

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

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

Zürich, 11. März 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes – Stellungnahme von economiessuisse

Sehr geehrte Damen und Herren

Im November 2021 haben Sie uns eingeladen, in oben genannter Sache Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit der Meinungsäusserung nehmen wir gerne wahr. economiessuisse nimmt gestützt auf den Input der betroffenen Mitglieder, den Arbeiten in unserer Arbeitsgruppe Kartellrechtsrevision und den Beratungen in unserer Kommission für Wettbewerbsfragen aus einer übergeordneten, gesamtwirtschaftlichen Sicht wie folgt Stellung:

Zusammenfassung

Wir fordern die Rückweisung der Vernehmlassungsvorlage zur vollständigen Überarbeitung und insbesondere die Aufnahme einer umfassenden Institutionenreform (vgl. Ziff. 2) sowie die Berücksichtigung von Compliance-Programmen (vgl. Ziff. 3).

economiessuisse hatte sich bereits in Hinblick auf die anstehende Revision mit einer branchenübergreifenden Arbeitsgruppe während über einem Jahr mit den vom Bundesrat angekündigten Revisionspunkten auseinandergesetzt. Im Rahmen der Vernehmlassung kann economiessuisse eine entsprechend deutliche Positionierung vornehmen: Die Vorlage ist umfassend zu überarbeiten. Die bundesrätlichen Vorstellungen zu einer Revision des Kartellgesetzes sind nicht ausreichend. Basis für eine Modernisierung des Kartellgesetzes kann die Vorlage 2012 sein. Der Respekt vor der politisch anspruchsvollen Diskussion einzelner Revisionspunkte darf keinen Grund darstellen, wichtige und offensichtlich notwendige Revisionspunkte nun von vornherein gar nicht anzugehen oder auf unbestimmte Zeit hinauszuzögern. economiessuisse schlägt vor diesem Hintergrund die Einsetzung einer Arbeitsgruppe unter Führung des Bundes vor, in welcher ein zukunftsfähiges, modernes Kartellrecht mit funktionierenden Institutionen entwickelt und für die parlamentarische Beratung vorbereitet werden kann (vgl. Ziff. 1.2).

1 Rückweisung der Vernehmlassungsvorlage zur vollständigen Überarbeitung und insbesondere die Aufnahme der umfassenden Institutionenreform (vgl. Ziff. 2) sowie die Berücksichtigung von Compliance-Programmen (vgl. Ziff. 3).

1.1 Allgemeine Ausführungen zur Forderung der Rückweisung

Es ist eine umfassende Revision des Schweizer Kartellrechtes notwendig, da grosser Handlungsbedarf vorhanden ist. Dieser zeigt sich zum einen am deutlich vorhandenen Reformstau, welcher aufgrund des letzten Versuches das Kartellgesetz zu revidieren weiterhin vorherrscht, wie auch anhand der zahlreichen und sich häufenden Vorstösse im Parlament, welche unterschiedliche Anpassungen am Kartellgesetz verlangen.¹ Die Wirtschaft wünscht sich für die anstehende Kartellgesetzrevision daher ein mutigeres Vorgehen von Bund und Politik.

In Hinblick auf die publizierte Vernehmlassungsvorlage muss daher festgestellt werden, dass die gegebene Möglichkeit versäumt wird, den notwendigen und dringlichen Handlungsbedarf im Kartellrecht anzugehen. Die Vernehmlassungsvorlage ignoriert den Reformstau, indem sie generell auf wenig umstrittene Punkte fokussiert ist, die wiederum nicht dringlich sind. Damit besteht das Risiko, dass umfassende Revisionen im Kartellrecht, die bedeutend wichtiger wären, wie beispielsweise die Institutionenreform, auf Jahre hin verzögert werden.

economiesuisse wünscht eine umfassende Revisionsvorlage, welche unter anderem auch die Institutionenreform und die zwingende Berücksichtigung von Compliance-Programmen aufgreift. Die Mitglieder von economiesuisse sind klar der Ansicht, dass der Respekt vor der erwartungsgemäss politisch anspruchsvollen Diskussion einer umfassenden Revision keinen Grund darstellen darf, notwendige Revisionspunkte von vornherein gar nicht anzugehen. Die erneute Blockade der Institutionenreform über Jahre hinweg soll verhindert werden, gerade da der jetzige Versuch das Kartellgesetz zu revidieren die ideale Möglichkeit bietet, die von der Wirtschaft geforderte Institutionenreform schliesslich anzugehen. So erscheint das blosses Hinauszögern der notwendigen Diskussionen über die Ausgestaltung der Institutionenreform weder als eine geeignete Strategie, das Kartellgesetz zu modernisieren noch als konstruktive Lösung, um das zentrale Anliegen der Wirtschaft aufzunehmen. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Revision wirkt als blosses Vertagung der zentralen Revisionspunkte auf einen späteren Zeitpunkt. Die Rückweisung der Vorlage ist daher unumgänglich.

Die Ausführungen zum Antrag basieren auf dem bereits im September 2021 publizierten dossierpolitik von economiesuisse.² In diesem wird der grosse Handlungsbedarf hinsichtlich der Kartellgesetzrevision aufgezeigt. Ebenso wird in dieser Publikation auch umrissen, an welchen Grundsätzen sich eine Institutionenreform orientieren soll. Ausführliche Überlegungen dazu finden sich auch im Buch «25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick» unter dem Titel «Ein Kartellgesetz der Wirtschaft».³

1.2 Einsetzung einer Arbeitsgruppe zur Vorbereitung der Vorlage

Aktuell fallen die Vorstellungen der Wirtschaft sowie die des Bundesrates über die Stossrichtung der Kartellgesetzrevision deutlich auseinander. Damit die Vernehmlassungsvorlage auf eine breitere Akzeptanz stösst, schlagen wir vor, dass der Bund eine Arbeitsgruppe einsetzt, in der die wichtigsten Interessenvertreter die Revision für die parlamentarische Beratung unter Leitung des Bundes vorberei-

¹ Motion Pfister (18.3898) « Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel »; Motion Français (18.4282) « Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen »; Motion Fournier (16.4094) « Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren », Postulat Schlatter (21.3240) « Auswirkungen der Tech-Giganten auf die Schweizer Wirtschaft. Braucht es neue Regeln? »; Motion Wicki (21.4189) « Untersuchungsgrundsatz wahren – keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz ».

² Siehe economiesuisse, Kartellgesetzrevision: Grosser Handlungsbedarf aus Sicht der Wirtschaft, September 2021, <<https://www.economiesuisse.ch/de/dossier-politik/kartellgesetzrevision-grosser-handlungsbedarf-aus-sicht-der-wirtschaft>> (besucht am 28. Februar 2022).

³ ANNE-CATHRINE TANNER, Ein Kartellgesetz der Wirtschaft, in: Henrique Schneider/Andreas Kellerhals (Hrsg.), 25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick, Zürich 2022, S. 113 ff.

ten. Das Einsetzen einer Arbeitsgruppe wurde auch im Zusammenhang mit der Revision des Urheberrechtsgesetzes gewählt.⁴ In der Folge befasste sich die Arbeitsgruppe zum Urheberrecht (AGUR 12) zunächst mit den Anpassungsmöglichkeiten an die technischen Entwicklungen und legte ihren Schlussbericht vor. Nachdem die Vernehmlassungsvorlage publiziert wurde und sich herauskristallisierte, dass die Vorstellungen hinsichtlich der Revision stark auseinanderfielen, wurde die Arbeitsgruppe zum Urheberrecht (AGUR II) erneut einberufen. Diese traf sich unter der Leitung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum an mehreren Sitzungen. Dabei wurden die sehr heterogenen Interessen der verschiedenen Interessenvertreter zusammengeführt. So wurde es möglich, im sehr komplexen Themenfeld des Urheberrechtes eine gemeinsame Position zu wichtigen Revisionsthemen zu finden, was schlussendlich eine Vorlage ermöglichte, die in der parlamentarischen Beratung Bestand hatte.⁵

economiesuisse bietet bereits jetzt die Mitwirkung in einer solchen Arbeitsgruppe an. Ziel muss es sein, dem Parlament eine breit abgestützte, zukunftsfähige und technisch überzeugende Revisionsvorlage vorlegen zu können, welche wichtige Weichenstellungen definiert, damit die Vorlage in den parlamentarischen Beratungen Bestand hat.

2 Aufnahme der Institutionenreform

Das schweizerische Wettbewerbsrecht wurde seit der Inkraftsetzung des ersten Kartellgesetzes im Jahr 1964 tiefgreifenden Veränderungen unterzogen. Die institutionellen Strukturen der Wettbewerbsbehörde wurden indessen, mit Ausnahme einiger weniger Änderungen, nicht an die neuen Gegebenheiten angepasst.

Die Aufnahme einer Institutionenreform in das Revisionsvorhaben ist für die Wirtschaft daher von zentraler Bedeutung. Damit soll die Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungskompetenz der Wettbewerbsbehörde erzielt werden.

2.1 Fehlende Unabhängigkeit

Die WEKO geniesst im Grundsatz ein hohes Mass an Autonomie und untersteht in fachlicher und inhaltlicher Hinsicht keiner Aufsicht.⁶ Trotz dieser formalrechtlichen Unabhängigkeit enthält das Kartellgesetz durchaus Kompetenznormen, die eine (politische) Einflussnahme seitens der Bundesbehörden ermöglichen. So kann der Bundesrat zum Beispiel auf Antrag der Beteiligten die Entscheidung der Behörde revidieren und ausnahmsweise aus überwiegend öffentlichen Interessen für zulässig erklären.⁷

Auch ist das Verhältnis zwischen dem Sekretariat und der Wettbewerbskommission (WEKO) geprägt von Abhängigkeiten, denn hier fehlt es an einer eindeutigen Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene. Bezüglich der Aufgabenteilung finden sich bereits Inkonsistenzen im Kartellgesetz. Das Sekretariat ist für die Eröffnung einer Untersuchung, wenn auch bloss formal, auf die Zustimmung eines Mitgliedes im Präsidium der WEKO angewiesen (Art. 27 Abs. 1 KG). Zudem steht es der WEKO offen, Anhörungen zu beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungs-

⁴ Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum, Startschuss zur Revision des Urheberrechts und AGUR12, <<https://www.ige.ch/de/recht-und-politik/immaterialgueterrecht-national/urheberrecht/revision-des-urheberrechts/arbeitsgruppe-urheberrecht>> (besucht am 28. Februar 2022).

⁵ Medienmitteilung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 2. März 2017, <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/recht/national/d/urheberrecht/AGUR12_II_Medienmitteilung_20170302_DE.pdf> (besucht am 28. Februar 2022).

⁶ VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Basel 2012, N 14 zu Art. 19 KG; SILVAN MEIER/DAVID BRUCH, in: Kommentar: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), Zürich/St. Gallen 2018, N 6 zu Art. 19 KG.

⁷ MEIER/BRUCH, Fn. 6, N 9 zu Art. 19 KG.

massnahmen zu beauftragen (Art. 30 Abs. 2 KG). Die Unabhängigkeit des Sekretariats als Untersuchungsbehörde ist damit nicht gewährleistet.

2.2 Heilung der institutionellen Mängel erst im Beschwerdeverfahren

Auf das Sanktionsverfahren von Art. 49a KG sind Art. 6 EMRK⁸ sowie Art. 30 BV⁹ anwendbar. Damit ist klar, dass die von diesen Bestimmungen verlangten Anforderungen erfüllt sein müssen, darunter insbesondere die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht. Die WEKO wird gemäss der Rechtsprechung jedoch nicht als richterliche Behörde anerkannt.¹⁰ Somit erfüllt das Sanktionsverfahren vor der WEKO die Anforderungen gemäss Art. 6 EMRK und Art. 30 BV nicht. Diese institutionellen Mängel der WEKO können gemäss Bundesgericht und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden, da diesem die volle Kognition zukommt.

Die Heilung des institutionellen Mangels tritt damit aber nur ein, wenn ein langwieriger, ressourcen- und kostenintensiver Rechtsmittelweg eingeschlagen wird. Dies wird von den betroffenen Parteien nur dann in Erwägung gezogen, wenn die betreffende Sanktion die voraussichtlichen Anwalts- und Verfahrenskosten überschreitet. Auch ist dieser Weg mit grossem Mitteleinsatz verbunden. Insbesondere KMU schrecken deshalb vor dem Beschwerdeverfahren infolge fehlender Finanzierbarkeit zurück.

2.3 Verbesserungsansätze

Wie unter Ziff. 1 dargelegt, fordert economiesuisse die Rückweisung der Vorlage zur vollständigen Überarbeitung. Darüber hinaus soll vom Bundesrat eine Arbeitsgruppe konstituiert werden, in der die wichtigsten Interessenvertreter die Revision für die parlamentarische Beratung unter Leitung des Bundes vorbereiten. In dieser Arbeitsgruppe würden im Hinblick auf die Institutionenreform verschiedene Lösungsvarianten diskutiert werden.

Die Forderungen der Wirtschaft sind eindeutig. Es ist die klare Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde anzustrengen. Eine Institutionenreform hat sich dabei an den nachstehenden Grundsätzen zu orientieren:

- Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit: Die konsequente Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene muss Ausgangspunkt der Reformbestrebungen darstellen;
- Eliminierung der rechtsstaatlichen Spannungsfelder: Die vorbeschriebenen rechtsstaatlichen Mängel sind zu beseitigen;
- Herstellung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen ökonomischem und juristischem Fachwissen: Die Beurteilung kartellrechtlicher Sachverhalte erfordert ein ausgewogenes Verhältnis zwischen ökonomischem und juristischem Fachwissen. Dementsprechend ist im Rahmen der Untersuchung und Entscheidungsfindung auf eine entsprechende personelle Zusammensetzung zu achten;
- Kürzung der Verfahrensdauer: Im Zentrum der Reformierungsbestrebungen muss die Beschleunigung der Verfahren – sowohl vor der WEKO wie auch den Gerichten – stehen. Im Sinne der Rechtssicherheit sollte ein erster Entscheid innert zwölf Monaten nach Abschluss der Untersuchung vorliegen.

3 Einführung der Berücksichtigung von Compliance-Programmen

Unternehmen bemühen sich heute verstärkt, Wettbewerbsverstösse durch organisatorische Massnahmen (sogenannte Compliance-Programme) zu verhindern. Compliance-Programme tragen dem Verschuldensprinzip Rechnung. Durch die Einführung einer Berücksichtigung ernsthafter Compliance-

⁸ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (EMRK, SR.0101).

⁹ Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV; SR 220).

¹⁰ BGE 138 I 154 E. 2.7, S.158.

Anstrengungen bei der Sanktionierung soll ein Anreiz für präventive Massnahmen gegen Verletzungen des Kartellrechts geschaffen werden. Für Unternehmenseigner (Aktionäre, Gesellschafter etc.) stellen robuste Compliance-Anstrengungen mit den Eckpfeilern Prävention, Kontrolle und Reaktion die einzige praktische Möglichkeit dar, das Verhalten der für ihr Unternehmen tätigen Mitarbeiter so zu steuern, dass diese sich im Wirtschaftsleben rechtstreu verhalten. Nach heutiger Rechtslage treffen jedoch direkte Sanktionen die Eigentümer gleichermassen dann, wenn sie ernsthafte und umfangreiche Compliance-Anstrengungen unternommen haben und auch dann, wenn dies unterlassen wurde oder ein Kartellgesetz-Verstoss von ihnen sogar wissentlich hingenommen oder gar aktiv mit begangen wurde. Dieser Missstand kann durch eine Regelung behoben werden, nach welcher bei der Sanktionierung die konkreten Compliance-Bemühungen zwingend zu prüfen sind. Ausreichende präventive Anstrengungen sollen, wenn es dennoch zu einem Verstoss kam, gemäss dem Verschuldensprinzip straffausschliessend oder strafmildernd wirken.

Leider sieht die vorgelegte Vernehmlassungsvorlage entgegen dem internationalen Trend keine gesetzlichen Vorschriften vor, welche die Wettbewerbsbehörden verpflichten würden, Compliance-Programme der Unternehmen straffausschliessend oder sanktionsmindernd zu berücksichtigen. Zu einer wirksamen Durchsetzung des Kartellrechts gehört jedoch neben repressiven Massnahmen konsequenterweise auch die Prävention. Entsprechend müssten vorbeugende Massnahmen der Unternehmen seitens der Wettbewerbsbehörden vom Gesetzgeber unterstützt werden und im Rahmen der Sanktionsbemessung straffausschliessend oder strafmildernd Berücksichtigung finden können. Die heutige Überbewertung der repressiven Elemente ungeachtet der konkreten praktischen Anstrengungen im Unternehmen, Widerhandlungen der Mitarbeiter zu verhindern, die Mitarbeiter entsprechend zu kontrollieren und bei festgestellten Verstössen diese abzustellen und allfällige weitere Korrekturen vorzunehmen, führt hingegen zu überschüssenden und insbesondere vermeidbaren staatlichen Eingriffen. Die derzeitige Rechtslage, nach der Sanktionen letztlich «blind» auch gegen um Rechtstreue bemühte Unternehmen verhängt werden, führt zu Fehlanreizen bei der Prävention und hat negative gesamtökonomische Wirkungen.

Die Einführung von Bestimmungen, wonach die Wettbewerbsbehörden Compliance-Programme bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen haben, wäre ein wichtiger und aussichtsreicher Schritt. Vorreiter aus dem Ausland zur Einführung von Compliance-Programmen und Rechtssicherheit sind vorhanden. So hat der deutsche Gesetzgeber mit der am 19. Januar 2021 in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle entsprechende Massnahmen in kartellrechtlichen Bussgeldverfahren als berücksichtigungsfähig anerkannt.¹¹ Mit dieser Neuerung wird der ebenfalls jüngst vollzogenen Änderung in der Praxis des amerikanischen Department of Justice gefolgt.¹² Viele weitere Wettbewerbsbehörden im Ausland haben im letzten Jahrzehnt ebenfalls die Relevanz von Compliance-Programmen bei der Sanktionierung anerkannt.

Aus Sicht von economiesuisse müsste eine straffausschliessende oder strafmildernde Berücksichtigung von Compliance-Programmen samt klar definierten Compliance-Massstäben in die Revisionsvorlage aufgenommen werden. Auch wenn die Ausgestaltung effizienter Massnahmen zweifelslos von den individuellen Eigenschaften eines Unternehmens abhängen, wären gewisse konkrete Mindestvorgaben im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert, wenn nicht sogar geboten. Die Berücksichtigung von Compliance-Programmen entspräche dem modernen Zeitgeist eines Kartellgesetzes.

¹¹ Siehe § 81d Abs. 1 Satz 2 Ziff. 4 und 5 GWB. Ausführlich dazu: Stammwitz Laura, Kehrtwende: 10. GWB-Novelle erkennt «Compliance-Defence» im Kartellbussgeldrecht an, Compliance Berater 2021, 191 ff.

¹² U.S. Department of Justice Criminal Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs, Juni 2020, <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501>> (besucht am 1. März 2022).

4 Anpassungsbedürftige Reformelemente in der Vernehmlassungsvorlage

In den nachstehenden Ausführungen nimmt economiesuisse detailliert Stellung zur nun vorliegenden Vernehmlassungsvorlage und legt dar, in welchen Punkten die Mitglieder von economiesuisse besonderen Anpassungsbedarf sehen.

4.1 Art. 5 Abs. 1^{bis} VE-KG – Umsetzung Motion Français (18.4282)

4.1.1 Allgemeine Bemerkungen zur Motion Français (18.4282)

Die Motion Français (18.4282), die vom Bundesrat auf Grund des Willens des Parlamentes in die Revision aufgenommen wurde, verdeutlicht nochmals stark den grundsätzlichen Revisionsbedarf des Kartellgesetzes. In Anbetracht dessen, dass die Vorstellungen der Wirtschaft und des Bundesrates hinsichtlich der Stossrichtung der Kartellrechtsrevision stark auseinanderfallen und sich die Revision über Jahre hinweg ziehen könnte, zieht es economiesuisse daher vor, wenn die Umsetzung der Motion ausserhalb der angedachten Revision des Bundesrates vorgenommen würde. Die Motion könnte damit losgelöst von der vom Bundesrat angedachten Revision in einer separaten Revisionsvorlage umgesetzt werden (vgl. Ziff. 6). Die separate Behandlung der Motion würde es ermöglichen, dass diese rasch und im Sinne des parlamentarischen Auftrages umgesetzt werden kann.

4.1.2 Bemerkungen zum Umsetzungsvorschlag in der Vernehmlassungsvorlage zur Motion Français (18.4282)

Die grosse Mehrheit unserer Mitglieder unterstützt die Motion, verlangt aber bei deren Umsetzung einige Klarstellungen, wie in den nachstehenden Ausführungen darlegt wird.

Die Motion Français (18.4282) möchte die Verfassungstreue des Kartellgesetzes wieder herstellen. Die Praxis der WEKO im Nachgang zum bundesgerichtlichen Gaba-Urteil (BGE 143 II 297) ignoriert die tatsächlichen Wirkungen einer Abrede und unterstellt den Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG, dass diese aufgrund der «per-se» Erheblichkeit immer widerrechtlich seien, es sei denn sie könnten ausnahmsweise aus Gründen der ökonomischen Effizienz gerechtfertigt werden. Der sogenannte «more economic-Approach», der weltweit die Wettbewerbspraxis prägt, und auch im Zweckartikel des Kartellgesetzes enthalten ist, gilt in der Schweiz seit 2016 nicht mehr.

Für die Mitglieder von economiesuisse ist eine Korrektur des ausschliesslich theoriebasierten Ansatzes der kartellrechtlichen Praxis der letzten sechs Jahre zwingend notwendig. Jede Arbeitsgemeinschaft (ARGE) sowie jede Einkaufskooperation steht derzeit unter einem Generalverdacht, gegen das Kartellgesetz zu verstossen. Gerade für KMU, die auf Kooperationen angewiesen sind, führt dies zu einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit.

Die Gaba-Rechtsprechung und deren Umsetzung durch die WEKO

- verhindert *de facto* prokompetitive Zusammenarbeitsformen zwischen KMU-Konkurrenten (horizontale Wettbewerbsabreden);
- greift in Vertriebssysteme mit minimalen Marktanteilen derart ein, dass sich Hersteller immer mehr dazu entscheiden, statt mit Schweizer KMU-Vertriebshändlern zusammenzuarbeiten, diese durch konzerneigene Gesellschaften zu ersetzen. Die WEKO fördert damit nicht den Wettbewerb, sondern sorgt im Gegenteil aufgrund der sogenannten vertikalen Integration für weniger Konkurrenz (vertikale Wettbewerbsabreden).

Der Bundesrat wird folglich dazu aufgefordert, die Motion so umzusetzen, dass dadurch die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Wirtschaft gestärkt wird. Im Einzelnen:

- Im Bereich der horizontalen Wettbewerbsabreden sind Vorschriften zu erlassen, welche die ARGE und Einkaufskooperation vermutungsweise von vorneherein nicht dem Begriff der Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG unterstellen, d.h. sie werden nur als Wettbewerbsabreden aufgegriffen, wenn sie offensichtlich wettbewerbsbeschränkend sind;

- Art. 5 KG ist grundsätzlich so zu verfassen, dass die WEKO verpflichtet wird die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede mittels quantitativer Kriterien auf dem Markt nachzuweisen;
- Im Bereich der vertikalen Wettbewerbsabreden (harte horizontale Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG sind in der Regel schädlich, vorausgesetzt, Tatbestände nach Art. 5 Abs. 3 KG werden nicht überschliessend erfasst) ist Art. 5 Abs. 4 KG so zu verfassen, dass die WEKO verpflichtet wird Wettbewerbsabreden nur dann zu verbieten, wenn die beteiligten Unternehmen über Marktmacht verfügen. Sofern bei vertikalen Wettbewerbsabreden genügender Interbrandwettbewerb besteht, kommt eine Sanktionierung durch die WEKO nicht in Betracht.

Die Warnungen des Bundesrates, wonach die Umsetzung der Motion Nachteile mit sich bringen könnte, stossen ins Leere. Es geht allein darum, dass die WEKO wie in den ersten 20 Jahren ihres Bestehens nur dann Geldbussen auferlegt, wenn die «schädlichen Wirkungen» eines Kartellrechtsverstosses nachgewiesen sind.¹³

- Die Wahrnehmung solcher minimaler Sorgfaltspflichten durch eine Bundesbehörde vor Auferlegung einer Millionsanktion führt nicht zu einer unverhältnismässigen Mehrbelastung für die Wettbewerbsbehörden;
- Ebenso unbegründet ist der Hinweis, dass eine «wirkungsbasierte» Intervention zu einer Verlängerung der verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren führen könnte. Es bestehen keine Hinweise, dass die Untersuchungsverfahren der WEKO bis 2016 länger gedauert haben als seit dem Gaba-Urteil.

Einzelne unserer Mitglieder lehnen die Motion ab, da sie der Auffassung sind, dass mit deren Umsetzung in vielen Fällen ein höherer, sachlich nicht gerechtfertigter Prüfungsaufwand harter, antikompetitiver Abreden resultiert, da nicht zwischen Abreden differenziert wird. Darüber hinaus besteht die Sorge, dass durch die Umsetzung der Motion vom EU-Recht abgewichen wird. Somit könnte das Schweizer Recht im Einfallfall Verhaltensweisen zulassen, die im EU-Ausland verboten wären. Diese Mitglieder schlagen die Publikation von Leitlinien durch die WEKO vor, wie diese mit offensichtlich prokompetitiven, der Form nach harten Abreden umgehen wird, damit sich eine verlässliche Praxis bildet.

4.2 Stärkung des kartellrechtlichen Zivilverfahrens

4.2.1 Art. 12 VE-KG – Keine Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen

Die vorgeschlagenen Änderungen in der Vorlage zur Stärkung des kartellrechtlichen Zivilrechts sehen unter anderem vor, die Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen auszudehnen. Diese Ausweitung birgt jedoch die Gefahr, unserem Rechtssystem fremde Instrumente und Verfahren zu importieren. Darüber hinaus verabschiedete der Bundesrat erst kürzlich die Vorlage zum kollektiven Rechtsschutz, mit der die Verbandsklage drastisch ausgeweitet werden sollte. Diese soll namentlich der Durchsetzung von Ersatzansprüchen bei Streu- sowie Massenschäden dienen.¹⁴ Die Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen im kartellrechtlichen Zivilrecht sowie die Ausweitung der Verbandsklage würden einem prozessualen Paradigmenwechsel mit unberechenbaren Konsequenzen gleichkommen.

Da die Entwicklung der Vorlage zum kollektiven Rechtsschutz zum jetzigen Zeitpunkt unabsehbar ist, aber eine enge Korrelation zur Frage der Aktivlegitimation im Kartellrecht besteht, ist mit der Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen zuzu-

¹³ Siehe Erläuternder Bericht vom 24. November 2021, S. 16.

¹⁴ Medienmitteilung des Bundesrats vom 10. Dezember 2021,

<<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86344.html>> (besucht am 28. Februar 2022).

warten. Ansonsten besteht das Risiko, ohne saubere Analyse der Rechtsfolgen neue Instrumente in das Rechtssystem einzuführen.

In der aktuellen Vernehmlassung wird auch nicht thematisiert, dass der Weg zur Geltendmachung einer Zivilentschädigung, die aus einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung resultiert, bereits offensteht. Zur Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund erlittenen Schadens steht Art. 41 OR¹⁵ zur Verfügung. Für die Geltendmachung einer solchen Forderung warten die Betroffenen den Verfahrensausgang vor der WEKO ab, um ihr Risiko besser einschätzen zu können. Hat die WEKO eine kartellrechtswidrige Verhaltensweise festgestellt, steht den Betroffenen der vereinfachte Weg offen, ihre Schadenersatzansprüche über Art. 41 OR geltend zu machen. Die WEKO hat zuvor in ihrem Entscheid ohnehin die Rechtswidrigkeit der Verhaltensweise bejaht, was den Betroffenen bei der Geltendmachung ihrer Forderung zugutekommt. Eine Ausdehnung der Aktivlegitimation ist auch aus diesem Grunde unnötig respektive abzulehnen.

Wir beantragen daher, bei Art. 12 VE-KG auf die Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen zu verzichten.

4.2.2 Art. 12a Abs. 1 VE-KG – Verjährungshemmung

Der Vorentwurf sieht in Art. 12a Abs. 1 VE-KG vor, dass die Verjährung einer Forderung aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung ab Untersuchungseröffnung bis zu deren rechtskräftigem Abschluss stillsteht oder nicht beginnt.

In Bezug auf die Verjährungshemmung kann festgehalten werden, dass eine solche im Grundsatz begrüsst wird. economiesuisse sieht jedoch beim Vorschlag im Vorentwurf die Gefahr einer erhöhten Rechtsunsicherheit, da die Verjährungshemmung bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Verfahrens gelten soll. Die Rechtsunsicherheit besteht insbesondere dann, wenn eine von der WEKO erlassene Verfügung durch alle Rechtsmittelinstanzen weitergezogen wird. Die Rechtsunsicherheit hinsichtlich Schadenersatzklagen bleibt somit für eine unabsehbare Zeit bestehen. In den meisten Fällen ziehen sich die Beschwerdeverfahren durch sämtliche Instanzen über Jahre, sogar über Jahrzehnte hinweg. Daher scheint es kaum verhältnismässig zu sein, für die Beurteilung von Schadenersatzansprüchen auf den Eintritt der Rechtskraft abzustellen. Ohnehin gebietet die Rechtssicherheit, die Klärung derartiger Ansprüche früher zu veranlassen.

Aus dem Gesagten folgt, dass der Fristenstillstand der Verjährung fortgesetzt oder der Beginn der Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt veranlasst werden soll, in welchem die WEKO eine Verfügung erlassen hat. Zum Zeitpunkt des Erlasses einer Verfügung von der WEKO verfügen alle Betroffenen über genügend Informationen, um die Frage nach einem allfälligen Schadenersatzprozess zu prüfen. Im deutschen Beschaffungsrecht werden Unternehmen in das sogenannte Wettbewerbsregister¹⁶ bei Kartellabsprachen bereits im Zeitpunkt des Erlasses einer kartellbehördlichen Entscheidung eingetragen, im Unterschied zu übrigen Delikten, die das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils voraussetzen. Die Frage nach beschaffungsrechtlichen Sanktionen - wie etwa eine Vergabesperre - stellt sich somit sofort. Der Eintritt der Rechtskraft wird somit nicht verlangt. Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, auch im Schadenersatzrecht eine analoge Lösung anzustreben und die Verjährungshemmung bis zum Erlass der WEKO Verfügung zu beschränken.

¹⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Obligationenrecht, OR; SR 220).

¹⁶ Das Wettbewerbsregister wird vom Bundeskartellamt geführt und ist eine bundesweite elektronische Datenbank für öffentliche Auftraggeber. Das Wettbewerbsregister stellt Auftraggebern für Vergabeverfahren Informationen zur Verfügung. Die Informationen sollen den Auftraggeber eine Prüfung ermöglichen, ob ein Unternehmen aufgrund bestimmter Wirtschaftsdelikte von dem Vergabeverfahren auszuschliessen ist oder ausgeschlossen werden kann. Weitere Hinweise unter https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wettbewerbsregister/FragenundAntworten/FragenundAntworten_node.html (besucht am 1. März 2022).

Wir beantragen die Abänderung und Ergänzung des Wortlautes von Art. 12a Abs. 1 VE-KG wie folgt:

Formulierungsvorschlag:

¹ Die Verjährung von Forderungen aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung beginnt nicht oder steht still, falls sie begonnen hat, ab der Eröffnung einer Untersuchung dieser Wettbewerbsbeschränkung bis zu deren ~~rechtskräftigen~~ Abschluss vor der Wettbewerbskommission.

4.2.3 Art. 49a Abs. 5 VE-KG – Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung

In Art. 49a Abs. 5 VE-KG ist vorgesehen, dass die WEKO oder die Rechtsmittelinstanz bei freiwillig geleisteten Schadenersatzzahlungen auf Begehren eines Unternehmens die Belastung im angemessenen Umfang reduzieren oder die Rückerstattung eines angemessenen Teils veranlassen kann. economiesuisse begrüsst im Grundsatz die Berücksichtigung der freiwilligen Schadenersatzzahlung bei der Sanktionsbemessung. Als positiv ist zu betrachten, dass damit eine Berücksichtigung erfolgt, ohne dass zusätzlich ein formeller Entscheid eines Zivilgerichts erwirkt werden müsste. Diese effektive Ausgestaltung der Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung soll dadurch die Anreize für Unternehmen erhöhen, den Betroffenen Entschädigungen zu leisten.

In Hinblick auf den Wortlaut von Art. 49a Abs. 5 VE-KG lässt sich festhalten, dass die Bestimmung als Kann-Vorschrift ausgestaltet ist. Die WEKO berücksichtigt bereits heute – insbesondere anhand der entwickelten Praxis zu den Bündner Bauleistungen – geleistete Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung.¹⁷ Aufgrund dieser Praxis besteht kein Grund der WEKO ein Ermessen bei der Frage, ob Schadenersatzzahlungen grundsätzlich in Abzug gebracht werden können, einzuräumen. Beim Vorliegen von freiwillig geleisteten Schadenersatzzahlungen ist ausnahmslos eine Anrechnung vorzunehmen. Die Ausgestaltung der Bestimmung als Kann-Vorschrift führt zu unnötiger Rechtsunsicherheit.

Im Vorentwurf findet sich weiter die Formulierung, dass die WEKO oder die Rechtsmittelinstanz auf ein Begehren eines Unternehmens hin die Belastung im angemessenen Umfang reduzieren oder die Rückerstattung eines angemessenen Teils veranlassen kann. Die Mitglieder von economiesuisse sprechen sich gegen eine Formulierung in Art. 49a Abs. 5 VE-KG «in angemessenem Umfang aus». So soll die Anrechnung einer Schadenersatzleistung respektive Rückerstattung in demjenigen Umfang erfolgen, in welchem auch die Schadenersatzleistung erbracht wurde.

Wie bereits unter Ziff. 3 ausgeführt, bemühen sich Unternehmen heute verstärkt Wettbewerbsverstösse durch organisatorische Massnahmen, insbesondere Compliance-Programme, zu verhindern. Entsprechend sollen vorbeugende Massnahmen der Unternehmen seitens der Wettbewerbsbehörden unterstützt werden und im Rahmen der Sanktionsbemessung angemessen Berücksichtigung finden. Die Vernehmlassungsvorlage sieht jedoch nur vor, dass geleistete Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden. economiesuisse erachtet es aber von enormer Bedeutung, dass in Art. 49a Abs. 5 VE-KG nebst Schadenersatzleistungen auch Compliance-Programme der Unternehmen bei der Sanktionsbemessung straffausschliessend oder sanktionsmindernd berücksichtigt werden.

Wir beantragen eine Änderung von Art. 49a Abs. 5 VE-KG wie folgt.

Formulierungsvorschlag:

⁵ Richtet ein Unternehmen freiwillig Leistungen nach Artikel 12 Buchstaben c und d aus, so ~~kann~~ reduziert die Wettbewerbskommission oder die Rechtsmittelinstanz auf ein Begehren dieses Unternehmens

¹⁷ Verfügung der WEKO vom 19. August 2019 betreffend Bauleistungen Graubünden, Rz. 595 ff.

hin seine Belastung ~~in angemessenem Umfang reduzieren~~ oder veranlasst die Rückerstattung ~~eines angemessenen Teils im Rahmen der erbrachten Schadenersatzleistung~~. Vorkehrungen zur Verhinderung von Verstössen gegen das Kartellgesetz, die das Unternehmen getroffen hat und die seiner Grösse, Geschäftstätigkeit und der Branche angemessen sind, sind ebenfalls straffausschliessend oder sanktionsmindernd zu berücksichtigen.

4.3 Art. 42 Abs. 2 VE-KG – Anordnung auf Personendurchsuchungen

Die Erweiterung auf Personendurchsuchungen ist problematisch und ist nicht notwendig. Die Durchsuchung erstreckt sich mit der Erweiterung auf die Privatsphäre von Personen, die vom Kartellgesetz nicht erfasst sind. Zudem können Geschäfts-Smartphones und ähnliche bereits heute durch das Unternehmen eingesammelt und den Wettbewerbsbehörden übergeben werden. Daher ist gemäss den Mitgliedern von economiesuisse eine Ausweitung der Untersuchungskompetenzen nicht notwendig.

Wir beantragen daher, auf die Erweiterung auf Personendurchsuchungen in Art. 42 Abs. 2 VE-KG zu verzichten.

4.4 Art. 49a Abs. 4 VE-KG – Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Der Revisionsbedarf in Bezug auf das Widerspruchsverfahren ist unbestritten. Dieses ist in seiner derzeitigen Form starker Kritik ausgesetzt, da es kaum Sicherheit für die Unternehmen bietet. Der Vorentwurf (Art. 49a Abs. 4 VE-KG) sieht vor, dass die gesetzliche Frist von fünf auf zwei Monate verkürzt wird, was die Attraktivität sowie die Praxistauglichkeit des Widerspruchverfahrens steigern soll. Des Weiteren soll das direkte Sanktionsrisiko für Unternehmen nicht wie bisher bereits ab dem Zeitpunkt der Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG), sondern erst ab Eröffnung einer formellen Untersuchung (Art. 27 KG) wiederaufleben.

economiesuisse begrüsst im Grundsatz die Aufnahme des Widerspruchsverfahrens in der Vorlage, damit dieses an Attraktivität und Praxistauglichkeit gewinnt. Der Vorschlag im Vorentwurf kann jedoch seitens economiesuisse nicht befürwortet werden. Weder die Fristverkürzung noch das später ange-setzte Sanktionsrisiko würden aus Sicht der Wirtschaft zum erhofften Ziel führen.

Die Verkürzung der Widerspruchsfrist von fünf auf zwei Monate erachtet economiesuisse nicht als genügenden Anreiz, um das Widerspruchsverfahren praxistauglicher und attraktiver zu gestalten, insbesondere nicht für Unternehmen, die in dynamischen Märkten tätig sind. Vielmehr sieht die Wirtschaft bei der Verkürzung der Widerspruchsfrist eine neue und weitere Problematik. Unternehmen werden der WEKO oftmals sehr komplexe Sachverhalte melden, die nicht innert einer kurzen Frist, konkret innert zwei Monaten vollständig evaluiert werden können. Folglich ist davon auszugehen, dass mit der ange-dachten Fristverkürzung auf zwei Monate im Zweifelsfall die Behörde unter Zeitdruck vermehrt Vorab-klärungen respektive formelle Untersuchungen eröffnen wird, um so den Zeitraum für die Prüfung der Meldung zu verlängern.

Ähnliches kann auch zur zweiten Änderung ausgeführt werden, wonach eine Aufschiebung der Sankti-ondrohung das Investitionsrisiko minimieren soll. Auch diese Anpassung lässt wesentliche wirtschaft-liche Aspekte ausser Acht. Die Tatsache, dass eine Sanktion die Eröffnung einer formellen Untersu-chung (und nicht bereits einer Vorabklärung) bedarf, führt lediglich dazu, dass der Zeitraum der Unge-wissheit verlängert wird.

Die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens soll gemäss der Auffassung von economiesuisse zur Erreichung zweier Ziele führen: Einerseits zwingend zur höheren Rechtssicherheit und andererseits zum höheren Rechtsschutz. Daher schlagen wir für eine wirkungsvolle Anpassung des Widerspruchs-verfahrens eine Lösung im Sinne des fusionsrechtlichen Meldeverfahrens vor.

Das Widerspruchsverfahren würde – wie auch das Zusammenschlussverfahren – mit der Meldung ei-nes Sachverhalts eingeleitet werden. Damit verbunden wäre ein vorläufiges Vollzugsverbot der Verhal-

tensweise durch das angemeldete Unternehmen. Nach der Meldung würde das Sekretariat diese auf ihre Vollständigkeit prüfen und bei Vorliegen die Vollständigkeitserklärung erlassen. Ab dem Erlass der Vollständigkeitserklärung würde der Fristenlauf beginnen. Der WEKO würde innert der gesetzlichen Frist eine Prüfungspflicht des gemeldeten Sachverhalts obliegen. Dabei könnte hinsichtlich der Frist zwischen einfacheren und komplexeren Fällen unterschieden werden, wobei für die Erstgenannten eine Frist von beispielsweise einem Monat vorgesehen werden könnte. Bei komplexeren Fällen würde eine vertiefte Prüfung vorgenommen werden, wobei diese beispielsweise in vier Monaten zu erfolgen hat. Die von der WEKO erlassene Verfügung über die angemeldete Verhaltensweise – die allenfalls auch Auflagen oder Bedingungen enthalten kann – könnte mittels Anfechtung überprüft werden. Dies würde gleichzeitig dem Sinne der Rechtstaatlichkeit entsprechen. Vor der Publikation des Entscheides der WEKO würde dem betroffenen Unternehmen – wie auch bei der Meldung des Zusammenschlussverfahrens – das rechtliche Gehör gewährt werden.

Ein Widerspruchsverfahren, welches sich an das fusionsrechtliche Meldeverfahren anlehnt, würde nicht nur zu einer höheren Rechtssicherheit bei den Unternehmen führen, sondern gleichzeitig die Möglichkeiten anbieten, den von der Behörde getroffenen Entscheid mittels Anfechtung überhaupt prüfen zu lassen. Des Weiteren wäre eine solche praktische Stärkung des Widerspruchsverfahrens im Einklang mit dem internationalen Trend. Vermehrt kann im Ausland die Rückkehr zu «Comfort Letters» sowie ähnlichen Instrumenten für im Grundsatz positiv zu beurteilende Unternehmenskooperationen beobachtet werden.¹⁸

Wir beantragen eine Anpassung von Art. 49a Abs. 4 VE-KG in Angleichung an das fusionsrechtliche Meldeverfahren wie folgt.

Formulierungsvorschlag:

4 Die Belastung entfällt, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert zwei Monaten nach der Meldung die Eröffnung einer Untersuchung nach Artikel 27 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht, das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle und wird mittels Verfügung abgeschlossen.

4.5 Art. 59a VE-KG – Periodische Evaluation des Kartellgesetzes

Die Vernehmlassungsvorlage sieht vor, dass das Kartellgesetz einer periodischen Evaluation gemäss Art. 59a VE-KG untersteht. Gemäss der Vernehmlassungsvorlage sorgt der Bundesrat unter Beizug der WEKO für diese Evaluation. Darüber hinaus erstattet der Bundesrat nach der Evaluation dem Parlament Bericht und unterbreitet Vorschläge für das weitere Vorgehen.

Im Grundsatz erachtet economiesuisse die Einführung einer periodischen Evaluation des Kartellgesetzes als begrüssenswert. Abzulehnen ist indes der Beizug der WEKO bei dieser Evaluation, da auch sie letztlich Teil der Evaluation beziehungsweise Partei ist und sich somit gleichsam selbst evaluieren würde. Eine Evaluation soll gemäss den Mitgliedern von economiesuisse durch eine unabhängige Stelle erfolgen. Diese unabhängige Stelle würde die WEKO, aber auch andere Betroffene selbstredend befragen und sich danach eine eigene Meinung bilden. Eine Evaluation, wie sie gemäss economiesuisse vorgeschlagen wird, würde sicherstellen, dass sie unabhängig und ungebunden durch die WEKO erfolgen würde.

¹⁸ Mitteilung der EU-Kommission vom 8. April 2020, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020X0408\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020X0408(04)&from=EN)> (besucht am 28. Februar 2022); ferner der Vorschlag der Niederländischen Behörde zu Sustainability Agreements (Verzicht auf Sanktionsandrohung für «good faith sustainability agreements»), <<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf>> (besucht am 28. Februar 2022).

Wir beantragen die Änderung von Art. 59a Abs. 1 VE-KG wie folgt.

Formulierungsvorschlag:

¹ *Der Bundesrat sorgt unter Beizug der Wettbewerbskommission für die periodische Evaluation dieses Gesetzes.*

5 Weitere Anmerkungen zur Vernehmlassungsvorlage

5.1 Umsetzung Motion Fournier (16.4094)

In der Vernehmlassungsvorlage ist im Zusammenhang mit der Umsetzung der Motion Fournier (16.4094) zum einen die Einführung von Ordnungsfristen (Art. 44a VE-KG) und zum anderen die Einführung der Parteientschädigung (Art. 53b VE-KG) vorgesehen.

Die Rechtsprechung sieht für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren keine Parteientschädigung vor.¹⁹ Daher bedarf es für den Anspruch der Parteientschädigung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Die Verfahren vor der WEKO sind oftmals nicht nur langwierig und komplex, sondern auch sehr kostspielig. Der Kostspieligkeit würde mit der Möglichkeit der Parteientschädigung entgegengewirkt und somit Abhilfe geschaffen werden. Daher begrüsst economiesuisse die Einführung der Parteientschädigung auf Stufe des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens. So steht den Unternehmen je nach Ausgang der betreffenden Verwaltungsverfahren künftig die Möglichkeit offen, für die Verfahrenskosten entschädigt zu werden.

Des Weiteren sieht die Motion Fournier die Einführung von Ordnungsfristen in Art. 44a VE-KG vor. Diesbezüglich lässt sich festhalten, dass die Einführung von Ordnungsfristen nicht von der Notwendigkeit einer Institutionenreform ablenken darf. Eine Institutionenreform bleibt trotz Einführung von Ordnungsfristen unumgänglich. Die Mitglieder sind mehrheitlich der Auffassung, dass eine Verfahrensbeschleunigung vor der WEKO nicht ausreichend ist. Eine solche wäre auch vor den Gerichten notwendig. Dementsprechend kann festgehalten werden, dass das Ziel der Verfahrensbeschleunigung mittels der blossen Umsetzung der Motion Fournier kein Ersatz für die dringlich notwendige Institutionenreform ist.

5.2 Prüfung weiterer Revisionselemente

Die Digitalisierung fungiert als Querschnittsthema über nahezu alle Wirtschaftsbereiche hinweg. Durch die digitalen Entwicklungen werden auch die Märkte massgeblich geprägt. Die dadurch neu entstandenen Geschäftsmodelle und die damit einhergehenden innovativen Waren und Dienstleistungen stellen sowohl die Wettbewerbspolitik wie auch die kartellrechtlichen Behörden vor neue Herausforderungen. Auch hängige parlamentarische Vorstösse zeigen deutlich, dass die Digitalisierung vermehrt zum Thema wird.²⁰ Bei der Rückweisung der Vorlage sollte daher auch geprüft werden, ob allenfalls auch Bestimmungen, welche die Digitalisierung behandeln, aufgenommen werden sollen. Darüber hinaus hat auch die Thematik der Nachhaltigkeit im Kartellgesetz in letzter Zeit an Bedeutung gewonnen. Daher soll gemäss economiesuisse eine Prüfung vorgenommen werden, inwiefern die Nachhaltigkeit im schweizerischen Kartellgesetz berücksichtigt werden soll.

Einzelne Mitglieder von economiesuisse haben im Rahmen unserer internen Konsultation auf Art. 9 Abs. 4 KG hingewiesen, welcher ihrer Auffassung nach eine einzigartige Regelung in der globalen Kartell-Landschaft darstellt und dessen Streichung geprüft werden sollte. Ist nämlich an einem Zusammenschlussverfahren ein Unternehmen beteiligt, für welches eine marktbeherrschende Stellung in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz festgestellt worden ist, muss das Zusammenschlussverfahren

¹⁹ RPW 2018/2, 237 Rz. 62 m.w.N., Gym 80.

²⁰ Postulat Schlatter (21.3240) «Auswirkungen der Tech-Giganten auf die Schweizer Wirtschaft. Braucht es neue Regeln?».

gemäss Art. 9 Abs. 4 KG gemeldet werden, unabhängig davon, ob die Schwellenwerte erreicht wurden.²¹ Art. 9 Abs. 4 KG stellt somit ein alternatives Aufgreifkriterium zu den in Art. 9 Abs. 1 KG festgehaltenen Umsatzschwellen dar.²² In einer Analyse der ökonomischen Auswirkungen des Wechsels vom heutigen Marktbeherrschungstest auf den SIEC-Test wurde abgeklärt, ob eine allfällige Einführung des SIEC-Tests von weiteren Anpassungen – etwa im Bereich der Aufgreifkriterien – begleitet werden soll. Im Gutachten wird daher eine mögliche Streichung von Art. 9 Abs. 4 KG in Betracht gezogen, sollte der SIEC-Test eingeführt werden.²³

6 Alternative Vorgehensweise bei der Revision des Kartellgesetzes

Wie in dieser Stellungnahme unter Ziff. 1 dargelegt, spricht sich economiesuisse für eine Rückweisung der Vorlage zur vollständigen Überarbeitung aus. Die Rückweisung erscheint uns insbesondere deswegen notwendig, da diese eine umfassende Diskussion ermöglicht und so die wichtigen und fehlenden Revisioenselemente, wie zum Beispiel die Institutionenreform, diskutiert und aufgenommen werden können. Sollte die Kartellgesetzrevision trotz der geäusserten Bedenken der Wirtschaft auf Basis des nunmehr vorliegenden Vorentwurfes weitergeführt werden (vgl. untenstehende Darstellungen: Revision A), fordert economiesuisse eine unmittelbare Anhandnahme einer weiteren Revisionsvorlage, welche insbesondere die Institutionenreform aufnimmt und Compliance-Programme der Unternehmen berücksichtigt (vgl. untenstehende Darstellungen: Revision B). Die Anhandnahme einer solchen Revision sollte nicht erst nach Abschluss der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage, sondern parallel zur angedachten Revision erfolgen.

Bei der internen Mitgliederkonsultation von economiesuisse wurde festgestellt, dass der grossen Mehrheit der Mitglieder die Umsetzung der Motion Français ein wichtiges Anliegen ist. Eine rasche Umsetzung der Motion soll nicht durch die zu erwartenden Verzögerungen bei der Revision im Kartellrecht gefährdet werden. Die Motion Français könnte daher in jedem Fall aus der vom Bundesrat vorgelegten Revisionsvorlage ausgelagert und somit losgelöst von der angedachten Revision weitergeführt werden.

Zur besseren Übersicht und leichteren Verständlichkeit legt economiesuisse die Vorstellungen der Wirtschaft über die möglichen Abläufe der Kartellgesetzrevision in zwei Grafiken dar. Dabei wird insbesondere aufgezeigt, wie die Revision des Kartellgesetzes mit Rückweisung der Vorlage sowie ohne Rückweisung der Vorlage verlaufen könnte.

²¹ JÜRIG BORER, in: Kommentar: OFK Wettbewerbsrecht I, Zürich 2011, N 19 zu Art. 9 KG.

²² FELIX PRÜMMER, in: Kommentar: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), Zürich/St. Gallen 2018, N 99 zu Art. 9 KG.

²³ Erläuternder Bericht vom 24. November 2021, S. 7 ff.; m. w. H. Swiss Economics, Einführung des SIEC-Tests; Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle vom 27. Oktober 2017, S. 2 f.; S. 54 f.

<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/_und_Formulare/Wettbewerb_Service_Public/Kartellgesetz/revision-fusionskontrolle---studie-zur-fusionskontrolle.html> (besucht am 21. Februar 2022).

Vorschlag Bundesrat

Revision A

Revision gemäss Vernehmlassungsvorlage vom 24. November 2021

- Modernisierung Zusammenschlusskontrolle (SIEC Test)
- Stärkung des Kartellzivilrechts
- Verbesserung des Widerspruchsverfahrens
- Umsetzung Motion Fournier
- Umsetzung Motion Français
- Evaluation des Kartellgesetzes
- etc.

Vorschlag economiesuisse

Revision B

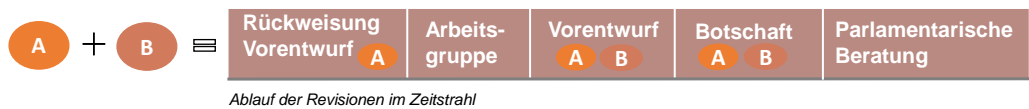
Über die Vernehmlassungsvorlage vom 24. November 2021 hinausgehende Revisionelemente

- Institutionenreform
- Compliance-Programme

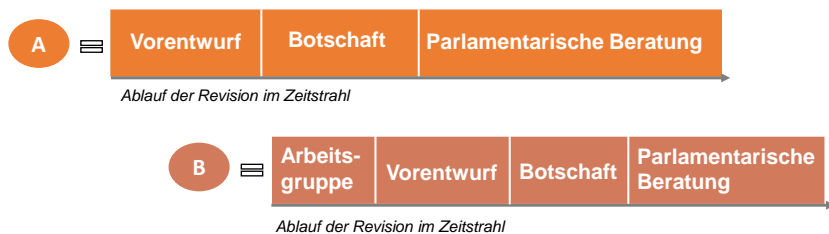
Motion Français
Allenfalls separate Umsetzung, damit die Rückweisung der Vorlage nicht abgewartet werden muss.

Quelle: eigene Darstellung

Antrag: Rückweisung der Vorlage und Konsolidierung der Revisionen A und B



Alternative Vorgehensweise: Parallelität der Revisionen A und B



Damit u.a. die Institutionenreform und die Einführung der Berücksichtigung von Compliance-Programmen keine weitere zeitliche Verzögerung erfahren, soll die Revision B parallel zur Revision A angegangen werden.

Quelle: eigene Darstellung

7 Schlusswort

Wie dargelegt, reicht die vorgelegte Vernehmlassungsvorlage zur Revision des Kartellgesetzes nicht aus. Es fehlen grundlegende Revisioenselemente, die aufgenommen werden müssen, um einem modernen und zukunftsbeständigen Kartellgesetz gerecht zu werden und gleichzeitig dem Revisionsstau entgegenzuwirken. Gleichzeitig erfordert die Entwicklung der vergangenen Jahre, namentlich die Einführung der relativen Marktmacht, auch eine Justierung der kartellrechtlichen Instrumente. Auch soll die erneute Blockade der Institutionenreform über unbestimmte und längere Zeit verhindert und die jetzige Möglichkeit, das Kartellgesetz umfassend zu modernisieren, ausgeschöpft werden. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Revision wird daher eine blosser Vertagung der zentralen Revisionspunkte auf einen späteren Zeitpunkt zur Folge haben und verschiebt damit die herausfordernde, aber notwendige Diskussion in unnötiger Weise.

economiesuisse spricht sich daher für die Rückweisung der Vorlage zur umfassenden Überarbeitung aus, damit die Institutionenreform (vgl. Ziff. 2) sowie die zwingende Berücksichtigung von Compliance-Programmen (vgl. Ziff. 3) Eingang in die Vorlage finden. Darüber hinaus bedarf die Vernehmlassungsvorlage insbesondere der Überarbeitung in den unter Ziff. 4 aufgeführten Revisioenselementen:

- Allenfalls separate Umsetzung der Motion Français (18.4282) sowie Klarstellungen bei deren Umsetzung in Art. 5 Abs. 1^{bis} VE-KG (vgl. Ziff. 4.1);
- Keine Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen in Art. 12 VE-KG (vgl. Ziff. 4.2.1);
- Anpassungen in Art. 12a Abs. 1 VE-KG hinsichtlich der Verjährungshemmung (vgl. Ziff. 4.2.2);
- Anpassungen und Ergänzungen in Art. 49a Abs. 5 VE-KG bei der Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung (vgl. Ziff. 4.2.3);
- Verzicht auf die Erweiterung in Art. 42 Abs. 2 VE-KG auf Personendurchsuchungen (vgl. Ziff. 4.3);
- Anlehnung des Widerspruchsverfahrens (Art. 49a Abs. 4 VE-KG) an das fusionsrechtliche Meldeverfahren (vgl. Ziff. 4.4);
- Anpassungen im Zusammenhang mit der periodischen Evaluation des Kartellgesetzes in Art. 59a Abs 1 VE-KG (vgl. Ziff. 4.5).

Sollte es trotz der geäusserten Bedenken der Wirtschaft nicht zu einer Rückweisung der Vorlage kommen und die Revision auf Basis des nunmehr vorliegenden Vorentwurfes weitergeführt werden, fordert economiesuisse eine unmittelbare Anhandnahme einer weiteren Revisionsvorlage, welche insbesondere die Institutionenreform aufnimmt und Compliance-Programme der Unternehmen berücksichtigt (vgl. Ziff. 6). Die Anhandnahme dieser zusätzlichen Revision sollte nicht erst nach Abschluss der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage, sondern parallel zur angedachten Revision erfolgen, um den umfassenden Handlungsbedarf im Kartellgesetz anzugehen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse

Erich Herzog
Mitglied der Geschäftsleitung

Antonija Martinovic
Wissenschaftliche Mitarbeiterin Wettbewerb &
Regulatorisches