboten.
2. Vertikale Abreden können ökonomisch sinnvoll sein; davon können Unternehmen ebenso wie Kunden profitieren, weil dadurch verschiedene Komplexitäten des Marktes (Einkauf, Vertrieb, Logistik, Technologietransfer) effizient bewältigt werden können.
3. Abreden können heute schon in verhältnismässiger Weise verfolgt und verboten werden; das WEKO Sekretariat muss lediglich nachweisen, dass sie erhebliche und schädliche Auswirkungen haben.
4. Die Umkehr der Beweislast ist eine Last für die Wirtschaft, denn sie bürdet hohe Kosten und bürokratische Abläufe für die Unternehmen auf.
5. Die Evaluation des Kartellgesetzes im Jahr 2009 stellte ausdrücklich fest, dass vertikale Absprachen ökonomisch effizient sind und beantragte sogar, sie gänzlich als mögliches Kartell vom Gesetz zu streichen.

6. In der gleichen Evaluation wurde in Aussicht gestellt, mit einer Lockerung des Kartellrechts, der Hochpreisinsel entgegen zu wirken; das bedeutet, dass die Frankenstärke, welche heute als Argument für das genaue Gegenteil eingesetzt wird, nicht stichhaltig ist.
7. Das Gesetz soll den Wettbewerb schützen, nicht verbieten. Wenn jedoch jede Form der unternehmerischen Betätigung im Markt vorgänglich durch die neue Wettbewerbsanstalt überprüft werden muss, damit Firmen Rechtssicherheit haben, wird der Wettbewerb im Keim erstickt.
8. Das Teilkartellverbot verletzt Bundesverfassung, die nicht Kartelle an sich verbieten will, sondern lediglich ihre negativen Auswirkungen.
9. Die neue, umfassende „Compliance-Defense“ belohnt gerade jene Strukturen, die fehlerhaft sind; darüber hinaus werden erhebliche Regulierungskosten geschaffen.
10. Das neue Wettbewerbsgericht ist ein Feigenblatt, denn es wird nur unzulänglich auf Vertreter der wirtschaftlichen Praxis Rücksicht nehmen können.
11. Dafür wird das Sekretariat der WEKO gehörig aufgestockt und in eine freie Anstalt umgewandelt, um im Sinne eines „Kartellschnüfflers“ möglichst viele Fälle „aufzudecken“.
12. Es ist für die Rechtssicherheit abträglich, wenn die gesetzlichen Grundlagen immer wieder verändert werden; zudem erschweren die vielen Revisionen die Etablierung einer konzisen rechtlichen Praxis und verlängern damit die Verfahren.

In einer feineren Analyse werden oben erwähnte Widersprüche der Revision sowie die Argumente gegen sie noch deutlicher.

Durch Institutionenreform und „Compliance Defense“ entstehen Regulierungskosten

Es ist richtig, dass die Institutionenreform bereits seit der Evaluation 2009 eine wichtige Stossrichtung ist. Mit ihr sollen zwei Anliegen in Erfüllung gehen, nämlich die Trennung zwischen der untersuchenden und entscheidenden Behörde einerseits und die Beschleunigung der Verfahren andererseits. Die Trennung wurde verlangt, weil das Sekretariat der Wettbewerbskommission und die WEKO als Kommission im engeren Sinne ungenügend voneinander unabhängig seien, um neutrale Entscheide zu fällen. Dem ist insofern zu widersprechen, als dass die WEKO dank ihres Praxiswissens bisher Entscheide gefällt hat, welche sowohl juristisch als auch ökonomisch gut abgestützt waren. Dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung diesen Entscheiden mehrheitlich gefolgt ist, zeugt von der Neutralität des Gremiums.

Die versprochene Beschleunigung der Verfahren ist mit der Vorlage nicht zu erreichen, denn sie ist auf einen Mangel von Praxis zurückzuführen. Verfahren können erst dann schneller werden, wenn ein Grundstock referenzierbarer Fälle aufgearbeitet ist; dies bedingt jedoch eine stabile Rechtsgrundlage. Das Kartellgesetz ist in den vergangenen Jahren verschiedentlich geändert worden, so dass die Etablierung einer solchen Basis erschwert wurde. Ein neues Kartellgesetz mit materiellen Änderungen, wie sie vorgesehen sind, wirft die Praxis zurück an den Anfang.

Es ist darüber hinaus zweifelhaft, ob das zu schaffende Wettbewerbsgericht die versprochene Vereinfachung der Verfahren überhaupt bewirken kann, denn es läuft die Gefahr, den Untersuchungsaufwand zu verdoppeln. Es ist vorgesehen, dass die zu schaffende Wettbewerbsanstalt ähnlich wie die heutige WEKO Untersuchungen einleitet. Sie würde ihre Ergebnisse in einem Antrag zuhanden des Wettbewerbsgerichts festhalten, das seinerseits auch Untersuchungen verlangen kann. Damit können Aufwände verdoppelt werden.

Nicht zu unterschätzen ist die Rechtsentwicklung, die aufgrund der „Compliance Defense“ ansteht. Wenn sie zum heutigen Zeitpunkt zur Sanktionsmilderung dient, kann sie in der späteren Entwicklung

als vorausgesetzte Grundlage gelten, deren Ausbleiben die entsprechende Unternehmung gerichtlich benachteiligt. Damit hat die Vorlage auch einen zweifach-negativen Effekt auf die KMU. Erstens würde ein solches Unternehmen gegen die Wettbewerbsanstalt zweimal antreten müssen (Untersuchung und Gerichtsverfahren) und zweitens müssten sie bald rechtfertigen, wieso sie nicht über die geforderten Compliance Mechanismen verfügen.

Damit werden zwei wesentliche Schwachstellen der Vorlage deutlich. Erstens verlängert sie die Kartellverfahren, indem sie auf einen praktisch längeren Verfahrensweg setzt und zweitens schafft sie dadurch Zusatzregulierungen und Regulierungskosten, die insbesondere für die KMU – ohne stehende Anwälte und andere Mechanismen – zu hoch sind.

Das Besondere der „Compliance Defense“ ist, dass sie dem Ziel der Rechtsannäherung an die EU widerspricht. So weist die EU-Kartellbehörde ausdrücklich darauf hin, dass ein solches Instrument gerade jenes Compliance-System, das fehlerhaft war, belohnen würde. Die Möglichkeit, eine solche Verteidigungsstrategie aufzubauen, ist bereits heute in einer Verordnung im Rahmen eines ausdrücklichen „Kann-Kriteriums“ vorgesehen.

Teilkartellverbot ist ökonomisch problematisch und widerspricht die Bundesverfassung

Der zweite Widerspruch zum EU-Recht aber auch zur gleichen Evaluation, welche die Vorlage zu erfüllen versucht, ist die Einführung eines Teilkartellverbots für vertikale Absprachen. Sowohl die europäische Rechtsprechung als auch die ökonomische Lehre und damit die Evaluation 2009 sehen keinen Grund, zu vermuten, dass vertikale Kooperationen an sich wettbewerbsschädliche Auswirkungen haben. Der Einzelfall sollte – wie heute vorgesehen – als solcher und mit dem Nachweis seiner Erheblichkeit überprüft werden. Die Einführung eines Teilkartellverbots mit Beweislastumkehr ist eindeutig unverhältnismässig und passt nicht in das Schweizerische Rechtsgefüge.

Mit diesem Teilkartellverbot werden wieder die KMU stark betroffen. Grundsätzlich werden Abmachungen im Bereich des Vertriebs, des Einkaufs, der Logistik und sogar der anwendungsorientierten Forschung für wettbewerbsschädlich erklärt. Nun müssten die Unternehmen selber zeigen, dass ihre Kooperation eine positive Auswirkung auf den Markt hat. Damit ist möglich, dass die geldmässigen Effizienzgewinne ebenso geldmässig im aufwändigen Effizienzbeweis verloren gehen. Dies ist umso problematischer, als dass die Botschaft ausdrücklich anerkennt, dass lediglich die Form unabhängig ihrer ökonomischen Beurteilung verboten wird.

Noch negativer wirkt sich dies mit der Vereinfachung der Zusammenschlusskontrolle aus, die letztlich auch eine Vereinfachung der Zusammenschlüsse ist. Die „Kriminalisierung“ der vertikalen Kooperation einerseits und die gleichzeitige Vereinfachung der Zusammenschlüsse andererseits führt zu vermehrtem Druck in Richtung von Vertikalintegrationen, was wiederum bedeutet, dass der Wettbewerb potentiell verringert wird. Es gilt: je einfacher es ist, sich zusammenzuschliessen und je schwieriger es ist, Kooperationen einzugehen, desto mehr vertikal-integrierte Unternehmen werden entstehen oder desto mehr KMU werden durch grössere Unternehmen einverleibt.

Damit schliesst sich der Kreis der Widersprüche. Die Vorlage möchte nämlich auch der sogenannten Hochpreisinsel Schweiz entgegenzutreten, schafft aber ideale Voraussetzungen, um den Wettbewerb einzuschränken und damit das allgemeine Preisniveau in die Höhe zu treiben. Denn gegen Preisfestsetzungen innerhalb eines Unternehmens kann das Kartellgesetz nicht angewendet werden.

Im Zusammenhang der Vertikalabsprachen und der Zusammenschlusskontrolle werden ebenfalls die beiden weiteren KMU-feindlichen Züge der Revision deutlich. Mit dem Teilkartellverbot für vertikale Kooperationen wird den KMU, die sich gute Wettbewerbspositionen durch die Effizienzsteigerung im

Lieferanten-, Logistik-, Kunden- und Wissensmanagement bestraft. Sie erhalten dann aber den Anreiz, sich in einer grösseren, vertikal-integrierten Unternehmung eingliedern zu lassen.

Es ist ebenfalls zu bemängeln, dass die Vorlage die Bundesverfassung verletzt. Diese 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.“ Sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Absicht der Verfassung geht hervor, dass Kartelle an sich existieren dürfen, solange sie den Wettbewerb nicht behindern oder keine volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen haben.

IV. Fazit

Die angestrebte Revision des Kartellgesetzes ist aus verschiedenen Gründen schlecht für den Wirtschaftsstandort Schweiz und besonders problematisch für die KMU. Deshalb ist nicht auf sie einzutreten.

Negativ auf den Schweizer Wirtschaftsstandort wirken sich folgende Neuregelungen aus:

- Mit der erneuten Änderung des Kartellgesetzes in kürzester Zeit entfällt die bisherige Rechtspraxis; das schafft Rechtsunsicherheit und verlängert die Verfahren;
- Die Schweiz übernimmt willkürlich Teile des EU-Rechts und widerspricht den gleichen Regelungen, die sie einführen will;
- Die Schaffung eines Wettbewerbsgerichts macht die Verfahren länger und komplizierter und begünstigt Grossunternehmen, weil sie sich anwaltlich gegen die WEKO wehren können;
- Die Vorlage schafft eine überdimensionierte Wettbewerbsanstalt, die bald zu einem „Wettbewerbsschnüffler“ mutieren kann;
- Die Vorlage schafft Regulierungskosten mit diversen Fremdkörpern im Schweizer Rechtsgefüge und neuen bürokratischen Vorschriften.

Insbesondere negativ für KMU wirken sich folgende Neuregelungen aus:

- Das Teilkartellverbot mit Beweislastumkehr stellt Kooperationen, wie sie heute üblich sind, vor dem aus;
- Das Teilkartellverbot zusammen mit der Vereinfachung der Unternehmenszusammenschlüsse kann zur einer Welle von Vertikalintegrationen, also zu einem „KMU-Sterben“, führen;
- Die Schaffung eines Wettbewerbsgerichts und die Einführung der „Compliance-Defense“bürden hohe Kosten, insbesondere auf die KMU, auf.

Zusammengefasst lässt sich also feststellen:

- **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“.**

Bern, 08. Mai 2012

Dossierverantwortlicher

Henrique Schneider, Ressortleiter
Telefon 031 380 14 38, E-Mail h.schneider@sgv-usam.ch