

20 Jahre modernes Kartellgesetz Bilanz und Ausblick aus Anwaltssicht

1. Juli 2016

Franz Hoffet, Homburger

Sehr geehrter Herr Generaldirektor, sehr geehrter Herr Präsident, meine Damen und Herren,

Für die Organisation dieses Jubiläumsanlasses und die Einladung heute zu Ihnen zu sprechen möchte ich mich bei der Wettbewerbskommission herzlich bedanken. Ich möchte die Gelegenheit wahrnehmen, der Jubilarin herzlich zu gratulieren; sie wirkt nach diesen 20 Jahren immer noch jugendlich frisch und darf mit dem Bundesgerichtsentscheid in Sachen *Gaba* vom vergangenen Dienstag gerade wieder einen wichtigen Erfolg feiern.

Ich habe eine Viertelstunde Zeit zu Ihnen aus Täter-Sicht zu sprechen. Lassen Sie mich gleich zu Beginn festhalten, dass es diese schwarz-weiss-Sicht so eigentlich nicht gibt, denn meistens sind Täter – also z.B. Mitglieder eines Kartells – gleichzeitig auch Opfer, nämlich als Kunden für ihre Input-Produkte, die sie möglicherweise von einem Mitglied eines anderen Kartells kaufen. Lassen Sie uns also gemeinsam einen kleinen *Tour d'horizon* aus Sicht eines im Kartellrecht spezialisierten Anwalts, der Täter und Opfer vertritt, unternehmen. Wir starten dabei in den guten alten Zeiten vor 1996, setzen uns mit den beiden Revisionen, der grossen von 1996 und der kleinen, aber umso wirksameren von 2004 auseinander und fragen uns zum Schluss gemeinsam, wie die Zukunft der schweizerischen Wettbewerbspolitik aussehen könnte.

Bis 1996: Gute alte Zeiten?

Die meisten von Ihnen werden sich gar nicht mehr an die guten alten Zeiten vor 1996 erinnern. Es war eine ganz andere Zeit: Die schweizerische Volkswirtschaft war während Jahrzehnten in Kartellen organisiert. Diese waren ein völlig legaler und legitimer Bestandteil des Wirtschaftslebens, oft – wie zum Beispiel in der Zementbranche – sogar inkorporiert. Märkte wurden aufgeteilt und Preise abgesprochen. Die Bundesverfassung sah – wie übrigens vom Wortlaut her auch heute noch – lediglich vor, sozial oder volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen von Kartellen zu bekämpfen. Dies setzt voraus, dass Kartelle auch sozial und volkswirtschaftlich positive Auswirkungen haben können. Folgerichtig wurde deshalb nach der Saldomethode geprüft, ob die Nachteile die Vorteile überwiegen.

Passend zur Saldomethode war auch die Zusammensetzung der Kartellkommission: Sie war im Wesentlichen aus den wichtigsten *Stakeholdern* der schweizerischen Volkswirtschaft zusammengesetzt. Das Sekretariat bestand aus einigen wenigen Juristen und Ökonomen, welche die oft sehr aufwendigen Fälle mit viel zu knappen Mitteln betreuen mussten. Dies äusserte sich in langen Verfahren, die auch mal zehn Jahre dauern konnten. Am Schluss gebar der Berg eine Maus: Die Verfügungen der Kartellkommission wurden mangels einschneidender Sanktionen nicht sehr ernst genommen. Für die Unternehmen und ihre Anwälte waren dies im Vergleich zu heute wahrlich gemütliche Zeiten.

1996: Marktwirtschaftliche Erneuerung

Am 1. Juli 1996 sollte sich das ändern, allerdings nicht so dramatisch, wie erhofft: Die Grundlage in der Bundesverfassung blieb unverändert und stellte den Gesetzgeber, der sich am EU-Wettbewerbsrecht orientierte, vor gewisse Probleme. Nach Meinung von Verfassungsrechtlern genügte Art. 96 BV als Grundlage für Kartellverbote nicht. Man behalf sich deshalb mit der Konstruktion der Vermutungstatbestände. Diese sahen für harte Kartellabsprachen vor, dass damit vermutungsweise der Wettbewerb beseitigt wird und die betreffenden Abreden deshalb unzulässig sind. Es gab also drei Kategorien von Wettbewerbsbeschränkungen: den Wettbewerb beseitigende, erhebliche und unerhebliche. Vermutungen können allerdings umgestossen werden, was den an den Abreden beteiligten Unternehmen in der Praxis meistens gelang. Dies machte es den Wettbewerbsbehörden nicht einfach. Da die Beseitigung des Wettbewerbs fast nie bewiesen werden konnte, musste zumindest die Erheblichkeit der Abreden nachgewiesen werden. Hier stellte sich aufgrund des Wortlauts von Art. 5 Abs. 1 KG die nächste Frage: Setzt diese Bestimmung voraus – wie es von vielen Autoren (so auch von mir) aufgrund der Botschaft zum KG vertreten wurde –, dass die erhebliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Abreden bewiesen werden muss? Oder genügt es, dass die Tatbestandsmerkmale einer vermutungsweise wettbewerbsbeseitigenden Abrede erfüllt sind, damit eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung bewiesen ist? Die Wettbewerbskommission entschied sich für die letztere Variante und entwickelte dafür die Theorie der qualitativen Erheblichkeit. Letzten Dienstag hat das Bundesgericht diese Auslegung der Weko im *Gaba*-Entscheid geschützt. Ob dies im Zeitalter des *more economic approach* und der Rechtsprechung des US Supreme Court eine zukunftsweisende Entscheidung ist, wollen wir an diesem Jubiläumsanlass nicht weiter hinterfragen.

Gewisse Dinge konnte und wollte man 1996 nicht radikal ändern. Die ehemalige Kartellkommission wurde in Wettbewerbskommission umbenannt und zu den Vertretern der *Stakeholder* kam nun eine Mehrheit sogenannter unabhängiger Sachverständiger - Juristen und Ökonomen - hinzu, die das Gremium zweifellos professionalisierte. Das Sekretariat wurde personell massiv aufgestockt, um der erwarteten erhöhten Geschäftslast gewachsen zu sein. Es blieb aber beim *Set-up* einer administrativen Einheitsbehörde und damit einhergehend bei einer nicht sehr scharfen Trennung der Kompetenzen von Entscheidungs- und Ermittlungsbehörde.

Viel Augenmass hat der Gesetzgeber von 1996 bei der Einführung der Fusionskontrolle bewiesen. Er hat für die Meldepflicht von Zusammenschlüssen sehr hohe Umsatzschwellenwerte vorgesehen, die in ihrer Höhe im Verhältnis zur Grösse der schweizerischen Volkswirtschaft im internationalen Vergleich auch heute noch einzigartig hoch sind. Dies war indes kein Fehler: Es werden bei uns nur jene Zusammenschlussvorhaben aufgegriffen, die wirklich eine Gefährdung für den Wettbewerb darstellen können.

Problematisch ist hingegen das materielle Prüfkriterium für die Untersagung von Zusammenschlüssen: Die Weko muss nicht bloss die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung beweisen, sondern zusätzlich, dass diese eine Wettbewerbsbeseitigung erlaubt. Dies ist praktisch ein Ding der Unmöglichkeit und die Weko hat entsprechend nur ganz selten versucht, Zusammenschlüsse zu untersagen. Folge dieses Prüfkriterium ist es, dass in einzelnen Branchen, so z.B. im Lebensmitteleinzelhandel, in der Schweiz Marktkonzentrationen entstehen konnten, bei denen die Kartellbehörden anderer Länder längst eingeschritten wären.

Trotz manchen guten Elementen hat die Revision von 1996 nicht das erreicht, was sich viele erhofft hatten: Es wurden nicht plötzlich Kartelle in grosser Zahl aufgedeckt, wie dies in vielen anderen Ländern der Fall war. Und eine starke Abschreckungswirkung ging auch nicht vom Gesetz aus. Dies hatte im Wesentlichen zwei Gründe:

Erstens gab es bei der erstmaligen Aufdeckung von Verstössen keine Sanktionsmöglichkeit. Erst im Wiederholungsfall konnte die Weko eine Busse anordnen. Die Unternehmen hatten deshalb keinen Anlass, sich bei Eröffnung einer Untersuchung grosse Sorgen zu machen. Man konnte die Untersuchung aussitzen und das Verhalten erst bei Rechtskraft der Weko-Verfügung anpassen. Warum also im vorausseilenden Gehorsam etwas aufgeben, was immer gut funktioniert hatte.

Zweitens hatte die Weko nur ein ungenügendes Instrumentarium zur Aufdeckung von Kartellen zur Hand. Insbesondere fehlte im KG von 1996 die Möglichkeit, Unternehmen mit einer Bussgeldbefreiung zu belohnen, wenn sie ihre Teilnahme an einem Kartell selbst anzeigten. Dieses Instrument hatte sich in anderen Ländern, allen voran den USA (wo es erfunden wurde) ausserordentlich bewährt.

Diese Situation wurde zunehmend kritisiert. Als Hoffman La Roche weltweit saftige Bussen wegen der Beteiligung am Vitamin-Kartell zu bezahlen hatte, konnte die Weko praktisch nur tatenlos zuschauen. „Der erste Mord ist gratis“ – so fasste Roland von Büren, damaliger Präsidenten der Weko, die Sachlage in der Schweiz treffend zusammen.

Was ist das Fazit der Revision von 1996? Der Gesetzgeber schuf moderne materielle Regeln im Kartellrecht. Diese waren offen ausgestaltet, um neue Entwicklungen in der Wettbewerbsökonomie integrieren zu können. Zudem schuf der Gesetzgeber eine neue starke Behörde, die mit ausreichenden Ressourcen ausgestattet an den Start ging.

Nicht gelungen ist dem Gesetzgeber der Spagat zwischen den Vorgaben der Verfassung und dem Versuch, trotz diesen Einschränkungen eine möglichst verbotsähnliche Regelung für Kartelle zu schaffen. Die Regelung in Art. 5 KG gab Anlass zu unendlichen Kontroversen und langwierigen Verfahren.

2004: Jetzt wird es ernst

Mit der am 1. April 2004 in Kraft getretenen Revision sollten nun die wichtigsten Mängel des noch relativ neuen Gesetzes ausgebessert werden. Die Revision von 2004 kann als eigentliche Kampfwertsteigerung bezeichnet werden: Dem zahnlosen Gesetz von 1996 wurde nun das fehlende Gebiss eingepflanzt.

Wichtigste Neuerung war die Einführung sogenannter direkter Sanktionen. Das Risiko für die betroffenen Unternehmen wuchs damit massiv. Sie konnten nicht mehr gemütlich den Ausgang einer Weko-Untersuchung abwarten, sondern mussten damit rechnen, gleich für den ersten Verstoss ohne Gnadenfrist massiv gebüsst zu werden. Die Weko machte denn auch umgehend regen Gebrauch von dieser Möglichkeit und verhinderte damit, dass die direkten Sanktionen zum Papiertiger wurden. Was bei der Revision nicht oder zu wenig bedacht wurde: Die Sanktionsmöglichkeit veränderte den Charakter des KG radikal. Das Kartellrecht wurde nun zum Strafrecht. Und sogleich entstand auch eine Kontroverse zum Anwendungsbereich der Bussen:

Konnten diese im Bereich von Art. 5 KG lediglich für wettbewerbsbeseitigende oder auch für erhebliche Abreden verhängt werden? Das Bundesgericht hat am Dienstag auch diese Frage geklärt: Nur Bagatellabreden, die die Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen, können nicht gebüsst werden. Alle anderen (erheblichen) Abreden, die nicht gerechtfertigt werden können, unterliegen nun einem Bussgeldrisiko. Ob sich der Gesetzgeber von 2004 bewusst war, welche weitgehende Konsequenzen Art. 49a KG haben würde, bleibe dahin gestellt.

Um angesichts der neuen Risiken den Unternehmen die Möglichkeit zu geben, sich über die Zulässigkeit von beabsichtigten Abreden Rechtssicherheit zu verschaffen, wurde das Widerspruchsverfahren eingeführt. Es erlaubt Unternehmen, vor Umsetzung einer Abrede, diese der Weko zu melden. Damit entfällt das Bussgeldrisiko. Allerdings tut sich die Weko mit diesem Instrument schwer, weil es um die Beurteilung zukünftiger Auswirkungen im Markt geht. Das Bundesgericht hat diese Haltung im *Maestro*-Entscheid geschützt. Die Weko braucht demnach – im Gegensatz zur Fusionskontrolle, wo sie dies von Gesetzes wegen tun muss – im Widerspruchsverfahren keine *ex ante* Beurteilungen vorzunehmen und wird damit von der Aufgabe befreit, Rechtssicherheit zu schaffen. Dieses Instrument ist damit weitgehend eine Totgeburt geworden.

Ein sehr wirksames Instrument ist die Bonusregelung, d.h. die Möglichkeit von Selbstanzeigen, oder neu-deutsch *Leniency Applications*. Davon haben Unternehmen seit 2004 regen Gebrauch gemacht und die Weko konnte zahlreiche Verstösse aufgrund solcher Meldungen ahnden. Allerdings gibt es auch hier praktische Tücken, namentlich bei internationalen Kartellen, wo Schadenersatzklagen im Ausland drohen. Die Gefahr besteht dort, dass Kläger versuchen, die Selbstanzeigen heraus zu verlangen. Dies ist dann nicht möglich oder zumindest schwieriger, wenn die Selbstanzeige mündlich beim Sekretariat zu Protokoll erfolgt. Über die Umsetzung dieser mündlichen Protokollerklärungen befindet sich das Sekretariat mit der Anwaltschaft in einem konstruktiven Dialog, zumal es auch um den Schutz dieser wirksamen Institution geht.

Weniger konsensual ist der Dialog zwischen Anwälten und Behörden im Bereich der Ermittlungsinstrumente: Die Weko hat dazu anfangs Jahr ein neues Merkblatt erlassen und praktiziert seit einiger Zeit neue Methoden, die nach Ansicht vieler Anwälte die Verteidigungsmittel der beschuldigten Unternehmen in unzulässiger Weise beschneiden. Früher oder später werden wohl die Gerichte entscheiden müssen, wo die Grenzen der zulässigen Ermittlungsmethoden liegen.

Last but not least hat der Gesetzgeber 2004 Art. 5 Abs. 4 KG eingeführt. Mit der Schaffung von zwei Vermutungstatbeständen im Vertikalbereich wurden der Weko neue Mittel im Kampf gegen die Hochpreisinsel zur Verfügung gestellt. Die Weko hat dann auch eine ganze Reihe von Untersuchungen in diesem Bereich geführt, insbesondere nachdem der Euro gegenüber dem Schweizer Franken im Sommer 2011 abgestürzt ist. Nur in relativ wenigen Fällen wurde die Weko fündig. Die betroffenen Unternehmen haben die Verfügungen der Weko in vielen dieser Fälle weitergezogen. Die Weko hat in diesem Bereich viel Arbeit geleistet und trotzdem wenige Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen gefunden. Aus der Sicht der Praxis erstaunt dies nicht. Das tatsächliche Problem sind nämlich Handelsgeheimnisse. Das viel gepriesene *Cassis de Dijon*-Prinzip ist nämlich in Tat und Wahrheit vor lauter Ausnahmen ein Emmentaler Käse und Direktimporte sind weiterhin meist nicht möglich. Es ist deshalb davor zu warnen, der Weko durch Alibi-Gesetzgebung in diesem Bereich Aufgaben aufzubürden, die sie nicht erfüllen können wird.

2016: Wie Weiter?

Die Weko und ihr Sekretariat haben in den letzten 20 Jahren eine beachtliche Entwicklung durchlaufen und vieles, was anfangs Schwierigkeiten machte, wird heute professionell und souverän behandelt. Die Zusammenarbeit mit der Anwaltschaft und den Unternehmen ist mit ganz wenigen Ausnahmen kollegial und offen. Dies sollte auch in Zukunft so bleiben. Die Behörden haben viel Mut, die Grenzen des Kartellgesetzes auszuloten und greifen auch Fälle auf, bei denen der Ausgang vor den Gerichten ungewiss ist. Den Behörden fehlt demgegenüber oft der Mut, auch einmal anzuerkennen, dass ein geplantes Verhalten oder ein Vertrag kartellrechtlich unproblematisch ist. Bei der Behörde scheint auch das Bewusstsein vorzuherrschen, dass nur direkte Sanktionen eine wirksame Abschreckung darstellen und man deshalb dieses Mittel im Zweifel nicht aus der Hand geben sollte. Aus Sicht der Praxis wäre es wünschbar, wenn die Behörden in diesem Bereich mutiger würden und auch einmal ein Verhalten, dessen Auswirkungen im Markt nicht zu 100% abschätzbar sind, genehmigen würden.

Was ist von der nächsten KG-Revision zu wünschen? In Europa ist, wie wir gleich im Vortrag von Frau Westermann hören werden, die private Kartellrechtsdurchsetzung in den vergangenen Jahren von der EU und den nationalen Gesetzgebern stark ausgebaut worden. Es ist wohl zu früh für eine Bilanz, aber schon heute zeichnet sich ab, dass dieses weitere Standbein sehr wirksam ist. Der Schweizer Gesetzgeber sollte in der nächsten Revision prüfen, ob die private Durchsetzung, die in der Schweiz noch praktisch inexistent ist, mit wirksamen Mitteln gezielt zu fördern ist. Als weiteres Anliegen der Behörde ist wohl in der Fusionskontrolle auf den heutigen Doppeltest zu verzichten und ein zeitgemässes Prüfkriterium, z.B. der SIEC-Test einzuführen. Aus Sicht der Täter-Anwälte ist schliesslich auch die Verbesserung des behördlichen *Set-up* und der Verfahrensrechte ein wichtiges Anliegen. Es fehlt – trotz Verbesserungsmaßnahmen in der Praxis – nach wie vor an Transparenz und Glaubwürdigkeit des Entscheidungsprozesses und das Verfahren entspricht nicht den Anforderungen an ein Strafverfahren. Dieser Punkt wurde 2004 vernachlässigt und gehört auf die Agenda der nächsten Revision. Die heutige Veranstaltung hat gezeigt, dass zu den Bereichen mit dringendem Revisionsbedarf weitgehend Konsens besteht. Wir sollten deshalb mit vereinten Kräften daran arbeiten, dass der nächsten Revision mehr Erfolg beschieden sein wird, als dem letzten Versuch von 2014, der im Parlament scheiterte.