



## Revision des Kartellgesetzes: Der Gesetzgeber muss handeln

Die Bundesverfassung und das Kartellgesetz (KG) verpflichten dazu, gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen. Ein funktionierender Wettbewerb ist essenziell für die Schweizer Wirtschaft, welche die Ziele des KG uneingeschränkt unterstützt. Doch der aktuelle Vollzug des KG ist zu **formalistisch**. Er verbietet und sanktioniert auch unschädliche oder gar nützliche Abreden und Verhaltensweisen, blockiert wirtschaftlich sinnvolle Kooperationen und schränkt die unternehmerische Freiheit unverhältnismässig ein. Der Gesetzgeber muss den Vollzug durch gezielte Anpassungen korrigieren.

### Vollzugsfehler

Gemäss KG sollten bei der Beurteilung von Abreden (Art. 5 KG) und Verhaltensweisen (Art. 7 KG) die mutmasslich schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Zentrum stehen. Der Gesetzgeber hatte eine Verbotsgesetzgebung bewusst abgelehnt, um volkswirtschaftlich sinnvolle Kooperationen nicht zu behindern. Dennoch führte das Bundesgericht 2016 mit dem GABA/Elmex-Urteil ein faktisches Verbot bestimmter Abreden ein. Seither beurteilen Wettbewerbskommission und Gerichte solche Abreden ausschliesslich formal, ohne die Umstände und mögliche Schädlichkeit zu prüfen. Dies hat zu einer Überregulierung geführt, die Unternehmen dazu zwingt, auch auf nützliche Kooperationen (in Forschung und Entwicklung, Einkaufsgemeinschaften, Versicherungspools u.dgl.) zu verzichten, um langwierige und kostspielige Verfahren zu vermeiden.

Seit dem Urteil SIX/DCC (2022) soll auch bei Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen auf eine Auswirkungs- und Schädlichkeitsanalyse verzichtet werden können. Selbst neutrale oder wettbewerbsfördernde Verhaltensweisen werden de facto als unzulässig beurteilt und mit hohen Bussen belegt. Diese Praxis steht im Widerspruch

zur EU-Rechtsprechung, die eine Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall verlangt (so jüngst wieder im Fall «Intel»). Die Möglichkeit der Rechtfertigung durch die Unternehmen (Beweislastumkehr) bietet keinen ausreichenden Schutz, da die Hürden dafür zu hoch sind.

## **Korrekturbedarf**

Wir fordern, dass die durch die beiden Entscheide (GABA und SIX) geschaffene Neuinterpretation des Kartellrechtes durch den Gesetzgeber korrigiert wird. Der Vorschlag des Bundesrates geht dabei in die richtige Richtung. Jedoch lassen Formulierungen in der Botschaft Hintertüren offen, die eine Fortführung der bisherigen Praxis ermöglichen.<sup>1</sup> Die Mehrheit der WAK-S hatte dieses Problem erkannt und den Gesetzestext präzisiert, um einen Rückfall in eine verfassungswidrige Kartellrechtspraxis zu verhindern. Diese Präzisierung unterstützen wir und empfehlen, Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> in Übereinstimmung mit dem Vorschlag der WAK-S Mehrheit wie folgt anzupassen:

*Art. 5<sup>1bis</sup> Eine Wettbewerbsabrede, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, liegt nur dann vor, wenn ihre Schädlichkeit für den wirksamen Wettbewerb im konkreten Fall dargelegt ist. Dabei sind stets sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen.*

Auch im Bereich der Missbrauchskontrolle (Art. 7 KG) sind problematische Entwicklungen erkennbar, die der gesetzgeberischen Klärung bedürfen. Unternehmen wird aktuell ein Hemmschuh angelegt, ohne dass von ihrem Verhalten schädliche Auswirkungen ausgehen. Ohne eine gesetzliche Präzisierung wird sich diese problematische Praxis weiter verfestigen und die wirtschaftliche Freiheit von Unternehmen unverhältnismässig einschränken. Es ist daher unerlässlich, dass die Auswirkungen einer Verhaltensweise auf den Wettbewerb bei der Beurteilung wieder konsequent berücksichtigt werden. Daher ist Art. 7 KG wie folgt zu ergänzen:

*Art. 7<sup>3</sup> Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Absatz 1 und 2 liegt nur dann vor, wenn seine Schädlichkeit für den wirksamen Wettbewerb im konkreten Fall dargelegt ist.*

Diskutiert wurden dazu auch noch Ausnahmen oder Präzisierungen zugunsten des Sports und im Bereich von Bruttopreisabreden. Diese Anliegen sind verständlich; sie zeigen aber gerade exemplarisch auf, dass eben die aktuelle Praxis in vielen Fällen zu falschen Beurteilungen führt. Statt einer «Pflasterlipolitik» mit solchen Ausnahmen sollte das Problem an der Wurzel gepackt werden, indem bei sämtlichen fraglichen Abreden (Art. 5 KG) und angeblichen Marktmachtmissbräuchen (Art. 7 KG) die Darlegung ihrer Schädlichkeit im Sinne der beiden Anträge der WAK-S (Mehrheit) festgelegt wird.

<sup>1</sup> So heisst es in der Botschaft: «[...] [E]ine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung [kann] trotz quantitativ geringfügiger Bedeutung erheblich sein.» Diese Formulierung erlaubt es weiterhin, bestimmte Abreden allein aufgrund ihrer qualitativen Erheblichkeit zu untersagen und zu sanktionieren.

## **Die Fair Preis-Initiative wird nicht rückgängig gemacht**

Durch die hier unterstützte Korrektur würde die Umsetzung der Ziele der Fair Preis Initiative nicht gefährdet, da die mit dieser Initiative eingeführte Bestimmung über die Beschaffungsfreiheit im Ausland (Art. 7 Abs. 2 lit. g KG) so konkret formuliert ist, dass sich die Darlegung der vom Gesetzgeber anvisierten **Schädlichkeit im Einzelfall sehr einfach** gestaltet. Bei Bedarf könnte man aber die Fair Preis Problematik von der hier geforderten Korrektur auch noch ausdrücklich ausnehmen, wie dies im Ständerat etwa durch einen Antrag Rieder vorgeschlagen worden war.

## **Zu den Beratungen in der WAK-N**

Die WAK-N hat vertiefte Abklärungen zur Vorlage verlangt, insbesondere zur Umsetzung der Motion Français 18.4282. Die Schweizer Wirtschaft sieht die konsequente Umsetzung dieser Motion als prioritär an. Sie verlangt die **Korrektur der formalistischen KG-Praxis**. Der Vorschlag der WAK-S ermöglicht eine zielführende Korrektur, ohne die Verfolgung klar schädlicher Kartelle zu erschweren. Die schädlichen Auswirkungen fragwürdiger Tatbestände müssten gemäss diesem Vorschlag bloss dargelegt werden; ein strenger Nachweis oder gar eine Berechnung des volkswirtschaftlichen Schadens ist nicht erforderlich. Erfahrungsgemäss klar schädliche Submissionsabreden und andere Kartelle könnten weiterhin ohne grossen Mehraufwand geahndet werden. Auch im Bereich der Missbrauchskontrolle nach Art. 7 KG soll die tatsächliche Auswirkung einer Verhaltensweise im Vordergrund stehen.

## **Konsequenz - Gefordert, was die Verfassung verlangt: Betrachtung des Einzelfalles**

Kartellrecht ist Fallrecht: Es gibt offensichtliche Fälle, in denen der Wettbewerb fast unter allen erdenklichen Umständen beeinträchtigt wird (z.B. Strassenbaukartell, Bierkartell, Bankkartell). Bei solchen Fällen ist die Darlegung ihrer Schädlichkeit klar und einfach. In der komplexen wirtschaftlichen Realität gibt es aber einen «Graubereich», in welchem im Einzelfall genauer hingeschaut werden muss, ob das fragliche Verhalten der Unternehmen den Wettbewerb tatsächlich entweder beeinträchtigt oder unangiert belässt oder sogar fördert. «Es kommt darauf an» – wie die Ökonomen jeweils sagen – muss auch in der Natur des Kartellrechtsvollzugs liegen.

Der Nationalrat sollte unbedingt die kartellrechtliche Praxis wieder mit dem Willen des Gesetzgebers in Einklang bringen. Wird diese Gelegenheit jetzt verpasst, dann wird damit die **formalistische Kartellrechtspraxis bestätigt und zementiert**. Die Schweiz liefe in entgegengesetzter Richtung zur EU-Rechtsprechung. «**Nichtstun**» hat die direkte Auswirkung, dass Wettbewerbskommission und Gerichte künftig darauf verweisen werden, dass das Parlament eine Korrektur abgelehnt hat.