



Kartellgesetzrevision: Vom Widersinn der Teilkartellverbote

MARINO BALDI

Der Vorschlag des Bundesrates sieht vor, zusätzlich zum bereits bestehenden, umfassenden Kartellverbot mit Legalausnahme, für eine begrenzte Zahl von Fällen ein inhaltlich gleichwertiges Verbot, allerdings ohne Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit, einzuführen. Der Verzicht auf den Erheblichkeitstest soll die Verfahren beschleunigen. Das «Doppelverbot» könnte allenfalls als logisch zwar unschön, aber im Lichte anderer Ziele hinnehmbar erscheinen. Da aber zum einen die Erheblichkeitsfrage viel einfacher, gleichsam organisch, lösbar wäre, und zum andern mit der Einführung der Teilkartellverbote die heutigen Vermutungstatbestände als wertvolle Elemente der Verbotsnorm entfielen, liefe die Neuerung auf ein widersinniges Ergebnis hinaus.

La proposition du Conseil fédéral consiste à introduire, en plus de l'interdiction générale des cartels avec exception légale telle qu'elle existe actuellement, un nombre limité de cas d'interdiction matériellement équivalents, mais sans l'élément constitutif du caractère notable. La renonciation à l'examen du caractère notable vise à accélérer les procédures. La « double interdiction » n'est guère idéale d'un point de vue logique, mais acceptable, compte tenu des autres objectifs. Étant donné toutefois que, d'une part, la question du caractère notable pourrait se résoudre beaucoup plus simplement sur le plan organique et, d'autre part, que l'introduction de cette interdiction des cartels partiels aurait pour effet de supprimer les cas de présomption, qui sont de précieux éléments de la norme d'interdiction, cette nouveauté produirait un résultat absurde.

Inhaltsübersicht

1. Bizarre Gesetzssystematik
2. Als Fortschritt verpackte Rückschritte
3. Effizienz- anstelle von Erheblichkeitstests
4. Einfache gesetzgeberische Lösung

1. Bizarre Gesetzssystematik

Eine der umstrittensten Fragen der vorgeschlagenen Reform betrifft die Einführung von «Teilkartellverboten» für jene fünf Tatbestände, bei deren Vorliegen nach heutigem Recht vermutet wird, sie beseitigten wirksamen Wettbewerb. Die Diskussion um die Teilkartellverbote (TKV) erweckt den Eindruck, das geltende Gesetz enthielte keinerlei Kartellverbot¹. Tatsächlich sieht bereits das aktuelle Kartellgesetz (KG) ein umfassendes, durch Legalausnahmen relativiertes Verbot vor². Es ist praktisch gleich ausgestaltet wie die Verbote, die heute in Deutschland und in

der EU gelten. Sinn der vom Bundesrat vorgeschlagenen TKV wäre, für die betreffenden Tatbestände das Aufgreifkriterium der «Erheblichkeit» zu eliminieren, was die Verfahren beschleunigen soll. Was bedeutet der Vorschlag wirklich? Wie triftig sind die Argumente des Bundesrates?

Moderne Kartellgesetze folgen in methodischer Hinsicht entweder dem «Verbot mit Erlaubnisvorbehalt» oder dem «Verbot mit Legalausnahme». Im ersten Fall sind die Verbote unmittelbar anwendbar, während die Ausnahmen einzelfallweise durch behördlichen Akt (spezifische Erlaubnis) zu gewähren sind; im zweiten Fall sind die Verbote durch gesetzlich zwingende Ausnahmen – diese wirken ohne behördlichen Akt – relativiert. Die Schweiz führte mit dem KG 95 ein umfassendes Kartellverbot mit Legalausnahme ein, während die EU und Deutschland bis vor rund zehn Jahren Kartellverbote mit Erlaubnisvorbehalt kannten. Seit 2004/05 kennen auch diese letzteren Rechtsordnungen, wie inzwischen fast alle europäischen Kartellgesetze, Kartellverbote mit Legalausnahmen³.

Mit Art. 5 Abs. 1 KG enthält das geltende Gesetz nicht nur einzelne TKV, sondern ein *umfassendes Verbot* für alle (erheblichen) Wettbewerbsabreden, die nicht mit Effizienzgründen gerechtfertigt werden können. Was soll nun vor diesem Hintergrund eine zusätzliche Bestimmung, die fünf bestimmte Arten von Abreden nochmals verbietet, sofern sie nicht als effizient gerechtfertigt wer-

MARINO BALDI, Dr. oec. HSG, lic. en droit IEE, Senior Counsel, Prager Dreifuss Rechtsanwälte, Bern/Zürich; ehemals Botschafter/Handelsdelegierter des Bundes und Mitglied der Weko.

¹ So schon die Botschaft des Bundesrates vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2012, 3905, Ziff.1.2.3; entsprechend auch die politische Diskussion und die Berichterstattung der Medien.

² Heinemann spricht von einer «typischen Verbotsgesetzgebung», vergleichbar mit jener in der EU; vgl. ANDREAS HEINEMANN, Kartellzivilrecht, in: Roger Zäch/Rolf Weber/Andreas Heinemann (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes, Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich/St. Gallen 2012, 137 ff.

³ Einzelnachweise bei MARINO BALDI, Für eine «informierte» Wettbewerbspolitik, in: AJP/PJA 2012, 1183 ff. passim.

den können? Die systematische Interpretation führt nur dann nicht zu einem unsinnigen Ergebnis, wenn man annimmt, die zusätzliche Verbotsnorm sei von anderer Rechtsnatur als die bestehende, es handle sich m.a.W. um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, im Unterschied zum bestehenden Verbot mit Legalausnahme. Eine solch unterschiedliche Rechtsnatur anzunehmen liegt nahe, insofern ja davon auszugehen ist, dass Regierungsvorschläge sinnvoll sind.

Auf dieser Annahme basierend, sind denn auch bisher in der Literatur die Teilkartellverbote kritisiert worden. So wurde insbesondere die Frage aufgeworfen, ob es angezeigt wäre, heute neu ein System einzuführen, das die EU vor rund zehn Jahren als zu bürokratisch und auch sachlich überholt aufgab⁴. Hierauf antworten neuerdings die Befürworter der TKV, die Effizienzvorbehalte zu den TKV – es sind dieselben wie beim bestehenden Art. 5 Abs. 1 KG – seien sehr wohl als *Legalausnahmen* zu verstehen⁵. Mit Blick auf die seltsame Logik einer solchen Konstruktion (für einzelne Tatbestände Verdoppelung eines gleichartigen Verbots) kann man sich fragen, ob die in Rede stehende Gesetzesänderung sachlich nicht bedeutungslos, das heisst im Grunde bloss eine symbolische Geste der Politik an die Öffentlichkeit wäre (vorgetäuschte Verschärfung des Gesetzes). Da indes mit der Einführung der TKV die heutigen Vermutungstatbestände entfielen, erweist sich der Vorschlag keineswegs als «harmlos».

2. Als Fortschritt verpackte Rückschritte

Das geltende Kartellverbot ist, wie erwähnt, materiell und formell vergleichbar mit den Kartellverboten der EU und Deutschlands (wie überhaupt der meisten europäischen Staaten). Die vorgeschlagenen TKV sind am bestehenden Verbot und nicht, wie dies oft geschieht, an den Vermutungstatbeständen in Artikel 5 Abs. 3 und 4 KG zu messen⁶. Die letzteren haben zunächst verfahrens- und be-

weisrechtliche Bedeutung⁷. Inhaltlich stehen sie sodann für die wichtigsten Negativ-Vermutungen, wie sie sich in der EU-Praxis herausgeschält und dann in Gruppenfreistellungsverordnungen niedergeschlagen (GFVO) haben. Sie geben dem weiten Kartellverbot bereits *auf Gesetzesebene* eine inhaltliche Struktur (vermutungsweise verbotene Abreden sind schwer zu rechtfertigen), die gänzlich verloren ginge, würden die Vermutungen zu Gunsten von materiell nichtssagenden (weil redundanten) Teilkartellverbote entfernt⁸. Die TKV wären weitgehend frei interpretierbar, indem sich die Verbotstatbestände und die sie relativierenden Ausnahmen gleichrangig und unstrukturiert gegenüber stünden (zwischen ausgeprägt rigider und weithin permissiver Haltung der Behörde wäre fast alles möglich).

Wettbewerbspolitisch käme die Einführung von Teilkartellverbote im Vergleich zur aktuellen Rechtslage einer klaren Verschlechterung gleich. Die Wettbewerbskommission (Weko) erhielte weitgehend «carte blanche» für die Auslegung der Verbote. Bezüglich Rechtssicherheit ergäben sich namhafte Einbussen. Es kann denn auch keineswegs verwundern, dass die Weko die Teilkartellverbote befürwortet. Der grössere Interpretationsspielraum stärkte ihre Macht – jene Macht, nach der jede unabhängige Behörde strebt. Hinzu kommt, dass die Abschaffung der Vermutungen grundlegenden internationalen Entwicklungen zuwider liefe: In den führenden Rechtsordnungen ist man heute bestrebt, ehemals formbasierte Verbote durch eine Strukturierung der Tatbestände mit Hilfe von – positiven und negativen – Vermutungen zu überwinden (die EU mit verbindlichen GFVO, die USA mit «structured rules of reason»)⁹. Dies aufgrund der Einsicht, dass in einer hochkomplexen, durch Internationalisierung und moderne Technologien geprägten Wirtschaft sachlich und rechtsstaatlich vertretbare kartellrechtliche Anordnungen weitgehend nur mit Hilfe von «Vermutungstatbeständen» möglich sind. Ohne entsprechende Aussagen ist das im Kartellrecht besonders spannungsgeladene Ver-

⁴ Vgl. BALDI (FN 3), 1184 ff.

⁵ Weder der vorgeschlagene Gesetzeswortlaut noch die Ausführungen in der Botschaft sind diesbezüglich klar; die Vorlage deutet eher auf ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt hin; Botschaft 2012 (FN 1), Ziff. 1.3.3 u. 2.1.3.

⁶ Neben dem Bundesrat sieht u.a. auch HEINEMANN die Teilkartellverbote als Ersatz für die Vermutungstatbestände (HEINEMANN [FN 2], 142 f.), worauf sich dann die Vorstellung gründet, die Teilkartellverbote brächten eine Gesetzesverschärfung; eine echte Verschärfung ergibt sich aber nicht, bloss ein (faktischer) Abbau an Rechtsstaatlichkeit; vgl. Ziff. 3 vorliegend.

⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl I 1995, 468 ff.

⁸ In der Botschaft wird ausgeführt, die Vermutungen in Art. 5 KG könnten fast immer widerlegt werden, seien somit wertlos und brächten nur Mehrarbeit (Botschaft 2012 [FN 1], 2.1.3.1) – eine erstaunliche Argumentation in einer Zeit, da modern orientierte Kartellrechtsordnungen in zunehmendem Masse neue Vermutungstatbestände einführen und z.B. die EU ihre bestehenden Vermutungen laufend verfeinert.

⁹ Vgl. zum US-Recht etwa ERNEST GELLHORN/WILLIAM E. KOVACIC/STEPHEN CALKINS, *Antitrust Law and Economics*, St. Paul, MN 2004, 222 ff.

hältnis Rechtssicherheit/Einzelfallgerechtigkeit auf sinnvolle Weise gar nicht zu lösen. Im Gegensatz dazu ergäbe sich für die Schweiz durch die Einführung von TKV (und die Abschaffung der Vermutungen) eine verstärkt formbasierte Politik¹⁰.

Den TKV wird gelegentlich zugute gehalten, dass sie klare tatbestandliche Verhältnisse schaffen und dadurch die Geltendmachung und Durchsetzung *zivilrechtlicher Ansprüche* erleichterten, was am Ende der Förderung des Wettbewerbs insgesamt diene. Tatsächlich trifft das Gegenteil zu: Indem die inhaltliche Struktur der Verbotsnorm, die heute durch die Vermutungstatbestände gegeben ist, verloren ginge, ergäbe sich ein stark erweiterter Interpretationsspielraum der Weko mit dem Ergebnis, dass deren Entscheide vorerst einmal an «Rechtsbeständigkeit» verlorener. Erst nach längerer Praxis, das heisst nach Jahrzehnten, könnten sich günstigenfalls ähnliche inhaltliche Konkretisierungen ergeben, wie sie die Vermutungen des geltenden Rechts darstellen. Zwar hat das in Rede stehende Argument etwas für sich, wenn man die ausladende Erheblichkeitsprüfung, wie sie heute unter Beanspruchung eines übermässigen Ermessensspielraums gehandhabt wird, zum Ausgangspunkt nimmt. Indessen ist die aktuelle Handhabung des Erheblichkeitsmerkmals aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit ohnehin korrekturbedürftig, wie unter Ziffer 3 hiernach auszuführen sein wird.

Ein Wort noch zur prozessualen Bedeutung der Vermutungstatbestände des geltenden Rechts. Diese beinhalten die subtile Beweisregel, dass der Behörde zwar durchaus – wie allgemein im Verwaltungsrecht – die Beweisführungspflicht zukommt, die Unternehmen jedoch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen haben¹¹. Dadurch werden die Rechtsadressaten zu einer konstruktiven Mitwirkung im Beweisverfahren angehalten, ohne dass ihnen die Beweisführungspflicht zufällt. Entfernte man die Vermutungstatbestände aus der Verbotsnorm, so wäre im Gesetz explizit anzuordnen, welche Beweisregeln im Bereich der TKV gelten, da andernfalls die Beweislast für die allfällige Rechtfertigung von Verbotssachverhalten praktisch ganz den Unternehmen zugeschoben werden könnte, was rechtsstaatlich fragwürdig wäre¹². Sich hier auf die Seite des Rechtsstaates zu stellen, stünde dem Gesetzgeber wohl an.

3. Effizienz- anstelle von Erheblichkeitstests

Die Einführung von TKV wird in der Sache vom Bundesrat damit begründet, dass so die aufwändige Prüfung der Erheblichkeit durch die Weko entfele, wodurch sich die Verfahren massgeblich beschleunigten. Der Vorschlag, die Erheblichkeitsprüfung durch die Einführung von TKV auszuhebeln, um die Rechtsanwendung effizienter zu gestalten, zäumt freilich das Pferd am Schwanz auf. Das Problem besteht im Grunde darin, dass die Weko das fragliche Normelement seit langem in sinnwidriger und rechtsstaatlich problematischer Weise mit der Markt-machtfrage vermischt. Das Bundesgericht hatte die Zeichen schon vor Jahren anders gesetzt¹³. Neuerdings hat nun auch das Bundesverwaltungsgericht im *Gaba-Urteil* festgestellt, dass Praktiken, die unter die Vermutungstatbestände des Art. 5 KG fallen, grundsätzlich als erheblich zu betrachten seien¹⁴. Damit würden die in der Weko-Praxis zur Norm gewordenen, oft unnötig ausschweifenden und auch rechtsstaatlich fragwürdigen (weil gerichtlich kaum nachprüfbar) Erheblichkeitstests grösstenteils entfallen.

Das Bundesverwaltungsgericht stützt seinen Entscheid mit der Feststellung, eine niedrige Erheblichkeitsschwelle sei umso eher anzunehmen, als in konkreten Fällen jeweils noch eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen möglich sei¹⁵. Tatsächlich muss in Systemen, die dem «Schutz des wirksamen Wettbewerbs» verpflichtet sind, der *Effizienztest* – und nicht die Frage der Erheblichkeit – das Kernthema kartellrechtlicher Prüfung sein¹⁶. So gibt es zahlreiche Horizontal- und Vertikalabreden, bei denen wettbewerbsfördernde und wettbewerbswidrige Wirkungen im Sinne einer vertieften Effizienzprüfung sorgfältig in die Waagschalen zu legen wären. Bei einer Erheblichkeitsprüfung, wie sie heute von der Weko überwiegend gehandhabt wird, sind solche Abwägungen indes

¹⁰ Dies ist als Massnahme der Arbeitserleichterung durchaus intendiert; vgl. Botschaft 2012 [FN 1], Ziff. 1.2.3.

¹¹ Botschaft 1994 (FN 7), Ziff. 231.4.

¹² In dem vom Ständerat beschlossenen Text (Art. 5 Abs. 3 lit. a) wurden – methodisch nicht überzeugend – gewisse Beweisregeln in die Rechtfertigungsgründe zu den Teilkartellverboten eingebaut.

¹³ BGE 129 II 24, E. 2.1.

¹⁴ BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2013, E. 11.1.8.

¹⁵ Diese Sichtweise ist voll zu unterstützen. Das Erheblichkeitskriterium spezifiziert die Geltung des Gesetzes im Bereich der Wettbewerbsabreden. Es ist funktional vergleichbar den Aufgreifkriterien im Fusionskontrollrecht. Solche Kriterien sollten möglichst formal ausgestaltet sein. Dies im Interesse der Rechtssicherheit in Bezug auf die Unterstellung unter das Gesetz, was v.a. auch für dessen Präventivwirkung sehr wichtig ist; vgl. in diesem Sinne schon MARINO BALDI, Zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 7.

¹⁶ Dazu JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. A., Zürich 2011, Art. 5, Rn. 19 ff.

gar nicht möglich – weil die Abreden allzu oft als nicht erheblich aus der Prüfung fallen. Die fragliche Weko-Praxis ist wettbewerbspolitisch umso abwegiger, als die Prüfung der Effizienz – im Unterschied zur Prüfung der Erheblichkeit – essentiell *dynamisch* angelegt ist, dies bezüglich Wettbewerbsaspekten wie auch bezüglich unternehmerischer Effizienzgewinne. Der Mangel an (gerichtlich gefestigter) Anwendungspraxis zu den gesetzlichen Effizienzkriterien hat nicht zuletzt den Nachteil, dass die KMU oft kaum brauchbare Hinweise haben, ob ihre Kooperationsabreden zulässig sind oder nicht.

Die Weko-Verfügung vom 21. Oktober 2013, mit der eine dreijährige Untersuchung über Vertriebspraktiken für *Kosmetikprodukte* eingestellt wurde, veranschaulicht das Gesagte trefflich¹⁷. Die untersuchten Abreden (Klauseln über absoluten Gebietsschutz, Preisempfehlungen, Behinderungen des Online-Handels) seien zwar «problematisch» – so die Weko –, stellten aber angesichts der geringen Marktanteile der beteiligten Unternehmen keine «erheblichen» Wettbewerbsbeschränkungen dar. Dass die fraglichen Praktiken – auch auf Verhaltenszusagen der Abredebeteiligten hin – nicht weiter untersucht werden, soll hier nicht in Frage gestellt werden. Indes ist anzumerken, dass es befremdlich anmutet, wenn Abreden auf Grund einer drei Jahre dauernden Prüfung (mit aufwändigen Marktuntersuchungen) als «unerheblich» bezeichnet werden. Viel eher müsste wohl von einer zwar erheblichen, aber gemäss Art. 5 Abs. 2 KG «effizienten» Abrede die Rede sein; dies mit den erwähnten Vorteilen aus der Optik des Rechtsstaates wie jener der Unternehmen. Im EU-Recht gibt es sehr wohl Effizienzkriterien für ausnahmsweise zuzulassende Vertriebsabreden mit absolutem Gebietsschutz. Sie sind auch der Weko bekannt¹⁸, in der Anwendung allerdings anspruchsvoller als mehr oder weniger freie, gerichtlich kaum nachprüfbare Erwägungen zur «Erheblichkeit».

4. Einfache gesetzgeberische Lösung

Die Prüfung der Erheblichkeit gemäss Praxis der Weko ist – nicht erst seit gestern – ein ernsthaftes Problem der schweizerischen Wettbewerbspolitik. Das Problem im Sinne des Bundesrates durch TKV zu lösen, hätte nicht nur eine skurrile Gesetzssystematik zur Folge, sondern liefe auf ein wettbewerbspolitisch widersinniges Resultat hinaus. Die zweckmässige Lösung hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem *Gaba*-Urteil gewiesen. Ziel sollte nicht die für weite Teile der Gesetzesanwendung völlige Eliminierung des Erheblichkeitsmerkmals sowie der rechtsstaatlich wertvollen Vermutungstatbestände sein, sondern eine umsichtige, auch politisch-strategisch orientierte Handhabung des Gesetzes.

Will man nicht darauf vertrauen, dass das Bundesgericht in der Frage der Erheblichkeit die Vorinstanz bestätigt, so besteht für den Gesetzgeber die Möglichkeit, in Art. 5 Abs. 1 KG einen Satz folgenden Inhalts anzufügen: «Tatbestände gemäss den Absätzen 3 und 4 sind, vorbehaltlich von Bagatellfällen, erheblich»¹⁹. Dies wäre eine in mehrfacher Hinsicht bessere Lösung als die Einführung von TKV. Sie bewirkte bezüglich Beschleunigung der Verfahren das Gleiche wie der Vorschlag des Bundesrates (und könnte bei Bedarf erst noch zusätzlich nuanciert werden), ohne dass ihr die mit den Teilkartellverboten einhergehenden Nachteile anhafteten. Die Lösung wäre mit anderen Worten frei von rechtsstaatlichem und wettbewerbspolischem Widersinn.

¹⁷ Verfügung der Weko vom 21. Oktober 2013 (*Dermatologica/Care on Skin*); Pressemitteilung der Weko vom 28. November 2013.

¹⁸ In der Botschaft wird in Aussicht gestellt, vermehrt Effizienztests zur Anwendung zu bringen, wenn einmal die Teilkartellverbote Gesetz geworden seien und die Erheblichkeitsprüfungen entfielen (Botschaft 2012 [FN 1], Ziff. 1.2.3). Man fragt sich freilich, was denn bisher die Weko daran gehindert hat, vermehrt Effizienzprüfungen – anstelle ausladender Erheblichkeitstests – vorzunehmen. Man kann wohl annehmen, dass oftmals in Zukunft weder die eine noch die andere Prüfung stattfände, d.h. effizienzsteigernd vermehrt formbasiert entschieden würde.

¹⁹ Ein expliziter Vorbehalt bezüglich Bagatellfällen erscheint nicht als zwingend notwendig, da Bagatellen wohl schon auf Grund des Opportunitätsprinzips ausgesiebt werden könnten. Auch im EU-Recht z.B. ist das «Spürbarkeitskriterium» von den rechtsanwendenden Behörden in den Text des Grundvertrages hineininterpretiert worden.