

Mittwoch, 19. Juni

Kartellgesetzrevision in der zweiten Runde

Bei der laufenden Revision des Kartellgesetzes gilt es, Hüftschüsse zu vermeiden, die später kaum noch zu korrigieren sein werden. Dies gilt für die vorgesehene drastische Verschärfung der Bestimmungen im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden und für die Einführung einer Lieferpflicht für international tätige Unternehmen. Von Philipp Zurkinden

Der Inhalt der Revision des Kartellgesetzes hat sich in den letzten Jahren sehr verändert. Ursprünglich standen die institutionelle Frage und eine Lockerung der Beurteilung von Vertikalabreden im Vordergrund. Nun dreht sich die Diskussion um eine drastische Verschärfung des Kartellgesetzes im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden und um die Einführung einer Lieferpflicht für international tätige Unternehmen, dass sie Waren aus dem Ausland zu den dort geltenden Preisen auch in der Schweiz anbieten müssen.

Teilkartellverbot und Lieferpflicht

Beide Vorschläge sind aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Die verfassungsrechtliche Grundlage unseres Kartellgesetzes erlaubt eine Interventionsmöglichkeit der Behörde nur dann, wenn volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbs-Sachverhalten vorliegen. Dies übersieht der Vorschlag eines Teilkartellverbots mit einer Beweislastumkehr bzw. einer partiellen Beweisführungspflicht zulasten der Unternehmen bei der Rechtfertigungsmöglichkeit. Das aus der Bundesverfassung abgeleitete Missbrauchsprinzip verlangt, dass die Wettbewerbsbehörde diese schädlichen Auswirkungen feststellt. Dass man automatisch und ohne Prüfung des Einzelfalls horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden und vor allem auch vertikalen Preisfestsetzungen zweiter Hand und vertikalen Gebietsabreden derartige schädliche Wirkungen zuschreibt, entspricht nicht der Realität. Die Beweislastumkehr zulasten der Unternehmen führt, abgesehen von der Verletzung des verfassungsrechtlichen Kartellartikels und dem Untersuchungsgrundsatz, zu einem faktischen Per-se-Verbot. Es dürfte insbesondere für KMU nur schwerlich möglich sein, die volkswirtschaftlich relevanten Rechtfertigungsgründe zu nennen und zu belegen. Auch die erörterte Zwischenlösung einer Art geteilter Beweisführungspflicht zwischen Unternehmen und der Behörde ist nicht praktikabel und würde in ein Hickhack zwischen der Behörde und den Untersuchungsadressaten ausarten.

Die Einführung eines Teilkartellverbots wurde stark von der Diskussion rund um die Hochpreisinsel Schweiz beeinflusst. Inwiefern diese Massnahme diese Preisdifferenzen ausgleichen soll, wurde von den Befürwortern nie beantwortet. Dies vermag nicht zu überraschen, hat doch die Wettbewerbskommission 2003/04 in ihrer breit angelegten Untersuchung des Vertriebs von Markenartikeln in der Schweiz selber festgestellt, dass allfällig bestehende höhere Preise in der Schweiz eben gerade nicht auf unzulässige Wettbewerbsabreden zurückgehen, sondern durch andere Faktoren bedingt sind. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die von den Förderern eines Teilkartellverbots suggerierte Meinung, dass damit ein weiterer Schritt in Richtung EU-Kartellrecht erfolge, in Expertenkreisen zumindest fraglich ist.

Aufgrund eines parlamentarischen Minderheitsantrags wurde ein Artikel in die Revision aufgenommen, wonach ein Unternehmen ungeachtet seiner Marktmacht verpflichtet werden soll, Schweizer Nachfrager mit gleichartigen Produkten allfälliger Tochtergesellschaften im Ausland zu den dort geltenden Preisen zu beliefern. Diese Bestimmung darf als abenteuerlich qualifiziert werden und widerspricht sämtlichen liberalen Grundsätzen, insbesondere der verfassungsrechtlichen Unternehmensfreiheit. Die Schweiz wäre wohl weltweit auch der erste Staat, der eine solche Vorschrift in seine Kartellrechtsordnung aufnehmen würde.

Der wirksame Wettbewerb soll die freie wirtschaftliche Tätigkeit der Unternehmen aufgrund ihrer unverfälschten Leistungsfähigkeit ermöglichen. Die Eliminierung der wichtigsten Wettbewerbsparameter, der Preis- und der Vertriebsgestaltung, entspricht dem Wettbewerbskonzept nicht – zumindest nicht, solange ein Unternehmen nicht eine marktmächtige oder marktbeherrschende Stellung besitzt. Vielmehr werden so individuelle Konsumentenschutz-Interessen gefördert, welche aber wiederum nicht zum Schutzobjekt des Kartellgesetzes gehören. Es ist erstaunlich, dass ein solcher Vorschlag ausgerechnet in der Schweiz gemacht wird, wo auf der Detailhandelsstufe eine international einmalige Konzentration besteht.

Der mit der Kartellgesetzrevision vermittelte Eindruck, dass Lieferanten in der Schweiz die Handelsstufe dominieren, muss zumindest für den Konsumgüterbereich stark relativiert werden. Die Annahme einer solchen Vorschrift schafft die reelle Gefahr, dass ausländische Konzerne aus der Schweiz wegziehen, da unter diesen Umständen weder eine Marktbearbeitung noch eine Produktion in der Schweiz Sinn haben. Auch ist unklar, wie eine solche Lieferpflicht im Ausland völkerrechtlich korrekt durchgesetzt werden soll.

Geltendes Recht ist wirksam

Eine Analyse der jüngsten Rechtsprechung der Wettbewerbskommission zeigt, dass die heute geltenden materiellen Beurteilungsregeln in Art. 5 und 7 des Kartellgesetzes sehr



wohl wirksam gegen Parallelimportbehinderungen eingesetzt werden können. Der Entscheid in Sachen BMW ist das beste Beispiel dafür. Es wäre sinnvoll, einer allenfalls neu zu bildenden Wettbewerbsbehörde zunächst etwas Zeit zu geben, um die geltenden Regeln anzuwenden. Sollten dann Mängel auftreten, würde dies Gelegenheit geben, konkrete sachgerechte und lösungsorientierte Änderungen zu erörtern. Gerade die zurzeit nicht mehr überschaubare Fülle von Änderungsvorschlägen zu den beiden Artikeln 5 und 7a der Revisionsvorlage zeigt, dass es sich hier um völlig unausgegrenzte Varianten handelt, deren Auswirkungen unklar sind. Eine Rückweisung der Vorlage oder eine Streichung der Vorschläge zu den genannten Bestimmungen erscheint daher als sinnvoll. Es drohen sonst Hüftschüsse abgegeben zu werden, die später nur noch schwer zu korrigieren sind.

Philipp Zurkinder ist Partner bei Prager Dreifuss AG Zürich/Bern/Brüssel und Lehrbeauftragter für schweizerisches und EU-Kartellrecht an der Universität und am Europainstitut Basel.

© 2013 · NEUE ZÜRCHER ZEITUNG AG, ZÜRICH

