



10 / 2021

Kartellgesetzrevision: Grosser Handlungsbedarf aus Sicht der Wirtschaft

14.09.2021

Das Wichtigste in Kürze

Nach der im Parlament gescheiterten Kartellgesetz-Revision im Jahr 2014 will der Bund die nunmehr geplante Revision klein halten und sich auf einige kaum umstrittene Punkte fokussieren. Die Wirtschaft wünscht sich mehr Mut bei der Revision.

economisesuisse hat sich im Hinblick auf die anstehende Revision mit einer branchenübergreifenden Arbeitsgruppe konstruktiv, aber auch kritisch mit den vom Bundesrat vorgebrachten Revisionspunkten auseinandergesetzt und wichtige Verbesserungsvorschläge ausgearbeitet. Die Wirtschaft wünscht eine klar über die bundesrätlichen Vorstellungen hinausgehende Revision. Basis können dabei die Revisionspunkte aus dem Jahr 2014 sein. Damals bestand eine gute Grundlage für eine Modernisierung des Kartellgesetzes. Der Respekt vor der politisch anspruchsvollen Diskussion einzelner Revisionspunkte sollte keinen Grund darstellen, wichtige und offensichtlich notwendige Revisionspunkte nun von vornherein gar nicht anzugehen.

Kontakt und Fragen

Erich Herzog

Mitglied der Geschäftsleitung,
Bereichsleiter Wettbewerb &
Regulatorisches

www.dossierpolitik.ch

Position economisesuisse

- Die Wirtschaft wünscht sich für die anstehende Kartellgesetz-Revision ein mutiges Vorgehen von Bund und Politik. Die bislang von der Verwaltung aufgetragenen Revisionspunkte erfüllen die Erwartungen der Wirtschaft nicht.
- Es braucht eine Institutionenreform, welche das wichtige Anliegen nach einer stärkeren Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungskompetenz der Wettbewerbsbehörden aufnimmt.
- Es braucht eine Stärkung des Widerspruchsverfahrens. Dies würde erheblich zur Rechtssicherheit der Unternehmen beitragen und das Investitionsrisiko senken.
- Die Einführung einer Compliance Defence hilft den Unternehmen, ihre vorbeugenden Investitionen gegen Verletzungen des Kartellrechts zu verstärken.

- Die Motion Français (18.4282) muss konsistent umgesetzt werden, was nur im Rahmen einer umfassenden Revision gewährleistet ist.
- Schliesslich muss die technologische Entwicklung und damit insbesondere die fortschreitende Digitalisierung im Kartellrecht im Revisionsprozess und darüber hinaus im Auge behalten werden.

Der Weg zu einem modernen Kartellrecht

→ Das Kartellgesetz durchlebte seit seiner Einführung im Jahr 1962 immer wieder tiefgreifende Veränderungen.

Das Kartellgesetz im Wandel

Das erste Schweizer Kartellgesetz (KG) wurde im Jahr 1962 auf Basis des verfassungsrechtlichen Ziels erlassen, sozial oder volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen von Kartellen zu bekämpfen. Das Vorgehen der damals zuständigen Kartellkommission richtete sich in der Praxis nach der sogenannten «Saldomethode», wonach eine Wettbewerbsbehinderung nur dann als schädlich eingestuft wurde, wenn eine Abwägung aller Vor- und Nachteile, einschliesslich nicht ökonomischer Aspekte, einen negativen Saldo ergab. Hierdurch war der Stellenwert des Wettbewerbs in der Praxis stark relativiert ^[1].

Im Jahr 1995 erfuhr das Wettbewerbsrecht eine grundlegende Neuorientierung. Die «Saldomethode» wurde abgeschafft. Ziel des neuen Gesetzes war – und ist es noch heute – der Schutz des wirksamen Wettbewerbs. Als institutionelle Neuerung wurde die Verfügungskompetenz und damit die Rechtsdurchsetzung vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (EVD; heute WFB) auf die Wettbewerbskommission (WEKO) übertragen. 2003 wurden insbesondere die Durchsetzungsinstrumente der WEKO und deren Sekretariat gestärkt: Durch die Einführung der direkten Sanktionen können seither gravierende Wettbewerbsbeschränkungen bereits bei deren Feststellung und nicht erst im Wiederholungsfall geahndet werden.

→ Die Revision 2014 scheiterte im Parlament an einer parteienübergreifenden Allianz aus SVP, BDP, Grünen und gewerkschaftsnahen Linken.

Gescheiterte Revision 2014

Der Bundesrat verabschiedete im Februar 2012 die Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes. Diese enthielt folgende sechs Revisionselemente:

- die Stärkung des Kartellzivilrechts;
- die Einführung von strafmildernden Compliance-Programmen;
- die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens;
- die Einführung des SIEC-Tests;
- die Institutionenreform sowie auch
- das Teilkartellverbot (= Verbot harter Kartelle).

Es waren insbesondere die Institutionenreform wie auch das Teilkartellverbot, welche das Revisionsvorhaben in der Politik schliesslich scheitern liessen. Nachdem der Nationalrat zum zweiten Mal nicht auf die Vorlage eintrat, wurde der Revisionsprozess am 17. September 2014 beendet. Zu Fall gebracht wurde sie von einer parteienübergreifenden Allianz aus SVP, BDP, Grünen und gewerkschaftsnahen Linken. Die Argumente waren teils sehr grundlegend. So wurde bemängelt, es wäre zu früh für eine Revision. Weitere Kritikpunkte betrafen unter anderem eine Veränderung der personellen Zusammensetzung der WEKO ^[2].

Anstehendes Revisionsvorhaben

Im Jahr 2020 startete der Bundesrat einen neuen Versuch, das Kartellgesetz in Teilen zu revidieren. Das WBK wurde im Februar 2020 mit der Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage beauftragt.

→ Die neue KG-Revision setzt sich zu wenig hohe Ziele.

Revision aus Sicht des Bundesrats

Nach der im Parlament gescheiterten KG-Revision im Jahr 2014 scheint der Bund die nunmehr geplante Revision kleiner halten zu wollen und möchte sich auf einige wenig umstrittene Punkte fokussieren. Gemäss dem Bundesrat sind dies die folgenden ^[3]:

- **Modernisierung der Fusionskontrolle**
Der heutige qualifizierte Marktbeherrschungstest soll durch den SIEC-Test (Significant Impediment to Effective Competition-Test) abgelöst werden. Damit würde der Prüfstandard der WEKO den internationalen Erfahrungen angepasst. Mit der Einführung des SIEC-Tests würde die Eingriffshürde herabgesetzt, indem Fusionen bereits untersagt oder mit Auflagen versehen werden können, wenn sie zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führen.
- **Umsetzung Motion Fournier (16.4094)**
Am 5. März 2018 überwies das Parlament Teile der Motion Fournier zur Umsetzung an den Bundesrat. Der Vorstoss soll nun im Rahmen der laufenden KG-Revision realisiert werden. Demnach sind die Gerichtsverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen, indem neue Ordnungsfristen in die Gesetzgebung aufgenommen werden. Darüber hinaus sollen die Parteien eine Entschädigung für ihre Aufwendungen erhalten (neu auch für die Verfahren vor der WEKO).
- **Verbesserung des Widerspruchsverfahrens**
Die bisher öffentlich verfügbaren Unterlagen zur aktuellen Revision liefern keine Informationen zur inhaltlichen Neugestaltung des Widerspruchsverfahrens. Anlässlich der Revision 2014 wurde eine Senkung der Widerspruchsfrist von fünf auf zwei Monate sowie eine Sanktionierung der Unternehmen erst ab Eröffnung einer Untersuchung und nicht bereits ab Eröffnung einer Vorabklärung diskutiert.
- **Stärkung des kartellrechtlichen Zivilverfahrens**
Basierend auf den Revisionsbestrebungen aus dem Jahr 2014 ist schliesslich mit einer Ausdehnung der zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten (insbesondere für Konsumierende) sowie der Berücksichtigung der Zivilentschädigung bei der Sanktionsbemessung zu rechnen.

→ **economiesuisse fordert schnelle Ergebnisse und plädiert für die Aufnahme weiterer Revisionspunkte.**

Aus Sicht der Wirtschaft

Um die Bedürfnisse der Wirtschaft abzuklären, hat economiesuisse im Herbst 2020 eine Arbeitsgruppe zur Kartellgesetzrevision konstituiert. Die bisherigen Diskussionen der breit aufgestellten Arbeitsgruppe und die weiteren Beratungen haben gezeigt, dass sich die Wirtschaft eine weitergehende Revision wünscht. Die vom Bundesrat vorgebrachten Revisionspunkte werden den Anforderungen der Wirtschaft an ein modernes Wettbewerbsrecht nicht gerecht. Ausdrücklich begrüsst werden nur die wohl beabsichtigte Berücksichtigung zivilrechtlicher

Entschädigungsleistungen bei der Sanktionsbemessung sowie die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens. Bei allen anderen Revisionspunkten des Bundesrats besteht kein akuter Handlungsbedarf. Es gilt, die Vernehmlassung und somit die konkreten Regelungsinhalte abzuwarten, bevor die einzelnen Punkte konkret besprochen werden können. Grundsätzlich kann aber schon heute festgestellt werden, dass die geplante Revision wenig relevante Punkte ansprechen will, während sie diejenigen Themen ausklammert, die dringend angegangen werden sollten.

Im Rahmen der anstehenden Revision sollten insbesondere die nachstehend aufgeführten Punkte umgesetzt werden, um die aus wirtschaftlicher Sicht bestehenden Defizite im Kartellrecht zu beseitigen.

Ein Kartellgesetz für die Wirtschaft

Revisionsbedarf in mehreren Bereichen

Ziel der von economiesuisse eingesetzten Arbeitsgruppe KG-Revision war die Ausarbeitung einer KG-Vorlage, welche die Interessen der Gesamtwirtschaft aufgreift. Nach vertiefter Auseinandersetzung mit den jeweiligen Bedürfnissen und den bestehenden kartellrechtlichen Defiziten hat economiesuisse im Verlaufe der Arbeiten die folgenden notwendigen Revisionspunkte identifiziert.

→ Die steigenden Anforderungen an die Wettbewerbsbehörden machen eine institutionelle Reform unumgänglich.

Institutionenreform

Defizite der bestehenden Regelung

Seit der Inkraftsetzung des ersten Kartellgesetzes im Jahr 1964 wurde das schweizerische Wettbewerbsrecht tiefgreifenden Veränderungen unterzogen. Die institutionellen Strukturen wurden indessen, mit Ausnahme einiger weniger Änderungen, nicht den neuen Begebenheiten angepasst. Spätestens mit der Revision 2003 stiegen die Anforderungen an die Wettbewerbsbehörden: Direkte Sanktionen und die Bonusregelung erweiterten das Instrumentarium und erhöhten damit gleichzeitig die Komplexität von Eingriffen. Insbesondere aufgrund der Kompetenz der WEKO, administrative Geldbussen in Millionenhöhe aussprechen zu können, wurden vermehrt auch kritische Stimmen laut, die eine Umstrukturierung der Wettbewerbsbehörde fordern:

Fehlende Unabhängigkeit

Die WEKO ist administrativ dem WBF zugeordnet. Dabei soll die Unabhängigkeit zwischen WEKO und der Bundesverwaltung gewahrt bleiben. Die WEKO genießt somit im Grundsatz ein hohes Mass an Autonomie und untersteht in fachlicher und inhaltlicher Hinsicht keiner Aufsicht ^[4].

Trotz formalrechtlicher Unabhängigkeit enthält das Kartellgesetz jedoch durchaus Kompetenznormen, die eine (politische) Einflussnahme seitens der Bundesbehörden ermöglichen ^[5]. So kann der Bundesrat zum Beispiel auf Antrag der Beteiligten die Entscheidungen der Behörde revidieren und ausnahmsweise aus überwiegend öffentlichen Interessen für zulässig erklären.

Zusätzliche Abhängigkeiten vom WBF bestehen in Bezug auf das Rechtsmittelverfahren. Die WEKO ist nicht befugt, selbstständig Beschwerde gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts zu erheben. Diese Befugnis liegt ausschliesslich beim WBF. Weiter verfügt die WEKO über keine Budgethoheit. Das Budget wird vom Bundesrat respektive Parlament gesprochen und durch das WBF administriert ^[6]. Ein weiterer Umstand, der die Unabhängigkeit der WEKO von der Bundesverwaltung gefährdet. So bestimmt sich die personelle und materielle Ausstattung der Wettbewerbsbehörden nach dem politischen Willen der Verwaltungsbehörden.

Ebenso ist das Verhältnis zwischen WEKO und Sekretariat geprägt von Abhängigkeiten. Es fehlt an einer eindeutigen Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene. Inkonsistenzen bezüglich der Aufgabenteilung finden sich bereits im Kartellgesetz. So ist das Sekretariat für die Eröffnung einer Untersuchung – wenn auch nur formal – auf die Zustimmung eines Mitglieds des Präsidiums der WEKO angewiesen. Weiter steht es der WEKO offen, Anhörungen zu beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen zu beauftragen. Die Unabhängigkeit des Sekretariats als Untersuchungsbehörde ist damit nicht gewährleistet. Demgegenüber übt das Sekretariat wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung der WEKO aus. Das Sekretariat verfügt über Vollzeitmitarbeitende und somit über erhebliche juristische und ökonomische Fachkompetenz. Die WEKO fungiert hingegen als Milizbehörde. Resultat ist ein strukturell bedingtes Wissens- und Machtgefälle, welches zu einem Abhängigkeitsverhältnis zwischen WEKO und Sekretariat führen kann. Die Entscheidungsfindung der WEKO findet unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Gleichzeitig nehmen jedoch Vertreterinnen und Vertreter des Sekretariats an den Sitzungen teil, die aufgrund ihrer vertieften Dossierkenntnisse über einen erheblichen Wissensvorsprung verfügen und somit die Entscheidung massgeblich beeinflussen können. Insbesondere dieser privilegierte Zugang des Sekretariats zur Kommission stösst in der Wirtschaft auf heftige Kritik. So ist nicht auszuschliessen, dass die WEKO den Standpunkt der betroffenen Parteien in einer sachlich und rechtlich durch das Sekretariat vorgespurten Weise zur Kenntnis nimmt.

Mangel an Rechtsstaatlichkeit

Die immer komplexer werdenden Fälle stellen für eine reine Milizbehörde wie die WEKO eine zunehmende Herausforderung dar^[7]. Damit einher gehen auch Schwächen aus rechtsstaatlicher Sicht, die Anlass zur Kritik geben.

Aus formalrechtlicher Sicht kamen sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wie auch der EFTA-Gerichtshof zum Schluss, dass das Wettbewerbsbehörden-Modell, wie es auch in der Schweiz praktiziert wird, keine rechtsstaatlichen Mängel aufweist^[8]. Gegenstand von Kritik bilden jedoch die in manchen Bereichen fehlenden Leitentscheide, die bei den Unternehmen zu Rechtsunsicherheit und mangelnder Vorhersehbarkeit führen können. Das Sekretariat strebe zu häufig nach einvernehmlichen Regelungen, die der Schaffung einer konsistenten Fallpraxis entgegenstünden^[9]. Darüber hinaus seien die Verfahren vor Rechtsmittelbehörden kosten- und ressourcenintensiv und würden von den Parteien nur dann in Erwägung gezogen, wenn die betreffende Sanktion die voraussichtlichen Anwalts- und Verfahrenskosten überschreite. Insbesondere KMU schrecken deshalb vor Beschwerdeverfahren infolge fehlender Finanzierbarkeit zurück.

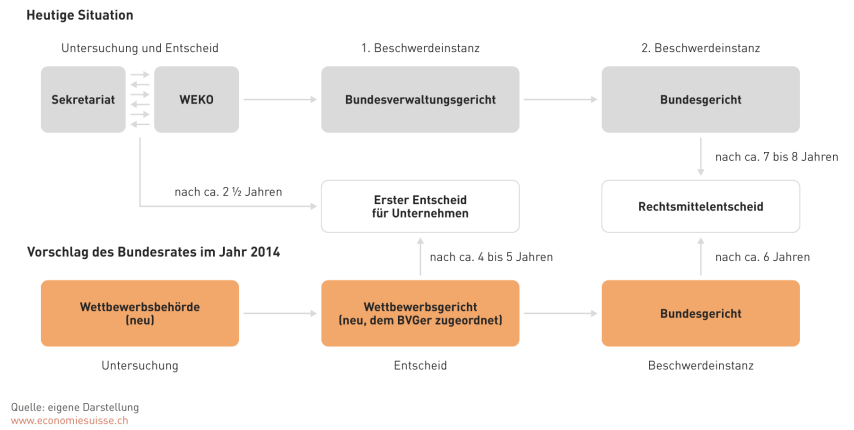
Bisher diskutierte Verbesserungsansätze

In der Politik und Wirtschaft wurden bereits unterschiedliche Modelle besprochen, die den vorstehend beschriebenen Kritikpunkten gerecht werden sollen. So wurde namentlich im Rahmen der KG-Revision im Jahr 2014 eine institutionelle Neuordnung der Wettbewerbsbehörden diskutiert, wonach das heutige Sekretariat

der WEKO in eine rechtlich selbstständige, von der Bundesverwaltung unabhängige Wettbewerbsbehörde überführt und die heutige WEKO zu einem erstinstanzlichen Wettbewerbsgericht aufgewertet werden sollte. Hierdurch sollte eine eindeutige Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene erreicht werden: Die Wettbewerbsbehörde wäre mit der Untersuchung betraut, während das Wettbewerbsgericht entscheidet und allfällige Sanktionen ausspricht. Dabei sollte die Kürzung des Instanzenzuges von bisher vier (untersuchendes Sekretariat, entscheidende WEKO, Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht) auf drei (untersuchende Wettbewerbsbehörde, entscheidendes Wettbewerbsgericht, Bundesgericht) involvierte Behörden zu einer Verkürzung der Fristen führen ^[10].

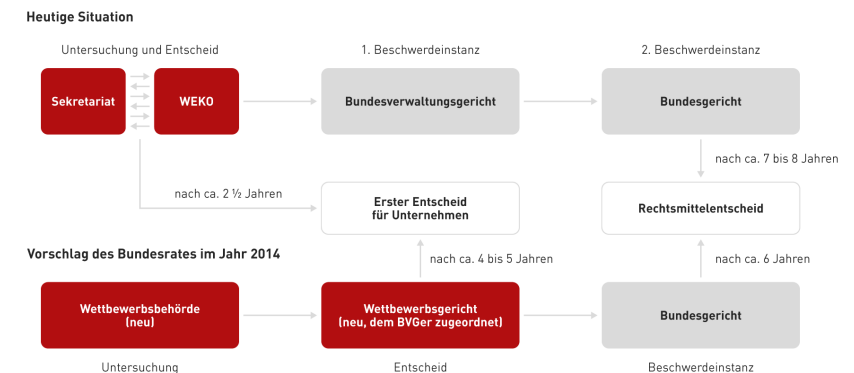
Institutionenreform

► Heutige Situation und Vorschlag des Bundesrates im Jahr 2014 im Vergleich

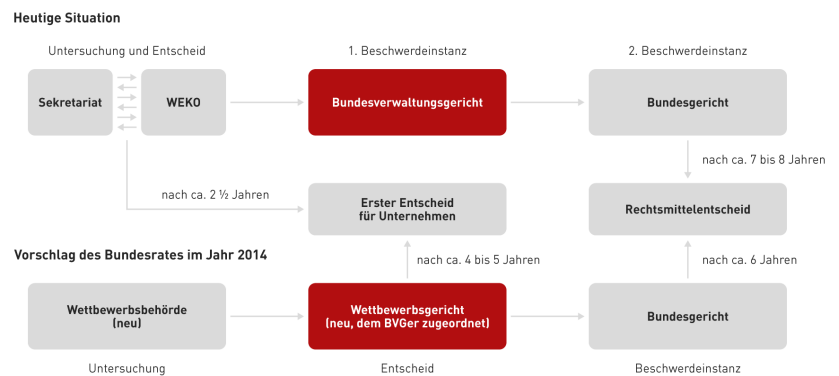


Mit dieser Form der Institutionenreform hatte der Bundesrat die wesentlichen Kritikpunkte am bestehenden institutionellen System adressiert. So wäre namentlich ...

... eine institutionelle Unabhängigkeit durch Trennung der Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion hergestellt:



... ein fachlich spezialisiertes und professionalisiertes Wettbewerbsgericht geschaffen:



... und eine Verfahrensbeschleunigung angestrebt worden:



Der beschriebene Vorschlag hatte das Parlament seinerzeit nicht zu überzeugen vermocht. Auch wenn die Notwendigkeit einer Institutionenreform im Grundsatz unbestritten war, bestanden Zweifel, ob die vorgeschlagene institutionelle Neuordnung tatsächlich zu einer Fristverkürzung geführt hätte. Die Revision scheiterte daher 2014 im Parlament, obwohl man sich über den Handlungsbedarf grundsätzlich einig war. Dies sollte nun aber nicht Anlass dafür sein, auf eine grössere Revision zu verzichten, im Gegenteil. Es gilt, politische Mehrheiten für eine zukunftsgerichtete und den Bedürfnissen einer modernen Wirtschaft entsprechende Reform zu finden.

→ **Untersuchungs- und Entscheidkompetenz müssen im Verfahren besser voneinander getrennt werden. Gleichzeitig muss aber die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde gewahrt bleiben.**

Forderungen seitens der Wirtschaft

Seitens der Wirtschaft bestehen heute mehr denn je klare Forderungen nach einer konstruktiven Institutionenreform, die eine klare Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene vorsieht. So zeichnet sich die Effizienz einer Wettbewerbsbehörde insbesondere durch eine weitgehende rechtliche und faktische Unabhängigkeit aus. Ob eine solche Aufteilung innerhalb der WEKO und

ihrem Sekretariat vollzogen werden kann, ist offen, wäre jedoch dem bestehenden Behördenmodell sicherlich vorzuziehen.

Basierend auf den vorstehend beschriebenen Kernelementen der gescheiterten Institutionenreform 2014, sollte sich eine aus wirtschaftlicher Sicht erstrebenswerte Institutionenreform an den nachfolgenden Grundsätzen orientieren:

- **Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit:** Die konsequente Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene sollte Ausgangspunkt der Reformbestrebungen darstellen.
- **Eliminierung der rechtsstaatlichen Spannungsfelder:** Es gilt die vorbeschriebenen rechtsstaatlichen Mängel 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 sollte zudem 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.

Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Das kartellrechtliche Widerspruchsverfahren ermöglicht es Unternehmen, der Wettbewerbsbehörde eine geplante Verhaltensweise, die als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert werden könnte, vorab zu melden. Die heutige Gesetzeslage sieht vor, dass in einem solchen Fall eine Verwaltungsanktion für die betreffende Verhaltensweise entfällt, sofern die Behörde nicht innert fünf Monaten ein Verfahren gegen das Unternehmen eröffnet. Ziel des Widerspruchsverfahrens ist es, dass den Unternehmen innert nützlicher Frist eine Einschätzung darüber abgegeben wird, ob ein beabsichtigtes Vorhaben sanktionsbedroht sein könnte.

→ **Der Revisionsbedarf des Widerspruchsverfahrens ist unbestritten – es bietet zu wenig Rechtssicherheit für Unternehmen.**

Defizite der bestehenden Regelung

Das Widerspruchsverfahren ist in seiner derzeitigen Form starker Kritik ausgesetzt. Die heutige Lösung bietet kaum Sicherheit für Unternehmen, die neue Geschäftsfelder erschliessen und Innovationen fördern möchten^[11]. Der Revisionsbedarf ist somit unbestritten. Als unbefriedigend wird dabei namentlich die gesetzlich vorgesehene Widerspruchsfrist von fünf Monaten gewertet. Eine solche ist insbesondere für dynamische Märkte zu lang. Möchte das Unternehmen kein Sanktionsrisiko eingehen, kann es das geplante Vorhaben nicht umsetzen oder muss es jeweils nach Eröffnung eines Verfahrens einstellen. Ohne praktische Umsetzung fehlt es wiederum an Erkenntnissen, wie sich das betreffende Verhalten tatsächlich auf dem Markt auswirkt. Im Ergebnis führt dies zu einer Pattsituation: Aufgrund des Investitionsrisikos werden Unternehmen auf eine Umsetzung der (allenfalls

sanktionsbedrohten) Verhaltensweise verzichten und die Behörden sind wiederum nicht in der Lage, das Vorhaben konkret zu bewerten, da sich mangels Umsetzung keine Auswirkungen im Markt beobachten lassen. Die eigentliche Intention des Widerspruchsverfahrens, nämlich mehr Rechtssicherheit für die Unternehmen zu schaffen, lässt sich vor diesem Hintergrund nicht realisieren. Vielmehr birgt das jetzige System die Gefahr, dass Unternehmen auf wirtschaftlich vernünftige und kartellgesetzlich unbedenkliche Verhaltensweisen verzichten.

Bisher diskutierte Verbesserungsansätze

Für die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens können die Vorschläge des Bundesrats aus dem Jahr 2014 nicht beigezogen werden:

Weder die seinerzeit vorgeschlagene Fristsenkung von fünf auf zwei Monate noch das später angesetzte Sanktionsrisiko würden zu einer Verbesserung des Widerspruchsverfahrens beitragen.

Die Verkürzung der Widerspruchsfrist soll gemäss damaliger Botschaft «unmittelbar zu einer Vergrösserung der Rechtssicherheit für die Unternehmen» führen. Bei offensichtlich unbedenklichen Vorhaben oder solchen, die keinen direkt sanktionierbaren Tatbestand betreffen, würden die Unternehmen somit bereits innert zwei Monaten Gewissheit erlangen, dass mit der Umsetzung des Vorhabens kein Sanktionsrisiko einhergeht^[12]. Unternehmen dürften damit lediglich solche Vorhaben melden, denen eine potenziell sanktionsbedrohte Wettbewerbsbeschränkung innewohnt^[13]. Hierbei handelt es sich aber meist um komplexe(re) Sachverhalte, die nicht innert der kurzen Frist von zwei Monaten vollständig evaluiert werden können. Es ist davon auszugehen, dass die Behörde unter Zeitdruck vermehrt Vorabklärungen respektive formelle Untersuchungen durchführen würde, um so den Zeitraum für die Prüfung der Meldung zu verlängern. Ähnliches gilt für die zweite vorgeschlagene Änderung, wonach eine Aufschiebung der Sanktionsdrohung das Investitionsrisiko minimieren soll. Auch diese Anpassung liesse wesentliche wirtschaftliche Aspekte ausser Acht. Die Tatsache, dass eine Sanktion die Eröffnung einer formellen Untersuchung (und nicht bereits einer Vorabklärung) bedarf, führt lediglich dazu, dass der Zeitraum der Ungewissheit verlängert wird.

→ Ziel ist die Erhöhung der Rechtssicherheit sowie Rechtsschutz bei gleichzeitiger Senkung des Investitionsrisikos.

Forderungen der Wirtschaft

Verbesserungen des Widerspruchsverfahrens müssen zwingend gleichzeitig zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes führen. Als Vorbild für eine wirkungsvolle Anpassung des Widerspruchsverfahrens könnte das fusionskontrollrechtliche Meldeverfahren dienen. Dieses sieht eine Prüfungspflicht seitens der Behörde mit entsprechendem vorläufigem Vollzugsverbot vor. Der Entscheid über die Zulässigkeit erfolgt in jedem Fall in Form eines anfechtbaren Entscheids, der allenfalls auch Auflagen und Bedingungen enthalten kann. Bezüglich Frist könnte zwischen einfachen und komplexen Fällen differenziert werden, wobei für Letztere beispielsweise eine maximale Behandlungsdauer von vier Monaten eingeräumt wird. Ein solches Verfahren würde nicht nur zu mehr Rechtssicherheit bei den Unternehmen führen, es böte zudem auch die Möglichkeit, den von der Behörde getroffenen Entscheid mittels Beschwerde überprüfen zu lassen

Ablauf Widerspruchsverfahren nach den Vorstellungen der Wirtschaft



Quelle: eigene Darstellung
www.economiesuisse.ch

→ Bei der Sanktionsbemessung mangelt es an Transparenz und Rechtssicherheit für die Unternehmen.

Einführung strafmildernder Compliance-Programme

Defizite der bestehenden Regelung

Bei Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen droht einem Unternehmen eine Geldbusse von bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Innerhalb dieses weit gesteckten Rahmens erfolgt die konkrete Bemessung der Sanktion, welche unter Umständen einen substantiellen finanziellen Eingriff darstellen kann. Dementsprechend bemühen sich die Unternehmen verstärkt, Wettbewerbsverstösse durch organisatorische Massnahmen (sog. Compliance) zu verhindern. Bisher bestehen keine gesetzlichen Vorschriften, welche die Wettbewerbsbehörden verpflichten, solche Bemühungen sanktionsmindernd zu berücksichtigen. Zu einer wirksamen Durchsetzung des Kartellrechts gehört jedoch neben repressiven Massnahmen konsequenterweise auch die Prävention. Entsprechend müssen vorbeugende Massnahmen der Unternehmen seitens der Wettbewerbsbehörden unterstützt werden und im Rahmen der Sanktionsbemessung angemessen Berücksichtigung finden können. Eine Überbewertung der repressiven Elemente führt zu überschüssenden und insbesondere vermeidbaren staatlichen Eingriffen. Diese ziehen wiederum ein übervorsichtiges Verhalten der Unternehmen mit negativen ökonomischen Wirkungen nach sich (sog. «business chilling»).

Bisher diskutierte Verbesserungsansätze

Eine Sanktionsreduktion ist gemäss bundesrätlichem Vorschlag 2014 lediglich für diejenigen Compliance-Programme vorgesehen, die einen wirksamen Beitrag zur Durchsetzung des Kartellrechts leisten. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, entscheiden die Wettbewerbsbehörde bzw. die Gerichte^[14].

Diese bestimmen auch die Höhe der Sanktionsreduktion im konkreten Einzelfall. Anzustreben sei eine angemessene Reduktion, die einen zusätzlichen Anreiz für die Vermeidung von Kartellrechtsverstössen setzt. Demgegenüber seien zu hohe Sanktionsminderungen zu vermeiden, da in diesem Falle Anreize geschaffen werden, die Programme lediglich darauf auszurichten, geeignete Nachweise für eine Sanktionsvermeidung zu produzieren^[15].

→ Compliance-Programme schaffen Anreize für präventive Massnahmen gegen Verletzungen des Kartellrechts. Konkrete Mindestvorgaben dazu würden erheblich zur Rechtssicherheit beitragen.

Forderungen der Wirtschaft

Die Einführung strafmildernder Compliance-Programme ist ein wichtiger, positiver Schritt, der seitens der Wirtschaft begrüsst wird. Die Schweiz würde damit auch dem internationalen Trend folgen. So hat der deutsche Gesetzgeber erst kürzlich mit der am 19. Januar 2021 in Kraft getretenen 10. GWB^[16]-Novelle entsprechende Massnahmen in kartellrechtlichen Bussgeldverfahren als berücksichtigungsfähig anerkannt. Mit dieser Neuregelung folgt Deutschland der ebenfalls jüngst vollzogenen Änderung in der Praxis des amerikanischen Department of Justice (DOJ). Auch dieses hat im Sommer 2019 seine bis anhin ablehnende Haltung gegenüber einer Berücksichtigung von Antitrust-

Compliance-Programmen ausdrücklich aufgegeben^[17].

Strafmildernde Compliance-Programme basieren auf dem Verschuldensprinzip und sollen einen Anreiz für präventive Massnahmen gegen Verletzungen des Kartellrechts bieten. Gemäss bundesrätlichem Vorschlag können Unternehmen nur dann auf eine Sanktionsminderung hoffen, wenn sie ein wirksames und angemessenes Compliance-Programm vorweisen können. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, welche konkreten Anforderungen an die entsprechenden Massnahmen gestellt werden. Die Ausführungen in der damaligen Botschaft lassen klar definierte Compliance-Massstäbe vermissen. Auch wenn die Ausgestaltung effizienter Massnahmen zweifelsohne von den individuellen Eigenschaften eines Unternehmens abhängen, wären gewisse konkrete Mindestvorgaben im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert, wenn nicht sogar geboten. Vorbilder aus dem Ausland, wie diese Rechtssicherheit erreicht werden kann, sind jedenfalls vorhanden.

→ **Wettbewerbsabreden müssen nach klaren Kriterien auf ihre Unzulässigkeit hin geprüft werden.**

Umsetzung Motion Français (18.4282)

Die Motion fordert eine Präzisierung von Art. 5 KG, wonach die Erheblichkeit einer Abrede mittels quantitativer und qualitativer Kriterien nachgewiesen werden soll. Die Motion ist als Reaktion auf den sogenannten Gaba-Entscheid des Bundesgerichts zu verstehen (BGE 143 II 297). Mit diesem Urteil entschied das Bundesgericht den seit langer Zeit hängigen Streit im Zusammenhang mit Parallelimporten von Zahnpasta der Marke «Elmex» in die Schweiz. Das Gericht formulierte im Entscheid für Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG eine «per se»-Erheblichkeit. Solche Abreden seien nur dann nicht widerrechtlich, wenn sie aus Gründen der ökonomischen Effizienz gerechtfertigt werden können. Dieser Effizienzbeweis gelingt indessen lediglich unter strengen Voraussetzungen und nur selten.

Die im Gaba-Urteil statuierte «per se»-Erheblichkeit bestimmter Abreden hat bei den Unternehmen zu Rechtsunsicherheit geführt. Eine Präzisierung von Art. 5 KG, wonach die Zulässigkeit einer Abrede mittels bestimmter Kriterien beurteilt werden soll, könnte eine automatische Vermutung eines Kartellverstosses unterbinden und würde damit der bestehenden Verunsicherung entgegenwirken.

Um eine stringente Umsetzung der Motion Français zu gewährleisten, ist es aber sinnvoll, diese im Rahmen der laufenden KG-Revision zu realisieren.

→ **Die fortschreitende Digitalisierung stellt das Kartellrecht vor Herausforderungen.**

Digitalisierung

Anknüpfungspunkte für eine Regulierung

Die Digitalisierung fungiert als Querschnittsthema über nahezu alle Wirtschaftsbereiche hinweg. Auch die Märkte werden massgeblich durch die digitalen Entwicklungen geprägt. Die hierdurch neu entstehenden Geschäftsmodelle und die damit einhergehenden innovativen Waren und Dienstleistungen stellen sowohl die Wettbewerbspolitik wie auch die kartellrechtlichen Behörden vor neue Herausforderungen.

Vor diesem Hintergrund sind die bestehenden auf die klassischen Märkte ausgerichteten Instrumente des Kartellrechts einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Besonderes Augenmerk gilt es dabei auf die nachstehenden Themen zu richten.

- **Marktbeherrschungskriterien für digitale, zweiseitige Märkte:** Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wird auch bei unentgeltlichen, zweiseitigen Märkten danach beurteilt, ob dem betreffenden Unternehmen ein vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum zur Verfügung steht. Die Bestimmung der Marktbeherrschung unterliegt bei zweiseitigen Märkten einer Reihe von Besonderheiten, welche von den klassischen Marktbeherrschungskriterien nur unzureichend abgebildet werden. Diese sollten daher an die Digitalökonomie angepasst werden. Gemäss wissenschaftlichen Erkenntnissen entfalten Netzwerkeffekte sowie Grössenvorteile eine tendenziell konzentrationsfördernde Wirkung, während das Vorliegen von Multi-Homing als konzentrationsmindernd qualifiziert wird ^[18]. Die Aussagekraft von Marktanteilen ist hingegen aufgrund der hohen (Innovations-)Dynamik in der Digitalökonomie eingeschränkt ^[19].
- **Algorithmische Kollusion:** Das Schweizer Wettbewerbsrecht enthält keine besonderen Vorschriften, die sich explizit mit dem Einsatz von Algorithmen auseinandersetzen. Es stellt sich daher die Frage, ob die bestehenden Regelungen im Kartellgesetz ausreichen, um dem neuartigen Phänomen zu begegnen. Kartellrechtliche Relevanz erlangen Algorithmen dann, wenn sie von Unternehmen dazu eingesetzt werden, um Wettbewerbsparameter mit anderen Unternehmen zu koordinieren. Dabei erweist sich insbesondere die Verhaltenskoordination, die auf Algorithmen ausgelagert wird und somit ausschliesslich auf der künstlichen Intelligenz von Maschinen beruht, als problematisch. Es gilt zu evaluieren, ob es einer gesetzlichen Ausweitung des geltenden Kartelltatbestands bedarf oder bereits eine digitale Interpretation des Abredebegriffs ausreichen würde ^[20].
- **Datenzugang:** Daten gelten als zentraler Inputfaktor vieler Wertschöpfungsprozesse ^[21]. Die Bearbeitung von (Nutzer-)Daten ermöglicht es Unternehmen, die Qualität ihrer eigenen Dienste zu optimieren, neue Geschäftsfelder zu erschliessen, zielorientierte Werbung zu schalten oder auch Preisdifferenzierungen vorzunehmen. Es liegt daher nahe, dass die Kontrolle über bestimmte Daten(-sätze) bei der Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens miteinflussen muss ^[22]. Auch können Daten als abrederelevante Wettbewerbsparameter und bei der Beurteilung der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen eine entscheidende Rolle spielen.

→ Die Wirtschaft muss die Politik für die digitalen Herausforderungen sensibilisieren.

Nächste Schritte

Die fortschreitende Digitalisierung stellt das Kartellrecht vor Herausforderungen. Auch wenn einige Anknüpfungspunkte für eine Regulierung im Kartellgesetz bestehen, sind die diesbezüglichen Konzepte noch nicht genügend ausgereift, um im Rahmen der laufenden Revision konkrete Bestimmungen formulieren zu können. Trotzdem oder gerade deshalb, ist *economiesuisse* bestrebt, die Thematik und dabei insbesondere die diesbezüglichen internationalen Entwicklungen eng zu verfolgen und hieraus belastbare Erkenntnisse für künftige gesetzliche Anpassungen zu erarbeiten. Angesichts der hohen Dynamik digitaler Märkte und der damit einhergehenden unternehmerischen Risiken aber auch Chancen ist es im Sinne der

Rechtssicherheit unabdingbar, möglichst rasch zeitgemässe und verlässliche Rahmenbedingungen zu setzen. Dabei gilt es auch frühzeitig, die Politik für die vorgeschriebenen Themen zu sensibilisieren und ein Bewusstsein für die digitalen Herausforderungen zu schaffen.

Fazit: Kartellgesetzrevision zur Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit und -sicherheit nutzen

→ Die Wirtschaft fordert für die anstehende KG-Revision ein mutigeres Vorgehen des Bundesrats.

Der Bundesrat nimmt im Rahmen der kommenden Revisionsarbeiten einige wichtige Anliegen auf, wie namentlich die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens. Allerdings reichen diese Revisionspunkte nicht aus, um dem aus wirtschaftlicher Sicht bestehenden Reformstau des Kartellrechts ausreichend zu begegnen. Die Wirtschaft fordert für die bevorstehende Revision des Kartellgesetzes daher ein mutigeres Vorgehen seitens Bund und Politik. So sollen auch Themen aufgegriffen werden, die im Rahmen der letztmaligen Revision kontrovers diskutiert worden sind. Dabei gilt es, unter Einbezug aller Interessenvertreter, die damaligen Gründe für die politische Ablehnung aufzuarbeiten und allenfalls neue, modifizierte Vorschläge zu entwickeln, die sowohl die wirtschaftlichen Anliegen berücksichtigen und gleichzeitig politisch mehrheitsfähig sind.

→ Wirksamer Wettbewerb ist die Grundlage einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung.

Eine wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ist für eine glaubwürdige Ordnungspolitik unabdingbar. *economiesuisse* setzt sich für einen effektiven Wettbewerb und gegen Abschottungen, aber auch verzerrende staatliche Interventionen ein. Vor diesem Hintergrund wird eine Modernisierung des Kartellrechts im Sinne der vorstehend beschriebenen Punkte angestrebt.

1. JENS LEHNE, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, N 13 zu Art. 1 KG.
2. Siehe hierzu: Aus für das neue Kartellgesetz, «St. Galler Tagblatt» vom 17. September 2014 unter <<https://www.tagblatt.ch/schweiz/aus-fuer-das-neue-kartellgesetz-ld.926498>>.
3. Siehe Medienmitteilung des Bundesrats vom 12. Februar 2020 unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78074.html>.
4. 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.
5. Siehe hierzu ausführlich SILVAN MEIER/DAVID BRUCH, Fn. 5, N 9 zu Art. 19 KG.
6. SILVAN MEIER/DAVID BRUCH, Fn. 5, N 10 zu Art. 19 KG.
7. Botschaft des Bundesrats vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde BBl 2012, 3905 ff., 3921 f.
8. Siehe BGE 139 I 72 E. 4 S. 80 f.
9. CARL BAUDENBACHER, Evaluation Kartellgesetz – Institutionelles Setting/Vertikale Abreden/Sanktionierung von Einzelpersonen/Zivilrechtliche Verfahren, Bern 2009, 23 f.
10. BBl 2012, 3923.
11. Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], 9.
12. BBl 2012, 3983.
13. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, N 204 zu Art. 49a.
14. BBl 2012, 3931 f.
15. BBl 2012, 3931 f.
16. Das GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) bildet die Zentralnorm des deutschen Kartell- und Wettbewerbsrechts.
17. Siehe U.S. Department of Justice Criminal Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs, Juni 2020, <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>>.
18. Siehe hierzu DAVID EVANS/RICHARD SCHMALENSEE, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Policy International 2007, 151 ff., 164.
19. Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Juni 2015, Rz. 56.
20. Siehe hierzu ausführlich: ANDREAS HEINEMANN, Algorithmen als Anlass für einen neuen Absprachebegriff?, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2019, 18 ff.
21. Das ökonomische Potenzial von Daten lässt sich beispielsweise anhand der Umsatzzahlen von Facebook veranschaulichen: So basieren 95 Prozent der Bruttoeinnahmen auf dem Verkauf zielgerichteter Werbeplätze; siehe LISA POLLACK, What is the price of your personal digital dataset?, «Financial Times» vom 10. Mai 2016.
22. ANDREAS HEINEMANN, Big Data im Kartellrecht, in: Markus Notter et al. (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei? Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich 2018, 311 ff., 312 f.; HEIKE SCHWEITZER et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, 128 f.