

Kartellgesetz (KG) - Teilrevision;
Umsetzung der Motionen Français und Wicki;
Beilage zu Missratene Kartellgesetzdebatte im Ständerat
von Markus Saurer

Aussagen von SR Germann und SR Bischof im Faktencheck

Zitat Germann (s. [Amtliches Bulletin](#)), darunter meine Antworten

Heute stehen wir nun vor der Frage, ob wir dieses Urteil respektieren wollen...

(Gemeint ist das Gaba/Elmex-Urteil.)

Vor dieser Frage stehen wir nicht.

Im Rahmen des Gaba/Elmex-Urteils hat das Bundesgericht (BGer) aber eine neue Doktrin eingeführt: Für die untersuchende Behörde ist es nicht mehr erforderlich, sich mit den Wirkungen eines kartellrechtlich relevanten Verhaltens auseinanderzusetzen. Gewisse Abreden wurden als per se-erheblich erklärt. Sie werden damit ohne eingehende materielle Abklärung als unzulässig erklärt und mit Sanktionen belegt.

In der Praxis ist diese Doktrin des "Nicht hinschauens" in denjenigen vielen Fällen problematisch, deren Auswirkungen unklar sind. Es werden nämlich so auch sozial und volkswirtschaftlich harmlose oder gar nützliche Abreden verboten und gebüsst. Das ist weder vom Kartellgesetz noch von der Verfassung so vorgesehen. Schädlich sind nicht diese Abreden, sondern dieser unreflektierte KG-Vollzug.

Diese verfassungs- und gesetzeswidrige Doktrin steht zur Debatte, nicht das Gaba/Elmex-Urteil.

Es liegen nun materielle und formelle Anträge auf Schwächung der Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen vor.

(Gemeint sind die Anträge der WAK-S betr. angeblich schädliche Abreden oder Marktmachtmissbräuche.)

Diese Anträge sehen nur vor, dass die Behörden die Schädlichkeit oder den Missbrauch im konkreten fraglichen Fall nicht mehr nur behaupten dürfen, sondern darlegen müssen.

An den Eingriffskriterien ändert sich materiell nichts. Die Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen wird nicht geschwächt. Hingegen sollen die "prozessökonomischen Vorteile" für die Behörden, welche auch der Willkür Tür und Tor öffnen, korrigiert werden.

Dies ist nötig, um ungerechtfertigte Verbote und Bussen sowie falsche Präjudizien zu vermeiden.

(1) Ich möchte ... darauf verweisen, dass wir 2021 mit der Einführung der relativen Marktmacht - ... - und mit dieser Bestimmung von Artikel 7 die Bekämpfung von missbräuchlichen Verhaltensweisen durch einzelne marktmächtige Unternehmen verstärkt haben. Nun dürfen wir zwei Jahre später nicht das Gegenteil beschliessen.

(2) Die Version der Kommissionsmehrheit erleichtert daher das Praktizieren von Wettbewerbsbeschränkungen zum Schaden aller anderen Marktteilnehmer. Sie erleichtert ausländischen Anbietern insbesondere auch die Durchsetzung höherer Preise in der Schweiz - Stichwort Hochkosten- und Hochpreisinsel Schweiz.

Ad (1)

Diese Regelung hat das Parlament im Zusammenhang mit der Hochpreisinsel beschlossen und dabei selbst faktische per se-Verbote bei der Beschränkung von Parallelimporten eingeführt (Art. 7 Abs. 2 Bst. g). Dieser Tatbestand bleibt also unzulässig, weil es gesetzlich so vorgesehen ist, dass er als schädlich zu beurteilen ist. Die Behinderung von Parallelimporten ist somit von der ausdrücklichen Darlegungspflicht der Schädlichkeit im Rahmen von Art. 7 (Marktmachtmissbrauch) nicht betroffen. Dies könnte man auch noch leicht explizit im Gesetz bekräftigen (siehe [Einzelantrag Rieder, Amtliches Bulletin](#)).

Ad (2)

Das Praktizieren von Wettbewerbsbeschränkungen wird durch die Anträge der WAK in keiner Art und Weise erleichtert, sofern die WEKO und die Gerichte ihre Arbeit richtig machen.

Hingegen wird die Arbeit der Behörden schwieriger gemacht, weil sie die Schädlichkeit nicht mehr nur generell behaupten dürfen, sondern fallbezogen darlegen müssen. Das sind die Behörden eines Rechtsstaats aber den Bürgerinnen und Bürgern und den Wirtschaftssubjekten schuldig, erst recht, wenn sie auch Verbote und Bussen austeilen können.

Die durch die Hochpreisproblematik motivierte Sonderregelung wird – wie schon erwähnt – von den Anträgen der Kommission nicht tangiert und bedarfsweise kann dies auch noch explizit gesagt werden.

Wenn Sie nun aber der Mehrheit folgen, gehen Sie einen Schritt zu weit. Denn diese Beschlüsse verunmöglichen z. B. eben gerade in Boykottfällen die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen im Sinn von Artikel 5 oder Artikel 7 des Kartellgesetzes.

Die Beschlüsse der Mehrheit verunmöglichen in keinem erdenkbaren Fall die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen.

Ganz im Gegenteil verlangen sie gerade, dass die Schädlichkeit in allen Fällen mit Blick auf die tatsächlichen Umstände geprüft und dargelegt werden. In klaren Fällen, mit wettbewerbswidrigen Auswirkungen, können diese von den Behörden auch ganz einfach dargelegt werden. Schwieriger ist dies in Fällen mit unklaren Wirkungen. Genau diese sollen nicht "blind" verboten und mit hohen Bussen belegt werden.

Meiner Meinung nach ist das Unbehagen aber nicht so sehr mit der Verzögerung bzw. der Verhinderung von Verfahren anzugehen, wie das die Mehrheit möchte.

Niemand will Verfahren verzögern oder verhindern.

Trotz der (unzulässigen) Vereinfachung der Behörden, die Schädlichkeit gewisser Abreden oder Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen quasi als Fiktion einfach vorauszusetzen, statt anhand der tatsächlichen Umstände zu prüfen, dauern heute die Verfahren durch alle Instanzen Jahre bis Jahrzehnte.

Bei schädlichen Tatbeständen ist die Darlegung der Schädlichkeit wettbewerbsökonomisch trivial.

Bei sehr fragwürdigen Tatbeständen ist das Gegenteil der Fall – die Darlegung der Schädlichkeit ist diesfalls komplex und wird ihre Zeit in Anspruch nehmen. Dies ist aber gerade durch die Vermeidung der Gefahr von Fehlentscheiden nötig und gerechtfertigt. Zudem werden die Behörden durch eingehende Analysen sehr gute Präjudizien erarbeiten und so für grössere Rechtssicherheit sorgen.

Die Problematik der sehr langen Verfahrensdauer sollte mit der vom Bundesrat zurzeit zu erarbeitenden Behördenreorganisation angegangen werden. Es geht nicht an, die Verfahren durch Vereinfachungen und Erleichterung des Lebens der Behörden abzukürzen, aber dabei erhebliche volkswirtschaftliche Schäden in Kauf zu nehmen.

Schliesslich macht Germann – hier nicht wörtlich zitiert – auch einen Widerspruch zum Freihandelsabkommen geltend: Der Antrag widerspreche dem Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der EU und könnte zu Retorsionsmassnahmen führen.

Hier wird suggeriert, die Schweiz hätte kaum kartellrechtlichen Spielraum. Dem ist jedoch nicht so. Die Schweiz hat das souveräne Recht, ihre Gesetze anzupassen. Die vorliegende Revision steht auch keineswegs im Widerspruch zum Freihandelsabkommen, sonst hätte sich der Bundesrat entsprechend geäussert.

Mit der Wiederbelebung des Untersuchungsgrundsatzes erfolgt auch keine Abweichung von der EU-Praxis, sondern vielmehr eine Angleichung an die Rechtsprechung der europäischen Gerichte. In einigen Fällen (sehr prominent «Super Bock»: [Understanding the significance of Super Bock | Chillin' Competition](#) oder jüngst «Intel»: [Case T-286/09 RENV. Intel v Commission, or the sign of an effective competition law system | Chillin' Competition](#)) hat der EuGH die Wettbewerbsbehörden mit dem Vorwurf der mangelnden Beweisführung «zurückgepfiffen» (mangelnder Beweis der Schädlichkeit).

Wichtigkeit des Kartellrechts: Das Kartellrecht sei ein zentrales Element der schweizerischen Rechtsordnung und stelle zusammen mit dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb sicher, dass Wettbewerb überhaupt existiere. Ohne Wettbewerb wäre die freie Marktwirtschaft gefährdet, die für ein kleines Exportland wie die Schweiz essenziell sei.

Klar ist die Schweiz ist auf den wirksamen Wettbewerb angewiesen. Diesem ist aber mit dem heutigen undifferenzierten, die konkreten Umstände missachtenden und damit von häufigen Fehlentscheiden geprägten KG-Vollzug gerade nicht gedient.

Die Wirtschaft ist eben in vielen Fällen nicht so, dass sie den aktuellen, nicht widerlegbaren Fiktionen oder Behauptungen der Behörden entspricht. Es gibt viele wettbewerbsfördernde Absprachen – auch im Bereich der angeblich «harten» Abreden. Und es gibt ebenso viele wettbewerbskompatible Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Aus diesem Grund müssen die Behörden plausibel darlegen können, dass ihre Interventionen und Bussen im Lichte des Zwecks der Wettbewerbspolitik nützlich und nicht etwa schädlich sind.

Die Schweiz war und ist teilweise eines der meistkartellierten Länder auf dieser Welt: Mit dem aktuellen Kartellgesetz sie die Möglichkeit zu solchen Absprachen aufgehoben worden – zu Recht, weil damit der Wettbewerb wieder in Kraft gesetzt worden sei. Eine Revision gemäss den Vorschlägen der WAK stelle dies nun teilweise infrage.

Derzeit ist die Wettbewerbskommission in der Lage, gewisse Abreden oder Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zu verbieten und mit hohen Bussen zu sanktionieren, ohne im Einzelfall die tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs darlegen zu müssen. Dieses Vorgehen mag prozessökonomische Vorteile für die Behörden bieten, steht jedoch im Widerspruch zum Schutzzweck des Kartellrechts, zum Willen des Gesetzgebers, der bei der letzten KG-Revision eine Einführung von Teilkartellverboten mit Verzicht auf Schädlichkeitsprüfung ablehnte und – last but not least – auch im krassen Widerspruch zur modernen Wettbewerbsökonomik.

Das per Richterrecht eingeführte Teilkartellverbot muss per Gesetz wieder abgeschafft werden.

Die von der Gegnerschaft ins Feld geführten Kartelle beim Bier, im Bauwesen oder bei den Anwälten will niemand zurück. Es wäre auch trivial, die Schädlichkeit von solchen Kartellen darzulegen.

In komplexeren Fällen ist dies nicht trivial, aber nötig, um Fehlentscheide zu vermeiden.

Kritik an der Motion Français: Die Motion Français stelle frühere Urteile infrage, die Marktabschottungen verhindern sollten. Dies könnte dazu führen, dass die Schweiz wieder zu einer Hochpreisinsel werde und die Verfahren noch länger dauern, was insbesondere den Gewerbetreibenden schaden würde.

Der indirekte Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative (Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG) wird im Rahmen der KG-Revision von den Anträgen zur Pflicht zur Darlegung der Schädlichkeit im Prinzip gar nicht berührt, denn hier hat die Legislative selbst für faktische per se Regeln gesorgt, die in Kraft bleiben.

Das kann bei Bedarf mit weiteren Präzisierungen noch expressis verbis im Gesetz bekräftigt werden.

Es ist nicht der Fall, dass die Verfahren mit der Einführung faktischer Teilkartellverbote und faktischer Verbote gewisser Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen kürzer geworden wären. Damit ist das Argument völlig haltlos.

Widerstand der betroffenen Branchen: Vertreter der Tourismusverbände, der Gastronomie, der Hotellerie und ähnlicher Branchen wehrten sich vehement gegen die Reform, da sie befürchten, ihre Produkte nicht mehr zu marktüblichen Preisen kaufen können.

S. oben zur «Kritik an der Motion Français».