

Für einen Neubeginn in der Kartellgesetzrevision

Die parlamentarische Debatte um die Reformpunkte im Kartellrecht verläuft polemisch und sachlich wenig zielführend. Von vorne anfangen wäre unter diesen Umständen das Beste. **PHILIPP ZURKINDEN**

Die Kartellgesetzrevision steht wieder auf der Traktandenliste der Wirtschaftskommission des Nationalrats (WAK-N). Diese hat vor etwas mehr als einem halben Jahr die KG-Revision abgelehnt. In der darauf folgenden Frühlingssession befolgte das Nationalratsplenum ihre Empfehlung und beschloss Nicht-Eintreten. Der Ständerat hielt im Juni hingegen an der Revision fest, so wie er es bereits im ersten Umgang der parlamentarischen Beratungen getan hatte.

Der Entwurf für die KG-Revision wurde vom Bundesrat vor zweieinhalb Jahren ans Parlament überwiesen. Seitdem der Ständerat als Erstrat im März 2013 überraschend einen Minderheitsantrag der WAK-S zur Einführung eines Lieferzwangs für international tätige Unternehmen zu gleichen Bedingungen wie im Ausland umsetzte, konzentrierte sich die politische Diskussion fast ausschliesslich auf zwei Reformpunkte: auf die Einführung eines Teilkartellverbots in Artikel 5 KG sowie auf die Schaffung der erwähnten Lieferpflicht in Form eines neuen Artikels 7a KG.

Nicht überzeugend und...

Nach anderthalb Jahren Polemik ist heute festzustellen, dass weder ein Teilkartellverbot und noch weit weniger eine Lieferpflicht nach Artikel 7a KG mehrheitsfähig sind. Beide Vorschläge vermögen in der Sache aus konzeptuellen Gründen nicht zu überzeugen. Während eine Lieferpflicht für international tätige Unternehmen, abgesehen von den wirtschaftlichen Folgen, bereits aus dogmatischen Überlegungen abgelehnt werden muss, zeigt wohl gerade die grosse Anzahl von Kompromissvorschlägen rund um ein Teilkartellverbot, dass die Orientierung am System des geltenden Kartellgesetzes verlorren gegangen ist und die geltende Regelung so schlecht nicht sein kann.

Mit den vorangehenden Revisionen 1995 und 2003 wurde das Kartellgesetz materiellrechtlich an das EU-Kartellrecht angepasst. Dies gilt sowohl für die Kontrolle von Wettbewerbsabreden in Artikel 5 KG wie auch für das Verbot von missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in Artikel 7 KG. In letzterem Zusammenhang hat das KG nicht nur die Definition der Marktbe-

«Kernpunkte der Revision sind, nach anderthalb Jahren Polemik, nicht mehrheitsfähig.»

herrschung, sondern in Artikel 7 KG auch die «Missbrauchs»-Vorschrift im damaligen Artikel 82 EG-Vertrag (heute Artikel 102 AEUV) fast wörtlich übernommen.

Der geltende Marktbeherrschungsbegriff in Artikel 4 Abs. 2 KG enthält damit, wie in der EU, auch das hierzulande etwa im Zusammenhang mit erfolgreichen internationalen Markenprodukten proklamierte «must-in-stock»-Konzept und, spätestens seit der KG-Revision 2003, auch das Element der marktstrukturell bedingten Abhängigkeit. Forderungen nach der Implementierung einer relativen Marktbeherrschung in den heute geltenden Marktbeherrschungsbegriff sind daher unverständlich und überflüssig. Der Grund, weshalb beispielsweise das «must-in-stock»-Konzept in der Schweiz noch nicht angewendet wurde, liegt einzig und allein an der weltweit wohl einzigartigen Konzentration auf der Detailhandelsstufe und sicher nicht am geltenden KG.

Bei Wegfall der beiden Reformpunkte zu Artikel 5 KG (Teilkartellverbot) bzw. Artikel 7a KG scheint auf den ersten Blick

überlegenswert, in der WAK-N wenigstens auf die restlichen in der Revisionsvorlage enthaltenen Reformpunkte einzutreten. Hier gilt aber zu bedenken, dass aufgrund des eingangs erwähnten Umstands, dass sich die bisherige politische Diskussion nahezu ausschliesslich auf Fragen im Zusammenhang mit der Einführung eines Teilkartellverbots bzw. einer Lieferpflicht für internationale Unternehmen bezog, die anderen Revisionspunkte weitgehend vernachlässigt wurden. Letztere betreffen zwar wichtige Anliegen des Kartellrechts; die damit verbundenen Anliegen sind zumindest diskussionswürdig und zu einem grossen Teil berechtigt. Gleichzeitig muss aber auch festgestellt werden, dass diese Revisionspunkte, so wie sie im bundesrätlichen Vorschlag enthalten sind, etliche Fragen offen lassen.

So sind die Vor- und Nachteile der zur Auswahl stehenden institutionellen Formen «Weko in der heutigen Form», «Wettbewerbsgericht» oder eine «kleinere Behörde ohne Interessenvertreter» etc. nicht klar herausgearbeitet, was aber bei einer solch zentralen Frage unabdingbar ist. Ebenso fehlt bspw. bei der im Rahmen der Fusionskontrolle für grössere internationale Zusammenschlüsse geforderten Übertragung der Prüfungskompetenz auf die Europäische Kommission die innerhalb der EU im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten geltende Verweisungsmöglichkeit an die zuständige nationale Wettbewerbsbehörde, wenn bei einem Zusammenschluss deren Gebiet durch den Zusammenschluss besonders betroffen ist. Im gleichen Bereich ist zudem die von der Praxis erwünschte verfahrensrechtliche Anpassung an die EU unvollständig.

Im Bereich des Kartellzivilrechts ist die Forderung nach einer Erweiterung des Kreises der Klageberechtigten nicht nur aus Sicht des Konsumentenschutzes berechtigt. Eine effektive Durchsetzung des

Kartellzivilrechts erfordert aber auch ein entsprechendes Instrumentarium im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes. Weiter vermag die vorgeschlagene Neuregelung des Widerspruchsverfahrens die Umsetzungsprobleme, die sich in der Praxis manifestiert haben, nicht zu lösen. Offensichtlich ist schliesslich, dass die Realisierung des Anliegens der Einführung einer Sanktionsreduktionsmöglichkeit bei angemessenen Compliance-Massnahmen zwingend den Erlass von erläuternden Sekundärvorschriften erfordert, ansonsten es an der Rechtssicherheit fehlt. In diesem Zusammenhang wäre es zudem sinnvoll, den Bereich der Kronzeugenregelung generell zu überdenken und allenfalls weitere Revisionsvorschläge anzubringen.

...nicht entscheidungsreif

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die nach dem Wegfall der Reformpunkte zu Artikel 5 und 7a KG offenen Revisionspunkte im jetzigen politischen Beratungsstadium bei weitem nicht die erforderliche Entscheidungsreife aufweisen. Die dahinter stehenden Anliegen sind zwar aus objektiver Sicht weitgehend gerechtfertigt, doch lassen die aktuellen Formulierungen und bundesrätlichen Erläuterungen zu viele Fragen offen, als dass auf dieser Basis darüber entschieden werden könnte.

Es wäre der Sache daher wohl dienlicher, wenn in der KG-Revision ein Neubeginn erfolgen würde. Dies würde es zudem ermöglichen, neben den erwähnten berechtigten Anliegen auch noch weitere Revisionspunkte – etwa zur Gestaltung des Vorabklärungsverfahrens oder der Regelung des Instituts der einvernehmlichen Regelung – eingehend zu evaluieren.

.....
Philipp Zurkinden, Partner Prager Dreifuss, Titularprofessor für Kartellrecht an der Universität Basel.