

Staatssekretariat für Wirtschaft  
(SECO)  
Direktion für Wirtschaftspolitik  
Vernehmlassung zu Art. 5 KG  
Holzikofenweg 36  
3003 Bern

RR/FM

312

Bern, 7. Oktober 2011

**Vernehmlassung des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) zur vorgeschlagenen Anpassung von Art. 5 KG gemäss Entscheid des Bundesrats vom 17. August 2011**

Sehr geehrter Herr Bundesrat  
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns mit Schreiben vom 23. September 2011 über die Absichten des Bundesrats in obiger Sache informiert und zur Einreichung einer Stellungnahme bis zum 10. Oktober 2011 eingeladen. Für diese Gelegenheit zur Stellungnahme danken wir Ihnen bestens.

Der bundesrätliche Revisionsvorschlag umfasst inhaltlich zwei verschiedene Revisionspunkte:

- Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit: Erstens schlägt der Bundesrat vor, bei den Tatbeständen gemäss Art. 5 Abs. 3 KG (horizontale Preis-, Mengen-, Gebiets- und Kundenabreden) sowie Art. 5 Abs. 4 KG (vertikale Abreden über eine Preisbindung zweiter Hand und einen absoluten Gebietsschutz) auf die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu verzichten und Abreden, welche diese Tatbestände erfüllen, generell als unzulässig einzustufen, sofern sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.
- Beweislastumkehr für Rechtfertigungsgründe: Zweitens schlägt der Bundesrat vor, die Beweislast für Gründe der wirtschaftlichen Effizienz bei *allen* Abreden neu den Unternehmen statt wie bisher den Wettbewerbsbehörden aufzuerlegen.

Diese Revisionspunkte sind nicht zwingend miteinander verknüpft und können daher unabhängig voneinander behandelt werden.

Im Einzelnen hat der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) zum Revisionsvorschlag des Bundesrats die folgende Anmerkungen:

**1) Für eine Gesetzesrevision fehlt ein Anlass und es droht Rechtsunsicherheit**

Eine Umsetzung des bundesrätlichen Revisionsvorschlags würde gegenüber der heutigen Kartellgesetzgebung einen Paradigmenwechsel darstellen. Zu einer solchen tiefgreifenden Gesetzesrevision besteht jedoch bei objektiver Betrachtung derzeit kein Anlass:

- Bewährte und verfassungskonforme Regelung: Bei der heutigen Fassung von Art. 5 KG handelt es sich um einen reiflich durchdachten und fein austarierten Kompromiss, der nicht ohne Not angetastet werden sollte. Die heutige Regelung, die weder ein Verbot bestimmter Abreden noch eine Beweislastumkehr zulasten der Unternehmen ent-

hält, ist weitgehend bedingt durch die Schranken des Verfassungs- und Völkerrechts (Missbrauchsprinzip gemäss Art. 96 BV und Unschuldsumutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK). Der Revisionsvorschlag überschreitet diese Schranken demgegenüber (vgl. dazu im Einzelnen hinten Ziff. 2 und 3).

- Keine massgebliche Veränderung der wirtschaftlichen Umstände: Seit der letzten Kartellgesetzrevision von 2003 sind keine Veränderungen der wirtschaftlichen Umstände eingetreten, die eine Verschärfung von Art. 5 KG rechtfertigen würden. Diese Auffassung vertrat vor kurzem auch noch der Bundesrat. So forderte der Bundesrat in seinem Erläuternden Bericht zum Revisionsentwurf vom 30. Juni 2010 eine "differenziertere" Regelung für vertikale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG – und nicht etwa eine Verschärfung, wie er sie heute vorschlägt. Während der Bundesrat seine frühere Auffassung noch eingehend wissenschaftlich fundierte, fehlt eine solche Fundierung beim heutigen Revisionsvorschlag völlig.
- Kein Zusammenhang mit der "Frankenstärke": Der Bundesrat stellt seine Kehrtwende in einen (nicht näher definierten) Zusammenhang mit der "Frankenstärke" und der "allseits gerügten ungenügenden Weitergabe von Währungsvorteilen". Dieser Zusammenhang ist jedoch nicht erstellt:
  - Erstens haben die bisherigen Untersuchungen der Wettbewerbskommission (soweit ersichtlich) keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Unternehmen im Zusammenhang mit der Verweigerung der Weitergabe von Währungsvorteilen irgendwelche kartellrechtlich relevanten Abreden getroffen hätten. Aus der bisher publizierten Praxis ergibt sich jedenfalls nicht, dass die bestehende Regelung von Art. 5 KG in dieser Hinsicht unzulänglich wäre.
  - Zweitens ist die vom Bundesrat vorgeschlagene Verschärfung von Art. 5 KG schon vom Ansatz her nicht geeignet, eine Weitergabe von Währungsvorteilen durchzusetzen. Bei Importgütern werden Fragen der Preissetzung nämlich typischerweise entweder vom Lieferanten im Ausland entschieden oder von der schweizerischen Tochtergesellschaft eines ausländischen Konzerns. In beiden Fällen ist die Wettbewerbskommission machtlos gegen eine als "ungenügend" empfundene Weitergabe von Währungsvorteilen. Im ersten Fall fehlen ihr die nötigen Durchsetzungsbefugnisse im Ausland; im zweiten Fall liegt ein konzerninterner Sachverhalt vor, auf den das Kartellgesetz von vornherein nicht anwendbar ist.
  - Drittens gibt es klare Anhaltspunkte dafür, dass der Wettbewerb die Unternehmen über kurz oder lang unter Druck setzt, ihre Währungsvorteile weiterzugeben. Dies zeigt sich beispielsweise in der Automobil-Branche, wo sich die verschiedenen Hersteller zur Zeit gegenseitig mit "Euro-Rabatten" überbieten. Im Lebensmittelhandel ist es den Detailhändlern in den Einzelfällen, in denen die Lieferanten ihre Währungsvorteile nicht ohnehin schon weitergegeben haben, sodann grösstenteils gelungen, bei den Lieferanten erhebliche Preiszugeständnisse durchzusetzen, die an die Konsumenten weitergegeben werden.

Der Bundesrat schlägt mithin vor, eine historisch gewachsene und fein auf die Vorgaben des Verfassungs- und Völkerrechts abgestimmte Regelung zugunsten einer unausgereiften sowie rechtlich und ökonomisch fragwürdigen Tabula-rasa-Lösung zu beseitigen. Dies soll geschehen, bevor die bisherige Regelung über einen angemessenen Zeitraum hinweg erprobt worden ist und ohne dass sich diese Regelung als unzulänglich erweisen hätte. Dadurch wird die Rechtssicherheit in fragwürdiger Weise beeinträchtigt. Ein solches Vorgehen ist deshalb aus der Sicht des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) abzulehnen.

## 2) Der Verzicht auf eine Erheblichkeitsprüfung für bestimmte Abreden ist verfassungswidrig

Mit seinem ersten Revisionspunkt schlägt der Bundesrat vor, bei den Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (bzw. neu Art. 5 Abs. 2 KG) auf die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu verzichten und dafür eine grundsätzliche Unzulässigkeit verbunden mit einer Rechtfertigungsmöglichkeit einzuführen.

Der vom Bundesrat vorgeschlagene Verzicht auf die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung erscheint zunächst grundsätzlich als sinnvoll. Das Bundesgericht hat die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung schon in seinem (ersten) Entscheid zur Buchpreisbindung von 2003 praktisch jeder Tragweite beraubt. Nach diesem Entscheid gilt die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung bereits dann als widerlegt, "wenn dargetan ist, dass trotz der die Vermutung begründenden Abrede noch ein gewisser – wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigt – Rest- oder Teilwettbewerb besteht" (BGE 129 II 18, S. 37 Erw. 8.3.2).

Problematisch ist dagegen der vom Bundesrat vorgeschlagene Rechtfertigungsvorbehalt für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (bzw. neu Art. 5 Abs. 2 KG). Bei einer Einführung dieser Regelung könnte die Unbedenklichkeit bzw. Zulässigkeit einer solchen Abrede nicht mehr damit begründet werden, dass sie den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt. Das Rechtfertigungserfordernis gälte somit auch für Abreden, die den Wettbewerb nur unerheblich beeinträchtigen bzw. die den Wettbewerb überhaupt nicht beeinträchtigen und eine Beeinträchtigung gleichsam nur "auf dem Papier" dem Wortlaut nach bezwecken. Die Rechtfertigung solcher Bagatell-Abreden durch Gründe der (volks-)wirtschaftlichen Effizienz dürfte die betreffenden Unternehmen (insbesondere KMUs) in aller Regel massiv überfordern. Die vorgeschlagene Regelung läuft daher letztlich auf ein (unter Sanktionsdrohung stehendes) Totalverbot der betroffenen Abredentypen hinaus. Insbesondere bei gewissen Vertikalabreden ist in der Ökonomie anerkannt, dass deren Effizienzvorteile im Einzelfall oft die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung überwiegen. Ein Totalverbot könnte deshalb volkswirtschaftlich unerwünschte Folgen bewirken, da Unternehmen solche Abreden nicht mehr abschliessen würden.

Ein solches Teilverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit bzw. faktisches Totalverbot ist indes verfassungswidrig. Art. 96 BV (bzw. Art. 31bis Abs. 3 Bst. d aBV) erlaubt im Kartellrecht keine Verbots-, sondern lediglich eine Missbrauchsgesetzgebung. Dies wurde im Vorfeld des Erlasses des KG von 1995 und der Revision von 2003 sowohl in den eingeholten Rechtsgutachten als auch in den bundesrätlichen Botschaften bestätigt. Eine Missbrauchsgesetzgebung impliziert unter anderem, dass der Staat einen Missbrauch im Einzelfall nachweisen muss:

"Massgebend ist, ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Nur wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt wurde, ist die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig." (BBl 1995 I 555)

Genau aus diesem Grund macht der heutige Art. 5 KG die Unzulässigkeit von Abreden in jedem Fall von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs abhängig (wobei Art. 5 Abs. 3 und 4 KG als Vermutungs- und nicht als Verbotstatbestände ausgestaltet sind). Wettbewerbsabreden, die nur unerhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben oder die lediglich Auswirkungen auf den Wettbewerb bezwecken (ohne sie zu bewirken), können von vornherein nicht missbräuchlich im Sinne der Verfassung sein. Ein Verbot solcher Abreden (wie es im Revisionsvorschlag des Bundesrats teilweise enthalten ist) wäre eine verfassungswidrige Verbotsgesetzgebung.

Im Ergebnis wäre die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung sogar strenger als das EU-Recht, an dem sich der Gesetzgeber und die Wettbewerbsbehörden im Kartellrecht in der Regel orientieren. Im EU-Recht muss bei gewissen Abreden, die nach dem bundesrätlichen Revisionsvorschlag automatisch rechtfertigungsbedürftig wären (wie z.B. bei Einkaufskooperationen, Spezialisierungsvereinbarungen oder Abreden über Interchange Fees), nämlich zuerst erstellt werden, dass diese nach Art. 101 Abs. 1 AEUV überhaupt unzulässig sind.

Der vom Bundesrat vorgeschlagene Verzicht auf die Erheblichkeitsprüfung bei Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (bzw. neu Art. 5 Abs. 2 KG) ist deshalb aus der Sicht des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) abzulehnen.

### **3) Unzulässige und ökonomisch fragwürdige Beweislastumkehr für Rechtfertigungsgründe**

Mit seinem zweiten Revisionspunkt schlägt der Bundesrat vor, die Beweislast für die Rechtfertigung von Abreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz neu den Unternehmen statt wie bisher den Wettbewerbsbehörden aufzuerlegen. Dies soll wohlgemerkt für *alle* Abreden gelten, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, und nicht nur für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG.

Eine solche Beweislastumkehr für Rechtfertigungsgründe ist aus der Sicht des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) aus verschiedenen Gründen hoch problematisch:

- Kein Zusammenhang mit der "Frankenstärke": Die vorgeschlagene Beweislastumkehr für Rechtfertigungsgründe ist im bundesrätlichen Revisionsvorschlag ein erratischer Fremdkörper, dessen Notwendigkeit nicht belegt wird. Sie ist weder zwingend mit dem ersten Revisionspunkt ("Teilverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit") verbunden, noch steht sie in irgendeinem ersichtlichen Zusammenhang mit der Problematik der "Frankenstärke".
- Rechtsunsicherheit als ungebührliche Belastung für die Unternehmen: Mit der vorgeschlagenen Beweislastumkehr würde den Unternehmen eine Belastung von enormer Tragweite aufgebürdet. Den Unternehmen würde gleichsam von Gesetzes wegen ein volkswirtschaftlich ineffizientes und nicht zu rechtfertigendes Verhalten unterstellt und der Beweis des Gegenteils auferlegt. Für ein im realen Wirtschaftsleben stehendes Unternehmen ist es jedoch praktisch nicht möglich zu beurteilen, ob ein Verhalten den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt bzw. ob ein Verhalten durch Gründe der (volks-)wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist, geschweige denn, solche Gründe zu beweisen. Diese Fragen müssen im Wettbewerbsrecht für jeden Einzelfall gesondert aufgrund der spezifischen Umstände beurteilt werden. Unternehmen beschäftigen in aller Regel keine Ökonomen mit volkswirtschaftlicher Ausbildung, sondern – wenn überhaupt – nur solche mit betriebswirtschaftlichen Kenntnissen. Die Unternehmen verfügen auch nicht über ein Instrumentarium wie die Wettbewerbskommission, um bei Wettbewerbsabreden das Ausmass der Wettbewerbsbeeinträchtigung und das Vorliegen von Effizienzgründen zu ermitteln. Insbesondere können sie (anders als die Wettbewerbskommission) nicht andere Unternehmen zur Auskunft verpflichten. Mit der vorgeschlagenen Beweislastumkehr würden die Unternehmen somit einem ständigen Rechtfertigungsdruck bei gleichzeitiger massiver Rechtsunsicherheit ausgesetzt. Die Unternehmen würden dadurch in ihrer Tätigkeit erheblich eingeschränkt. Zugleich dürfte die vorgeschlagene Beweislastumkehr in Verbindung mit der Sanktionsdrohung für Abreden gemäss (heutigem) Art. 5 Abs. 3 und 4 KG die Unternehmen zu einem volkswirtschaftlich ineffizienten Verhalten in ihrer Geschäftstätigkeit verleiten, um das Risiko einer Busse bzw. die Kosten einer Klärung der Zulässigkeit einer Abrede zu vermeiden. Im Ergebnis würde die vorgeschlagene Beweislastumkehr nicht nur ein faktisches Totalverbot aller Abreden gemäss (heutigem) Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, sondern auch aller weiteren erheblich wettbewerbsbeeinträchtigenden Abreden bewirken. Es wäre erstaunlich, wenn dies nicht einen gravierenden Verlust an Dynamik und erhebliche negative Kostenfolgen für die gesamte schweizerische Volkswirtschaft nach sich zöge.
- Kein Korrektiv zur Schaffung von Rechtssicherheit: Die Unternehmen hätten bei einer Verwirklichung der vorgeschlagenen Beweislastumkehr keine Möglichkeit, die daraus für sie resultierende Rechtsunsicherheit zu beseitigen:

- Erstens fehlt es in der Schweiz, aber auch im europäischen Umland, an einer hinreichenden Behördenpraxis zu möglichen Gründen der wirtschaftlichen Effizienz, an der sich die Unternehmen orientieren könnten.
- Zweitens sind diesbezüglich auch etwaige Sekundärerlasse (wie beispielsweise die Vertikalbekanntmachung oder die KMU-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission) aufgrund ihrer generischen Formulierungen erfahrungsgemäss nicht besonders hilfreich. Im Falle der bisherigen Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission kommt hinzu, dass diese den Unternehmen keine echten "sicheren Häfen" bieten, da alle relevanten Formulierungen unter einem Vorbehalt ("in der Regel") stehen. Für die Zukunft sind ebenfalls keine verlässlichen Leitlinien zu erwarten. Im Gegenteil zieht der Bundesrat offensichtlich in Betracht, die bestehenden Erleichterungen bei Nichtüberschreiten der Marktanteilsschwelle von 30 % gemäss der Vertikalbekanntmachung sowie bei Abreden unter Kleinunternehmen gemäss der KMU-Bekanntmachung aufzugeben.
- Drittens hat sich auch das Meldeverfahren für potenziell sanktionsbedrohte Verhaltensweisen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. c KG in der Praxis als wertlos erwiesen. Nach dem sog. Maestro-Entscheid des Bundesgerichts (BGE 135 II 60) ist die Wettbewerbskommission nämlich nicht verpflichtet, in einem solchen Verfahren über die Zulässigkeit des gemeldeten Verhaltens zu befinden. Die Wettbewerbskommission kann überdies die mit der Meldung gewissermassen sistierte Sanktionsdrohung durch die blosser Eröffnung einer Vorabklärung oder Untersuchung wieder aufleben lassen.
- Verstoss gegen übergeordnetes Recht: Die vorgeschlagene Beweislastumkehr liefe (wie erläutert) faktisch auf ein Totalverbot für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (bzw. neu Art. 5 Abs. 2 KG) hinaus. Dies stünde im Widerspruch zum Missbrauchsprinzip gemäss Art. 96 BV und wäre mithin verfassungswidrig (vgl. dazu vorne Ziff. 2). Die Beweislastumkehr stünde überdies im Widerspruch zur Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK. Die Unschuldsvermutung gilt unbestrittenermassen in allen Untersuchungen der Wettbewerbskommission, die einen sanktionsbedrohten Tatbestand zum Gegenstand haben, da solche Untersuchungen eine "strafrechtliche Anklage" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellen. Die zivilrechtliche Beweislastregel gemäss Art. 8 ZGB, nach der allfällige Rechtfertigungsgründe von den an einer Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen zu beweisen wären, ist in Verfahren vor der Wettbewerbskommission nicht anwendbar.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Umkehr der Beweislast zulasten der Unternehmen für Gründe der wirtschaftlichen Effizienz ist deshalb aus der Sicht des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) entschieden abzulehnen.

#### **4) Fehlende Verbindung mit einer institutionellen Reform der Wettbewerbsbehörden**

Bei einer Verwirklichung der vom Bundesrat vorgeschlagenen Beweislastumkehr für Rechtfertigungsgründe hätte die Wettbewerbskommission in Fällen von Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, zu beurteilen, ob die von den betreffenden Unternehmen zur Rechtfertigung ihrer Abreden vorgebrachten Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtsgenüchlich bewiesen sind.

Unter den heutigen institutionellen Rahmenbedingungen bestünde dabei die Gefahr, dass die Wettbewerbskommission an den rechtsgenüchlichen Beweis von Rechtfertigungsgründen allzu hohe Anforderungen stellen könnte. Mit jeder Akzeptanz eines Rechtfertigungsgrundes würde die Wettbewerbskommission nämlich die Berechtigung der zuvor von ihr selbst eröff-

neten und geführten Untersuchung in Frage stellen. Dies könnte zu einer übermässigen Zurückhaltung der Wettbewerbskommission bei der Akzeptanz von Rechtfertigungsgründen führen ("prosecutorial bias") und letztlich die objektive Rechtsdurchsetzung gefährden.

Aus der Sicht des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) ist die vom Bundesrat vorgeschlagene Beweislastumkehr für Rechtfertigungsgründe deshalb wenn überhaupt dann nur im Zusammenhang mit der Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde zu behandeln, wie sie der Bundesrat in seinem Erläuternden Bericht vom 30. Juni 2010 vorgeschlagen hat. Eine vorgezogene Revision von Art. 5 KG ohne gleichzeitige Reform der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden im Sinne einer Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde ist deshalb zum vornherein abzulehnen.

## 5) Fragwürdige Eile

Die Einladung zur vorliegenden Stellungnahme ist am Donnerstag, 29. September 2011 beim Schweizerischen Anwaltsverband (SAV) eingegangen. Für die Abgabe der Stellungnahme wurde eine Frist bis Mittwoch, 5. Oktober 2011 (mündliche Stellungnahme) bzw. Montag, 10. Oktober 2011 (schriftliche Stellungnahme) angesetzt. Mit anderen Worten wurden dem Adressaten für die Erarbeitung dieser Stellungnahme gerade einmal sechs bzw. elf Tage (einschliesslich Wochenenden) gewährt, und dies wohlgermerkt während der Ferienzeit. Diese kurzen Fristen sind für ein Revisionsvorhaben der vorliegenden Tragweite vollkommen unangemessen. Sie können mangels Zusammenhangs auch nicht mit der Problematik der "Frankenstärke" gerechtfertigt werden.

In diesem Sinne regt der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) an:

- die vorgeschlagene Anpassung von Art. 5 KG auf den bewährten Pfad der "Evaluation KG" zurückzuführen, d.h. sie wissenschaftlich zu fundieren, sie in einen Zusammenhang mit den bisherigen Revisionsvorschlägen zu stellen und sie mit einer der Sache angemessenen Anhörung der Betroffenen zu verbinden;
- von einem Verzicht auf die Erheblichkeitsprüfung bei Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (bzw. neu Art. 5 Abs. 2 KG) abzusehen; und
- auf eine Umkehr der Beweislast für Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG (bzw. neu Art. 5 Abs. 3 KG) zu verzichten.

Abschliessend danken wir Ihnen noch einmal bestens für diese Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen

Für den Schweizerischen Anwaltsverband

Dr.iur. Beat von Rechenberg  
Präsident

René Rall  
Generalsekretär