

Absolutes Kartellverbot

Tim Meyer

Ein absolutes Verbot von Kartellen war vom Gesetzgeber nie gewollt und scheint auch heute, speziell im Lichte der neueren Rechtsprechung und des Zweckartikels, nicht sinnvoll.

Im Juni 2016 publizierte das Bundesgericht seinen Entscheid zum Fall Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals GABA International) und bestätigt darin die Busse des Bundesverwaltungsgerichts (2C_180/2014). Das Bundesgericht kam unter anderem zum Schluss, dass ein Verbot über eine Gebietsabrede zweier oder mehrerer Unternehmen von nun an absolut zu gelten hat. In der Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 28. Juni 2016 wird Folgendes festgehalten:

«Preis, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG gelten auch dann, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen wird, aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Dies gilt unabhängig von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der Beteiligten. Entsprechende Abreden sind somit vorbehältlich einer Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz unzulässig.»

Des Weiteren legt das Bundesgericht in seinem Urteil Art. 49a KG so weit aus, dass direkte Sanktionen nicht mehr nur gegen Unternehmen ausgesprochen werden können, die eine wettbewerbsbeseitigende Abrede getroffen haben. Vielmehr besteht nun auch die

Möglichkeit, Unternehmen direkt zu sanktionieren, die sich zwar an einer vermutungsweise wettbewerbsbeseitigenden Abrede beteiligt, diese Vermutung umgestossen haben aber den Beweis der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) nicht erbringen können. Nicht nur ist diese Schuldvermutung und die damit einhergehende Beweislastumkehr verfassungsrechtlich problematisch, auch die Annahme des Bundesgerichts, dass ein generelles Verbot der absoluten Gebietsabrede gelten soll scheint sonderbar, widerspricht dies doch dem Zweck des Kartellgesetzes, namentlich schädliche Auswirkungen von Kartellen und andere Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern.

Vor dem Entscheid wurde beim Bestehen einer horizontalen oder vertikalen Gebietsabrede vermutet, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wurde (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG). Diese Vermutung konnte durch das betroffene Unternehmen dadurch umgestossen werden, dass nachgewiesenermassen Restwettbewerb bestand. Sodann wurde gemäss Art. 5 Abs. 1 KG durch die WEKO geprüft, ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wurde und ob diese Beeinträchtigung eventuell durch wirtschaftliche Effizienz gerechtfertigt war. Dies aufgrund der bis anhin geltenden Missbrauchsgesetzgebung im Kartellrecht.

Post Gaba-Fall wendet das Bundesverwaltungsgericht eine neue Form der Prüfung der Abrede gemäss Art. 5 KG an und das Bundesgericht bestätigt sie. Besteht heute eine horizontale oder vertikale Gebietsabrede, so wird immer noch vermutet, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wurde. Die Vermutung kann auch weiterhin vom betroffenen Unternehmen umgestossen werden. Nur nützt dies nichts mehr. Denn die Abrede gilt «aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung». Das soll gemäss erwähnter Pressemitteilung immer gelten, ungeachtet quantitativer Kriterien wie z.B. Grösse der Marktanteile der Beteiligten. Schwellenwerte wie sie bis anhin (zu Recht) für die Erheblichkeit gefordert wurden, sind nicht mehr zu berücksichtigen. Es besteht einzig die Möglichkeit, die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen. Eine Gebietsabrede ist folglich per se verboten. Ob sie den Wettbewerb beeinträchtigt oder nicht, spielt keine Rolle mehr. Die Abrede wird bereits auf Grund ihrer qualitativen Merkmale (Gebietsabrede) als eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende betrachtet. Die möglicherweise umgestossene Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung wird direkt durch eine weitere Vermutung ersetzt. Der Beweis, dass

diese zweite Vermutung den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt, ist ebenfalls vom Unternehmen zu erbringen. Die bis anhin staatliche Aufgabe muss nun von den betroffenen Wettbewerbsteilnehmern übernommen werden. Diese Beweislastumkehr (das Unternehmen kann nur noch akzeptieren oder versuchen, den schwierigen Beweis der wirtschaftlichen Effizienz zu erbringen) scheint dem Gericht völlig unproblematisch. Man darf als Wettbewerbsteilnehmer also davon ausgehen, dass Schuld und nicht mehr Unschuld vermutet wird. Ebenso unproblematisch scheint dem Gericht, seinen Entscheid mit dem mindestens fragwürdigen Argument zu rechtfertigen, dass man mit diesem neuen Vorgehen die Verwaltung entlasten wolle.

Weiter hat ein per se Verbot der Gebietsabrede zur Folge, dass der Auftrag gemäss Art. 96 BV Gesetze zu erlassen, die den Missbrauch im Kartellrecht verhindern sollen, obsolet wird. Mit anderen Worten, ein Missbrauch muss nicht mehr stattfinden. Vielmehr ist jeder Wettbewerbsteilnehmer betroffen, der sich an einer Gebietsabrede beteiligt, unabhängig davon, ob die Abrede den Wettbewerb nur beeinträchtigt oder beseitigt. Dies entspricht nicht dem Zweck des Kartellgesetzes. Denn egal, ob man von einem Institutionsschutz, einem Individualschutz oder einem «Mischschutz» der beiden ausgeht, wenn eine Abrede keine Auswirkung auf den Wettbewerb hat, dann kann das Kartellgesetz schlicht keine Anwendung auf eine Abrede finden (Der Zweckartikel spricht davon die «schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbehörden zu verhindern» und nicht von einer Verhinderung der Kartelle und anderen Wettbewerbsbeschränkungen). Ein Verbot von Abreden per se, also ohne einen Bezug zum Markt, ist nicht sinnvoll und war auch nie gewollt. Vielmehr war vorgesehen, dass die Schädlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall festgestellt wird (BBI 1995 I 554 Ziff. 231.2).

Problematisch scheint diese neue Auslegung auch hinsichtlich des Schutzes des potentiellen

Mit Anwendung der neuen Rechtsprechung und dem Wunsch potentiellen Wettbewerb zu schützen, wird jede Gebietsabrede sanktionierbar.

Wettbewerbs. Um des Argumentes willen wird hier angenommen, man könne etwas schützen, von dem man noch nicht einmal weiss, ob und in welcher Form es überhaupt jemals existieren werde (In Wirklichkeit kann man schlicht nicht wissen, ob eine Abrede den Wettbewerb in Zukunft erheblich beeinträchtigt hätte oder nicht).

Der potentielle Wettbewerb ist derjenige, der möglicherweise existieren würde, hätten die Wettbewerbsteilnehmer keine Abrede getroffen. Man bestraft Wettbewerbsteilnehmer also, weil ihre Abrede den Wettbewerb erheblich hätte beeinträchtigen oder gar beseitigen können. Denn hätten die Unternehmer keine Gebietsabrede getroffen, dann wäre der Wettbewerb «im Interesse einer freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Ordnung» gefördert worden. Spinnt man den Gedankengang nun weiter, ergibt sich daraus zwingend folgende Konsequenz: Wenn Wettbewerbsteilnehmer sich einerseits einzig mit dem Nachweis der wirtschaftlichen Effizienz von Abreden exkulpieren können, die den Wettbewerb auf einem Markt effektiv erheblich beeinträchtigen, und andererseits auch der potentielle Wettbewerb geschützt sein soll, dann müssen die Wettbewerbsteil-

nehmer die Möglichkeit haben, den Beweis zu erbringen, dass potentielle Gründe der wirtschaftlichen Effizienz die Abreden rechtfertigen. Hinsichtlich des potentiellen Wettbewerbs müssten Unternehmen den Beweis erbringen, dass ihre Abrede durch potentielle Gründe gerechtfertigt ist und deshalb den potentiellen Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt. Einen Beweis zu erbringen darüber, was hätte sein können, ist aber schlicht nicht möglich, weshalb bei konsequenter Anwendung jede Gebietsabrede sanktionierbar wird. Der Schutz des potenziellen Wettbewerbs i.V.m. der neuen Beweislast ist durchaus problematisch. Muss ein Unternehmen, das sich an einer Gebietsabrede beteiligt hat, die potenzielle wirtschaftliche Effizienz beweisen? Auf die Erbringung dieses Beweises darf man durchaus gespannt sein. Denn von einem Beweis kann da keine Rede sein, lediglich von einer Behauptung.

Oder es wird weiterhin auf die Erbringung von effektiven Gründen der wirtschaftlichen Effizienz festgehalten. Diese Beweiserbringung ist jedoch unmöglich, da der potenzielle Wettbewerb eben gerade nicht besteht und deshalb effektive Gründe, die eine Abrede rechtfertigen könnten, ebenfalls inexistent sind.