

Arbeitsgruppe Schweiz

Vorab per E-Mail

Staatssekretariat für Wirtschaft
SECO
Holzikofenweg 36
3003 Bern

c/o Homburger AG
Prime Tower | Hardstrasse 201
CH-8005 Zürich
Postfach 314 | CH-8037 Zürich

Telefon +41 43 222 1000
Fax +41 43 222 1500
franz.hoffet@homburger.ch

Zürich, 10. Oktober 2011

**Stellungnahme der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht e.V.
zum Vorschlag des Bundesrats für eine Revision von Art. 5 KG**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 23. September 2011 hat Herr Bundesrat Schneider-Ammann die interessierten Kreise zu einer Stellungnahme zum Vorschlag für ein Teilverbot bestimmter Wettbewerbsabreden aufgefordert. Dieser Vorschlag sieht eine tiefgreifende Umgestaltung des gesetzlichen Beurteilungsrasters von Wettbewerbsabreden vor.

Es ist der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht, die sich aus im Gebiet des Kartellrechts tätigen Anwälten zusammensetzt, ein besonderes Anliegen, zu den Revisionsvorschlägen Stellung zu beziehen. Angesichts der unverständlich eng angesetzten Vernehmlassungsfrist¹ für die geplante Neuordnung, welche einen grundlegenden Paradigmenwechsel für das Schweizer Kartellgesetz auslösen würde, der im europäischen Rechtsumfeld kein Vorbild findet, ist es uns leider nicht möglich, umfassend und in der notwendigen Tiefe Stellung zu beziehen.

Die geplante Einführung von Teilverböten wird im erläuternden Bericht damit begründet, dass mit der vorgeschlagenen Verschärfung des Kartellgesetzes den negativen Auswirkungen der Frankenstärke begegnet werden soll. Damit ist angesprochen, dass von verschiedenen Seiten geltend gemacht wird, die sich aus der Frankenstärke ergebenden Währungsgewinne würden im Schweizer Markt nicht adäquat weitergegeben und führten damit zu überhöhten Preisen für die Schweiz.

¹ Aufgrund der kurzen Frist war es auch nicht möglich, sämtliche Mitglieder der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht in diese Vernehmlassung mit einzubeziehen,

Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass die geschilderte Situation nicht darauf zurückzuführen ist, dass harte Horizontalabreden oder vertikale Preisbindungen und absoluter Gebietsschutz in Vertriebsverträgen kartellrechtlich zu wenig hart angefasst würden. Die Schweizer Wettbewerbskommission verfügt diesbezüglich auch heute schon über sehr griffige Instrumente, um schädliche Wettbewerbsabreden zu unterbinden.

Die Schweizer Kartellgesetzgebung findet ihre Grundlage in Art. 96 BV. Demnach ist ein Eingreifen mittels kartellrechtlicher Instrumente nur dann verfassungsmässig zulässig, wenn sich volkswirtschaftlich oder sozial schädliche *Auswirkungen* von Kartellen feststellen lassen. In konsequenter Umsetzung dieser Verfassungsvorgaben hat der Kartellgesetzgeber die Wirksamkeit des Wettbewerbs als Massstab für eine Intervention in das Zentrum gestellt, weil bei einem wirksamen Wettbewerb die in der Verfassung beschriebenen schädlichen Auswirkungen nicht zu erwarten sind. Der Kartellgesetzgeber darf aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben Wettbewerbsabreden nur dann für unzulässig erklären, wenn volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen im konkreten Einzelfall festgestellt wurden (so die Botschaft zum KG von 1995; BBl 1995 I 555).

Eine Umsetzung des Revisionsvorschlags liefe dagegen auf ein **Totalverbot** bestimmter Abreden (harte Horizontalabreden sowie vertikale Preisbindung und absoluter Gebietsschutz bei Vertriebsverträgen) hinaus. Ein derartiges Totalverbot würde Abreden unabhängig von ihren Auswirkungen auf den Wettbewerb erfassen. Es gälte selbst für Abreden, die den Wettbewerb nur unerheblich beeinträchtigen, sowie für Abreden, die den Wettbewerb gar nicht beeinträchtigen oder eine solche Beeinträchtigung allenfalls bloss (erfolglos) bezwecken. Eine wirkungsunabhängige auf die Form fixierte Kartellrechtsordnung wäre jedoch von den beschriebenen Verfassungsvorgaben nicht gedeckt, weil diese ausdrücklich einen wirkungsbezogenen Ansatz verlangen. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang weiter, dass sich auch auf internationaler Ebene, insbesondere auch im für die Schweiz bedeutenden europäischen Wettbewerbsrecht, eine wirkungsorientierte Betrachtung von Wettbewerbsabreden je länger je mehr durchsetzt. Unter dem Titel des „more economic approach“ werden die effektiven und konkreten Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede in den Mittelpunkt der kartellrechtlichen Analyse gestellt. Dies aufgrund der Erkenntnis, dass eine rein formelle Betrachtung nach Abredetypen zu falschen Ergebnissen führt. Die vorgeschlagene Teilrevision würde diesen internationalen Entwicklungen diametral zuwiderlaufen.

Die Teilrevision führt auch bezüglich der vorgeschlagenen Beweislastregelung zu erheblichen rechtsstaatlichen Bedenken. Es ist gemäss der bundesgerichtlichen Praxis unbestritten, dass Kartellsanktionen strafrechtlichen Charakter haben. Der Vorschlag, den Beweis von Rechtfertigungsgründen inskünftig den Unternehmen aufzuerlegen, steht folglich im Widerspruch zur Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK.

Die im Revisionsprojekt beim Effizienztest vorgesehene Beweislastumkehr steht auch im Widerspruch zum für das Kartellgesetz zentralen Effizienzbegriff. Bekanntlich sollen mit der kartellgesetzlichen Ordnung nicht jegliche Abreden, welche sich auf den Wettbewerb auswirken, verboten werden. Ein dynamisches Wettbewerbsverständnis erfordert gerade,

dass der unternehmerische Handlungsspielraum durch die kartellrechtliche Rahmenordnung nur dann beschränkt wird, wenn die Wirksamkeit des Wettbewerbs gefährdet ist. Konsequenterweise ist entsprechend den bereits zitierten Verfassungsvorgaben und auch gemäss herrschender Lehre und Praxis der heute in Art. 5 Abs. 2 KG untergebrachte Effizienztest volkswirtschaftlich zu verstehen. Das bedeutet, dass es nicht nur darum geht, Effizienzvorteile (Skaleneffekte usw.) im Unternehmen zu generieren, sondern diese Effizienzvorteile auch über den Markt weiterzugeben.

Abgesehen davon, dass die geplante Beweislastumkehr grundlegenden Verfahrensvorgaben sowohl verwaltungsrechtlicher als auch strafrechtlicher Natur widerspricht (es gilt die Offizialmaxime und es besteht die Unschuldsvermutung), wird den Unternehmen eine Beweislast über volkswirtschaftliche Tatsachen auferlegt, welche sie schlicht nicht in der Lage sind, jemals zu erfüllen. Abgesehen davon, dass die Anforderungen an einen solchen Effizienzbeweis gemäss der heutigen Weko-Praxis bereits sehr hoch sind, verfügen die Unternehmen – anders als die Weko – über kein Untersuchungsinstrumentarium, das ihnen erlauben würde, die notwendigen Informationen zu beschaffen. Ein in ein kartellrechtliches Verfahren involviertes Unternehmen kann z.B. keine anderen Unternehmen befragen, wie hoch ihre Marktanteile sind oder welche Vorteile für die Marktgegenseite aus einem bestimmten Verhalten resultieren. Um den Effizienzbeweis zu erbringen, sind solche Informationen aber unverzichtbar. Ein sich aus der geplanten Teilrevision ergebendes striktes per se-Verbot für bestimmte Wettbewerbsabreden hat in der europäischen Wettbewerbsrechtslandschaft kein Vorbild und würde das mit dem Kartellgesetz angestrebte Ziel der Schaffung von Rahmenbedingungen für das unternehmerische Handeln durch viel zu restriktive Vorgaben verfehlen.


Es besteht aus den oben erwähnten Gründen kein Anlass, die Regelung von Art. 5 KG zu ändern.

Die Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht empfiehlt deshalb dem Bundesrat, **auf die vorgeschlagene Einführung von Teilverböten und die Beweislastumkehr für die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu verzichten.**

Abschliessend ersuchen wir Sie, die Vorbringen in dieser Stellungnahme im Rahmen der nun laufenden Vernehmlassung zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüssen

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.
Arbeitsgruppe Schweiz



Franz Hoffet