



CH-3003 Bern, WEKO

A-Post

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Vernehmlassung KG
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Vorab per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: 011-00002/gra/bij/zib

Direktwahl: 058 463 24 27

Bern, 23. Februar 2022

011-00002: Teilrevision des Kartellgesetzes (KG): Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens – Stellungnahme der Wettbewerbskommission

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung im Vernehmlassungsverfahren und nehmen zur den Vernehmlassungsunterlagen in Anwendung von Art. 46 Abs. 2 KG gerne Stellung.

Die vorgeschlagenen Anpassungen des Kartellgesetzes (KG) enthalten verschiedene Änderungen, welche sich direkt und einschneidend auf die Arbeit der Wettbewerbskommission (WEKO) sowie die Durchsetzung des Kartellrechts auswirken werden. Abgesehen von wenigen, aber folgenschweren Eingriffen ins Kartellgesetz, auf welche weiter unten im Einzelnen eingegangen wird (II.1. und II.2), sind die Anpassungsvorschläge des Bundesrats aus Sicht der WEKO sehr zu begrüßen.

I. Sinnvolle Anpassungen

I.1. Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle

Der heute in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle angewendete qualifizierte Marktbeherrschungstest ist sehr permissiv und erlaubt den Wettbewerbsbehörden nicht, bei wohlfahrtsmindernden Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens einzugreifen, solange dadurch keine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Dies führt zu Märkten mit hoher Konzentration, die typischerweise durch wenig Wettbewerb und hohe Preise geprägt sind. Der geltende qualifizierte Marktbeherrschungstest ist denn auch kaum mehr zeitgemäss. So wird heute in den westlichen Industrieländern – auch in der EU und den USA – vorwiegend ein SIEC-Test angewendet, welcher der Wirtschaftsrealität besser Rechnung trägt. Der SIEC-

Test erlaubt es den Wettbewerbsbehörden, einen Zusammenschluss auch dann zu untersagen oder ihn nur mit Auflagen oder Bedingungen zu genehmigen, wenn durch die Transaktion zwar keine marktbeherrschende Unternehmung entsteht, sie aber den Wettbewerb signifikant behindert bzw. schwächt. Zudem erlaubt der vorgeschlagene SIEC-Test im Gegensatz zur geltenden Zusammenschlusskontrolle die Berücksichtigung von Effizienzgründen. Solche werden in der Praxis von Unternehmen regelmässig vorgebracht; deren Berücksichtigung ist in der geltenden Zusammenschlusskontrolle jedoch kaum vorgesehen. Schliesslich ist es begrüssenswert, die schweizerische Zusammenschlusskontrolle so weit als möglich an jene der EU anzugleichen, und zwar nicht nur für die Behörden, sondern auch für die betroffenen Unternehmen: Denn dadurch können Synergien genutzt und Erfahrungen geteilt werden.

Die neu vorgesehenen Möglichkeiten der Befreiung von der Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben mit mindestens EWR-weiten Märkten sowie der Verlängerung der Fristen bei internationalen Zusammenschlüssen zwecks Harmonisierung mit den Fristen der europäischen Wettbewerbsbehörden werden in entsprechenden Fällen den administrativen Aufwand der Unternehmen wie der Behörden verringern.

Wir befürworten daher die vorgeschlagene Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle.

I.2. Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Wir begrüssen die in den Vernehmlassungsunterlagen vorgeschlagene Lösung zur Verbesserung des Widerspruchsverfahrens, die eine Verkürzung der Widerspruchsfrist von fünf auf zwei Monate nach Eingang der Meldung vorsieht und wonach neu einzig die Eröffnung einer formellen Untersuchung nach Art. 27 KG zum Sanktionsrisiko führt. Dies erhöht die Attraktivität des Widerspruchsverfahrens für die Unternehmen und reduziert das Sanktionsrisiko bei der Umsetzung von Verhaltensweisen, die im Voraus weder klar als erlaubt noch als verboten qualifiziert werden können.

I.3. Stärkung des Kartellzivilrechts

Wir begrüssen die in den Vernehmlassungsunterlagen vorgeschlagenen Gesetzesänderungen zur Stärkung des Kartellzivilrechts. Allerdings weisen wir darauf hin, dass für die Betroffenen trotz der Verbesserungen gewichtige Hürden für Zivilklagen fortbestehen werden, die in der Revisionsvorlage nicht adressiert werden, insbesondere das hohe Prozesskostenrisiko und der fehlende Zugang zu Beweismitteln der anderen Partei.

I.4. Weitere Punkte

Die zahlreichen weiteren Punkte im Gesetzesentwurf, die revidiert werden sollen, erscheinen aus der Sicht der Wettbewerbsbehörden begrüssenswert, da sie zu mehr Rechtssicherheit sowie zu kürzeren und einfacheren Verfahren führen werden.

II. Abzulehnende Anpassungen

II.1. Umsetzung der Motion Fournier

Die von der Motion Fournier geforderte Einführung von Ordnungsfristen in Kartellverfahren (Art. 44a VE-KG; Bericht, S. 13. f.) lehnt die WEKO (wie schon der Bundesrat) ab: Das Bedürfnis der Unternehmen nach effizienten Kartellverfahren und zeitnahen klaren Präjudizien durch die Wettbewerbsbehörden und Gerichte ist nachvollziehbar und gerechtfertigt. Auch die WEKO hat ein grosses Interesse daran, dass Kartellverfahren rasch und einfach ablaufen und dass die für die Marktteilnehmer wie die WEKO wegweisenden Urteile der Gerichte möglichst zeitnah vorliegen. Die WEKO und ihr Sekretariat setzen ihre Prioritäten und planen den Ressourceneinsatz entsprechend. Sie haben in den letzten Jahren zwecks rascherem

Abschluss von Verfahren auch die internen Prozesse überprüft und optimiert. Beliebig verkürzen lassen sich die Kartellverfahren jedoch aus vielen Gründen nicht: Sie sind regelmässig sehr komplex, der Sachverhalt muss aufwändig, sorgfältig und genau abgeklärt werden, die Parteirechte sind vollumfänglich zu wahren, die Ressourcen der Behörden und Gerichte sind beschränkt. Gerade weil bei Verstössen gegen das Kartellgesetz empfindliche Bussen drohen, sind die Partei- und Verteidigungsrechte (rechtliches Gehör etc.) zu Recht stark ausgeprägt. Bei der Rechtsstaatlichkeit dürfen aus Sicht der WEKO jedoch keine Kompromisse gemacht werden. Die aktuellen Regelungen bieten die notwendige Flexibilität, um den Herausforderungen der Durchsetzung des Kartellrechts angemessen zu begegnen. Fristen für Behörden und Gerichte, welche die Qualität der Untersuchungen und Entscheide gefährden würden, sind deshalb abzulehnen. Das gilt sowohl für die vorliegend vorgeschlagenen Ordnungsfristen (Bericht, S. 13. f.) als auch noch viel mehr für allfällige starre Fristen. Folglich beantragen wir die Ablehnung von Fristen für Kartellverfahren.

Auch die von der Motion Fournier geforderte Einführung von Parteientschädigungen (Art. 53b VE-KG; Bericht, S. 14) lehnt die WEKO (wie auch schon der Bundesrat) ab: Das Bundesrecht sieht im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren generell keine Parteienentschädigung vor. Erst in Beschwerdeverfahren vor den Gerichten können solche Ansprüche geltend gemacht werden. Für die WEKO gibt es keine guten Gründe, nur im Kartellrecht von diesem Grundsatz abzuweichen und eine Spezialregelung zu erlassen. Deshalb beantragen wir die Ablehnung von Parteientschädigungen nur im Kartellverfahren.

II.2. Umsetzung der Motion Français

Die Motion Français verlangt, dass der Begriff der Erheblichkeit in Art. 5 KG «präzisiert» wird. Sie ist eine Reaktion auf das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba aus dem Jahr 2016. Dieses Urteil betrifft nur wenige und klar bestimmte Arten von Abreden: nämlich die vom Gesetzgeber selber als besonders schädlich qualifizierten und in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG explizit definierten fünf Typen von harten horizontalen und vertikalen Abreden. Selbst diese harten Abreden sind nicht einfach per se verboten: Vielmehr bleibt im Einzelfall einerseits eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen möglich, andererseits gibt es Ausnahmen zum Grundsatz der Erheblichkeit, etwa bei Vorliegen von Bagatellfällen.¹ Bei harten Abreden, welche erfahrungsgemäss schädlich für den Wettbewerb sind, ist der Nachweis von quantitativen Effekten – wie etwa ein durch die Abrede überhöhtes Preisniveau – aufgrund zahlreicher Marktinterdependenzen regelmässig nicht eindeutig möglich, aber letztlich auch entbehrlich.² Für alle anderen, d.h. «weichen» horizontalen und vertikalen Abreden ist die Gaba-Rechtsprechung gar nicht einschlägig und es sind weiterhin neben qualitativen auch quantitative Elemente zu berücksichtigen.

Die Wettbewerbsbehörden haben in zahlreichen Fällen harter Abreden die Gaba-Rechtsprechung berücksichtigt. Das Resultat fällt positiv aus: Das Gaba-Urteil hat zentrale Rechtsfragen bei der Anwendung von Art. 5 KG geklärt, Rechtssicherheit geschaffen, die Dauer von Verfahren reduziert und die Durchsetzung des Kartellgesetzes in der Praxis – namentlich die Bekämpfung von Gebietsabschottungen («Hochpreisinsel Schweiz») – erleichtert. Quantitative wie auch ökonomische Aspekte werden bei der Beurteilung der Fälle weiterhin berück-

¹ Weitere Ausnahmen sind denkbar, wenn eine Zusammenarbeit nicht ihrer Natur nach schädlich ist, wie etwa bei einer komplexen Zusammenarbeit auf mehrseitigen Märkten oder bei Einkaufsgemeinschaften (vgl. ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I, 111 f.; RPW 2020/2, 413 Rz 61, *Einkaufskooperation*).

² Dies zeigt auch die internationale Best-Practice der OECD auf: «[...] Recommends that Adherents make hard core cartels illegal regardless of the existence of proof of actual adverse effects on markets [...]» (OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [OECD/Legal/0452], Ziff II).

sichtigt, namentlich bei der Effizienzprüfung. Zudem entspricht die aktuelle Regelung zumindest im Ergebnis derjenigen der EU und deren Mitgliedstaaten sowie der internationalen Best-Practice der OECD³, was gerade für international tätige Unternehmen von Vorteil ist.

Revisionsbedarf besteht daher nicht, im Gegenteil: Eine Änderung von Art. 5 KG untergräbt die durch das Bundesgericht geschaffene Rechtssicherheit und kreiert neue Auslegungsprobleme. Die Situation wäre zukünftig vergleichbar mit derjenigen vor dem Gaba-Entscheid: Damals war für viele Unternehmen unklar, was «erheblich beeinträchtigt» bedeutet – namentlich wie sich die Erheblichkeit anhand von quantitativen Kriterien wie Marktanteilen, Marktabdeckung u.a. misst. Vor den Behörden und Gerichten sowie in der Lehre war über viele Jahre heftig umstritten und gerade für kleinere Unternehmen unklar, ob eine Kooperationsform zulässig oder verboten ist. Das Bundesverwaltungsgericht verstärkte diese Unsicherheiten noch, indem es mehrere sich widersprechende Entscheide fällte.⁴ Die bis zum GABA-Entscheid herrschende Rechtsunsicherheit war eine Belastung nicht nur für die Behörden, sondern vor allem auch für Unternehmen, und zwar insbesondere für KMU, welche weniger guten Zugang zu juristischen und ökonomischen Expertinnen und Experten hatten. Die im vorliegenden Entwurf vorgeschlagene Berücksichtigung quantitativer Kriterien bei der Beurteilung harter Abreden ist somit ein problematischer Schritt zurück in die unsichere Vergangenheit. Zudem führt sie zu noch längeren, komplizierteren und teureren Verfahren, was den Bestrebungen der vorliegenden Revision (Motion Fournier) widerspricht.

Klar gegen die vorgeschlagene Anpassung von Art. 5 KG spricht auch, dass sich der Gesetzgeber widersprüchlich verhalten würde: Im Kampf gegen die «Hochpreisinsel Schweiz» hatte er im Jahre 2003 mit der Revision des KG u.a. Unternehmen im Ausland untersagt, mittels Abreden günstigere Parallelimporte in die Schweiz zu verhindern. Auf den 1. Januar 2022 hat der Gesetzgeber diese Bestrebungen bekräftigt, indem er zusätzliche Vorschriften gegen einseitige Importbeschränkungen erlassen hat («relative Marktmacht» und «Geoblocking»). Sollten nun mit der vorliegenden KG-Revision zukünftig Kartelle und andere harte Wettbewerbsabreden infolge der Schwächung von Art. 5 KG wieder grosszügiger akzeptiert werden als heute, könnten Unternehmen einfacher Parallelimporte in die Schweiz verhindern, vertikale Preisabreden vereinbaren und auch harte horizontale Kartelle schliessen. Damit wäre eine Abnahme des Wettbewerbsdrucks in der Schweiz verbunden. All diese Faktoren dürften zu steigenden Preisen in der Schweiz führen: Davon profitieren dürften – gerade auch international tätige – Unternehmen, welche (Kartell-)Abreden treffen und die Schweiz vom europäischen Markt abschotten. Den Preis dafür bezahlen müssten nicht nur die Konsumentinnen und Konsumenten in der Schweiz, sondern auch die hier produzierenden Unternehmen (KMU) und die öffentliche Hand. Deshalb ist die Anpassung von Art. 5 KG strikte abzulehnen.

Die Motion Français ist vor allem von der Befürchtung getragen, dass die Rechtslage für Arbeitsgemeinschaften und ähnliche Zusammenarbeitsformen mit dem Gaba-Urteil verschärft worden sei und dass die Wettbewerbsbehörden nun auch in Fällen mit vernachlässigbaren

³ Vgl. OECD (Fn 2).

⁴ Zur widersprüchlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts siehe M. BALDI, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 315 ff.; C. BAUDENBACHER, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, Jusletter 2.2.2015; A. HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter 29.6.2015, Rz 17 ff.; D. BRUCH, Entwicklungen der Erheblichkeitsprüfung bei harten Kartellen, sic! 2017, 505 ff.; M. BALDI/F. SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2015, 269 ff., hier: 273 f.; L. M. BAUDENBACHER, Schutz von Schweizer Konsumenten vor absoluten Gebietsabreden, Jusletter 2.5.2016, insb. Rz 40 ff.; B. CARRON/P. KRAUSKOPF, Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, Jusletter 30.5.2016, insb. Rz 6; R. M. STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559 ff.

Auswirkungen auf den Wettbewerb hart durchgreifen würden. Die nun vorgeschlagene Anpassung von Art. 5 KG schiesst diesbezüglich am Ziel vorbei: Die Wettbewerbsbehörden haben in der Vergangenheit stets betont und durch ihre Entscheide klargestellt, dass Arbeitsgemeinschaften in der Regel keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen und daher kartellrechtlich unbedenklich sind⁵. Fälle mit vernachlässigbaren Auswirkungen greifen die Behörden aus Verhältnismässigkeits- und Ressourcengründen schon gar nicht auf. Das Gaba-Urteil hat daran nichts geändert, was auch ein Blick auf die seither ergangenen Entscheide der Wettbewerbsbehörden beweist.

Erachtete man es – anders als die WEKO – als nötig, die in der Motion vorgebrachten Bedenken aus dem Weg zu räumen, wäre zwecks Vermeidung der oben dargelegten Nachteile ein geeigneteres Mittel zur Anpassung von Art. 5 KG zu wählen: Nämlich Präzisierungen in Art. 4 und 27 KG, wie sie schon der Bericht (S. 17 oben) antönt: In Art. 4 KG wäre die Rechtslage konkret in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften und vergleichbare Zusammenarbeitsformen klarzustellen⁶. In Art. 27 KG könnte der – aus Verhältnismässigkeitsgründen (Art. 5 Abs. 3 BV) bereits heute und auch weiterhin geltende, aber nicht kodifizierte – Grundsatz im Kartellgesetz eingefügt werden, dass die Wettbewerbsbehörden bei leichten Verstössen – unabhängig vom Bestehen weiterer Opportunitätsgründe⁷ – von der Eröffnung einer Untersuchung absehen bzw. eine eröffnete Untersuchung einstellen können⁸. Damit wird klargestellt, dass sich die Wettbewerbsbehörden einerseits nicht unnötig mit sinnvollen Arbeitsgemeinschaften beschäftigen und dass sie andererseits auf die schädlichsten (Kartell-)Abreden fokussieren können, ohne in jedem leichteren Fall ein Verfahren durchführen zu müssen. Mit diesen beiden Präzisierungen würden die Kernanliegen der Motion umgesetzt.

III. Fazit und Anträge

Zusammenfassend begrüsst die WEKO die meisten Anpassungen der vorgeschlagene KG-Revision. Hingegen beantragt sie:

- dass auf die Einführung von Fristen in Kartellverfahren verzichtet wird (Art. 44a VE-KG);
- dass auf die Einführung von Parteientschädigungen in Kartellverfahren verzichtet wird (Art. 53b VE-KG);
- dass auf eine Anpassung des Kriteriums der Erheblichkeit für Abreden verzichtet wird (Art. 5 Abs. 1 VE-KG); wenn überhaupt, sind spezifische Regeln für Arbeitsgemeinschaften und gegen das Aufgreifen von leichten Verstössen vorzuziehen (Art. 4 Abs. 1^{bis} und Art. 27 Abs. 1^{bis} VE-KG).

⁵ Vgl. z.B. Wettbewerbskommission, Jahresbericht 2013, S. 8 f. (www.weko.admin.ch > Praxis > Jahresberichte).

⁶ Eine solche Formulierung eines Art. 4 Abs. 1^{bis} VE-KG könnte wie folgt lauten:
«*Es wird vermutet, dass Absprachen zwischen Unternehmen über projektbezogene Arbeitsgemeinschaften, die für deren Teilnahme am Wettbewerb erforderlich sind, sowie vergleichbare Kooperationen keine Wettbewerbsabreden nach Absatz 1 darstellen*».

⁷ Die WEKO berücksichtigt bereits heute in ihrer Praxis neben der Art und die Schwere der Wettbewerbsbeschränkung andere Verhältnismässigkeitskriterien, namentlich die Notwendigkeit eines Grundsatzurteils, das Vorliegen privater Interessen, die Komplexität und die geschätzten Kosten des Verfahrens, die Entscheidungsprognose sowie das Vorhandensein ausreichender Ressourcen bei der Behörde.

⁸ Eine solche Formulierung eines Art. 27 Abs. 1^{bis} VE-KG könnte wie folgt lauten:
«*Bei Anhaltspunkten für leichte Verstösse können die Wettbewerbsbehörden von der Eröffnung einer Untersuchung absehen oder eine eröffnete Untersuchung einstellen*».

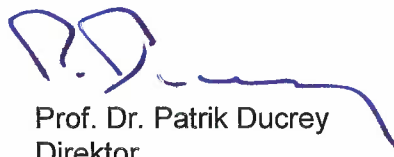
Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Anträge, Bemerkungen und Anregungen und bitten Sie um wohlwollende Prüfung derselben. Für Fragen Ihrerseits stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Wettbewerbskommission



Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident



Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor