

Bundesrat Johann Schneider-Ammann
Vorsteher des Eidgenössischen
Volkswirtschaftsdepartements EVD
Bundeshaus Ost
3000 Bern

10. Oktober 2011

Vernehmlassung Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, uns zu den vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement EVD („EVD“) vorgeschlagenen Neuerungen von Art. 5 des Kartellgesetzes („KG“) vernehmen zu lassen. Trotz unzumutbarer kurzer Fristen haben sich breite Kreise unserer Mitglieder – skeptisch bis ablehnend – geäußert.

Zusammenfassung

economisesuisse hat sich stets für eine effektive Durchsetzung des Wettbewerbs sowie gegen private Abschottungen und staatliche Interventionen ausgesprochen. Daher befürwortet economisesuisse die Weiterentwicklung der gesetzlichen Grundlagen für ein zeitgemässes Kartellrecht. economisesuisse verschliesst sich einem Systemwechsel nicht, beurteilt aber den vorliegenden Vorschlag des Teilkartellverbots mit Rechtfertigungsmöglichkeit kritisch.

Eine Revision des Kartellrechts setzt immer die sorgfältige Evaluation der ökonomischen Auswirkungen der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen voraus. Leider wurde dies vorliegend unterlassen. economisesuisse fordert, dass die ökonomischen Auswirkungen auch beim vorgeschlagenen Teilverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit mit der notwendigen Seriosität abgeklärt werden.

Es ist unbedingt sicherzustellen, dass die ökonomischen Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede wie bisher im Fokus der Beurteilung bleiben. Bei einem Wechsel zu einem Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit wird den Rechtfertigungsgründen die entscheidende Bedeutung zukommen. Die vorgeschlagenen Kategorien entsprechen denjenigen der EU, was positiv ist. Die Beweislastumkehr für die Rechtfertigungsgründe lehnt economisesuisse in der beantragten Form ab.

Der Vorstandsausschuss von economiesuisse konnte aufgrund der äusserst kurzen Fristen diesen für die Wirtschaft wichtigen Gesetzesentwurf noch nicht besprechen. Er wird dies anlässlich seiner Sitzung vom 17. Oktober 2011 nachholen. Die vorliegenden Ausführungen stehen daher unter dem expliziten Vorbehalt der Genehmigung durch den Vorstandsausschuss von economiesuisse.

1 Wettbewerbspolitik hat für economiesuisse einen sehr hohen Stellenwert

Für economiesuisse hat die Wettbewerbspolitik einen sehr hohen Stellenwert. Der wirksame Wettbewerb bildet die Grundlage einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung. Der Schutz und die Förderung des Wettbewerbs sind eine ordnungspolitische Staatsaufgabe, die von der Wirtschaft klar unterstützt wird. economiesuisse hat sich daher stets für den Schutz des Wettbewerbs und gegen private Abschottungen und staatliche Interventionen ausgesprochen. Ausgangspunkt der Stellungnahmen von economiesuisse zur Wettbewerbspolitik sind die «Wettbewerbspolitischen Grundsätze», die economiesuisse 2007 verabschiedet hat.

economiesuisse befürwortet die Weiterentwicklung der gesetzlichen Grundlagen für ein zeitgemässes Kartellrecht. Eine Revision des Kartellrechts setzt jedoch immer die sorgfältige Evaluation der ökonomischen Auswirkungen der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen voraus.

Im Sinne einer nachhaltigen und freiheitlichen Wettbewerbspolitik ist economiesuisse bereit, das vorgeschlagene Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit zu prüfen. economiesuisse bietet Hand für eine Stärkung des Wettbewerbs zum Wohle des schweizerischen Wirtschaftsstandorts.

2 Bemerkungen zum Vorgehen

Bei allem Verständnis für die aktuelle Lage bedauert economiesuisse das Vorgehen, im Eilverfahren den laufenden Teilen der Kartellgesetzrevision ohne vertiefte Abklärungen einen zusätzlichen dritten Teil anzufügen. Es besteht die Gefahr, dass gegen den bundesrätlichen Gesetzesvorschlag später im politischen Prozess Einwände erfolgen werden. Letztlich ist dies der angestrebten beförderlichen Behandlung der Vorlage nicht dienlich. Das Parlament könnte aus den unterschiedlichsten Motiven die gesamte Revision des Kartellgesetzes ablehnen, weil es das Fuder als überladen erachtet. Insbesondere die rasche und konsequente Umsetzung der vorgeschlagenen institutionellen Neuerungen im Kartellrecht wäre damit gefährdet.

Ob das Kartellgesetz «mehr Biss bekommt»¹, hängt insbesondere auch von den institutionellen Rahmenbedingungen und der Rechtsdurchsetzung ab. economiesuisse fordert eine rasche und konsequente Umsetzung der im Teil I der Kartellgesetzrevision vom EVD vorgeschlagenen institutionellen Neuerungen im Kartellgesetz. Die strikte Trennung zwischen der Wettbewerbsbehörde als Untersuchungs- und dem Bundeswettbewerbsgericht als Entscheidbehörde ist aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit überfällig. Dies gilt besonders im Hinblick auf das vorgeschlagene Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit. Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtssicherheit würde das Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit zwingend eine von der Untersuchungsbehörde unabhängige Entscheidbehörde voraussetzen. Der Wechsel zum Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit soll nicht ohne entsprechende institutionelle Anpassungen vollzogen werden.

Die vom Bundesrat durchgeführte Evaluation des Kartellrechts hat gezeigt, dass die gesetzliche Vermutung der vertikalen Abreden von Art. 5. Abs. 4 KG der Kritik der ökonomischen Lehre nicht stand-

¹ CARL BAUDENBACHER, Steigt die Schweiz in die kartellrechtliche Champions League auf?, NZZ vom 23.9.2011, S. 29.

hält. Für die Handhabung schädlicher vertikaler Abreden hat das EVD deshalb zwei konkrete Gesetzesvarianten vorgeschlagen. *economiesuisse* hat sowohl in ihrer 2009 veröffentlichten umfangreichen Evaluation des Kartellgesetzes als auch in ihrer Vernehmlassung vom 26. November 2010 mehrheitlich die Streichung von Art. 5 Abs. 4 KG mit Beibehaltung einer direkten Sanktionierbarkeit mit der überwiegenden ökonomischen Lehre befürwortet. Mit dem vorliegenden Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit entfallen diese vom EVD vorgeschlagenen Varianten. Das EVD verzichtet neu auf eine differenzierte Betrachtung von horizontalen und vertikalen Abreden und fordert stattdessen neu ein selektives per-se Verbot für beide Arten von Abreden. Damit entsteht bei der Frage der vertikalen Abreden der Eindruck des Zickzackkurses, der mit den Ergebnissen der zuvor durchgeführten, breit angelegten Evaluation des Kartellgesetzes nicht kohärent ist. Hier sollten die Begründung für die neue Ausrichtung und die Abstimmung mit den ökonomischen Theorien noch besser dargelegt werden.

3 Ökonomische Auswirkungen sind sorgfältig zu evaluieren

3.1 Generelle Bemerkungen

Wettbewerbsrecht ist die juristische Umsetzung von ökonomischen Verhältnissen. Für die Ausgestaltung der materiellen Gesetzesbestimmungen müssen die ökonomischen Auswirkungen bekannt sein. Ohne vertiefte Abklärung der ökonomischen Auswirkungen darf nicht ins materielle Kartellrecht eingegriffen werden.

Im Vorfeld der Vernehmlassungen zu den beiden ersten Teilen der Kartellgesetzrevision hat der Bundesrat entsprechend dem gesetzlichen Evaluationsauftrag von Art. 59a KG eine Evaluationsgruppe eingesetzt sowie zahlreiche Berichte und Studien in Auftrag gegeben. Diese haben die ökonomischen und juristischen Folgen der vorgeschlagenen Gesetzesentwürfe sorgfältig evaluiert. Das EVD hat jedoch dies für das vorliegend vorgeschlagene Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit unterlassen. Eine Auseinandersetzung mit den ökonomischen Folgen der vorgeschlagenen Gesetzesänderung fehlt im Begleitbericht. Auch wenn die vorgeschlagene Lösung akademisch bereits diskutiert worden ist, sind die praktischen Auswirkungen nicht dargelegt.

3.2 Auswirkungen der Vorlage auf die Frankenstärke

Die Vorlage steht im Zusammenhang mit der Frankenstärke und will gemäss den Ausführungen des EVD der allseits gerügten ungenügenden Weitergabe von Währungsvorteilen entgegenwirken. Die Frankenstärke trifft die Schweizer Wirtschaft hart. Eine aktuelle Umfrage von *economiesuisse* unter den Verbandsmitgliedern macht deutlich, dass nicht nur die Export-, sondern auch die Binnenbranchen unter dem starken Franken leiden. Im Gegensatz zur Nationalbank hat die Politik jedoch nur begrenzte Möglichkeiten, kurzfristig etwas gegen die Frankenstärke zu unternehmen. *economiesuisse* bezweifelt, dass der vorliegende dritte Teil der Kartellrechtsrevision in gebührender Masse ein geeignetes Mittel gegen die Folgen der starken Aufwertung des Frankens ist.

Die Revision des Kartellgesetzes darf nicht dazu dienen, die medialen Forderungen nach verstärktem staatlichem Interventionismus durch Preiseingriffe politisch zu befriedigen. Eingriffe in die freie Preisbildung der Unternehmen sind dort, wo Wettbewerb herrscht, unbedingt zu verhindern. Vielmehr sind politische Massnahmen gefordert, welche staatliche Marktzutrittsbarrieren beseitigen und die schweizerische Volkswirtschaft nach aussen öffnet. Eine offene Marktwirtschaft führt zu mehr Wettbewerb und damit auch zu tieferen Preisen. Leider beinhalten aktuelle politische Vorstösse und Beschlüsse wie die Forderung nach der Wiedereinführung der Buchpreisbindung, der Verweigerung eines Agrarfreihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der EU oder der weiteren Aufweichung des Cassis-de-

Dijon-Prinzips protektionistische Massnahmen, welche das Phänomen der Hochpreispreisinsel Schweiz stützen, anstatt es zu bekämpfen.

Wirtschaft und Politik sind gemeinsam gefordert, die Stärken der Schweiz weiter zu verbessern, um die negativen Auswirkungen des überbewerteten Frankens teilweise zu kompensieren. Dazu gehören unter anderem Steuer- und Abgabentlastungen für Unternehmen, der Abbau von Bürokratie, der Ausbau der Freihandelsabkommen sowie die konsequente Stärkung des Wettbewerbs.

Bereits heute geht die WEKO gegen Absprachen und Abschottungen gerade auch beim Import vor. Damit ein Teilkartellverbots mit Rechtfertigungsmöglichkeit besser geeignet, ist der gerügten ungenügenden Weitergabe von Währungsvorteilen entgegenzuwirken, setzt voraus, dass mit den geltenden gesetzlichen Bestimmungen nicht genügend eingeschritten werden kann. Dies kann solange nicht beurteilt werden, als rechtskräftige Entscheide der Rekursinstanzen fehlen (vgl. die hängigen Fälle *Gaba*, *Ascopa* oder *Hors-Liste*). Die Verschärfungen der Kartellrechtsrevision 2003 werden erst langsam wirksam. Für eine definitive Beurteilung ist es jedoch angesichts der fehlenden rechtskräftigen Entscheide der Rekursinstanzen noch zu früh. Dies erschwert die Beurteilung des effektiven Handlungsbedarfs und der Wirkung eines teilweisen Systemwechsels.

economiesuisse fordert, dass die ökonomischen Auswirkungen auch beim vorgeschlagenen Teilverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit dennoch vertiefter abgeklärt werden.

4 Materielles

4.1 Verfassungsmässigkeit

Verbreitet wird die Frage nach der Verfassungsmässigkeit des vorgeschlagenen Teilkartellverbots mit Rechtfertigungsmöglichkeit gestellt. Gestützt auf Art. 96 BV verfolgt das Kartellrecht das Konzept des wirksamen Wettbewerbs. Volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen sind zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Geschützt wird das Institut des Wettbewerbs und nicht der Anspruch der einzelnen Marktteilnehmer auf Wettbewerb.² Partikularinteressen einzelner Marktteilnehmer haben folglich hinter den gesamtwirtschaftlichen Interessen des wirksamen Wettbewerbs zu stehen.

Das EVD erachtet das vorgeschlagene Teilverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit als konform mit Art. 96 BV und damit verfassungsmässig. Gestützt wird diese Aussage mit Verweisen auf die Botschaft zur neuen Bundesverfassung (BBI 1997 I 1) und die Botschaft zum KG 1995 (BBI 1995 I 468). Allerdings differenziert die Botschaft zur neuen Bundesverfassung nicht zwischen horizontalen und vertikalen Abreden³ und die Botschaft zum KG 1995 setzt sich ausdrücklich nur mit den horizontalen Abreden auseinander⁴ (Art. 5 Abs. 4 KG gelangte bekanntlich erst später ins Gesetz). Dasselbe gilt für das Bundesgericht: In seinem Entscheid 135 II 60 E. 3.1.1., in welchem es um eine horizontale Abrede für die Gebühr von inländischen Maestro-Kartentransaktionen ging, hat das Bundesgericht festgehalten, dass Art. 96 BV selektive Teilkartellverbote «*von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen*» nicht ausschliesst, jedoch ein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt.

² KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 4. Auflage, Bern 2006, § 13 N 13.

³ BBI 1997 I 301.

⁴ BBI 1995 I 635.

In Anbetracht der ökonomisch unbestrittenen Tatsache, dass vertikale Abreden im Gegensatz zu den allermeisten horizontalen Abreden effizientes, pro-kompetitives Verhalten begünstigen können⁵, dürfen die beiden in Art. 5 Abs. 2 lit. b E-KG aufgezählten vertikalen Abreden der vertikalen Preisbindungen sowie der Gebietszuweisungen jedoch nicht ohne weiteres «*als nachweislich besonders schädliche Abreden oder Verhaltensweisen*» qualifiziert werden. Für die vertikalen Abreden muss daher die Verfassungsmässigkeit noch differenzierter geprüft werden.

Die Frage der Verfassungsmässigkeit darf jedoch nicht als Feigenblatt für Passivität eingesetzt werden, wenn nach den geforderten Analysen aus ökonomischen Gründen eine Gesetzesänderung angezeigt ist. In diesem Fall ist eine Verfassungsänderung durchzuführen, welche die angezeigte Gesetzesrevision ermöglicht.

4.2 Wirkungsbasierte statt formalistische Betrachtung

Das schweizerische Kartellrecht verlangt richtigerweise eine wirkungsbasierte Analyse von Wettbewerbsabreden. Auf strikte Verbote wurde bisher verzichtet. Die ökonomischen Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede stehen im schweizerischen Kartellrecht damit im Vordergrund. In der EU hat der wirkungsbasierte Ansatz im letzten Jahrzehnt unter dem neuen Ansatz des «*more economic approach*» zunehmend auch Eingang in die Diskussion und Entscheidpraxis gefunden.

Die vorgeschlagene Neuerung unterscheidet zwischen gewöhnlichen Abreden – welche gemäss Art. 5 Abs. 1 E-KG nur untersagt werden können, wenn sie den Wettbewerb «erheblich beeinträchtigen» – und den fünf Typen von Abreden gemäss Art. 5 Abs. 2 E-KG (horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie vertikale Preisbindungen sowie Gebietszuweisungen), welche gestützt auf Art. 49a E-KG zu einer Sanktion führen. Diese Unterscheidung zwischen den gewöhnlichen und den fünf Typen von harten Abreden entspricht den bisherigen Regelungen von Art. 5 Abs. 1 sowie 3 und 4 KG. economiesuisse ist der Auffassung, dass die richtigen fünf Typen von Abreden aufgegriffen wurden. Insbesondere ist richtig, dass der Selektivvertrag als solches nicht als harte vertikale Abrede qualifiziert wird.

Tatbestände, von denen bisher vermutet wurde, dass sie wirksamen Wettbewerb beseitigen (= widerlegbare gesetzliche Vermutung), werden neu – vorbehältlich des Nachweises der Rechtfertigung aus Effizienzgründen – stets als unzulässig erklärt. Wie der Erläuternde Bericht des EVD feststellt, wird bei den fünf Typen an deren Form und nicht an die ökonomischen Wirkungen angeknüpft. Die Wettbewerbsbehörde muss die Schädlichkeit der Auswirkungen einer Abrede beim vorgeschlagenen formbasierten Ansatz nicht mehr von sich aus prüfen. Die ökonomischen Wirkungen fliessen erst in die Rechtfertigungsgründe ein, welche neu ausdrücklich vom betroffenen Unternehmen nachgewiesen werden müssen. Die Prüfung der ökonomischen Auswirkung einer Abrede erfolgt nicht mehr auf der Tatbestandsebene (wie bspw. in den USA), sondern erst nachträglich. Aus Sicht des «*more economic approach*» ist dieser Grundsatz der «Form vor Wirkung» ein klarer Rückschritt im Sinne einer ökonomischen Beurteilung. Die Bundesverfassung und das Anliegen einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung sprechen für das Primat eines wirkungsbasierten Ansatzes.

Da bei den horizontalen Preis-, Mengen-, Gebiets- und Kundenabreden sowie bei vertikalen Preisabreden und Gebietszuweisungen künftig die Erheblichkeit nicht mehr geprüft, drohen im Ergebnis direkte Sanktionen auch dann, wenn sie (quantitativ) nicht erheblich sind, es sei denn bei den Rechtfertigungsgründen werden breite Fallkategorien wieder per-se ausgenommen. Damit besteht die Gefahr, dass mit der vorgeschlagenen Gesetzesänderung auch in Fällen ohne jegliche volkswirtschaftliche Auswirkung hohe Bussen mit strafrechtlicher Bedeutung ausgesprochen werden. Betroffen hiervon wären insbesondere KMU. Zu denken ist beispielsweise an eine Kundenaufteilung zweier kleingewerb-

⁵ Statt vieler: DANIEL EMCH/MARKUS SAURER, Wettbewerber in der Zwangsjacke von Art. 5 Abs. 4 KG, sic! 2008, S. 335 ff. m.w.N.

licher Metzgereien, in deren Nachbarschaft sich weitaus stärkere Konkurrenten (Grossverteiler, Grossmetzgereien etc.) befinden.

Der Wegfall des Beweises der Erheblichkeit führt zu einer Entlastung der Verfahren und damit wohl zu einer erwünschten Beschleunigung. Entsprechend rechtfertigt das EVD das Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit mit dem unverhältnismässigen Aufwand für Behörden und Unternehmen zur Abklärung der ökonomischen Auswirkungen von Abreden. Immerhin knüpft Art. 96 BV mit dem Missbrauchsprinzip an die Existenz schädlicher Auswirkungen an. In der Praxis ist zudem festzustellen, dass es der Wettbewerbsbehörde bisher stets gelungen ist, eine erhebliche ökonomische Auswirkung der Abrede nachzuweisen. Zudem werden Unternehmen auch nach dem vorgeschlagenen Modell nicht von der Abklärung der ökonomischen Auswirkungen entbunden, sind sie es doch, die den Nachweis der Effizienz im Rahmen der Rechtfertigungsgründe erbringen müssen.

4.3 Rechtfertigungsgründe

Bei einem Wechsel zu einem Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit wird den Rechtfertigungsgründen die entscheidende Bedeutung zukommen. Es ist unbedingt sicherzustellen, dass die ökonomischen Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede wie bisher im Fokus der Beurteilung bleiben. Folglich muss es für die betroffenen Unternehmen möglich sein, ökonomisch begründete Rechtfertigungsgründe einfach und unkompliziert darzulegen.

Gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a E-KG sind horizontale Preis-, Mengen-, Gebiets- und Kundenabreden sowie vertikale Preisabreden und Gebietszuweisungen durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zulässig und damit gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte und Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen. Zugleich dürfen solche wirtschaftlich effiziente Abreden gestützt auf Art. 5 Abs. 3 lit. b E-KG den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Diesen Weg geht auch die EU.

Die Rechtfertigungsgründe müssen die erforderliche ökonomische Flexibilität und die unternehmerische Freiheit wahren. Dies kann nur mit einem nicht abschliessenden Katalog von Rechtfertigungsgründen gewährleistet werden. In der Praxis können wirtschaftlich effiziente Gründe bestehen, welche eine Abrede rechtfertigen, die ausserhalb des Katalogs von Art. 5 Abs. 3 lit. a E-KG fallen. Die Kommission fordert, dass Art. 5 Abs. 3 lit. a E-KG mit dem Wort «insbesondere» ergänzt wird, um deren beispielhafte Aufzählung zu betonen. Zudem ist auch die Formulierung «notwendig» in Art. 5 Abs. 3 lit. a E-KG zu überprüfen.

Die Rechtfertigungsgründe müssen im Sinn der Rechtssicherheit praxisnah sein. In diesem Sinn ist dem EVD beizupflichten, dass Art. 5 Abs. 3 lit. a E-KG konkretisiert werden muss. Diese Konkretisierung kann nicht auf Gesetzesstufe erfolgen. Sie muss daher durch den Bundesrat in einer Verordnung durchgeführt werden. Eine Bekanntmachung der WEKO wäre ungenügend, weil diese die Rekursinstanzen nicht bindet. Damit die Vorlage als Ganzes beurteilt werden kann, ist unbedingt erforderlich, dass der Entwurf der Verordnung zu den Rechtfertigungsgründen den interessierten Kreisen vor Beginn der parlamentarischen Beratungen zur Vernehmlassung vorgelegt wird.

5 Prozedurale Fragen

5.1 Beweislast für die Abreden und die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

Die Beweislast für den Nachweis der Abreden obliegt wie bisher den Behörden. Ebenso die Möglichkeit der beteiligten Unternehmen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 3 lit. b E-KG). Wenn der genügende Beweis misslingt, liegt im Zweifelsfall keine Abrede im Sinne des Kartellgesetzes vor. Dies gilt so auch in der EU.

Diese Beweislast der Behörden ist zu begrüssen. Sie gehört zu einem rechtsstaatlich einwandfreien Verfahren, welches mit den heftigen Sanktionen Strafrechtscharakter aufweist. Beim Nachweis der Abreden ist der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien entscheidend und nicht eine formale Bezeichnung oder Ausdrucksweise. Die Behörden dürfen sich auch hier nicht mit der Form einer Abrede begnügen, sondern müssen deren Inhalt eruieren. Die Regeln der Vertragsauslegung von Art. 18 OR gelten auch für die Auslegung von Abreden im Kartellrecht.⁶ Damit bleibt eine hohe Hürde für ein Einschreiten, was sich rechtsstaatlich nicht korrekt ändern lässt. Andernfalls würden „Verdachtsstrafen“ eingeführt.

5.2 Beweislast für die Rechtfertigungsgründe

Gemäss dem Vorschlag zum Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit haben die Unternehmen das Vorliegen rechtfertigender Tatsachen nachzuweisen. Diese Beweislastumkehr betrifft nicht nur die fünf Typen von harten Abreden gemäss Art. 5 Abs. 2 E-KG (horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, vertikale Preisbindungen sowie Gebietszuweisungen), welche gestützt auf Art. 49a E-KG zu einer Sanktion führen, sondern sämtliche Wettbewerbsabreden. Demnach hätten die Unternehmen nachzuweisen, dass die Abrede für den von ihnen behaupteten Effizienzgrund kausal ist und dass die Abrede mit Blick auf das angestrebte Ziel notwendig ist. Jeglicher Zweifel ginge zu Lasten der Unternehmen, was angesichts des strafrechtlichen Charakters der direkten Sanktionen problematisch ist. *economiesuisse* lehnt diese Beweislastumkehr in der vorgeschlagenen Form ab.

Aus den Beweisregeln ergibt sich, wer einen Nachweis zu erbringen und wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Wer mit einer Zivilklage bspw. eine Forderung von CHF 1000.00 geltend macht, muss die Tatbestandselemente seines Anspruchs beweisen. «*Nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist und ihm allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen*».⁷ Gelingt ihm dieser Beweis nicht, trägt er die Folgen der Beweislosigkeit, indem seine Klage abgewiesen wird. Auf diese Rechtslage nimmt der Erläuternde Bericht des EVD bei der Begründung des Nachweises der Rechtfertigung durch die Unternehmen Bezug.

Die Frage, wer in einem kartellrechtlichen Sanktionsverfahren aus einer Tatsache Rechte ableitet und damit die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat, wird im Erläuternden Bericht des EVD nicht erörtert. Geht es tatsächlich um das «Recht des Rechtsunterworfenen, nicht bestraft zu werden», oder doch eher um das «Recht der Behörde, Verhaltensweisen zu verbieten und zu sanktionieren»? Geht man von Ersterem aus, würde diese Überlegung in jedem Strafverfahren dazu führen, dass der Beschuldigte nachzuweisen hat, dass er den objektiven und subjektiven Tatbestand einer Strafnorm nicht erfüllt, denn er würde daraus ja das «Recht» ableiten, nicht bestraft zu werden. Geht es dagegen um die Befugnis einer Behörde, in die unternehmerische Wirtschafts- und Vertragsfreiheit einzugreifen und empfindliche Sanktionen zu verhängen, ergibt sich aus Art. 8 ZGB der Schluss, dass die Behörde nachzuweisen hat, ob der gesetzliche Tatbestand einer unzulässigen Verhaltensweise erfüllt ist. Die-

⁶

⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_293/2011 vom 23. August 2011 E. 2.1.1. mit Verweis auf BGE 132 III 715 E. 3.1.

ses Ergebnis entspricht auch den normalen Grundsätzen in Verwaltungs- und Strafverfahren. Es muss deshalb auch in Sanktionsverfahren des Kartellgesetzes gelten. Entsprechend hat die Wettbewerbsbehörde nachzuweisen, dass ein Unternehmen gegen ein Gesetz verstossen hat. Bei fehlendem Nachweis (bzw. im Zweifel) ist eine Intervention (Untersagung, Sanktionierung) nicht zulässig. In diesem Sinne trägt die Behörde die Folgen der Beweislosigkeit. Wenn also Verhaltensweisen untersagt und Sanktionen verhängt werden sollen, hat die Behörde zu belegen, dass eine Abrede nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist. Dies macht auch deutlich, dass die beweis- und materiellrechtlichen Aspekte vermengende Formulierung in Art. 5 Abs. 3 E-KG («Eine Abrede ist aus Effizienzgründen *gerechtfertigt*, wenn ein Unternehmen *nachweist*, dass...») unzulänglich ist: Die Abrede ist nicht gerechtfertigt, weil ein Unternehmen etwas nachweist, sondern weil die Abrede vorteilhafte Effekte hat. Die ökonomischen Wirkungen sollen ja gemäss dem Ansatz „Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsgründen“ im Rahmen der letzteren in die Beurteilung einfließen.

Die gestützt auf Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 E-KG von der Wettbewerbsbehörde zu erlassenden Sanktionen haben Strafrechtscharakter. Bereits bei der Einführung der Sanktionierung wurde deshalb die Übernahme strafrechtlicher Grundsätze im Bereich Bussenverhängung gefordert.⁸ Zentrale strafrechtliche Grundsätze sind das Verbot der Selbstbelastung (vgl. Art. 113 Abs. 1 StPO bzw. Art. 6 EMRK) sowie der Unschuldsvermutung (vgl. Art. 10 StPO). Die im Erläuternden Bericht vertretene Auffassung, die Unschuldsvermutung werde durch die angestrebte «Umkehrung der Beweislast» nicht verletzt, ist zu bezweifeln. Der Vergleich mit Art. 173 Abs. 2 StGB (Wahrheitsbeweis des Beschuldigten bei übler Nachrede) ist nicht einschlägig, denn anders als bei der vorgeschlagenen Regelung im Kartellgesetz führt der Umstand, dass der Beschuldigte den Nachweis nach Art. 173 Abs. 2 StGB nicht erbringt, nicht ohne Weiteres dazu, dass er der üblen Nachrede für schuldig befunden wird. Vielmehr muss das Gericht in diesem Fall die Erfüllung des objektiven und des subjektiven Tatbestandes vorgängig einer allfälligen Sanktionierung selber prüfen. Auch der Verweis auf die Rechtslage in der EU mit einer Beweispflicht der Rechtfertigungsgründe genügt nicht, da in der EU das Verbotsprinzip gilt, während für die Schweiz das Missbrauchsprinzip in der Verfassung verankert ist und damit auch bei einem Teilkartellverbot die ökonomische Beurteilung der Wirkungen im Rahmen der Rechtfertigungsgründe zwingend ist.

Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbsbehörden meistens näher am Beweis sind, als die Unternehmen. Dies gilt insbesondere für die volkswirtschaftlichen Auswirkungen einer Abrede. Zudem ist es oft nur der Wettbewerbsbehörde möglich, die erforderlichen Informationen und Beweismittel zu beschaffen. Die Unternehmen haben im Gegensatz zu den Wettbewerbsbehörden keine Untersuchungskompetenz. Beispielsweise kann nur die Wettbewerbsbehörde die erforderlichen Marktanteilerhebungen und –studien (insbesondere Erhebungen über das Verhalten der Marktgegenseite) durchführen. Diesbezüglich handelt es sich um «sensitive Informationen».

economiesuisse hat Verständnis für das im Erläuternden Bericht des EVD vorgebrachte Argument des Wissensgefälles zwischen der untersuchenden Behörde und dem beklagten Unternehmen bezüglich konkreter Effizienzvorteile. Im Sinne eines effektiven Vollzugs des Wettbewerbsrechts kann es nicht die Aufgabe der Wettbewerbsbehörde sein, sämtlichen potentiellen Rechtfertigungsgründe *ex officio* nachzugehen. Hier wäre es im Sinne der Mitwirkungspflicht der Unternehmen – welche im Kartellverfahren bereits heute gilt - erforderlich, dass diese ihre konkreten Gründe für die angebliche Rechtfertigung der Abrede den Wettbewerbsbehörden nennen.⁹ Eine reine Aufzählung der gesetzlichen Rechtfertigungsgründe wäre dabei sicher nicht genügend. Im Regelfall werden die betroffenen

⁸ RENÉ RHINOW/ANDRÁS A. GUROVITS, Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) vom 5. Juli 2001, RPW 2001, S. 616.

⁹ Zur Mitwirkungspflicht im Kartellverfahren siehe statt vieler STEFAN KELLER/OLIVIER SCHALLER, Mit verdeckten Ermittlern und Whistleblowern gegen Kartellsünder?, sic! 2010, S. 72 m.w.N.

Unternehmen im eigenen Interesse mitwirken, wenn es darum geht, darzulegen, weshalb ihre Abrede wirtschaftlich effizient und daher gerechtfertigt ist.¹⁰

6 Varianten

6.1 Neuer Tatbestand der unzulässigen Preisdifferenzierung

Im Zusammenhang mit der Frankenstärke wurden im Parlament Vorschläge für einen neuen kartellrechtlichen Tatbestand der unzulässigen Preisdifferenzierung vorgebracht. Diese Vorschläge werden nun auch im Zusammenhang der vorliegenden Vorlage ins Spiel gebracht.

economiesuisse lehnt den kartellrechtlichen Tatbestand der unzulässigen Preisdifferenzierung klar ab, weil dieser faktisch zu einer staatlichen Preiskontrolle führt. Dies widerspricht auch dem Konzept des «*more economic approach*» und wäre im internationalen Umfeld einzigartig. Von der Schaffung zusätzlicher Differenzen zum EU-Recht sollte Abstand genommen werden.

6.2 Echter «Paradigmawechsel»

Der Erläuternde Bericht führt aus, dass das vorgeschlagene Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit zu einer Annäherung ans EU-Kartellrecht führt. Es wird jedoch auch festgehalten, dass das in der EU praktizierte Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit dem Wortlaut von Art. 96 Abs. 1 BV nicht zu vereinbaren wäre. Die international ausgerichteten Schweizer Unternehmen unterliegen bereits dem EU-Kartellrecht. Sie richten ihr Verhalten nach deren Regeln aus. Schweizerische Sondervorschriften, welche über das EU-Kartellrecht hinausgehen, sind unbedingt zu vermeiden.

Im Sinne eines kohärenten Vorgehens und einer Senkung der Regulierungskosten wäre zu überlegen, ob die Schweiz auch vom heutigen Missbrauchs- zum Verbotsprinzip mit den entsprechenden Freistellungsverordnungen der EU wechseln sollte. Ein solcher echter «Paradigmawechsel» wäre im Endeffekt wohl ehrlicher und konsequenter als der vorgeschlagene «Zwitter» des Teilkartellverbots mit Rechtfertigungsmöglichkeit. Er würde aber eine Verfassungsänderung bedingen.

economiesuisse ist gerne bereit, mit den Experten der Wirtschaft an den notwendigen Abklärungen mitzuwirken. Für die gebotene Gelegenheit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse

economiesuisse

Dr. Pascal Gentinetta
Vorsitzender der Geschäftsleitung

Dr. Meinrad Vetter
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches

Beilage:

— economiesuisse, Wettbewerbspolitische Grundsätze – Rahmen für die Arbeiten der Kommission für Wettbewerbsfragen, Positionspapier, Zürich 2007.

¹⁰ Vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, N 451.