

Zickzackkurs des Bundesrates im Bereich der Vertikalabreden

Kritik an einseitig verfasstem Entwurf und überhastetem Vernehmlassungsverfahren. Von Marc Amstutz und Mani Reinert

Der bundesrätliche Vorschlag zur Revision des Kartellgesetzes wurde in der Hektik der Aktionen gegen den starken Franken präsentiert. Die Autoren beurteilen den Ansatz als inkonsistent.

Die Politik steht seit einiger Zeit im Zeichen der Bekämpfung des starken Frankens, und in diesem Rahmen schlägt der Bundesrat auch ungeeignete Mittel vor. Ein Beispiel dafür ist die Verschärfung des Kartellgesetzes (KG) im Bereich der Vertikalabreden. Damit gerät die Regierung in Widerspruch nicht nur zur Mehrheit der Experten, sondern auch zu eigenen früheren Ansätzen.

Widerspruch zur Verfassung

Der Bundesrat schlägt vor, bestimmte Abreden zwischen Herstellern und Händlern (sogenannte vertikale Preis- und Gebietsabreden) ohne Rücksicht auf ihre tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb für unzulässig zu erklären. Damit soll es für die Untersagung und Sanktionierung solcher Abreden gleichgültig sein, ob sich die beteiligten Unternehmen wirklich daran gehalten haben. Ebenso unbedeutend soll sein, ob der Schweizer Markt von solchen Abreden spürbar abgeschottet wird. Es soll auch keine Rolle spielen, ob die Unternehmen, die eine Abrede abschliessen, einen grossen (60%) oder einen kleinen (0,001%) Marktanteil innehaben. Kurzum: Es soll irrelevant sein, ob die Endverbraucher tatsächlich in ihrer Wahlfreiheit beschränkt werden. Der Bundesrat bringt zur Verteidigung seines Vorhabens vor, dass vertikale Preis- und Gebietsabreden ja zulässig seien, wenn Gründe wirtschaftlicher Effizienz vorlägen. Dies suggeriert auch der Reform-Titel: «Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit». Praktisch wird es diese Möglichkeit allerdings nur auf dem Papier geben. Denn die Firmen sollen nach dem bundesrätlichen Vorschlag die Beweislast für das Vorliegen von Effizienzgründen selber tragen.

Trotz gegenteiligen mündlichen Beteuerungen der Verwaltung lassen die mehrdeutigen Formulierungen der Botschaft vom 22. 2. 2012 befürchten, dass sich die Behörden und Gerichte künftig damit begnügen können, sämtliche von den Unternehmen vorgebrachten Argumente als unzureichend zurückzuweisen, ohne dem Vorliegen von Effizienz-

gründen selbst fundiert nachzugehen. Richtigerweise müsste der Bundesrat von einem «Teilkartellverbot mit Einschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeit» sprechen. Verharmlost wird auch der Umstand, dass der Vorschlag des Bundesrats dem Wortlaut der Verfassung widerspricht. Letztere verlangt in Art. 96 BV, dass «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen» von Wettbewerbsbeschränkungen durch die Untersuchungsbehörde konkret nachgewiesen werden. Ein Verbot – selbst ein partielles – ist vom Verfassungsgeber explizit nicht vorgesehen.

Die vorgeschlagene Revision des Rechts vertikaler Abreden steht in eklatantem Widerspruch zu modernen ökonomischen Erkenntnissen. Vertikalabreden haben nur dann überhaupt das Potenzial zur Schädlichkeit, wenn die beteiligten Unternehmen marktmächtig sind. Gerade für KMU stellen Vertikalabreden ein probates Mittel zur Gestaltung einer effizienten Vertriebsorganisation dar. In ausländischen Wettbewerbsgesetzgebungen, wie etwa im US-amerikanischen Kartellrecht, sind deshalb Vertikalabreden de facto erlaubt. Das heisst, sie dürfen nur individuell, aufgrund eines Nachweises schädlicher Wirkungen, verboten werden und nicht, wie das der Bundesrat in der geplanten Revision vorsieht, von vornherein in genereller und abstrakter Weise.

Die etwas strengere Haltung der Europäischen Kommission, über welche der bundesrätliche Vorschlag nun entgegen den unrichtigen Behauptungen in der Botschaft weit hinausgeht, beruht in erster Linie auf einer integrationspolitischen Folklore, deren Widerspruch zur herrschenden Industrieökonomik auch in der EU anerkannt ist.

Wankelmütiger Bundesrat

Dabei hätte es der Bundesrat besser wissen müssen. Am 5. 12. 2008 wurde ihm der Bericht der Bundesverwaltung über die Evaluation des Kartellgesetzes vorgelegt, der im Bereich der Vertikalabreden zu einem eindeutigen Schluss kam: «[D]ie kartellrechtliche Behandlung von vertikalen Restriktionen [nach geltendem Recht] ... entspricht nicht den Erkenntnissen der herrschenden ökonomischen Lehre und Empirie ... Damit besteht das Risiko, dass effiziente vertikale Vereinbarungen ... verhindert werden.» Dementsprechend wurde ohne Umschweife empfohlen, die geltende Regelung abzuschaffen. Der Bun-

desrat stimmte dieser Empfehlung am 25. 3. 2009 ausdrücklich zu und erteilte dem EVD den Auftrag, einen entsprechenden Gesetzesentwurf zu erarbeiten.

Kurz darauf kam es allerdings zu einer spektakulären Kehrtwende. Mitte 2010 rückte der starke Franken in den Mittelpunkt des politischen Interesses. Dem Kartellgesetz – einem geldpolitischen Neutrum – wurden heilsame Kräfte gegen den Frankenkurs ange-dichtet. Dies, obwohl die höheren Preise in der Schweiz nicht Ausfluss von Abreden, sondern Folge von höheren Kosten und Löhnen sind. Der Bundesrat schickte im Herbst 2011 überstürzt einen Vorschlag in Vernehmlassung, der mit den Empfehlungen des Evaluationsberichts von 2008 diametral brach. Entsprechend vernichtend war denn auch das Vernehmlassungsergebnis. Die Mehrheit der konsultierten Kreise hielt die vorgeschlagene Änderung des Kartellrechts für falsch. Kritisiert wurde vor allem, dass ein Zusammenhang zwischen starkem Franken und Kartellabreden hergestellt werde.

Dies hinderte den Bundesrat allerdings nicht daran, den Entwurf im Wesentlichen unverändert dem Parlament zu unterbreiten. Das überhastete Vernehmlassungsverfahren in Verbindung mit einer sehr einseitig verfassten Botschaft zeugt von Missachtung des konsensorientierten Gesetzgebungsverfahrens in der Schweiz. Alarmierend ist auch, dass politischer Aktivismus offenbar wichtiger ist als fundierte Wettbewerbspolitik.

Prof. **Marc Amstutz** ist Ordinarius für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Freiburg und LL. M., Rechtsanwalt bei Bär & Karrer, Zürich. **Mani Reinert**, LL. M., ist Rechtsanwalt bei Bär & Karrer, Zürich.