

Besprechung / Comptes rendu

Harte Kartelle

Internationale Entwicklung und schweizerisches Recht

JUHANI KOSTKA

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2010, 703 Seiten, CHF 108.–, EUR 78.–, ISBN 978-3-7255-6169-8

Unter harten Kartellen sind Preis-, Mengen- oder Marktaufteilungsabreden zwischen Unternehmen auf gleicher Marktstufe zu verstehen. Der primäre Zweck von harten Kartellen liegt in der Erhöhung der Verkaufspreise, um eine über dem Marktpreis liegende Kartellrente zu erzielen. Unter den zahlreichen Konsequenzen harter Kartelle sind namentlich zwei zu erwähnen: (i) Der aus harten Kartellen resultierende Schaden ist für Volkswirtschaften beträchtlich. Im Tessiner Asphaltkartell hat die öffentliche Hand jahrelang eine 30%ige Kartellrente zu viel bezahlt. (ii) Für Unternehmen selbst kann die Beteiligung an einem harten Kartell in der Schweiz hohe Bussgelder nach sich ziehen, in vor allem angelsächsischen Ländern zudem auch Gefängnisstrafen für die fehlbaren Organe oder Angestellten.

Die vorliegende Arbeit aus der Freiburger AISUF-Reihe gliedert sich in zwei Hauptteile: (i) Der erste Teil untersucht die kartellrechtliche Regelung auf internationaler Ebene und beleuchtet hierbei die harten Kartelle im US-amerikanischen und im europäischen Kartellrecht. (ii) Der dem Schweizer Recht gewidmete zweite Teil mit dem Titel «Missbrauchsprinzip» stellt zunächst die Rechtsentwicklung dar, befasst sich alsdann mit der Rechtsfigur der gesetzlichen Vermutung im Allgemeinen, um sich schliesslich dem eigentlichen Thema, nämlich «harten» Kartellen i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG, zuzuwenden. (iii) Abgeschlossen wird die Arbeit unter dem Titel «Thesen» mit einer Art «executive summary».

Der erste Hauptteil «Internationale Verbotssysteme» gilt dem Blick über die Schweizer Grenze:

- Zunächst werden kartellrechtliche Grundlagen und Wettbewerbstheorien zu «harten Kartellen» vorgestellt. (i) Der Schwerpunkt liegt auf der spieltheoretischen Analyse der harten Kartelle. Der Autor weist dabei nach, dass die Entstehung von harten Kartellen durch eine Vielzahl von Marktfaktoren wie u. a. der Zahl von Unternehmen, der Homogenität von Produkten, den Marktschranken und den Koordinationsmechanismen beeinflusst wird. (ii) Zahlreiche Marktfaktoren haben indes einen ambivalenten Einfluss, indem sie bald kartellbegünstigend bald kartellhemmend wirken können. Der Erfolg von harten Kartellen hängt in erster Linie von einer effektiven Durchsetzung und Aufrechterhaltung des Kartells ab.
- Die Monografie behandelt alsdann die Regelung der harten Kartelle im US-amerikanischen Kartellrecht. (i) Die Ausführungen des Autors zum materiellen US-Wettbewerbsrecht sind gut recherchiert und erlauben es, ohne grösseren Aufwand den aktuellen Rechtszustand zu ermitteln. Nach der Praxis des Supreme Court fallen harte Kartelle unter das Per-se-Verbot von Section 1 Sherman Act. Einzig subsidiäre Kartellabreden im Rahmen von effizienzsteigernden Kooperationsabkommen gelten ausnahmsweise als zulässig (sog. Ancillary-restraints-Doktrin). (ii) Demgegenüber hätte eine vertieftere Behandlung verfahrensrechtlicher Aspekte des US-Rechts es unter Umständen erlaubt, zusätzliche Erkenntnisse für die Auslegung und Anwendung des Schweizer Rechts zu gewinnen.
- Schliesslich richtet der Autor sein Augenmerk auf das EU-Kartellrecht, nämlich Art. 101 AEUV. (i) Er macht deutlich, dass das europäische Wettbewerbsrecht nicht nur der Steigerung der Konsumentenwohlfaht, sondern auch – im Unterschied zum Schweizer Recht – der Realisierung des Binnenmarkts dient. (ii) Nach der Praxis des EuGH gelten harte Kartelle als Kernbeschränkungen und fallen unter das Kartellverbot von Art. 81 Abs. 1 EGV bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV. Nur in Ausnah-

mefällen können horizontale Preis-, Mengen- oder Marktaufteilungsabreden im Rahmen von effizienzsteigernden Kooperationsabkommen (entsprechend der US-amerikanischen Ancillary-restraints-Doktrin) kartellrechtlich zulässig sein. Die vorliegende Arbeit besticht durch die umfassende Verarbeitung der EU-Praxis und der Systematisierung in zulässige und unzulässige Wettbewerbsabreden (Kartelle).

Im dem Schweizer Recht gewidmeten zweiten Hauptteil wird die Praxis zu (fast) allen materiell- (so z.B. das Parallelverhalten, Empfehlungen) und verfahrensrechtlichen (so z. B. das Entsigelungsverfahren, Legal Privilege, Amtshilfe) Fragen dargestellt.

- Der vorangestellte historische Rückblick geht auf die Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts ein, von seinen Anfängen mit der Boykottrechtsprechung über den Erlass des KG62, des KG85, des KG95 bis zur jüngsten Revision im Jahre 2003. (i) Der Autor kommt zum Schluss, dass harte Kartelle in der schweizerischen Volkswirtschaft lange Zeit nicht als ökonomisches oder kartellrechtliches Problem aufgefasst wurden. (ii) Erst mit dem KG95 sowie der Revision 2003 habe diesbezüglich ein Umdenken eingesetzt, um die Schweiz in Einklang mit weltweit gültigen Prüfungs-Standards zu bringen.
- Der Autor würdigt alsdann die in Art. 5 Abs. 3 KG enthaltene Vermutungsregel. Diese erfolgt im Lichte verschiedener gesetzlicher Vermutungen wie etwa Art. 262 ZGB, Art. 371 ZGB, Art. 34 AsylG oder Art. 6 Abs. 2 BewG. (i) Der Autor hält dafür, dass bei diesen Vorschriften neben der Umkehr der objektiven Beweislast sehr weit gehende Mitwirkungspflichten hinzukommen, die im Ergebnis der Auferlegung einer subjektiven Beweislast für die beweisbelastete Partei (bzw. den Vermutungsgegner) gleichkommen. (ii) A fortiori gelte dies für das Kartellverwaltungsrecht. Das KG statuiere nämlich darüber hinaus in Art. 40 KG und Art. 42 Abs. 1 KG spezifische kartellrechtliche Mitwirkungspflichten.
- Einen Schwerpunkt der Arbeit stellt schliesslich die Untersuchung der Preisabreden dar. (i) Der Autor schält die Kriterien zur Qualifizierung von Preisabreden heraus. Dies mündet u.a. in eine Darstellung der verschiedenen Erscheinungsformen von Preisabreden. (ii) Nach Auffassung des Autors ist für das Vorliegen einer Preisabrede ausschlaggebend, dass die Abredeteiligen einen preisharmonisierenden Zweck verfolgen oder die Abrede eine preisharmonisierende Wirkung zeitigt bzw. zeitigen kann. (iii) Ausnahmsweise aber könne es an einer Preisabrede mangeln, wenn durch die Abrede (Kartell) kein preisharmonisierender Zweck verfolgt und keine preisharmonisierende Wirkung realisiert wird.

De lege lata verdienen folgende sehr gut recherchierte Erkenntnisse erwähnt zu werden:

- Das geltende Kartellrecht verfolgt primär einen Institutionsschutz (Schutz des Wettbewerbs) und lediglich indirekt einen Individualschutz (Schutz der Wettbewerber).
- Art. 5 Abs. 3 KG enthält – entgegen der herkömmlichen Meinung – keine widerlegbare Rechtsvermutung, sondern eine widerlegbare Tatsachenvermutung.
- Unter Geltung der Verhandlungsmaxime folgt der Umkehr der objektiven Behauptungs- und Beweislast auch eine Umkehr der subjektiven Behauptungs- und Beweislast.
- Horizontale Preis-, Mengen- oder Marktaufteilungsabreden sind unabhängig von ihrer Marktwirkung unter die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumieren.
- Abgestimmte Verhaltensweisen müssen eine gewisse Wirkung im Markt zeitigen, um als harte Kartelle qualifiziert zu werden. Dieser Nachweis ist – infolge der Abgrenzung gegenüber kartellrechtlich erlaubtem Parallelverhalten – unabdingbar.
- Art. 5 Abs. 3 KG gilt grundsätzlich nur für horizontale Abreden. (i) Die Vermutungsbasis ist erfüllt, sobald eine Wettbewerbsabrede zwischen Wettbewerbern über die direkte/indirekte Festsetzung von Preisen, Mengen oder Marktaufteilungen (Typ der Abrede) vorliegt. (ii) Ausnahmsweise rechtfertigt die organisatorische Bündelung vertikaler Abreden z. B. durch ein marktmächtiges Unternehmen eine Beurteilung der gebündelten vertikalen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG.
- Die Vermutungsfolge von Art. 5 Abs. 3 KG kann widerlegt werden, wenn genügender Innenwettbewerb vorliegt. (i) Nach Recherchen des Autors trifft dies nur dann zu, wenn weniger als 60% der beteiligten Unternehmen die Abrede einhalten. (ii) Entgegen dem Bundesgericht und einem Teil

der Lehre hält der Autor die Berücksichtigung anderer Wettbewerbsparameter zur Widerlegung der Vermutung für falsch.

- Anhand einer empirischen Auswertung der von der Weko beurteilten harten Kartelle im Zeitraum 1997 bis 2009 macht der Autor deutlich, dass – abgesehen von Einzelfällen – Kartellabreden bei einer erfolgreichen Widerlegung aus Effizienzgründen oder wegen Unerheblichkeit kartellrechtlich zumeist zulässig sind.
- Harte Kartelle, d. h. auch solche, die trotz Widerlegung der Vermutung unzulässig sind (Art. 5 Abs. 1 KG), können gemäss Art. 49a Abs. 1 KG umfassend sanktioniert (Bussgelder) werden.

De lege ferenda finden sich verschiedene interessante Hinweise, wobei man bedauern könnte, dass der Autor seine umfangreiche Studie nicht in den Kontext der Revisionsarbeiten für ein neues Kartellgesetz, welche 2009 publiziert wurden, gesetzt hat.

- Zur Erhöhung der Aufdeckungsrate sei keine weitere Erhöhung des Bussenrahmens notwendig.
- Die Bonusregelung sei zu revidieren und ein besonderes Belohnungssystem für Kronzeugen angezeigt.
- Das amerikanische Kartellstrafverfahren sei – ohne grundlegende Reform des schweizerischen Kartellverwaltungsverfahrens – für eine punktuelle Übernahme von Verfahrensregeln nicht geeignet.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die besprochene Dissertation den Ist-Zustand der Rechtsprechung zu den «harten Kartellen» umfassend aufarbeitet. (i) Die materiell-rechtliche Beurteilung von Art. 5 Abs. 3 KG wird in den historischen, ökonomischen und internationalen Kontext gestellt. (ii) Der verfahrensrechtliche Gehalt von Art. 5 Abs. 3 KG (Beweislast, Mitwirkungspflichten) wird eingehend behandelt. Für die Praktiker stellt die Dissertation somit ein geschätztes Nachschlagewerk im Umgang mit dem Kartellrecht und der Wettbewerbsbehörde dar. Nützlich sind dabei auch die Übersichtstabellen (S. 560 ff.) zur Weko-Praxis.

*Dr. Patrick L. Krauskopf, LL.M. (Harvard), Rechtsanwalt (Zürich/New York),
Dozent für Wettbewerbsrecht (ZHAW)*