



Bern, 24. November 2021

Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)

Erläuternder Bericht



Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	3
1.1	Evaluation des Kartellgesetzes und Revision von 2012	3
1.2	Entwicklungen seit 2012	3
1.2.1	Zunehmende Digitalisierung der Märkte	3
1.2.2	Kooperationsabkommen mit der EU	5
1.2.3	Fair-Preis-Initiative	5
1.3	Ziele dieser Revision	6
1.3.1	Vorschläge des Bundesrates zur Teilrevision	6
1.3.2	Umsetzung der Motion 16.4094 Fournier.....	6
1.3.3	Umsetzung der Motion 18.4282 Français	7
1.4	Hängige parlamentarische Vorstösse	7
2	Grundzüge der Revisionsvorlage	7
2.1	Inhalt der vorgeschlagenen Regelung und untersuchte Lösungsmöglichkeiten	7
2.1.1	Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle	7
2.1.2	Stärkung des Kartellzivilrechts	11
2.1.3	Verbesserung des Widerspruchsverfahrens	13
2.1.4	Einführung von Ordnungsfristen bei Verwaltungsverfahren	13
2.1.5	Einführung von Parteientschädigungen für die Kosten der Verwaltungsverfahren	14
2.1.6	Revision von Artikel 5 KG	14
2.2	Umsetzungsfragen	17
3	Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht	18
4	Erläuterungen zu einzelnen Artikeln	19
5	Auswirkungen	32
5.1	Auswirkungen auf den Bund	32
5.2	Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete.....	33
5.3	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft.....	34
5.3.1	Auswirkungen auf die einzelnen wirtschaftlichen Akteure	34
5.3.2	Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen	36
5.4	Auswirkungen auf die Gesellschaft	36
5.5	Auswirkungen auf die Umwelt	36
6	Rechtliche Aspekte	36
6.1	Verfassungsmässigkeit	36
6.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz.....	36

1 Ausgangslage

1.1 Evaluation des Kartellgesetzes und Revision von 2012

Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)¹ geht primär auf das Programm zur «marktwirtschaftlichen Erneuerung» zurück, welches der Bundesrat infolge der 1992 erfolgten Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) lanciert hat.² Ziel der Regierung war es, durch den Erlass eines verschärften KG die Rahmenbedingungen des Schweizer Wirtschaftsstandorts zu verbessern.³ Die Revision des KG im Jahr 1995 führte zu einer grundlegenden Neuorientierung des schweizerischen Wettbewerbsrechts, die darauf abzielte, einen wirksamen Wettbewerb zu fördern. Materiell beruht das KG von 1995 auf folgenden drei Pfeilern: Bekämpfung unzulässiger Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG), Bekämpfung missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) sowie Zusammenschlusskontrolle (Art. 9 KG).

Die am 1. April 2004 in Kraft getretene Teilrevision des KG bezweckte, den in der Revision von 1995 eingeleiteten Paradigmenwechsel zu vervollständigen, namentlich durch die Einführung direkter Sanktionen, die Schaffung einer Bonusregelung und die Möglichkeit von Hausdurchsuchungen.

Im Jahr 2012 schlug der Bundesrat eine Revision des KG⁴ auf Basis der vom Gesetzgeber nach Artikel 59a KG vorgesehenen Evaluation des Gesetzes vor.⁵ Die Evaluation ergab, dass sich die neuen, 2004 eingeführten Instrumente bewährt hatten, zeigte aber auch in verschiedener Hinsicht Revisionsbedarf auf. Daher unterbreitete der Bundesrat dem Parlament eine Gesetzesvorlage mit Vorschlägen zu einer Institutionenreform der Wettbewerbsbehörden sowie zu mehreren Anpassungen der materiell-rechtlichen Bestimmungen. Letztere betrafen insbesondere das gesetzliche Verbot von fünf besonders schädlichen Abredearten mit Rechtfertigungsmöglichkeit, die Revision des Zivilverfahrens im Kartellrecht, die Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle, die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens für die Unternehmen und die Berücksichtigung der von den Unternehmen eingerichteten Compliance-Programme bei der Sanktionsbemessung.⁶ Nach dem vom Ständerat am 21. März 2013 bezüglich dieser Vorlage für die Revision des KG gefällten Eintretensbeschluss bestätigte der Nationalrat am 17. September 2014 seinen früheren Entscheid, auf die Vorlage nicht einzutreten. Die Revision kam somit nicht zustande. Das Scheitern der Revision ist teilweise mit ihren ehrgeizigen Zielen zu erklären. So bezog sich die Evaluation grundsätzlich auf alle Bereich des KG und nicht nur auf die Punkte der Revision von 2004. Die Institutionenreform und die Revision von Artikel 5 KG waren besonders umstritten.

1.2 Entwicklungen seit 2012

1.2.1 Zunehmende Digitalisierung der Märkte

Die rasche Digitalisierung der Wirtschaft hat erhebliche potenzielle Auswirkungen auf den Wettbewerb und kann neue Herausforderungen im Bereich der Regulierung bzw. deren Umsetzung mit sich bringen. Die digitalen Märkte weisen häufig folgende Merkmale auf: erhebliche Netzwerkeffekte auf den zweiseitigen Märkten (Plattformen), niedrige variable Kosten und hohe

¹ SR 251

² Botschaft vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens (BBl 1993 I 805)

³ Siehe Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (BBl 1995 I 468).

⁴ Botschaft vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde (BBl 2012 3905)

⁵ In diesem Sinne auch Bericht gestützt auf Artikel 59a Kartellgesetz über die Evaluation des Kartellgesetzes und Vorschläge zum weiteren Vorgehen vom 25. März 2009. Verfügbar unter: www.weko.admin.ch > Rechtliches/Dokumentation > Evaluation des Kartellgesetzes.

⁶ Dieser letzte Punkt war eine Forderung der vom Parlament am 21. September 2010 überwiesenen Motion 07.3856 Schweizer «Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht».

Fixkosten (was zu Skaleneffekten führt) sowie Zugang zu Nutzerdaten, die eine immer wichtigere Rolle spielen. Die Märkte haben aufgrund der Netzwerkeffekte oft eine Tendenz zu starker Konzentration und laufen Gefahr, dass sich eine einzige Plattform als dominierender Anbieter durchsetzt.

Der Bundesrat hat sich in einem 2017 veröffentlichten Bericht⁷ mit den damit einhergehenden Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik befasst. Er kam darin zu dem Schluss, dass die wesentlichen Grundsätze des Wettbewerbsrechts in der Schweiz auch in einer zunehmend digitalen Welt gültig bleiben. Die Bestimmungen insbesondere des KG seien relativ offen formuliert und damit voraussichtlich in der Lage, die Marktentwicklung aufzunehmen. Gleichzeitig wird auf Diskussionsbedarf im Bereich der Zusammenschlusskontrolle hingewiesen. So sei in diesem Zusammenhang insbesondere zu prüfen, ob eine Anpassung der Aufgreifkriterien notwendig ist, damit die Behörden Fusionen bzw. Akquisitionen von noch «jungen» Online-Plattformen bzw. -unternehmen kontrollieren können. Sinnvoll sei zudem die Modernisierung der bei der Kontrolle eingesetzten Tests.

Nach Prüfung dieser Fragen hält der Bundesrat die Einführung eines moderneren Tests in der Zusammenschlusskontrolle vor dem Hintergrund der Digitalisierung für sinnvoll. Dadurch könnten auch Zusammenschlüsse verboten werden, die keine marktbeherrschenden Stellungen begründen oder verstärken (vgl. Ziff. 1.3). Zudem böte ein modernerer Test die Möglichkeit, die Besonderheiten der digitalen Märkte besser zu berücksichtigen. Der Bundesrat hält es jedoch nicht für notwendig, die gesetzlichen Vorschriften in Bezug auf Online-Plattformen bzw. -unternehmen anzupassen (vgl. Ziff. 2.1.1).

In den letzten Jahren hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Fälle einiger Online-Plattformen unter Berücksichtigung der Besonderheiten von zweiseitigen Märkten analysiert. Im Bereich der Online-Zahlungslösungen untersuchte die WEKO unter anderem, ob Apple⁸ auf seinen Geräten die Nutzung der Schweizer TWINT-App zugunsten von Apple Pay behindert hat. Ausserdem verbot sie einige wettbewerbswidrige Vertragsklauseln von Online-Hotelbuchungsplattformen.⁹ Und schliesslich trugen die Wettbewerbsbehörden bei der vertieften Prüfung der Marktkonzentration durch die Stellenportale JobCloud und JobScout24 den Besonderheiten der Plattformen Rechnung.¹⁰

Im Übrigen wurden in der Schweiz vor Kurzem neue Regulierungsvorlagen zu bestimmten Aspekten der digitalen Märkte eingebracht. In Erfüllung der Motion Bischof 16.3902 «Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie» schlägt der Bundesrat dem Parlament vor, das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)¹¹ zu ändern. In das UWG soll eine neue Bestimmung aufgenommen werden, die Preisbindungsklauseln in Verträgen zwischen Online-Buchungsplattformen und Beherbergungsbetrieben verbietet.¹² Des Weiteren hat das Parlament im Rahmen der Parlamentsdebatte über die Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» (siehe auch Ziff. 1.2.3) eine neue Bestimmung zum grundsätzlichen Verbot von nicht staatlich angeordneten Geoblocking-Massnahmen (privates Geoblocking) in das UWG aufgenommen.¹³

Schliesslich haben die Eidgenössischen Räte Ende September 2020 das totalrevidierte Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG)¹⁴ verabschiedet.¹⁵ Darin wurde u. a. ein Portabilitätsrecht für persönliche Daten eingeführt. Dieses sieht vor, dass jede Person von einem Dienstleister (z. B. einem Anbieter von Onlinediensten) verlangen kann, die sie betreffenden Personendaten in einem gängigen elektronischen Format an sie herauszugeben, um diese Daten

⁷ Bericht des Bundesrats vom 11. Januar 2017 zu Rahmenbedingungen der digitalen Wirtschaft, S. 159 ff.

⁸ Siehe Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2019/1.

⁹ Siehe RPW 2016/1.

¹⁰ Siehe RPW 2016/1.

¹¹ SR 241

¹² Siehe Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. November 2021 «Preisbindungsklauseln gegenüber Beherbergungsbetrieben sollen verboten werden». Der entsprechende Entwurf sowie die dazugehörige Botschaft wurden noch nicht im Bundesblatt veröffentlicht.

¹³ Vgl. den neuen Art. 3a nUWG, der zum 1. Januar 2022 in Kraft treten wird.

¹⁴ SR 235.1

¹⁵ BBI 2020 7639

einem anderen Dienstleister übergeben zu können. Damit soll u. a. der Wettbewerb unter verschiedenen Anbietern gestärkt werden.¹⁶ Das Gesetz wird voraussichtlich in der zweiten Jahreshälfte 2022 in Kraft treten.

1.2.2 Kooperationsabkommen mit der EU

Am 1. Dezember 2014 trat das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union (EU) über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts¹⁷ in Kraft. Mit dem Abkommen wurde eine engere Zusammenarbeit zwischen der WEKO und der Wettbewerbsbehörde der Europäischen Kommission ermöglicht. Sie bietet den Behörden die Möglichkeit, sich ihre Vollzugsmassnahmen gegenseitig mitzuteilen, diese zu koordinieren und Informationen auszutauschen. Unter strikten Bedingungen soll auch der Austausch vertraulicher Informationen möglich sein, welche für die Durchführung von Untersuchungen benötigt werden.¹⁸ Vor dem Hintergrund der Möglichkeit des Austauschs vertraulicher Informationen wurde gleichzeitig mit Inkrafttreten des Abkommens ein neuer Artikel 42b KG eingeführt.

1.2.3 Fair-Preis-Initiative

Vor Kurzem wurde das KG infolge der am 12. Dezember 2017 eingereichten Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» angepasst. Diese Initiative will die internationale Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen in der Schweiz stärken und die «Hochpreisinsel Schweiz» bekämpfen. Dies soll durch eine Absenkung der Schwelle der Marktbeherrschung im KG durch die Einführung des Konzepts der «relativen Marktmacht» und insbesondere eine damit verbundene Lieferpflicht für gewisse Unternehmen bewerkstelligt werden.¹⁹ Somit soll die Interventionsschwelle des zweiten Pfeilers des KG, der Missbrauchskontrolle, angepasst werden.

Dem Bundesrat gingen die von der Initiative vorgeschlagenen Massnahmen zu weit, weshalb er einen indirekten Gegenvorschlag unterbreitete.²⁰ Dieser sah eine Anpassung des KG durch die Einführung des von der Initiative vorgeschlagenen Konzepts der relativen Marktmacht vor, begrenzte dessen Anwendungsbereich jedoch auf Fälle der Abschottung des Schweizer Markts.

Das Parlament arbeitete ebenfalls einen indirekten Gegenvorschlag aus, in welchen die Forderungen der Initiative weitgehend einflossen. Er wurde am 19. März 2021 von beiden Räten angenommen.²¹ Nach dem bedingten Rückzug der Initiative am 25. März 2021²² wurde die Referendumsfrist für den indirekten Gegenvorschlag nicht benutzt. Diese Änderung des KG tritt am 1. Januar 2022 in Kraft.²³

¹⁶ Vgl. Medienmitteilung der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 16. August 2019, abrufbar unter www.parlament.ch > Services > News > Suche: «Kommission schliesst Beratung der Revision des Datenschutzgesetzes ab Kommission schliesst Beratung der Revision des Datenschutzgesetzes ab».

¹⁷ SR **0.251.268.1**

¹⁸ Vgl. auch Botschaft vom 22. Mai 2013 zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts, BBI **2013** 3959.

¹⁹ Die Fair-Preis-Initiative zielt des Weiteren darauf ab, durch ein grundsätzliches Verbot des privaten Geoblockings den diskriminierungsfreien Online-Handel zu gewährleisten.

²⁰ Botschaft vom 29. Mai 2019 zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) (BBI **2019** 4877)

²¹ Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» (BBI **2021** 663).

²² BBI **2021** 758

²³ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. September 2021 «Fair-Preis-Initiative: Inkraftsetzung des indirekten Gegenvorschlags».

1.3 Ziele dieser Revision

1.3.1 Vorschläge des Bundesrates zur Teilrevision

Nach dem Scheitern der Revision von 2012 ist der Bundesrat weiter der Ansicht, dass die Teilrevision einiger Bereiche des KG notwendig ist, um eine bessere Wirksamkeit und Umsetzung zu erreichen. Die Revision der Zusammenschlusskontrolle war bereits im Rahmen der Vorlage von 2012 zur Revision des KG vorgeschlagen und vom Ständerat sowie der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N) unterstützt worden. Weil das aktuelle Kontrollsystem den negativen und positiven Auswirkungen von Zusammenschlüssen zu wenig Rechnung trägt und die Digitalisierung der Märkte fortschreitet, schlägt der Bundesrat vor, den im KG vorgesehenen qualifizierten Marktbeherrschungstest durch den unter anderem in der EU verwendeten SIEC-Test (*Significant Impediment to Effective Competition*) zu ersetzen. Durch die Verwendung des SIEC-Test könnten Zusammenschlüsse, die den Wettbewerb behindern und deren negative Effekte nicht durch Effizienzvorteile ausgeglichen werden, leichter unterbunden werden als unter dem bestehenden Regime. Im Zusammenhang mit seinem Bericht vom 22. Juni 2016 «Behinderung von Parallelimporten»²⁴ hielt der Bundesrat fest, dass mit einer Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle eine gewisse Intensivierung des Wettbewerbs einhergehen könnte. Eine solche könnte dazu führen, dass durch Parallelimporte erzielte günstigere Einkaufskonditionen eher an die Endkunden weitergegeben werden. Daher kündigte er in diesem Rahmen an, eine Vorlage zur Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle auszuarbeiten. Eine Angleichung an den in der EU verwendeten Test könnte zudem die Zusammenarbeit in einer zunehmend digitalisierten und damit grenzenlosen Wirtschaft erleichtern.

Am 12. Februar 2020 beauftragte der Bundesrat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), eine Vernehmlassungsvorlage für eine Teilrevision des KG vorzubereiten. Die vorliegende Vorlage soll neben einer Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle zwei zusätzliche, aus der KG-Revision von 2012 hervorgegangene technische Elemente einbeziehen, namentlich die Stärkung des Kartellzivilrechts und die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens. Diese Elemente, die im Parlament zwischen 2012 und 2014 kaum diskutiert wurden, sollen eine bessere Wirksamkeit und Umsetzung des KG ermöglichen.

Das Vernehmlassungsverfahren war für das Jahr 2020 angekündigt worden. Die Arbeiten mussten jedoch zeitweise ausgesetzt werden, weil andere Aufgaben im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie Priorität hatten. Diese Reform schliesst zudem die Umsetzung der Motion 18.4282 Français ein, die am 1. Juni 2021 vom Parlament angenommen wurde (vgl. Ziff. 1.3.3).

1.3.2 Umsetzung der Motion 16.4094 Fournier

Am 5. März 2018 hat das Parlament die Motion 16.4094 Fournier «Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren» teilweise angenommen. Diese enthält vier Forderungen: die Gerichtsverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen, indem Fristen in die Gesetzgebung aufgenommen werden; Informationen über laufende Verfahren und die Entscheide der WEKO erst zu veröffentlichen, wenn sie rechtskräftig sind; verhältnismässige Sanktionen bei unzulässigen Abreden sicherzustellen, die die Grösse des Unternehmens und die Tragbarkeit der Sanktion durch dieses angemessen berücksichtigen; die Entschädigung der Parteien in allen Phasen des Verfahrens vorzusehen. Während der Bundesrat die Ablehnung der Motion beantragte, nahm der Ständerat sie am 27. September 2017 an. Am 5. März 2018 stimmte der Nationalrat separat über die vier Forderungen der Motion ab. Die Punkte 1 und 4 – Aufnahme von Fristen in die Gesetzgebung und Entschädigung der Parteien für die Kosten der Verwaltungsverfahren – wurden angenommen. Die beiden anderen Punkte wurden abgelehnt. Somit obliegt es nun dem Bundesrat, eine Änderung des KG vorzuschlagen, um

²⁴ Bericht des Bundesrats vom 22. Juni 2016 in Erfüllung des Postulats 14.3014 «Erleichterung der Zollabfertigung und Förderung von Parallelimporten dank Anerkennung weiterer Dokumente zur Erbringung des Ursprungsnachweises», verfügbar unter www.seco.admin.ch > Publikationen und Dienstleistungen > Konsum und Preise > Preisunterschiede.

diese beiden Forderungen umzusetzen. Ein entsprechender Vorschlag zur der genannten Motion wurde in die aktuelle Vorlage zur Teilrevision des KG integriert.

1.3.3 Umsetzung der Motion 18.4282 Français

Die Motion 18.4282 Français «Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» fordert die Präzisierung von Artikel 5 KG, um bei der Prüfung der Unzulässigkeit von Abreden sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Sie wurde eingereicht, nachdem das Bundesgericht am 28. Juni 2016 das Urteil im Fall *Gaba*²⁵ gefällt hatte. Der Bundesrat beantragte die Ablehnung der Motion, die indes vom Ständerat am 15. Dezember 2020 und vom Nationalrat am 1. Juni 2021 angenommen wurde. Ein Umsetzungsvorschlag ist in die vorliegende Revisionsvorlage integriert worden.

1.4 Hängige parlamentarische Vorstösse

Im Parlament sind derzeit drei parlamentarische Vorstösse im Zusammenhang mit dem Kartellrecht hängig. Je nach Entwicklung der parlamentarischen Beratungen könnten diese Vorstösse ebenfalls eine Revision des KG erfordern.

Am 27. September 2018 wurde die Motion 18.3898 Pfister «Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel» im Nationalrat eingereicht. Sie fordert, den Inhalt der Bekanntmachung der WEKO über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Automobilsektor (in der Version von 2002) in eine Verordnung des Bundesrates fliessen zu lassen. Der Bundesrat beantragt die Ablehnung der Motion. Während der Nationalrat die Motion am 16. September 2020 angenommen hat, ist sie vom Ständerat noch nicht behandelt worden.

Das Postulat 21.3240 Schlatter «Auswirkungen der Tech-Giganten auf die Schweizer Wirtschaft. Braucht es neue Regeln?» wurde am 17. März 2021 im Nationalrat eingereicht. Darin wird die Vorlage eines Berichtes gefordert, welcher unter anderem die Auswirkungen der zunehmenden Konzentration digitaler Plattformen auf den Wettbewerb aufzeigt und der Frage nachgeht, ob eine Anpassung der gesetzlichen Grundlagen angezeigt ist. Der Bundesrat beantragt die Ablehnung des Postulates. Im Parlament wurde der Vorstoss noch nicht behandelt.

Am 30. September 2021 wurde die Motion 21.4189 Wicki «Untersuchungsgrundsatz wahren - keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz» im Ständerat eingereicht. Sie fordert eine Präzisierung des KG hinsichtlich der verfassungsmässigen Unschuldsvermutung, insbesondere durch die Stärkung des Untersuchungsgrundsatzes. Der Bundesrat fordert die Ablehnung der Motion. Das Parlament hat den Vorstoss noch nicht beraten.

2 Grundzüge der Revisionsvorlage

2.1 Inhalt der vorgeschlagenen Regelung und untersuchte Lösungsmöglichkeiten

2.1.1 Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle

Wechsel zum SIEC-Test

Die im KG vorgesehene Zusammenschlusskontrolle verfolgt einen präventiven Zweck und zielt darauf ab, künftige Wettbewerbsbeschränkungen zu vermeiden. Sobald bestimmte Aufgreifschwelle erreicht sind (Art. 9 KG bzw. Verordnung vom 17. Juni 1995 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen²⁶), nimmt die WEKO eine vorläufige Prüfung (Art. 10 Abs. 1 KG vor, um zu ermitteln, ob der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt (Art. 4 Abs. 2 KG). Ist dies der Fall, kann die WEKO durch eine Prüfung gemäss Artikel 33 KG ermitteln, ob der Zusammenschluss Wettbewerbsprobleme aufwirft oder nicht. Konkret geht es um die Beantwortung der folgenden zwei Fragen:

²⁵ BGE 143 II 297.

²⁶ SR 251.4

Begründet oder verstärkt der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte, und wie wirkt sich der Zusammenschluss auf die Wettbewerbsbedingungen in anderen Märkten aus?

Gemäss dem aktuell im Gesetz verankerten Ansatz können problematische Zusammenschlüsse, die eine marktbeherrschende Stellung begründen, toleriert werden, solange sie den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen. Die durch die Zusammenschlusskontrolle bezweckte Präventivwirkung wird somit nicht vollständig erreicht. Die heutige Zusammenschlusskontrolle trägt den negativen und positiven Auswirkungen von Zusammenschlüssen zu wenig Rechnung. In konzentrierten Märkten sollte schädlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen, wie etwa einer Erhöhung der Preise, einer Verschlechterung der Qualität oder der Verdrängung von Wettbewerbern, besondere Beachtung zukommen. Daher schlägt der Bundesrat vor, dass der heute von der WEKO angewandte qualifizierte Marktbeherrschungstest durch den SIEC-Test abgelöst wird. Letzterer konzentriert sich nicht mehr ausschliesslich auf Fälle von Marktbeherrschung, sondern betrifft alle Zusammenschlüsse, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen.

Zwar besteht in der Prüfung von Marktmachtmissbräuchen nach Artikel 7 KG ein Instrument, das die *nachträgliche* Minderung oder Korrektur gewisser wettbewerbsschädlicher Effekte von Zusammenschlüssen ermöglicht. Diese Prüfung kann jedoch eine strukturelle Kontrolle wie die Zusammenschlusskontrolle nicht ersetzen. Einerseits ist es wesentlich, den schädlichen, d. h. den unilateralen²⁷ und den koordinierten²⁸ Effekten eines Zusammenschlusses strikter als heute Rechnung zu tragen, andererseits sind auch die Effizienzgewinne angemessen zu berücksichtigen. Im Rahmen des SIEC-Tests werden auch unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle in die Prüfung einbezogen. International ist unbestritten, dass die Zusammenschlusskontrolle die erforderlichen Instrumente bereitstellen muss, um generell jeden zu einer signifikanten Behinderung des Wettbewerbs führenden Zusammenschluss zu verhindern.²⁹ Insbesondere im Zusammenhang mit der digitalen Wirtschaft und der Thematik der Online-Plattformen wird der Fokus international auf die Notwendigkeit gelegt, auf diesen Märkten *vorgängig* zu intervenieren.

Die Reform der Zusammenschlusskontrolle war bereits im Rahmen der KG-Revision von 2012 vorgeschlagen worden. Nach dem Entscheid des Bundesrates von 2016 zu einer erneuten Beantragung dieser Reform wurden zwei Studien in Auftrag gegeben, um die Folgen eines Wechsels zum SIEC-Test besser evaluieren zu können. Die erste Studie³⁰ vermittelt einen Überblick über die in der Schweiz und in der EU geltenden Vorschriften zur Zusammenschlusskontrolle. Sie zeigt, dass der Wechsel zum SIEC-Test ökonomisch gerechtfertigt ist. Ausserdem kommt sie zu dem Schluss, dass die Einführung einer der EU-Zusammenschlusskontrolle

²⁷ Unter dem Begriff «unilaterale Effekte» ist die Tatsache zu verstehen, dass für die sich zusammenschliessenden Unternehmen Anreize zur Abänderung der Marktkonditionen bestehen können, falls der Wettbewerbsdruck infolge eines Zusammenschlusses abnimmt oder gar eine marktbeherrschende Stellung entsteht. So könnten sie beispielsweise die Preise erhöhen, was eine Anpassung des Verhaltens der anderen in diesem Markt tätigen Unternehmen nach sich zöge. Diese könnten die Preise ebenfalls erhöhen. Die Stichhaltigkeit dieser Befürchtungen wird durch empirische Studien bestätigt: Die unilateralen Effekte führen durchschnittlich zu Preiserhöhungen von 5 bis 7 % (vgl. Swiss Economics, 2017, *Einführung des SIEC-Tests: Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle* (nachfolgend «Studie Swiss Economics»), S. 12 ff.; verfügbar unter: www.seco.admin.ch > Publikationen und Dienstleistungen > Wettbewerb und Service Public > Kartellgesetz).

²⁸ Mit dem Begriff «koordinierte Effekte» wird eine Situation beschrieben, in der ein Zusammenschluss zu einer Verringerung der Anzahl Unternehmen im Markt führt und zur Folge hat, dass die verbleibenden Unternehmen ihr Verhalten zu Lasten ihrer Kunden aufeinander abstimmen können.

²⁹ Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), 2020, *Merger Control in the Time of COVID-19*; OECD, 2020, *Merger Control in Dynamic Markets*; International Competition Network (ICN), 2017, *Recommended Practices for Merger Analysis*; OECD, 2016, Executive Summary of the Roundtable on Jurisdictional Nexus in Merger Control Regimes; OECD, 2013, *Report on Country Experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review*.

³⁰ Studie Swiss Economics, 2017 (vgl. Fn 27).

äquivalenten Zusammenschlusskontrolle in der Schweiz zur Verringerung von Konzentrations-tendenzen in den Märkten beitragen könnte. Die zweite Studie³¹ analysiert hypothetisch anhand eines Vergleichs mit der EU-Praxis, inwiefern Schweizer Fälle anders hätten bewertet werden können. In einigen Fällen wären auf der Basis des SIEC-Tests womöglich restriktivere Entscheide gefällt oder aufgrund des Schädigungspotenzials bestimmter Zusammenschlüsse vielleicht sogar Fusionsverbote ausgesprochen worden.³² Gemäss der Studie sind Tests wie die SIEC-Prüfung auch mit Blick auf die digitalisierte Wirtschaft geeigneter und zielführender, weil sie sich weniger auf Strukturdaten (wie Marktanteile) stützen als der qualifizierte Marktbeherrschungstest.

Eine Alternative zur Einführung des SIEC-Test bestünde in der Anpassung des aktuellen Tests durch eine Konzentration auf die Frage der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Auf eine Analyse der potenziellen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs könnte verzichtet werden. Ein solcher sog. einfacher Marktbeherrschungstest trüge aber weder der Entwicklung der internationalen Standards Rechnung, noch führte er zu einer Harmonisierung mit der EU-Praxis. Diese Art von Test wurde früher von der EU angewandt und bis 2013 von Deutschland durchgeführt. Die einzigen EU-Mitgliedstaaten, die diesen Test noch heute einsetzen, sind Österreich und Italien.

Vermeidung von Doppelspurigkeiten bei internationalen Zusammenschlüssen

Die heutige Zusammenschlusskontrolle bezüglich international gemeldeter Zusammenschlüsse bindet zu viele Ressourcen. So werden grenzüberschreitende Zusammenschlüsse von Unternehmen einer gewissen Grösse, die international tätig sind, heute oft parallel in mehreren Staaten gemeldet und geprüft. Dies verursacht insbesondere für die Unternehmen einen Mehraufwand, oftmals ohne dass es wegen des Verfahrens in der Schweiz zu einem Mehrwert kommt.³³ Daher schlägt der Bundesrat eine Vereinfachung der Meldepflicht von grenzüberschreitenden Unternehmenszusammenschlüssen für Märkte vor, die die Schweiz und zumindest den EWR umfassen. Dadurch liesse sich vermeiden, dass Zusammenschlüsse parallel von Wettbewerbsbehörden der EU und der Schweiz beurteilt werden, und die Einsparung von (finanziellen und personellen) Ressourcen bei den Unternehmen und den Wettbewerbsbehörden erreichen.

Anpassung der Fristverlängerungen

Eine Anpassung der Fristverlängerungen an diejenigen der EU ist vorgesehen, um internationale Verfahren zu vereinfachen, wenn die Prüfung eines Zusammenschlusses aufgrund einer nationalen Marktabgrenzung auch in der Schweiz erforderlich ist.

Anwendung des dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards

Anhand des im Rahmen der Analyse der Effizienzvorteile angewandten Wohlfahrtsstandards wird festgelegt, auf welche Weise diese Vorteile betrachtet werden. Er wirkt sich somit auf die Höhe der Eingriffshürde für die Zusammenschlusskontrolle aus. Im Allgemeinen wird zwischen zwei Wohlfahrtsstandards unterschieden: dem Konsumentenwohlfahrts-Standard³⁴ und dem Gesamtwohlfahrts-Standard³⁵.

³¹ Polynomics und Prager Dreifuss, 2020, *Juristisch-ökonomisches Gutachten zum Einfluss des SIEC-Tests auf die Fusionspraxis der Wettbewerbsbehörden* (nachfolgend: Studie Polynomics und Prager Dreifuss); abrufbar unter: www.seco.admin.ch > Publikationen und Dienstleistungen > Wettbewerb und Service Public > Kartellgesetz.

³² Siehe Studie Polynomics und Prager Dreifuss, 2020, S. 11 ff. (Übernahme von Steffen-Ris Holding AG durch Fenco) und S. 14 ff. (Übernahme von Denner durch Migros).

³³ Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, 2008, Zusammenschlusskontrolle; Überprüfung der Notwendigkeit einer Revision, Projektbericht P17 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, S. 38 ff.

³⁴ Dieser Standard zieht als Beurteilungskriterium die Preisentwicklung heran, die von den Lieferantinnen und Lieferanten auf dem betreffenden Markt erwartet wird. Im europäischen Kartellrecht umfasst der Begriff «Konsumentin» bzw. «Konsument» nicht nur die Endbenutzerinnen und Endbenutzer, sondern auch die Unternehmen auf einer nachgelagerten Marktstufe.

³⁵ Auf Grundlage des Gesamtwohlfahrts-Standards kann ein Zusammenschluss zugelassen werden, wenn die Wohlfahrt sowohl auf Seiten der Konsumentinnen und Konsumenten als auch der Produzentinnen und Produzenten insgesamt zunimmt.

In der Schweiz ist das KG grundsätzlich auf die Gesamtwohlfahrt ausgerichtet. Es wäre daher folgerichtig, im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle diesen Wohlfahrtsstandard zu betrachten, trägt er doch den gesamtwirtschaftlichen Effekten eines Zusammenschlusses Rechnung. Die praktische Anwendung des Gesamtwohlfahrts-Standards im Zusammenhang mit der Zusammenschlusskontrolle ist jedoch schwierig. Denn neben den Auswirkungen auf die Konsumentenrente müssen auch die Folgen für die Produzentenrente der am Zusammenschluss beteiligten Parteien und ihrer Wettbewerber ermittelt werden. Eine derart detaillierte Analyse lässt sich aber insbesondere angesichts der im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle gesetzten Fristen nur schwer durchführen. Daher erscheint eine Orientierung an dem in der EU angewandten Konsumentenwohlfahrts-Standard auch aus Harmonisierungsgründen sinnvoll. Im Gegensatz zur EU und zwecks Nutzung der wirtschaftlichen Vorteile des Gesamtwohlfahrts-Standards schlägt der Bundesrat jedoch die Anwendung eines dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards vor. Dabei handelt es sich um die Hybridform eines Wohlfahrtsstandards von Konsumenten und Produzenten, der die langfristige Maximierung der Konsumentenwohlfahrt berücksichtigt.

In diesem Punkt findet somit keine vollumfängliche Harmonisierung mit den einschlägigen EU-Vorschriften statt. Das Vorgehen erlaubt aber die Berücksichtigung wichtiger langfristiger Wirtschaftseffekte. Diese Abweichung gegenüber dem europäischen Recht ist auch deshalb gerechtfertigt, weil die Schweizer Kartellgesetzgebung primär auf den Schutz des Wettbewerbs und nicht speziell auf den Schutz bestimmter Kategorien von Akteurinnen und Akteuren abzielt.

Keine Veränderung der Interventionsschwelle und keine Berücksichtigung des Transaktionswerts als neuen Schwellenwert

Der Bundesrat beauftragte am 11. Januar 2017 das WBF in seinem «Bericht über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft» mit der Prüfung, ob eine Anpassung der Aufgreifkriterien bei Unternehmenszusammenschlüssen sinnvoll wäre, damit wettbewerbspolitisch relevante Zusammenschlüsse bzw. Akquisitionen von noch «jungen» Online-Plattformen von den Wettbewerbsbehörden geprüft werden könnten. Mit zunehmender Digitalisierung stellt sich auch die Frage, ob die traditionellen Aufgreifkriterien in Form von Umsatzschwellen immer noch ausreichend sind.³⁶ Grundsätzlich ist es möglich, dass (künftig) bedeutende Unternehmen auf digitalen Märkten (gegenwärtig) nur relativ geringe Umsätze erzielen und somit ein allfälliger gewichtiger Zusammenschluss nicht meldepflichtig ist. Eine solche «Kontrollücke» könnte mit Transaktionswerten, welche das Marktpotenzial eines Unternehmens bei der Übernahme widerspiegelt, als subsidiäres Aufgreifkriterium möglicherweise geschlossen werden. Laut einer durch das SECO in Auftrag gegebenen Studie³⁷ besteht für die Schweiz als kleine Volkswirtschaft diesbezüglich jedoch kein dringlicher Handlungsbedarf. Es besteht keine empirische Evidenz, dass in der Schweiz derzeit eine solche «Kontrollücke» besteht. Die Einführung transaktionsbezogener Schwellenwerte scheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt deshalb nicht notwendig. Sie käme einer «Regulierung auf Vorrat» gleich und würde lediglich zu unnötigen Zusammenschlussmeldungen und entsprechendem Mehraufwand für die Unternehmen und Wettbewerbsbehörden führen. Der Bundesrat sieht insofern keinen dringenden Handlungsbedarf diesbezüglich. Deshalb hat kein entsprechender Anpassungsvorschlag Eingang in der vorliegenden Vorlage gefunden.

In der EU wurden ähnliche Überlegungen angestellt. Die Europäische Kommission behandelte die Frage der Transaktionsschwelle im Rahmen ihrer Konsultationen über die Evaluierung der Verfahrens- und Zuständigkeitsaspekte der EU-Fusionskontrolle.³⁸ Die Konsultationsteilnehmerinnen und -teilnehmer räumen ein, dass die Fusionskontrolle in manchen Vorhaben mit hohen Transaktionswerten aufgrund des niedrigen Umsatzes des Zielunternehmens (vor allem in den Sektoren Digitales, Arzneimittel und Biotechnologie) gegebenenfalls nicht greifen könnte. Die Mehrheit der Konsultationsteilnehmerinnen und -teilnehmer lehnen jedoch die Einführung

³⁶ Europäische Kommission, 2019, *Competition Policy for the digital age*, S. 105ff.

³⁷ Vgl. Studie Swiss Economics, 2017, S. 57 ff.

³⁸ Vgl. Pressemitteilung vom 7. Oktober 2016, «Fusionskontrolle: Kommission bittet um Stellungnahmen zu bestimmten Aspekten der EU-Fusionskontrolle».

zusätzlicher Aufgreifschwelle ab.³⁹ Wie der Bundesrat fürchten sie vor allem, dass dadurch ein unnötiger Verwaltungsaufwand mit negativen Auswirkungen auf Innovationen und Investitionen entstehen könnte, zumal der Kaufpreis subjektiver Natur ist und keinen Hinweis auf die mögliche Bedeutung der Transaktion für die Wettbewerbssituation gibt. In ihrer Evaluation weist die Europäische Kommission darauf hin, dass sich die umsatzbasierten Schwellenwerte als wirksames Mittel zur Erfassung wichtiger Zusammenschlüsse auf dem EU-Binnenmarkt erwiesen haben. Sie kommt auch nicht zu dem Schluss, dass ohne transaktionsbezogene Schwellenwerte eine Lücke bestünde.⁴⁰

Eine mögliche Berücksichtigung des Transaktionswerts wurde auch in mehreren EU-Mitgliedstaaten diskutiert. In Frankreich kündigte die Wettbewerbsbehörde am 7. Juni 2018 mehrere Massnahmen zur Entlastung und Erleichterung der Vorhaben von Unternehmen im Bereich der Zusammenschlusskontrolle an.⁴¹ Aus den Ergebnissen einer öffentlichen Konsultation schloss sie, dass die Einführung einer Kontrolle auf Grundlage des Transaktionswerts für die französische Wirtschaft nicht zu rechtfertigen sei. Dagegen veröffentlichten die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde und das deutsche Bundeskartellamt vor dem Hintergrund entsprechender neuer Grundlagen in ihrem jeweiligen nationalen Recht am 9. Juli 2018 die finale Version ihres gemeinsamen Leitfadens zur neuen Transaktionswert-Schwelle.⁴² Diese Transaktionsschwelle zielt darauf ab, Zusammenschlüsse analysieren zu können, bei denen das Zielunternehmen zwar (noch) keine relevanten Umsatzwerte erreicht, aber ein hohes wettbewerbles Marktpotenzial hat, was sich in der Regel im Wert der Gegenleistung widerspiegelt.⁴³

2.1.2 Stärkung des Kartellzivilrechts

Im Sinne eines effektiven Wettbewerbsschutzes ist eine Stärkung des in der heutigen Praxis nur äusserst selten angewandten Kartellzivilrechts sinnvoll. Neben der Möglichkeit, dass alle von Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen Schadenersatz verlangen können, ist das Kartellzivilrecht auch wichtig für eine effektive Durchsetzung des Wettbewerbsrechts im Allgemeinen. Eine Stärkung des Kartellzivilrechts würde der WEKO noch besser erlauben, sich auf Fälle zu konzentrieren, die besonders im öffentlichen Interesse liegen.

Zivilprozesse wegen Kartellrechtsverletzungen sind in der Praxis in der Schweiz jedoch sehr selten. Die Betroffenen von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gehen oft lieber den grundsätzlich kostenlosen Weg über das Verwaltungsverfahren, auch wenn sie in diesem Rahmen keine Ansprüche auf Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe stellen können. Entsprechend sollen mit der vorliegenden Revision durch systemkonforme Änderungen Anreize zur zivilrechtlichen Klageerhebung geschaffen werden. Der Bundesrat nimmt hierzu die Elemente aus dem gescheiterten Revisionsvorhaben 2012 wieder auf. Schliesslich ist das Kartellzivilrecht in der Schweiz im internationalen Vergleich rudimentär⁴⁴ ausgestaltet. Nicht

³⁹ Zusammenfassung der Stellungnahmen verfügbar unter: www.ec.europa.eu > Themen A–Z > Wettbewerb > Konsultationen > Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of Eu merger control > Summary of replies.

⁴⁰ Verfügbar unter: www.ec.europa.eu > Themen A–Z > Wettbewerb > Konsultationen > Merger policy package of 26 March 2021: Evaluation and follow-up actions. Um jedoch den Marktentwicklungen der vergangenen Jahre (z. B. Anstieg der Zahl der Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Unternehmen mit geringem Umsatz zum Zeitpunkt der Übernahme) Rechnung zu tragen, möchte die Europäische Kommission Verweisungen von Mitgliedsstaaten an die Kommission fördern – insbesondere in Fällen, in denen die nationalen Schwellenwerte für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nicht erreicht sind. Sie hat eine öffentliche Konsultation zur Überarbeitung bestimmter verfahrensrechtlicher Aspekte der EU-Fusionskontrolle eingeleitet, die bis zum 18. Juni 2021 gelaufen ist. Die Ergebnisse der Konsultationen werden aktuell ausgewertet. Vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 26. März 2021 «Fusionskontrolle: Kommission gibt Evaluierungsergebnisse und Folgemaassnahmen zu Zuständigkeits- und Verfahrensaspekten im Bereich der EU-Fusionskontrolle bekannt».

⁴¹ Vgl. Pressemitteilung der französischen Wettbewerbsbehörde vom 7. Juni 2018, «Modernisation et simplification du contrôle des concentrations».

⁴² Vgl. Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 9. Juli 2018, «Gemeinsamer Leitfaden zur neuen Transaktionswert-Schwelle in der Fusionskontrolle – finale Version in Österreich und Deutschland veröffentlicht».

⁴³ Die entsprechenden Regelungen finden sich in § 19 Absatz 1a Ziffer 3 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bzw. in § 9 Absatz 4 Ziffer 3 des österreichischen Kartellgesetzes (KartG).

⁴⁴ Beispielsweise wurden in der EU eine Vielzahl von Instrumenten zur Erleichterung kartellzivilrechtlicher Verfahren im Sinne einer Mindestharmonisierung der nationalen Zivilrechtsordnungen beschlossen und im Wesentlichen bis Ende 2016 in den einzelnen Mitgliedsstaaten in Kraft gesetzt, vgl. Richtlinie 2014/104/EU vom 26. November 2014

zuletzt sind auch die bisherigen Erfahrungen aus der EU, wo das Kartellzivilrecht in den letzten Jahren insbesondere durch die Verabschiedung der EU-Schadensersatzrichtlinie⁴⁵ nachhaltig gestärkt wurde, durchwegs positiv.

Folgende Revisioenselemente werden im Bereich des Kartellzivilrechts vorgeschlagen:

- Die Aktivlegitimation soll auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen – gerade auch auf die Konsumentinnen und Konsumenten sowie die öffentliche Hand (z. B. öffentliche Auftraggeber) – ausgedehnt werden. Gemäss dem Wortlaut von Artikel 12 Absatz 1 KG sind bisher lediglich Unternehmen, die durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden, zur Einreichung einer zivilrechtlichen Klage legitimiert.
- Analog zur KG-Revision 2012 schlägt der Bundesrat vor, eine Verjährungshemmung von zivilrechtlichen Ansprüchen aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung einzuführen, und zwar vom Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung der WEKO bis zu einem rechtskräftigen Entscheid. Dies bedeutet für Betroffene, dass sie länger Zivilansprüche geltend machen können.
- Die drei im geltenden Recht bestehenden Ansprüche bzw. Klagearten in Bezug auf unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 12 Abs. 1 KG) sollen in Anlehnung an Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe c UWG sowie an Artikel 28a Absatz 1 Ziffer 3 ZGB⁴⁶ (und in Anknüpfung an das KG von 1985) um einen Anspruch auf Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung ergänzt werden.
- Um eine finanzielle Mehrfachbelastung zu vermeiden und um die Motivation zur freiwilligen Wiedergutmachung gegenüber den durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung Geschädigten weiter zu stärken, sollen neu auch nach dem Entscheid der WEKO geleistete Schadenersatzzahlungen bei einer allfälligen Verwaltungssanktion ausdrücklich belastungsmindernd berücksichtigt werden können.
- Als letzte Anpassung aus dem kartellzivilrechtlichen Änderungskatalog des Bundesrates der gescheiterten Kartellgesetzrevision 2012 werden erneut zwei formelle Anpassungen im Kartellzivilrecht (Streichung von Art. 12 Abs. 3 KG sowie Anpassung von Art. 13 Bst. a KG) vorgeschlagen.

Für das Kartellzivilrecht ist schliesslich auch die Regelung von Artikel 15 KG zu beachten: Steht in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 5 oder 7 KG in Frage, so wird die Sache gemäss Artikel 15 Absatz 1 KG der WEKO zur Begutachtung vorgelegt. Soll das Kartellzivilrecht gestärkt werden, stellt sich auch die Frage nach einer Anpassung dieser Bestimmung. Mit der Stärkung des Kartellzivilrechts dürfte auch eine höhere Anzahl an entsprechenden Gutachten auf die WEKO zukommen. Diese Zahl könnte sich darüber hinaus mit Inkrafttreten der Regelungen zur relativen Marktmacht zum 1. Januar 2022, die das Parlament im Rahmen seines indirekten Gegenvorschlags zur Fair-Preis-Initiative eingeführt hat,⁴⁷ zusätzlich erhöhen. Diesen Entwicklungen wohnt die Gefahr einer Überlastung der WEKO inne, unter anderem auch deshalb, weil sie Anfragen der Zivilgerichte grundsätzlich nicht ablehnen kann. Gegenwärtig ist jedoch unklar, in welchem Ausmass kartellzivilrechtliche Verfahren zunehmen werden und die Zivilgerichte an die WEKO gelangen. Angesichts dieser Unsicherheiten sieht der Bundesrat derzeit von einer Anpassung von Artikel 15 KG ab. Abhängig von den Entwicklungen der Praxis wird er diese Frage allenfalls in Zukunft erneut aufnehmen.

des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, Abl. L349 vom 5.12.2014, S. 1 (nachfolgend: EU-Schadensersatzrichtlinie).

⁴⁵ Siehe Referenz unter Fn 44.

⁴⁶ SR 210

⁴⁷ Vgl. BBl 2021 757

2.1.3 Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Das Widerspruchsverfahren (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG) sieht vor, dass ein Unternehmen den Wettbewerbsbehörden geplante Verhaltensweisen, welche allenfalls als unzulässige und direkt sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft werden könnten, vor deren Umsetzung melden kann. Falls die Wettbewerbsbehörden nicht innerhalb der Widerspruchsfrist intervenieren, entfällt für das Unternehmen für die gemeldete Verhaltensweise das Sanktionsrisiko. In der Praxis wurde das Widerspruchsverfahren nach dessen Einführung im Jahr 2004 bis 2011 mit durchschnittlich gut 20 Fällen pro Jahr rege genutzt, in den letzten zehn Jahren mit höchstens zwei Verfahren pro Jahr allerdings kaum noch. Daher soll dieses mit der Revision «praxistauglicher» und damit attraktiver gemacht werden. Dies ist insbesondere auch für die digitale Wirtschaft von Bedeutung, wo etwa bei neuen Formen von Datenkooperationen, bei denen wettbewerbsrelevante Daten betroffen sind, gewisse Rechtsunsicherheiten bestehen können.

Während die Notwendigkeit des Widerspruchsverfahrens wenig umstritten ist, sind in der bisherigen Ausgestaltung insbesondere zwei Punkte problematisch:

Erstens wird die gesetzlich vorgesehene Frist von fünf Monaten als zu lang empfunden. Besonders in dynamischen Märkten fehlt oft der Anreiz für Unternehmen, die Meldemöglichkeit ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Daher schlägt der Bundesrat vor, die gesetzliche Frist für das Widerspruchsverfahren von fünf Monaten auf zwei Monate zu kürzen. Die Wettbewerbsbehörden müssen somit innerhalb von zwei Monaten entscheiden, ob eine Vorabklärung respektive direkt eine Untersuchung eröffnet werden soll. Falls dies nicht geschieht, entfällt das Sanktionsrisiko für das gemeldete Verhalten definitiv. Der Anreiz für die Unternehmen vom Widerspruchsverfahren Gebrauch zu machen, steigt, da innert kürzerer Frist ein Entscheid feststeht.

Zweitens soll das direkte Sanktionsrisiko für Unternehmen nicht wie bisher bereits ab dem Zeitpunkt der Eröffnung einer Vorabklärung nach Artikel 26 KG, sondern erst ab Eröffnung einer formellen Untersuchung nach Artikel 27 KG wiederaufleben. Einerseits können so die Unternehmen das gemeldete Verhalten während der Vorabklärung ohne Sanktionsrisiko weiterhin ausführen. Andererseits kann das Sekretariat der WEKO die konkreten Marktauswirkungen der umgesetzten Wettbewerbsbeschränkung analysieren und auf dieser Grundlage entscheiden, ob eine Untersuchungseröffnung notwendig ist. Während der Vorabklärung ist das Sekretariat der WEKO lediglich an die vorgeschlagene Ordnungsfrist gemäss Artikel 44a Absatz 1 VE-KG gebunden.

Die vorliegend vorgeschlagene Verbesserung des Widerspruchsverfahrens war bereits Gegenstand der gescheiterten KG-Revision 2012 und damals grundsätzlich unbestritten.

2.1.4 Einführung von Ordnungsfristen bei Verwaltungsverfahren

Im Rahmen der Umsetzung der Motion 16.4094 Fournier schlägt der Bundesrat vor, Ordnungsfristen für die Durchführung von Verwaltungsverfahren bei den Wettbewerbsbehörden und vor Gericht in das KG aufzunehmen. Verwaltungsverfahren können mehrere Jahre dauern und hohe Kosten für die Unternehmen und Gerichte verursachen. Daher ist die Einführung von Ordnungsfristen sinnvoll, die zu einer wirksamen Beschleunigung der Verfahren führen. Allerdings ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass mit der Einführung von Fristen die Gefahr einhergeht, dass die Qualität der Ermittlungen und Entscheidungen beeinträchtigt wird. Zudem wirft eine solche Regelungen Fragen hinsichtlich der Unabhängigkeit der Justiz sowie der Gleichbehandlung auf. Für eine Priorisierung kartellrechtlicher Verfahren zulasten der Verfahrensdauer anderer (verwaltungsrechtlicher) Verfahren bestehen soweit ersichtlich keine sachlichen Gründe. Die Motion 16.4094 Fournier enthält keine genauen Angaben über die genaue Höchstdauer des kartellrechtlichen Verfahrens. Ein Verfahren kann von der Eröffnung der Untersuchung durch die WEKO bis zum letztinstanzlichen Entscheid in der Praxis im Durchschnitt acht Jahre dauern.⁴⁸

Der Bundesrat schlägt vor, diese Höchstdauer grundsätzlich auf fünf Jahre – gerechnet von der Eröffnung einer formellen Untersuchung (ohne Berücksichtigung der Vorabklärung) bis zu

⁴⁸ Eigene Berechnungen.

einer rechtskräftigen Verfügung über alle Instanzen – zu beschränken. Daher sieht seine Vorlage die Einführung von Ordnungsfristen auf Grundlage des «comply or explain»-Prinzips (Vorschriften einhalten oder Abweichungen davon erklären) vor. Von der Gesamtfrist von 60 Monaten entfallen 30 Monate auf die WEKO, 18 Monate auf das Bundesverwaltungsgericht und 12 Monate auf das Bundesgericht. Der WEKO wird eine längere Frist eingeräumt, weil die Abklärung des Sachverhalts (z. B. Marktabgrenzung, Markt- und Wettbewerbsanalyse) einen grösseren Arbeitsaufwand mit sich bringt. Bei einer Rückweisung an die Vorinstanz beläuft sich die Ordnungsfrist auf jeweils 12 Monate, da ein Grossteil der erforderlichen Abklärungen bereits bei der ersten Beurteilung vorgenommen worden ist. Somit sind die Behörden verpflichtet, die Ordnungsfristen in allen Phasen des Verfahrens einzuhalten. Dies soll eine raschere Bearbeitung der Fälle ermöglichen. Darüber hinaus soll die Revision die Rechtssicherheit erhöhen und die finanziellen Auswirkungen und Reputationsfolgen mindern, die jahrelange Verfahren mit sich bringen können.

2.1.5 Einführung von Parteientschädigungen für die Kosten der Verwaltungsverfahren

Die zweite angenommene Forderung der Motion 16.4094 Fournier betrifft die Einführung einer Entschädigung der Parteien für die Kosten der Verwaltungsverfahren. Die Verwaltungsverfahren im Kartellrecht sind für die Unternehmen oft komplex, lang und aufwendig. Daher möchte das Parlament im KG vorsehen, dass den betroffenen Unternehmen je nach Ausgang des Verfahrens eine Parteienentschädigung zugesprochen wird. Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine Priorisierung kartellrechtlicher Verfahren zulasten der Verfahrensdauer anderer (verwaltungsrechtlicher) Verfahren geht. Auch andere Verwaltungsverfahren (z. B. im Bereich Raumordnung oder Finanzmärkte) können lang, komplex und kostspielig sein. Sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung durch Priorisierung kartellrechtlicher Verfahren sind nicht ersichtlich.

Das KG enthält keine spezielle Regelung über eine verwaltungsrechtliche Entschädigung. Laut Artikel 39 KG sind auf die kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968⁴⁹ (VwVG) anwendbar. Parteienentschädigungen erwachsen nicht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz und sind insbesondere im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren unüblich, wodurch sie einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen.⁵⁰ Das geltende Recht enthält die Grundlage für die Zusprechung einer Parteienentschädigung im Beschwerdeverfahren (Ebene Bundesverwaltungsgericht: Art. 64 VwVG i. V. m. Art. 37 VGG⁵¹; Ebene Bundesgericht: Art. 68 BGG⁵²). Somit impliziert diese Forderung der Motion eine Änderung des KG, durch welche die Möglichkeit einer Parteienentschädigung für die Unternehmen bereits im erstinstanzlichen Verfahren geregelt wird. Konkret soll mit der neuen Regelung betroffenen Unternehmen eine Parteienentschädigung zugestanden werden, sofern das Untersuchungsverfahren gemäss Artikel 27 KG durch die Wettbewerbsbehörden ohne Folgen ganz oder teilweise eingestellt wurde. Die neue Regelung soll Abhilfe dafür schaffen, dass kartellrechtliche Untersuchungen aufgrund der verfahrensrechtlichen Zwänge eine genaue Analyse erfordern und daher mehrere Jahre dauern können. Unternehmen erhalten künftig die Möglichkeit, je nach Ausgang der betreffenden Verwaltungsverfahren für die Verfahrenskosten entschädigt zu werden.

2.1.6 Revision von Artikel 5 KG

Die überwiesene Motion 18.4282 Français beauftragt den Bundesrat, dem Parlament einen Vorschlag zur Präzisierung von Artikel 5 KG vorzulegen. Die beantragte Anpassung ist eine Reaktion auf den Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Gaba*.⁵³

⁴⁹ SR 172.021

⁵⁰ Vgl. BGE 132 II 47, S. 62, E.5.2.

⁵¹ SR 173.32

⁵² SR 173.110

⁵³ BGE 143 II 297, E. 5.1.4.

Der Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Gaba

Das Bundesgericht hielt fest, dass die in Artikel 5 Absatz 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Wettbewerbsabreden (horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, vertikale Preisbindungen und absoluter Gebietsschutz) *in der Regel* die Erheblichkeitsschwelle⁵⁴ erreichen bzw. *grundsätzlich* das Kriterium der Erheblichkeit⁵⁵ nach Artikel 5 Absatz 1 KG erfüllen. Das Kriterium der Erheblichkeit ist demnach eine Bagatellklausel.⁵⁶ Der Gesetzgeber wollte die WEKO entlasten und sah deshalb keine umfassende und differenzierte Erheblichkeitsprüfung im Einzelfall vor. Eine ökonomische Einzelfallbeurteilung ist somit erst im Rahmen der Effizienzprüfung vorzunehmen (so sieht auch Art. 6 KG nur die Konkretisierung von Fragen der wirtschaftlichen Effizienz und nicht von solchen bzgl. der Erheblichkeit vor⁵⁷). Dort ist zu beurteilen, ob eine wettbewerbsbeschränkende Abrede im Ergebnis positive Wirkungen hat oder nicht.⁵⁸ Festzuhalten ist schliesslich, dass mit dem Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* keine Änderungen der Beweislast einhergeht. Die WEKO hat weiterhin das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG zu beweisen.

Auch wenn diese fünf Abredetypen grundsätzlich erheblich sind, bedeutet dies nicht, dass diese stets unzulässig sind. Vielmehr ist nach Feststellung der Erheblichkeit in einem nächsten Schritt die Frage der wirtschaftlichen Effizienz der jeweiligen Wettbewerbsabrede zu untersuchen. Nur wenn keine ökonomischen Rechtfertigungsgründe gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG vorliegen, ist eine erhebliche Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG unzulässig.

Die Behandlung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) unter dem KG

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen der Motion 18.4282 Français war die kartellrechtliche Behandlung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) – vor allem in der Baubranche – der wesentliche Diskussionspunkt. So wurde befürchtet, ARGE seien durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts nun in der Praxis regelmässig nicht mehr zulässig bzw. es bestehe zumindest grosse Rechtsunsicherheit hinsichtlich deren rechtmässiger Bildung.

Bei einer ARGE ist die zentrale kartellrechtliche Frage, ob sie überhaupt eine «Wettbewerbsabrede» im Sinne des KG darstellt (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG). Eine ARGE ist zwar zweifellos ein Vertrag (und damit eine Absprache bzw. Abrede im umgangssprachlichen Sinne), aber in aller Regel eben gerade keine Wettbewerbsabrede im Sinne des KG. Eine solche liegt ausschliesslich dann vor, wenn damit «eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt» wird (Art. 4 Abs. 1 KG). Gerade dies ist bei ARGE regelmässig nicht der Fall. Im Gegenteil, in der Regel fördert die Kooperation den Wettbewerb, indem sie Unternehmen (insb. KMU) überhaupt erst ermöglicht, für ein bestimmtes Projekt zu offerieren und dieses durchzuführen. Daher stellt sich bei ihnen die Frage der Erheblichkeit im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG nicht. Schliesslich ist es ausschliesslich an den Wettbewerbsbehörden zu beweisen, dass eine solche wettbewerbsbeschränkende Abrede vorliegt. Die Behörden allein tragen dafür die Beweislast. Trotz aller Befürchtungen hat sich an all diesen Regeln mit dem Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Gaba* nichts geändert.

⁵⁴ BGE 143 II 297, E. 5.2.5, *Gaba*.

⁵⁵ BGE 143 II 297, E. 5.6, *Gaba*, siehe hierzu auch das Parallelverfahren BGer vom 4. April 2017, 2C_172/2014, *Gebro Pharma GmbH gegen Wettbewerbskommission*, E. 2.3.

⁵⁶ BGE 143 II 297, E. 5.1, *Gaba*.

⁵⁷ BGE 143 II 297, E. 5.1.4, *Gaba*.

⁵⁸ BGE 143 II 297, E. 5.3.2, *Gaba*.

«ARGE» können kartellrechtlich unzulässig sein, wenn sie den Wettbewerb beschränken, indem sie etwa die Zahl konkurrierender Offerten begrenzen (wenn sich z. B. bei einem Einladungsverfahren die eingeladenen Bauunternehmen, die den Auftrag problemlos allein durchführen könnten, in einer ARGE zusammenschliessen, um den Wettbewerb zwischen sich auszuschalten). Solche Abreden sind häufig keine «ARGE», sondern effektiv Submissionsabreden im Sinne des KG, wobei dies von den Wettbewerbsbehörden zu beweisen ist. Die mit dem *Gaba*-Entscheid einhergehende Klärung von Artikel 5 KG betrifft nur die Frage der «Erheblichkeit». Gerade diese Frage spielte bei Submissionsabreden bereits vor dem *Gaba*-Entscheid praxisgemäss keine Rolle, denn solche Abreden beeinträchtigen den Wettbewerb bereits nach früherer Praxis immer erheblich, da sie stets mit einem hohen Marktanteil der Beteiligten am jeweiligen relevanten Markt einhergingen (ansonsten würden als ARGE getarnte Kartelle für die Beteiligten auch wenig sinnvoll sein). Folglich führt der *Gaba*-Entscheid nicht zu einer schärferen Beurteilung von ARGE, und zwar weder juristisch-theoretisch, noch in der seither gelebten Praxis der Wettbewerbsbehörden.

Vorschlag zur Umsetzung der Motion 18.4282 Français

Die Motion spricht von der «Präzisierung» von Artikel 5 KG, um die Rechtssicherheit für die Unternehmen zu erhöhen. In der parlamentarischen Debatte wurde klar, dass sich die Befürchtungen einer ungenügenden Rechtssicherheit insbesondere auf die Bildung von ARGE beziehen.⁵⁹ Auch wenn die Praxis zu Artikel 5 KG nicht mit der ARGE-Thematik in Zusammenhang steht (siehe Kasten oben), schlägt der Bundesrat gemäss dem ausdrücklichen Wunsch des Parlaments eine Revision von Artikel 5 Absatz 1 KG vor, wonach auch bei harten horizontalen und harten vertikalen Wettbewerbsabreden quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind. Insbesondere aufgrund der Vielfalt und Komplexität des Wirtschaftslebens sowie des mit dem Instrument der Marktabgrenzung einhergehenden grossen Interpretationsspielraums sind fixe Schwellenwerte vorliegend allerdings abzulehnen. Daher bietet sich eine flexible Lösung im Sinne der Festlegung des erforderlichen Masses des quantitativen Elements der Erheblichkeit im Einzelfall an.

Mit dieser Regelung würde bei jeder harten horizontalen und vertikalen Wettbewerbsabrede, für die die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, einzelfallweise ökonomische Aspekte geprüft, und zwar sowohl bei der Erheblichkeit als auch wie bisher bei der Effizienzrechtfertigung. Hiermit wird das Anliegen der Motion erfüllt.

Mit einer solchen Revision gehen allerdings wesentliche Nachteile für die Unternehmen und Behörden (Wettbewerbsbehörden und Gerichte) einher: Neben einem gesteigerten Mass an Rechtsunsicherheit sowie einer Mehrbelastung für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte, konterkariert eine solche Revision die Bemühungen des Parlaments hinsichtlich der Verkürzung der verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren gemäss der Motion 16.4094 Fournier sowie die Bemühungen des Bundesrates betreffend das Kartellzivilrecht.

Schliesslich ginge hiermit auch ein Widerspruch zum indirekten Gegenvorschlag des Parlaments zur Fair-Preis-Initiative einher, durch die die kartellrechtliche Interventionsschwelle deutlich gesenkt wurde. Würde man auch bei den beiden harten vertikalen Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG eine quantitative Analyse der ökonomischen Auswirkungen im Einzelfall einführen, würde dies in vielen Fällen faktisch zur Zulassung der Abschottung des Schweizer Marktes durch in- und ausländische Unternehmen führen. Diese könnten somit durch vertragliche Gestaltung den Import in die Schweiz verhindern, während die neuen Bestimmungen der relativen Marktmacht dies gerade bei einseitigem Verhalten von Unternehmen unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle verhindern wollen. Wenn künftig harte horizontale

⁵⁹ Vgl. etwa die Voten von SR Feller und SR Noser in der Debatte vom 15. Dezember 2020, AB 2020 S 1374 ff.

und vertikale Abreden permissiver beurteilt werden, wird zudem der Wettbewerbsdruck in der Schweiz abnehmen. Dies dürfte zu steigenden Preisen in der Schweiz führen.

Weitere geprüfte Varianten

Weitere Umsetzungsvarianten, die geprüft wurden, wurden verworfen. Die unterschiedlichen Gründe hierfür sowie deren Inhalt werden nachfolgend skizziert.

Erstens wurde eine gesetzliche Klarstellung hinsichtlich der grundsätzlichen Unbedenklichkeit von ARGE in Kombination mit der Einführung eines Verbots des Aufgreifens von Bagatellfällen durch die Wettbewerbsbehörden in Anlehnung an den Entscheid des Ständerates im Rahmen der gescheiterten KG-Revision 2012⁶⁰ geprüft. Hierdurch würde zwar den genannten Sorgen um die Bildung von ARGE sowie das Aufgreifen von Bagatellfällen durch die Wettbewerbsbehörden Rechnung getragen – und zwar so, wie es die Motion 18.4282 Français inhaltlich fordert –, jedoch ohne eine Revision von Artikel 5 KG, welche die Motion ausdrücklich verlangt.

Zweitens könnte dem Anliegen der Motion 18.4282 Français allenfalls auch mit einer Revision der KMU-Bekanntmachung⁶¹ entsprochen werden. Allerdings kann die WEKO im Rahmen von Bekanntmachungen nur ihre sowie die gerichtliche Praxis gemäss den geltenden Bestimmungen des KG statuieren. Nachdem das Bundesgericht in seiner Entscheid in Sachen *Gaba* harte Wettbewerbsabreden als grundsätzlich erheblich taxiert hat, kann die WEKO sich nicht über diese höchstrichterliche Auslegung des Gesetzestextes hinwegsetzen. Allerdings könnte die Thematik der ARGE durch eine Anpassung aufgegriffen werden, indem die bisherige Praxis (insb. hinsichtlich Art. 4 Abs. 1 KG) kodifiziert würde. Darüber hinaus ist die WEKO jedoch eine unabhängige Behörde und kann nicht vom Bundesrat mit der Anpassung bzw. dem Neuerlass einer Bekanntmachung beauftragt werden.

Drittens scheidet für den Bundesrat auch der Erlass einer (KMU-)Verordnung gemäss Artikel 6 Absatz 1 (Bst. e) KG aus. Dabei kann im Wesentlichen auf die Ausführungen des vorstehenden Absatzes verwiesen werden.

2.2 Umsetzungsfragen

Die revidierten materiell-rechtlichen Bestimmungen ergeben soweit absehbar keine Vollzugsfragen. Es geht um Rechtsbestimmungen, die in einer Reihe von europäischen Staaten inhaltlich in vergleichbarer Weise ausgestaltet sind, ohne dass wegen des materiell-rechtlichen Gehalts der Bestimmungen Vollzugsprobleme bekannt wären. Einzig zu vermerken ist ein teilweise gesteigerter Aufwand wegen der Einführung des SIEC-Tests für Unternehmenszusammenschlüsse, die sich als problematisch erweisen und vertieft geprüft werden müssen (durchschnittlich 2 von rund 30 gemeldeten Zusammenschlüssen pro Jahr⁶²).

Mit der Umsetzung der beiden angenommenen Forderungen der Motion 16.4094 Fournier dürften ebenfalls keine Umsetzungsprobleme einhergehen. Sie führen lediglich einerseits zu einem gewissen Zeitdruck für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte (Einführung von Ordnungsfristen) sowie andererseits zu einer gewissen Mehrbelastung des Bundeshaushaltes (Einführung von Parteienentschädigung für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren).

Die Umsetzung der Motion 18.4282 Français wird zu einem höheren Arbeitsaufwand für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte und somit zu längeren Verfahren führen. Zudem geht mit den einzelfallweise zu bestimmenden quantitativen Kriterien der Erheblichkeit naturgemäss eine gesteigerte Rechtsunsicherheit einher. Darüber hinaus sind mit diesem Revisionselement keine Umsetzungsschwierigkeiten verbunden.

⁶⁰ Artikel 27 Absatz 1^{bis} E-KG lautete: «Wettbewerbsbeschränkungen, die einen vernachlässigbaren Einfluss auf den Wettbewerb haben, werden nicht aufgegriffen.»

⁶¹ Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung) – Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2005, abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Rechtliches/Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > KMU-Bekanntmachung vom 19. Dezember 2005.

⁶² Berechnungen auf Grundlage der Daten in den Jahresberichten der WEKO von 2011 bis 2019, verfügbar unter: www.weko.admin.ch > Praxis > Jahresberichte.

3 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht

Grundsätzliche Bemerkungen

Die in die vorliegende Vernehmlassungsvorlage aufgenommenen Elemente führen zu einer Annäherung an das EU-Kartellrecht, wobei dies allerdings nicht für die Umsetzung der Motion 18.4282 Français gilt. Hierdurch würden neue Differenzen zum EU-Recht geschaffen.

Zusammenschlusskontrolle

Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle haben sich Tests wie die SIEC-Prüfung zu einem internationalen Standard entwickelt. Seit der Revision der EU-Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁶³ im Jahr 2004 wendet die Europäische Kommission bei der Analyse von Unternehmenszusammenschlüssen ausdrücklich den SIEC-Test an. Als Reaktion auf diese Änderungen haben immer mehr EU-Mitgliedstaaten ihre Tests überarbeitet, um ihre Rechtsvorschriften an das EU-Recht anzugleichen. Mit Ausnahme von Italien und Österreich ist der Grossteil der EU-Mitgliedstaaten vom Marktbeherrschungs- zum SIEC-Test übergegangen. Die Umstellung verlief in einigen Ländern schneller und reibungsloser als in anderen. So wurden beispielsweise in Deutschland, wo der Marktbeherrschungstest als Prüfungsstandard galt, 2005 zunächst verschiedene Anpassungen vorgenommen, bevor es im Jahr 2013 zur Einführung des SIEC-Tests kam.⁶⁴ Im Gegensatz zu den meisten anderen EU-Mitgliedstaaten verwenden Frankreich, Irland, Spanien, Ungarn und Malta einen Test, mit dem eine erhebliche Verminderung des Wettbewerbs (*Significant Lessening of Competition*, sog. SLC-Test⁶⁵) geprüft wird. Diese Länder mussten ihr System nicht verändern, um ihren Prüfungsstandard an den der EU anzupassen. Denn der SIEC- und der SLC-Test sind insofern vergleichbar, als sie sich nicht auf die Marktstruktur konzentrieren, sondern auf die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wettbewerbssituation.⁶⁶ Das Vereinigte Königreich und die USA wenden ebenfalls den SLC-Test an. Unternehmenszusammenschlüsse in Märkten, welche neben der Schweiz zumindest den EWR umfassen, sollen in Zukunft in der Schweiz stark vereinfacht behandelt werden, da sie bereits von den EU-Instanzen beurteilt werden. Hier erfolgt eine Übernahme der europäischen Beurteilung.

Nach der 2004 erfolgten Einführung des SIEC-Tests in der EU wurden in der Praxis keine nennenswerten Veränderungen beobachtet.⁶⁷ Die Interventionsrate blieb stabil,⁶⁸ und es gab keine negativen Auswirkungen auf die Rechtssicherheit.

In Hinblick auf den im Rahmen der Analyse verwendeten Wohlfahrtsstandard orientieren sich die für die Zusammenschlusskontrolle zuständigen Behörden der USA⁶⁹ und der EU⁷⁰ an einem Konsumentenwohlfahrts-Standard. Dagegen stützen sich zum Beispiel Kanada, Australien und Neuseeland auf dem Gesamtwohlfahrts-Standard ab.

⁶³ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen («EG-Fusionskontrollverordnung»), ABI L 24.

⁶⁴ Monopolkommission, 2012, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht.

⁶⁵ Der SIEC-Test ist als eine Art Hybridtest zwischen SLC-Test und Marktbeherrschungstest zu verstehen, weil er sowohl die wettbewerblichen Auswirkungen als auch die Behinderung wirksamen Wettbewerbs berücksichtigt (siehe hierzu auch Polynomics und Prager Dreifuss, 2020, S. 8).

⁶⁶ Botteron V., 2020, Le contrôle des concentrations d'entreprises. Analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain, Dissertation an der Juristischen Fakultät der Universität Neuenburg, S. 340 ff.

⁶⁷ OECD, 2009, Roundtable on the Standard for Merger Review, with a Particular Emphasis on Country Experience with the Change of Merger Review Standard from the Dominance Test to the SLC/SIEC Test, S. 8; Röller L.H. und de la Mano M., 2006, «The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control», *European Competition Journal*, S. 9-28; Kuhn, T., 2020, «The 15th Anniversary of the SIEC Test Under the EU Merger Regulation – Where Do We Stand? Part 1», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (ZWeR)* 2020, 1, S. 1–51 und «The 15th Anniversary of the SIEC Test Under the EU Merger Regulation – Where Do We Stand? Part 2», *ZWeR* 2020, 153, S. 153-214).

⁶⁸ Botteron V., 2020, Le contrôle des concentrations d'entreprises. Analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain, Dissertation an der Juristischen Fakultät der Universität Neuenburg, S. 345; *Studie Swiss Economics*, 2017, S. 35.

⁶⁹ Ginsburg D. H., 2014, «Bork's «Legislative Intent» and the Courts», *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, No. 3, S. 949.

⁷⁰ Botteron V., 2020, Le contrôle des concentrations d'entreprises. Analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain, Dissertation an der Juristischen Fakultät der Universität Neuenburg, S. 28 ff.

Kartellzivilrecht

Die Stärkung des Kartellzivilrechts ist ein international verbreitetes Anliegen. Die EU sieht im Kartellzivilrecht eine wichtige Rolle und hat dieses in den letzten zwanzig Jahren nachhaltig gestärkt. Neben wichtigen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH),⁷¹ war die Verabschiedung der EU-Schadensersatzrichtlinie im Jahr 2014 ein wichtiger Meilenstein. Diese beinhaltet einen breiten Strauss von Massnahmen, um eine umfangreiche Mindestharmonisierung der nationalen Zivilrechtsordnungen im Bereich des Kartellrechts zu erreichen. Die EU-Mitgliedsstaaten hatten bis Ende 2016 Zeit, deren Regelung in nationales Recht umzusetzen. Die Erfahrungen in der EU mit der Verstärkung des Kartellzivilrechts sind seitdem soweit ersichtlich positiv und auch die oft befürchtete Klageflut blieb aus. Schliesslich wird auch in den USA, wo eine grosse zivilrechtliche Klagekultur herrscht, das Kartellzivilrecht schon lange als wichtig für eine erfolgreiche Durchsetzung des Kartellrechts angesehen.

Mit der vorliegenden Revision soll die Möglichkeiten des kartellzivilrechtlichen Weges nun auch in der Schweiz gestärkt werden, wobei die vorgesehenen Revisionspunkte trotzdem weiterhin deutlich weniger weit gehen als das europäische Recht (seit Umsetzung der im vorstehenden Absatz genannten EU-Schadensersatzrichtlinie). Lediglich in einem Revisionspunkt geht die Schweiz weiter als die EU-Schadensersatzrichtlinie und zwar indem die Möglichkeit der Reduktion von Verwaltungsanktionen bei Leistungen an die Geschädigten vorgeschlagen wird.

Umsetzung der Motion 18.4282 Français

Mit der Umsetzung der Motion 18.4282 Français wird eine Differenz zum EU-Recht geschaffen. Gemäss diesem sind harte horizontale und harte vertikale Wettbewerbsabreden stets erheblich (im EU-Recht spricht man von «spürbar»). Dabei kennt die EU zudem einen deutlich weiteren Kreis an harten und vertikalen Wettbewerbsabreden (im EU-Recht spricht man von «Kernbeschränkungen»). Diese Konzeption besteht soweit ersichtlich grundsätzlich auch im nationalen Kartellrecht der EU-Mitgliedsstaaten.⁷²

4 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen (Kapitel 2, Abschnitt 1)

Artikel 5 Unzulässige Wettbewerbsabreden

Absatz 1^{bis} (neu)

Durch die vorgeschlagene Regelung zur Umsetzung der Motion 18.4282 Français würde auf gesetzlicher Ebene klargestellt, dass die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede stets anhand qualitativer und quantitativer Kriterien geprüft werden muss. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist. Vorliegend wird in Anlehnung an den Motionstext bewusst eine offene Formulierung gewählt, insbesondere da die Vielfalt und Komplexität des Wirtschaftslebens gegen ein enges Korsett fester Grenzwerte, wie bspw. Markanteilsschwellen spricht.

⁷¹ Vgl. insb. EuGH, Urteil vom 20. September 2001, *Courage und Crehan*, C 453/99, ECLI:EU:C:2001:465; EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, *Manfredi*, C 295/04, ECLI:EU:C:2006:461.

⁷² Vgl. hierzu u. a. die weitgehende (faktische) «Vollharmonisierung» der kartellrechtlichen Regelungen betreffend Wettbewerbsabreden gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI. L 1, 4.1.2003, S. 1 (sog. VO 1/2003).

Unternehmenszusammenschlüsse (Kapitel 2, Abschnitt 1)

Artikel 9 Meldung von Zusammenschlussvorhaben

Absatz 1^{bis} (neu)

Ein Teil der den Wettbewerbsbehörden gemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse betrifft Zusammenschlüsse von internationalen Unternehmen. Der grenzüberschreitende Charakter führt dazu, dass solche Zusammenschlüsse parallel von Wettbewerbsbehörden verschiedener Staaten zu beurteilen sind. Hieraus ergeben sich für die betroffenen Unternehmen und Behörden Doppelspurigkeiten und damit eine ineffiziente Ressourcennutzung. Die in Artikel 9 Absatz 1^{bis} VE-KG vorgeschlagene Änderung sollte zu einer Verminderung dieser Mehrfachbelastung führen.

Zusammenschlüsse von unionsweiter Bedeutung werden sowohl in der EU⁷³ als auch im EWR⁷⁴ von der Europäische Kommission als einzige Behörde geprüft. Eine Prüfung durch die Mitgliedsstaaten der EU bzw. des EWR erfolgt in diesen Fällen nicht. Vor dem Hintergrund der engen Wirtschaftsbeziehungen zwischen der Schweiz und der EU/dem EWR sowie des einheitlichen Beurteilungskriteriums in Form des SIEC-Tests scheint eine abweichende Beurteilung eines Zusammenschlusses, der sowohl in der Schweiz als auch in der EU/im EWR geprüft wird, unwahrscheinlich. Daher kann sich die Schweiz hinsichtlich der Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses autonom in die Position eines Mitgliedsstaates der EU bzw. des EWR versetzen und auf eine eigenständige kartellrechtliche Prüfung des Zusammenschlusses verzichten. Schliesslich ist die mit der vorgeschlagenen Regelung einhergehende Erleichterung auch im Sinne der Unternehmen. Die Beurteilung, ob die Voraussetzungen für den Verzicht einer Anmeldung im Sinne des Vorliegens von sachlich relevanten Märkten, welche die Schweiz und zumindest die EU/den EWR umfassen, erfüllt sind, obliegt den betroffenen Unternehmen.

Absatz 1^{ter} (neu)

Die Meldepflicht für Zusammenschlüsse von Unternehmen, deren Produkte und Dienstleistungen kartellrechtlich gesehen zu Märkten gehören, die wenigstens die Schweiz und die EU bzw. den EWR umfassen, soll in Zukunft deutlich vereinfacht werden. Denn soweit die EU-Instanzen in solchen Märkten Zusammenschlüsse untersagen oder mit Auflagen und Bedingungen zulassen, hat der Entscheid länderunabhängig auf die gesamte EU bzw. den gesamten EWR Wirkung. Eine Beurteilung durch die Schweizer Behörden ist in solchen Fällen nicht nötig.⁷⁵ Es reicht, dass die WEKO durch die Unternehmen vom laufenden Zusammenschlussverfahren und dem EU-Entscheid in Kenntnis gesetzt wird. Artikel 9 Absatz 1^{ter} VE-KG sieht die Verpflichtung vor, der WEKO innerhalb von zehn Tagen jedes der Europäischen Kommission gemeldete Zusammenschlussvorhaben zu melden. Durch diese Meldung wird den Wettbewerbsbehörden eine einfache und rasche Plausibilitätskontrolle hinsichtlich der Befreiung von der Meldung in der Schweiz ermöglicht. Erachten die Behörden die Meldepflicht in der Schweiz dennoch als gegeben, ist von ihnen gestützt auf das Vertrauensprinzip eine rasche Reaktion gegenüber den Zusammenschlussparteien zu erwarten. Für den Fall, dass die Unternehmungen zum Zeitpunkt der Meldung irrtümlicherweise davon ausgegangen sind, die in Artikel 9 Absatz 1^{bis} KG enthaltenen Bedingungen seien erfüllt, sich aber im Verlaufe der Beurteilung des Zusammenschlusses durch die Europäische Kommission das Gegenteil zeigt (z. B. weil sich einige Märkte als national erweisen), haben die Unternehmen den Zusammenschluss nachträglich auch in der Schweiz zu melden.

⁷³ Vgl. hier die FKVO.

⁷⁴ Vgl. Art. 57 Abs. 2 Bst. a EWR-Abkommen.

⁷⁵ Das theoretisch denkbare Risiko, dass ein Unternehmen sich im EWR zu einem Verhalten verpflichtet, sich in der Schweiz jedoch nicht daran hält, scheint vertretbar, zumal den Schweizer Wettbewerbsbehörden stets auch Art. 5 und 7 KG als Instrumente zur nachträglichen Intervention gegen Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfügung stehen.

Absatz 5

Artikel 9 Absatz 5 KG sieht vor, dass die Bundesversammlung mit allgemeinverbindlichem, nicht referendumspflichtigem Bundesbeschluss die Grenzbeträge in Artikel 9 Absatz 1–3 den veränderten Verhältnissen anpassen sowie für die Meldepflicht von Unternehmenszusammenschlüssen in einzelnen Wirtschaftszweigen besondere Voraussetzungen schaffen kann. Der Gesetzgeber begründete die Schaffung dieser Regelung insbesondere mit der Möglichkeit eines raschen Handelns. Seit Inkrafttreten dieser Bestimmung wurde sie seitens der Bundesversammlung noch nie genutzt. Ihr wesentlicher Vorteil besteht darin, dass keine Gesetzesänderung für die Anpassung der Grenzbeträge notwendig ist und somit nicht das ordentliche Gesetzgebungsverfahren durchlaufen werden muss. Vor dem Hintergrund ihrer mangelnden praktischen Bedeutung sowie der Möglichkeit der Bundesversammlung sämtliche kartellrechtliche Regelungen, einschliesslich der Schwellenwerte von Artikel 9 KG, jederzeit anpassen zu können, kann aus Sicht des Bundesrates auf diese Regelung verzichtet werden.

Artikel 10 Beurteilung von Zusammenschlüssen

Absätze 1 und 2

Es besteht heute international ein breiter Konsens, dass die Zusammenschlusskontrolle Instrumente bereitstellen sollte, um volkswirtschaftlich schädliche Zusammenschlüsse zu verhindern. Insbesondere in Märkten, die konzentriert sind und in denen einzelne Unternehmen hohe Marktanteile aufweisen, können Unternehmenszusammenschlüsse volkswirtschaftlich schädlich sein. Zwar besteht mit der Missbrauchskontrolle gemäss Artikel 7 KG ein Instrument, welches es in gewissen Fällen erlaubt, antikompetitive Auswirkungen von Zusammenschlüssen nachträglich zu korrigieren bzw. abzumildern. Es herrscht jedoch Einigkeit, dass die Missbrauchskontrolle eine Strukturkontrolle, wie dies die Zusammenschlusskontrolle in ihrem Kern ist, nicht ersetzen kann.

Die geltende Zusammenschlusskontrolle vermag diese wettbewerbshemmenden Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen nur ungenügend zu berücksichtigen. Demgegenüber erlaubt die vorgeschlagene Änderung von Artikel 10 Absätze 1 und 2 VE-KG (Einsatz des durch die EU-Behörden angewandten SIEC-Tests) eine vollumfängliche Prüfung der negativen, aber auch der positiven Effekte eines Zusammenschlusses. Die Formulierung von Artikel 10 KG und insbesondere die Verwendung des Begriffs «behindern» stützt sich auf die seitens der EU verwendete Formulierung und nicht auf Artikel 7 KG. Dies gilt ebenfalls für den Begriff «erheblich» im europäischen Zusammenschlusskontrollrecht, welcher mit dem für das Schweizer Recht vorgeschlagenen Begriff «signifikant» gleichzusetzen ist. In der französischen sowie in der italienischen Fassung besteht somit keine Differenz zwischen den Begrifflichkeiten in der europäischen FKVO und dem vorliegenden Vorschlag. In der EU wird in der französischen Sprachfassung der Begriff «significative» und in der italienischen Sprachfassung der Begriff «significativo» verwendet. Diese beiden Begriffe sollen auch Eingang in das schweizerische KG finden. In der deutschen Sprachfassung wird hingegen eine sprachliche Differenz geschaffen, da im EU-Recht in der deutschen Sprachfassung der Begriff «erheblich» Verwendung findet. Die Motivation für diese sprachliche Differenz liegt darin, eine Abgrenzung zu dem Begriff der «Erheblichkeit» gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG vorzunehmen (wobei hier im europäischen Recht das inhaltlich Pendant im Rahmen der Prüfung von Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 101 AEUV «spürbar» ist). Analog zur geltenden Zusammenschlusskontrolle ist mit dem SIEC-Test die Möglichkeit verbunden, Zusammenschlüsse zu untersagen oder mit Auflagen und Bedingungen zu belegen. Eine Untersagung oder Zulassung unter Auflagen und Bedingungen ist beim SIEC-Test in Einzelfällen auch dann möglich, wenn eine signifikante Behinderung des Wettbewerbs vorliegt, ohne dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden müsste.

Mit dem Wechsel zum SIEC-Test geht – in Anlehnung zur bewährten Regelung in der EU – die Berücksichtigung der Effizienzvorteile eines Zusammenschlusses einher (Art. 10 Abs. 2 Bst. b VE-KG), wodurch eine erhebliche Schwäche des heutigen Regimes beseitigt wird. Soweit die Effizienzvorteile für die Konsumentinnen und Konsumenten die negativen

Effekte des Zusammenschlusses ausgleichen, haben die Wettbewerbsbehörden den Zusammenschluss zu genehmigen. Die Effizienzgründe sind von den Unternehmen nachzuweisen. Mit der Berücksichtigung der Effizienzvorteile geht auch die Wahl eines Wohlfahrtsmasses bzw. des zu verwendenden Wohlfahrtsstandards einher. Der Bundesrat schlägt bezüglich Artikel 10 VE-KG die Verwendung eines dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards vor (die europäische sowie diverse weitere Wettbewerbsbehörden weichen bei der Zusammenschlusskontrolle ebenfalls vom Gesamtwohlfahrts-Standard ab). Dieser rückt eine Maximierung der Konsumentenwohlfahrt über die Zeit in den Vordergrund. Somit sind nicht nur statische, sondern auch ökonomisch wichtige dynamische Effekte zu berücksichtigen: Fallen bei einem Zusammenschluss beispielsweise Synergien im Bereich Forschung und Entwicklung an, die sich zwar nicht unmittelbar, aber nachweislich mittelfristig auf die Preise der Produkte oder Dienstleistungen auswirken, können diese berücksichtigt werden. Damit Effizienzgewinne bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung eines Zusammenschlussvorhabens berücksichtigt werden können, müssen sie neben der Bedingung, dass die Vorteile auch den Konsumentinnen und Konsumenten zugutekommen, auch den beiden Erfordernissen genügen, dass die Effizienzen *überprüfbar* und *zusammenschlusspezifisch* sind.

Mit der Einführung des SIEC-Tests können Zusammenschlüsse, die wettbewerbshemmend wirken und deren negative Effekte nicht durch Effizienzvorteile ausgeglichen werden, eher unterbunden werden als unter dem bestehenden Regime. Der internationale Vergleich zeigt zudem, dass der Wechsel zum SIEC-Test mit wenigen Veränderungen bezüglich Interventionsrate (siehe Ziff. 3), Rechtssicherheit und Komplexität einhergeht und dass die Erfahrungen insgesamt positiv ausfallen.⁷⁶ Der SIEC-Test erlaubt eine einfachere Erfassung problematischer Zusammenschlüsse und die umfassende Prüfung ihrer negativen und positiven Effekte. Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle jedoch festzuhalten, dass sich die hier genannten Untersuchungen auf den «klassischen» Marktbeherrschungstest (wonach ein Zusammenschluss bei Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung untersagt werden kann) beziehen und nicht auf den in der Schweiz verwendeten «qualifizierten» Marktbeherrschungstest (wonach für eine Untersagung zusätzlich zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung mit dieser eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs einhergehen muss).

Auch für die Schweiz sind bezüglich Rechtssicherheit, Komplexität und Aufwand keine grossen Änderungen zu erwarten. So bleiben die Beurteilungsschritte der Wettbewerbsbehörden bis auf die Berücksichtigung der Effizienzvorteile konzeptionell grundsätzlich gleich. Zudem wird sich die WEKO auf die bestehende, breite Rechtspraxis der EU (und insbesondere auf die Leitlinien der Europäischen Kommission⁷⁷) abstützen können. Im Zusammenhang mit der Meldung des Zusammenschlusses dürfte sich der Aufwand für die Unternehmen im heutigen Rahmen bewegen, haben sie doch abgesehen von den Effizienzgründen grundsätzlich die gleichen Informationen wie in der geltenden Zusammenschlusskontrolle einzureichen.

Für jene Zusammenschlüsse, die sich als problematisch erweisen und vertieft zu prüfen sind (durchschnittlich 2 von 30 gemeldeten Zusammenschlüssen pro Jahr⁷⁸), wird der Aufwand für die Unternehmen und die Wettbewerbsbehörden wegen des veränderten Beurteilungsmasses höher ausfallen. Zusammenschlüsse, die nicht problematisch sind, werden dagegen kaum mit höherem Aufwand verbunden sein. Bezüglich Veränderung der Interventionsrate ist Folgendes zu beachten: Die Interventionsschwelle wird mit dem SIEC-Test einerseits nach unten gesetzt, andererseits mit der Berücksichtigung von Effizienzen auch wieder angehoben. Während international betrachtet die Interventionsrate bei Wechseln zum SIEC-Test entsprechend

⁷⁶ OECD, 2009, Roundtable on the Standard for Merger Review, with a Particular Emphasis on Country Experience with the Change of Merger Review Standard from the Dominance Test to the SLC/SIEC Test, S. 8.

⁷⁷ Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI C 031 vom 5.2.2004, S. 5.

⁷⁸ Berechnungen auf Grundlage der Daten in den Jahresberichten der WEKO von 2011 bis 2019, verfügbar unter: www.weko.admin.ch > Praxis > Jahresberichte.

grundsätzlich gleich blieb, kann es in der Schweiz zu einem leichten Anstieg der Interventionsrate kommen, da die geltende schweizerische Zusammenschlusskontrolle den antikompetitiven Wirkungen gemäss verbreiteter Auffassung zu wenig Rechnung trägt.

Da die Schwellenwerte, welche eine Meldepflicht auslösen, nicht herabgesetzt werden, ist keine Änderung der Anzahl zu meldender Zusammenschlüsse zu erwarten.

Zivilrechtliches Verfahren (Kapitel 3)

Artikel 12 Ansprüche aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung

Der gegenwärtige Wortlaut von Artikel 12 Absatz 1 KG erlaubt nur Personen, die in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden, eine kartellrechtliche Klage bei einem Zivilgericht einzureichen. Dies ist stossend, da der Schaden aufgrund einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung regelmässig in Form von höheren Preisen auf die nachgelagerten Marktstufen und somit schlussendlich auf die – gemäss dem Wortlaut von Artikel 12 Absatz 1 KG – regelmässig nicht klageberechtigten Endkunden abgewälzt wird. Die ausdrückliche Ausdehnung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen, insbesondere auch auf Konsumentinnen und Konsumenten sowie die öffentliche Hand (z. B. öffentliche Auftraggeber), ist daher sinnvoll. Konsumentenorganisationen können nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen dann klagen, wenn sie sich die Forderungen von den Konsumentinnen und Konsumenten abtreten lassen. Im Rahmen einer Untersuchung durch die WEKO können Konsumentenorganisationen zudem gemäss Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe c KG ihre Beteiligung an einer Untersuchung anmelden. Entsprechend wird neu an die Bedrohung oder Verletzung wirtschaftlicher Interessen der Betroffenen und nicht mehr an der Behinderung im Wettbewerb angeknüpft, was eine Änderung der Marginalie von Artikel 12 VE-KG und der Formulierung von Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a VE-KG sowie eine Streichung des nunmehr überflüssigen Absatzes 2 notwendig macht. Das Tatbestandsmerkmal des «wirtschaftlichen Interesses» dient der Eingrenzung der Anspruchsberechtigten auf persönlich von der in Frage stehenden Wettbewerbsbeschränkung konkret oder potentiell Betroffene. Diese Tatbestandsvoraussetzung findet sich ebenfalls in Artikel 9 Absatz 1 UWG, wonach jedermann, der durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, gewisse zivilrechtliche Ansprüche geltend machen kann. Das Bundesgericht versteht diese Voraussetzung im Rahmen des UWG im Sinne einer selbstständigen Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb, wobei ein unmittelbares Interesse erforderlich ist, die eigene Stellung im Wettbewerb mit dem Erfolg der Klage abzusichern oder zu verbessern.⁷⁹ Ein Wettbewerbsverhältnis wird hingegen nicht vorausgesetzt.⁸⁰ Eine unternehmerische Tätigkeit ist ebenfalls nicht erforderlich, sodass auch Konsumentinnen und Konsumenten entsprechende Ansprüche zustehen. Hingegen reichen bspw. ideelle Interessen nicht für eine Aktivlegitimation aus. Gleiches gilt für indirekt Betroffene wie etwa Aktionäre.⁸¹

Weiter werden die drei im geltenden Recht bestehenden zivilrechtlichen Ansprüche in Bezug auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in Anlehnung an Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe c UWG und an Artikel 28a Absatz 1 Ziffer 3 ZGB sowie in Anknüpfung an das KG von 1985 um einen Feststellungsanspruch ergänzt. Dieser soll in Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b VE-KG eingeführt werden.

Der bisherige Absatz 3 wird ersatzlos gestrichen. Diese Bestimmung, die noch aus dem KG von 1985 stammt, ist aus heutiger Sicht insoweit geradezu systemwidrig, als sie eine zivilrechtliche Haftung für eine kartellverwaltungsrechtlich zulässige Verhaltensweise begründet.

⁷⁹ BGE 126 III 239 E. 1 a).

⁸⁰ BGE 121 III 168 E. 3 b).

⁸¹ BGE 90 IV 39 in Bezug auf die Berechtigung zur Stellung eines Strafantrags gemäss des heutigen Art. 23 UWG.

Artikel 12a (neu) Verjährung

Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsansprüche gemäss Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben a und b VE-KG verjähren nicht. Auf Forderungen aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung gemäss Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben c und d VE-KG ist hingegen nach überwiegender Auffassung die relative Verjährungsfrist nach Artikel 60 Obligationenrecht (OR)⁸² anwendbar. Mit der am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen Revision des Verjährungsrechts⁸³ wurde die relative Verjährungsfrist von deliktsrechtlichen (zivilrechtlichen) Ansprüchen gemäss Artikel 60 OR von einem auf drei Jahre verlängert. Allerdings ist auch die Verjährungsfrist von drei Jahren regelmässig nicht ausreichend, um sicherzustellen, dass Folgeklagen (zivilrechtliche Klagen, die nach einer Entscheidung der Wettbewerbsbehörden eingereicht werden) auch tatsächlich erhoben werden können. Denn verwaltungsrechtliche Verfahren dauern häufig länger als drei Jahre. Auch wenn durch die Einführung von Ordnungsfristen die Verfahren beschleunigt werden sollen, ist nicht mit einer Verkürzung des gesamten Rechtswegs auf unter drei Jahre zu rechnen. Daher ist es sinnvoll, eine Hemmung der Verjährung von zivilrechtlichen Schadenersatzforderungen während des verwaltungsrechtlichen Untersuchungsverfahrens einzuführen. Konkret steht die Verjährung still oder beginnt erst gar nicht im Zeitraum zwischen der Eröffnung der verwaltungsrechtlichen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG durch die Wettbewerbsbehörden (wobei es sich nach Massgabe des Luftverkehrsabkommens auch um die Europäische Kommission handeln kann) und dem rechtskräftigen Entscheid. Dies gilt sowohl für die relative als auch für die absolute Verjährungsfrist. Gemäss Artikel 134 Absatz 2 OR nimmt die Verjährung anschliessend ihren Anfang oder ihren Fortgang. Die gewählte Formulierung deckt sowohl Forderungen der direkt geschädigten als auch jene der indirekt geschädigten Personen ab. Sie umfasst auch Forderungen, die eine Geschädigte bzw. ein Geschädigter gegenüber einer anderen am Verstoß gegen das Kartellrecht beteiligten Person erhebt – also nicht gegenüber der Person, die persönlich im Fokus der Untersuchung steht. Analog dazu sind auch allfällige Forderungen der Geschädigten gegenüber einer anderen Konzerngesellschaft als der von der Untersuchung direkt betroffenen abgedeckt, wenn davon ausgegangen wird, dass diese andere Gesellschaft auch dem «Unternehmen» im Sinne von Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG angehört, das den Verstoß gegen das Kartellrecht begangen hat. Die neu geschaffene Möglichkeit, erst einmal das kartellbehördliche Verfahren abwarten zu können, bewahrt einerseits die in einem Kartellverwaltungsverfahren involvierten Unternehmen vor überstürzten Zivilklagen, erleichtert andererseits den Geschädigten im Einzelfall die Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Forderungen und stärkt damit das Kartellzivilrecht insgesamt. Schliesslich wird hiermit auch der Anreiz des Kartelldelinquenten, den Entscheid der WEKO an die Gerichte weiter zu ziehen, lediglich um zivilrechtlichen Schadenersatzforderungen zu entgehen, vermieden.

Artikel 13 Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs

In Anlehnung an die gescheiterte Kartellgesetzrevision 2012 wird eine Anpassung von Artikel 13 KG vorgeschlagen. Das Bundesgericht⁸⁴ geht spätestens seit der Einführung der direkten Sanktionen von einer Nichtigkeit kartellrechtlicher Verhaltensweisen *ex tunc* aus. Entsprechend muss in Artikel 13 Buchstabe a VE-KG nicht von der Anordnung der Ungültigkeit von Verträgen (*ex nunc*), sondern von der Feststellung (*ex tunc*) die Rede sein. Die sprachlichen Änderungen in Buchstabe b ergeben sich aufgrund der neuen Ausgestaltung der Klagelegitimation in Artikel 12 VE-KG. Sie haben keine materiellen Änderungen zur Folge.

⁸² SR 220

⁸³ Weiterführende Informationen zur Revisionsvorlage sind verfügbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Curia Vista > Suche > 13.100.

⁸⁴ BGE 134 III 438 E. 2.1 f.

Untersuchungen von Wettbewerbsbeschränkungen (Kapitel 4, Abschnitt 2)

Artikel 27 Eröffnung einer Untersuchung

Absatz 1

Durch die vorgeschlagene Anpassung in Absatz 1 Satz 2 wird klargestellt, dass das WBF das Sekretariat der WEKO mit der Eröffnung einer Untersuchung nur dann beauftragen kann, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Der gegenwärtige Wortlaut von Artikel 27 Absatz 1 Satz 2 KG impliziert, dass diese Voraussetzung nur bei Verfahrenseröffnungen durch das Sekretariat der WEKO im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums gemäss Absatz 1 Satz 2 gelten würde und nicht für das WBF.

Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (Kapitel 4, Abschnitt 3)

Artikel 32 Einleitung des Prüfungsverfahrens

Absatz 3 (neu)

Die unterschiedlichen Verfahrensregeln der Schweiz und der EU stellen bei transnationalen Unternehmenszusammenschlüssen sowohl die Unternehmen als auch die Wettbewerbsbehörden vor gewisse Koordinationsprobleme, die administrative Kosten verursachen. Zum einen sind die Fristen der EU länger, zum anderen besteht in der EU die Möglichkeit, die Fristen zu verlängern (z. B. bei Prüfung von Auflagen und Bedingungen oder auf Antrag der Unternehmen). Mit den vorgeschlagenen Änderungen wird an der Hauptfrist festgehalten, aber die Möglichkeit geschaffen, die Fristenunterschiede zwischen der Schweiz und der EU durch Fristverlängerungen abzumildern, um widersprüchliche Entscheide zu vermeiden. Damit die WEKO nicht von sich aus die Frist verlängern kann, bildet die Zustimmung der meldenden Unternehmen eine Voraussetzung zur Fristerstreckung. Die vom Gesetz geforderten «wichtigen» Gründe für die Fristerstreckung (insbesondere Prüfung von Bedingungen und Auflagen, Abstimmung auf EU-Zusammenschlussverfahren) sind im Nachgang zu dieser Teilrevision in der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU)⁸⁵ festzuhalten. Zuständig für die Fristverlängerung ist die WEKO bzw. deren Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse. Vor dem Hintergrund der von der Europäischen Kommission festgesetzten Feiertage kann eine Fristerstreckung von höchstens einem Monat gewährt werden.

Artikel 33 Prüfungsverfahren

Absatz 2

Der Zusatz «auf Antrag der meldenden Unternehmen» stellt in Analogie zum geltenden Artikel 32 Absatz 2 KG sicher, dass der Anstoss für einen vorzeitigen Vollzug (vor dem Entscheid der WEKO) von Seiten der Unternehmen zu kommen hat. Dies entspricht auch der heutigen Praxis. Die übrigen Anpassungen sind sprachlicher Art und führen zu keinen inhaltlichen Änderungen.

Absatz 4 (neu)

Für die vertiefte Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen wird analog zu Artikel 32 VE-KG und aus den gleichen Gründen die Möglichkeit zur Fristerstreckung vorgesehen. Demnach soll die Fristerstreckungsmöglichkeit in der Schweiz in der zweiten Phase höchstens zwei Monate betragen. Zuständig für die Fristverlängerung ist die WEKO bzw. deren Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse.

⁸⁵ SR 251.4

Artikel 34 Rechtsfolgen

Aufgrund der beschriebenen Möglichkeiten zur Fristerstreckung (Art. 32 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 4 VE-KG) erfolgt in Artikel 34 VE-KG eine Ergänzung der bestehenden Verweise auf diese beiden neuen Bestimmungen.

Verfahren und Rechtsschutz (Abschnitt 4)

Artikel 39 Grundsatz

Absatz 2 (neu)

Der neue Absatz 2 überträgt die Legitimation zur Beschwerde gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts ans Bundesgericht vom Departement neu an die WEKO (vgl. auch Art. 42 Abs. 3 VE-KG). Die vorliegende Regelung trägt sowohl den Anforderungen des Bundesgerichts nach einer Rechtsgrundlage dieser Beschwerdelegitimation auf formellgesetzlicher Stufe als auch dem Willen des Bundesrats auf Wahrung der Unabhängigkeit der WEKO in bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahren Rechnung.

Artikel 42 Untersuchungsmassnahmen

Absatz 2

Die vorgesehene massvolle Erweiterung auf die Anordnung von Personendurchsuchungen ist notwendig, weil sich in der Praxis zeigte, dass Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter eines von einer Hausdurchsuchung betroffenen Unternehmens versucht sein können, mögliche Beweismittel an sich zu nehmen und auf der eigenen Person zu verstecken. Ohne Rechtsgrundlage für die Vornahme einer Personendurchsuchung, welche in aller Regel von Vertreterinnen oder Vertretern der Kantonspolizei vorgenommen werden, wären diese Gegenstände (und auch weitere mögliche Beweismittel, die die betreffenden Personen im Normalfall auf sich tragen, wie z. B. Mobiltelefone) für die Untersuchungsverantwortlichen nicht zu greifen. Damit wird auch explizit festgelegt, dass auch Gegenstände, die nicht klar den Räumlichkeiten zugeordnet werden können, wie z. B. Fahrzeuge, von den Wettbewerbsbehörden durchsucht werden können. Diese Instrumente stehen auch allen anderen Ermittlungsbehörden zur Verfügung, die Hausdurchsuchungen nach Artikel 45 bis 50 Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)⁸⁶ durchführen. Die Durchsuchung von Personen und Gegenständen ist wie bei Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen durch ein Mitglied des Präsidiums auf Antrag des Sekretariats anzuordnen. In Artikel 42 Absatz 2 dritter Satz ist daher der Begriff «Hausdurchsuchungen» durch «Durchsuchungen» zu ersetzen. Gestützt auf die Ermächtigung eines Mitglieds des Präsidiums kann das Sekretariat alsdann vor Ort die zu durchsuchenden Personen und Gegenstände festlegen.

Absatz 3 (neu)

Anders als nach dem Grundsatz in Artikel 39 KG sind Beschwerden gegen Verfügungen über Zwangsmassnahmen nach Artikel 42 Absatz 2 VE-KG (Haus-, Sach- und Personendurchsuchungen sowie Beschlagnahmen) an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zu richten, welche auch in anderen Rechtsgebieten über solche Beschwerden zu befinden hat. Da das Bundesverwaltungsgericht nicht bereits im Untersuchungsstadium an der Überprüfung der Zulässigkeit bestimmter Zwangsmassnahmen (insb. betreffend die Prüfung der Voraussetzung des hinreichenden Tatverdachts) beteiligt ist, können Probleme einer allenfalls rechtsstaatlich problematischen Vorbefassung sowie allfällige Doppelspurigkeiten beim Rechtsweg (Bundesstrafgericht/Bundesverwaltungsgericht) vermieden werden. Auf das Verfahren der Beschwerde vor dem Bundesstrafgericht finden die Bestimmungen des VStrR Anwendung. Die Beschwerdeentscheide des Bundesstrafgerichts können von der WEKO ebenso wie diejenigen des Bundesverwaltungsgerichts ans Bundesgericht weitergezogen werden. Die vorliegende

⁸⁶ SR 313.0

Regelung schafft eine klare Rechtsgrundlage für diese Beschwerdelegitimation und wahrt dabei die Unabhängigkeit der WEKO in Rechtsmittelverfahren.

Artikel 42a Untersuchungen in Verfahren nach dem Luftverkehrsabkommen Schweiz–EU

In Artikel 42a VE-KG wird eine redaktionelle Anpassung vorgenommen. Mit dem am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon wurde die offizielle Bezeichnung der «Europäischen Gemeinschaft» in «Europäische Union» geändert.

Artikel 44a (neu) Ordnungsfristen

Die Motion 16.4094 Fournier verlangt, dass Fristen im Verwaltungsverfahren für die Gerichte eingeführt werden. Im Sinne einer kohärenten Lösung erfasst die Vorlage des Bundesrates Fristen für sämtliche Verfahrensetappen, mithin auch auf Stufe der Wettbewerbsbehörden. Mit dem Vorschlag könnte für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte ein gewisser zusätzlicher Zeitdruck entstehen. Damit die Rechtssicherheit weiterhin gewährleistet wird, müssen die Verfahrensrechte der Parteien sowie die Qualität der Entscheide trotz des neuen Zeitdrucks unverändert bleiben. Aus diesem Grund sind Ordnungsfristen starren Fristen vorzuziehen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine Priorisierung kartellrechtlicher Verfahren zulasten der Verfahrensdauer anderer (verwaltungsrechtlicher) Verfahren führt. Sachliche Gründe für eine solche Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich.

Absatz 1

Über die konkrete Dauer der Ordnungsfristen äusserst sich die Motion nicht. Der Bundesrat schlägt vor, dass die Obergrenze für die gesamte Verfahrensdauer über alle Instanzen in der Regel nicht mehr als fünf Jahre betragen sollte. Deshalb wird eine Ordnungsfrist auf einer «comply or explain»-Basis von insgesamt 60 Monaten von Eröffnung einer Untersuchung bis zum rechtskräftigen Entscheid über alle Instanzen empfohlen. Diese soll 30 Monate für die WEKO (Abs. 1 Bst. b), 18 Monate für das Bundesverwaltungsgericht (Abs. 1 Bst. c) und zwölf Monate für das Bundesgericht (Abs. 1 Bst. e) betragen. Für Vorabklärungen sieht der Entwurf eine Frist von zwölf Monaten vor (Abs. 1 Bst. a). So werden in allen Etappen der Verfahren Ordnungsfristen eingeführt, was zur Beschleunigung und Vorhersehbarkeit beitragen sollte.

Unabhängig von der Forderung der Motion 16.4094 Fournier schlägt der Bundesrat für den Bereich der Zusammenschlusskontrolle vor, eine Behandlungsfrist für Beschwerden vor dem Bundesverwaltungsgericht einzuführen (Abs. 1 Bst. d). Zusammenschlüsse erfolgen unter hohem Zeitdruck. Im Wettbewerb stehende Unternehmen benötigen innert kurzer Zeit erfolgreiche Entscheide. Aus diesem Grunde ist die Prüfung von Zusammenschlüssen durch die WEKO an Fristen geknüpft. Sind die Unternehmen mit einem Entscheid der WEKO nicht einverstanden (im Falle einer Untersagung oder Zulassung unter Auflagen und Bedingungen), sind sie auf eine rasche gerichtliche Überprüfung angewiesen. Droht ein langes Beschwerdeverfahren, sehen die Unternehmen unter Umständen von einem Rechtsmittel ab. Aus diesem Grunde wird für die Beurteilung einer Beschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht neu eine dreimonatige Frist eingeführt, die ab Eingang der Beschwerde zu laufen beginnt. Aus Artikel 34 VE-KG folgt *a contrario*, dass es sich hierbei um eine Ordnungsfrist handelt (und nicht um eine Verwirkungsfrist wie für die WEKO), und zwar im Sinne eines Appells an die Beschwerdeinstanz, rasch zu entscheiden.

Absatz 2

Bei einer Rückweisung an die Vorinstanz werden die Ordnungsfristen für alle Instanzen auf jeweils zwölf Monate festgelegt, da regelmässige ein grosser Teil der erforderlichen Abklärungen bereits im Rahmen der jeweiligen ersten Beurteilung vorgenommen wurden.

Absatz 3

Von den Adressaten der Untersuchung veranlasste Verfahrensverlängerungen, insbesondere Fristerstreckungen, Beschwerdeverfahren gegen verfahrensleitende Verfügungen und Siegelungen nach Artikel 50 Absatz 3 VStrR, erhöhen die in den Absätzen 1 und 2 genannten Fristen entsprechend.

Absatz 4

Falls eine Untersuchung sehr komplex ist und dafür mehr Zeit benötigt wird, sind die Wettbewerbsbehörden und Gerichte verpflichtet, die Gründe der Nichteinhaltung der jeweiligen Frist unmittelbar nach deren jeweiligen Ablauf den Beteiligten in Textform mitzuteilen.

Verwaltungssanktionen (Abschnitt 6)

Artikel 49a Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

Absätze 3 und 4 (neu; Widerspruchsverfahren)

Mit der vorliegenden Revision wird an der 2003 vom Gesetzgeber verabschiedeten Grundkonzeption des Widerspruchsverfahrens – Meldung geplanter Wettbewerbsbeschränkungen befreit von Sanktionsrisiko, sofern kein Verfahren eröffnet wird – festgehalten. Neu wird das Widerspruchsverfahren nicht mehr in Absatz 3, sondern in einem neuen separaten Absatz 4 geregelt. Deshalb wird Absatz 3 Buchstabe a gestrichen. Zudem werden zwei Änderungen vorgenommen, welche die Funktionsweise des Widerspruchsverfahrens in der Praxis für die Unternehmen wie für die Wettbewerbsbehörden verbessern sollen.

Erstens wird die Frist, innert welcher die Wettbewerbsbehörden tätig werden müssen, von fünf auf neu zwei Monate herabgesetzt. Die Sanktionierbarkeit für das gemeldete Vorhaben entfällt somit definitiv, sofern die zuständigen Behörden nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Meldung eine Vorabklärung oder eine Untersuchung eröffnen. Stellt sich das Verhalten im Nachhinein doch als kartellgesetzwidrig heraus, so kann es einzig für die Zukunft untersagt werden, eine Sanktion ist ausgeschlossen.

Zweitens führt neu erst die Eröffnung einer formellen Untersuchung nach Artikel 27 KG dazu, dass das Sanktionsrisiko besteht. Das Unternehmen hat somit die Möglichkeit, nach Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) sein Vorhaben bis zur allfälligen Eröffnung einer formellen Untersuchung ohne das Risiko einer Sanktion umzusetzen. Zweck ist, dass bei gemeldeten heiklen Verhaltensweisen, welche im Voraus weder als klar erlaubt noch verboten qualifiziert werden können, anhand der Beobachtung der effektiven Marktverhältnisse beurteilt werden kann, ob sie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen oder nicht.

Kommt die WEKO am Ende einer Vorabklärung zum Schluss, dass bei der gemeldeten Verhaltensweise (allenfalls in angepasster Form) tatsächlich Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen, wird sie dem Unternehmen eine bevorstehende Untersuchungseröffnung vorab mitteilen, damit das Unternehmen noch reagieren kann: Das Unternehmen hat bis zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, das wettbewerbsbeschränkende Verhalten aufzugeben oder (allenfalls in Absprache mit der WEKO) anzupassen. Nur wenn es auch nach der Eröffnung einer formellen Untersuchung unverändert an der Wettbewerbsbeschränkung festhält und sich diese in der Folge effektiv als Verletzung des Kartellgesetzes (Art. 49a KG) erweist, riskiert es, sanktioniert zu werden.

Absatz 5 (neu; Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung)

Nach geltendem Recht kann die WEKO nur solche Schadenersatzzahlungen sanktionsmindernd berücksichtigen, die vor ihrem Entscheid geleistet werden. Grundlage bildet im geltenden Recht die Sanktionsbemessungskriterien nach Artikel 49a Absatz 1 KG. Namentlich kann geleisteten Schadenersatzzahlungen etwa im Rahmen der «Schwere des Verstosses» oder des «mutmasslichen Gewinns», den das Unternehmen durch die unzulässige Wettbewerbsbe-

schränkung erzielt hat, bzw. gestützt auf die Bestimmungen in Artikel 2, 3 und 6 der KG-Sanktionsverordnung (SVKG)⁸⁷ Rechnung getragen werden. Bei der Höhe der Sanktionsreduktion oder der Rückerstattung sind die Umstände des Einzelfalls zu beachten, so vor allem das Ausmass und der Zeitpunkt (z. B. vor oder nach dem Entscheid der WEKO) der Schadenersatzleistungen: Je mehr und je früher im Verfahren Entschädigungen geleistet werden, desto stärker werden sie an die Sanktion angerechnet. Zum Beispiel reduzierte die WEKO im Verfahren «Strassenbau», welches Absprachen zwischen zwölf Strassenbauunternehmen in Nord- und Südbünden von 2004 bis 2010 betraf, die Bussen in einer Gesamthöhe von rund CHF 14 Mio. auf rund CHF 11 Mio., also um rund CHF 3 Mio., da neun der zwölf Strassenbauunternehmen noch vor dem WEKO-Entscheid mit Kartellopfern Vergleichsvereinbarungen abgeschlossen hatten. Sie verpflichteten sich darin, den Kanton und die betreffenden Bündner Gemeinden mit insgesamt rund CHF 6 Mio. zu entschädigen.⁸⁸

Richtet ein im Verwaltungsverfahren mit einer Sanktion belastetes Unternehmen zu einem späteren Zeitpunkt freiwillig (d. h. ohne hierzu von einem Zivilgericht verpflichtet worden zu sein) Schadenersatzzahlungen aus, so kann das Unternehmen mit einem Revisionsgesuch an die WEKO oder an die Beschwerdeinstanz gelangen, welche den Endentscheid getroffen hat. Die WEKO bzw. die Beschwerdeinstanz kann in diesem Fall die verhängte Verwaltungssanktion in angemessenem Umfang reduzieren oder, falls das Unternehmen die Sanktion zwischenzeitlich bereits beglichen hat, die Rückerstattung eines angemessenen Teils anordnen. Bussen haben im Kartellrecht sowohl einen pönalen als auch einen abschöpfenden Charakter. Wenn ein Unternehmen, welches gegen das Kartellrecht verstossen hat, seine Opfer ganz oder teilweise entschädigt, ist der gewinnabschöpfende Teil der Sanktion entsprechend zu reduzieren. Die Anrechnung erfolgt dabei nur, aber immerhin, in «angemessenem» Umfang, also nicht komplett («eins-zu-eins»). Diese Regelung setzt einen Anreiz für Unternehmen, die gegen kartellrechtliche Bestimmungen verstossen haben, bereits möglichst früh im Verfahren und umfassend eine gütliche Einigung mit den Geschädigten einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung zu erzielen. In der Praxis bestehen auch nach Aufdeckung und Sanktionierung einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung häufig geschäftliche Beziehungen zwischen den Kartelltätern und Kartellopfern. Diese Regelung dient somit auch dem Rechtsfrieden. Im Gegensatz zur gescheiterten Kartellgesetzrevision 2012 schlägt der Bundesrat nun vor, dass eine Anrechnung nur erfolgen soll, wenn das Unternehmen «freiwillig» Schadensersatzzahlungen leistet. Damit soll einerseits ein Anreiz zur aussergerichtlichen Einigung gesetzt werden. Andererseits soll die Situation vermieden werden, dass selbst bei einer aussergerichtlichen Einigung der Parteien, diese zusätzlich noch einen formellen Entscheid eines Zivilgerichts erwirken müssen, wie dies bei Übernahme der Formulierung der damaligen Revisionsvorlage der Fall wäre.

Gebühren und Parteientschädigung (Abschnitt 7)

Redaktionelle Anpassungen im Abschnitt 7

Durch die Einführung eines neuen Artikel 53b VE-KG betreffend Parteientschädigung in den siebten Abschnitt ist auch dessen Überschrift entsprechend zu ergänzen. Gleichfalls wird bei Artikel 53a KG eine redaktionelle Änderung vorgenommen, indem neu eine Überschrift für diesen Artikel eingefügt wird, da dieser zukünftig nicht mehr die einzige Norm des siebten Abschnitts sein wird.

Artikel 53a Gebühren

Absatz 1

In Artikel 53a Absatz 1 Buchstabe a KG wird der Satzteil «Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen» durch «Verfahren» ersetzt. Damit wird klargestellt, dass Gebühren auch für Vorabklärungen nach Artikel 26 KG – solche Verfahren werden nicht mittels

⁸⁷ SR 251.5

⁸⁸ Vgl. Jahresbericht 2019 der WEKO an den Bundesrat, S. 6.

Verfügungen abgeschlossen – erhoben werden können (insb. bei Verfahrenseinstellung aufgrund von Verhaltensanpassungen der Unternehmen; *a contrario* Art. 53a Abs. 1^{bis} Bst. b VE-KG). Eine materielle Änderung ist hiermit nicht verbunden. Gleichzeitig wird mit den Ergänzungen von Artikel 53a Absatz 1 Buchstabe c VE-KG die diesbezüglich unbestrittene Praxis der Wettbewerbsbehörden betreffend die Gebührenerhebung für Beratungen sowie Widerspruchsverfahren in einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage festgehalten.

Absatz 1^{bis} (neu)

Durch die Einfügung eines neuen Artikel 53a Absatz 1^{bis} VE-KG wird die bisher durch die Artikel 2 und 3 Absatz 2 der Gebührenverordnung KG (GebV-KG)⁸⁹ konkretisierte Rechtslage auf Gesetzesstufe verankert. Im KG findet sich damit neu eine klare Regelung sowohl bezüglich der vom Verursacherprinzip geprägten Gebührenpflicht (Satz 1) als auch bezüglich derjenigen Fälle, in denen insbesondere ausgehend vom Unterliegerprinzip keine Gebühren erhoben werden (Satz 2).

Artikel 53b (neu) Parteienentschädigung

Die Motion 16.4094 Fournier fordert die Einführung von Parteienentschädigung auf allen Verfahrensstufen. Eine Parteienentschädigung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren existiert im Schweizer Recht grundsätzlich nicht. Eine Ausnahme bildet lediglich Artikel 115 Absatz 1 Bundesgesetz über die Enteignung (EntG)⁹⁰. Aus Sicht der Motion 16.4094 Fournier seien kartellrechtliche Verwaltungsverfahren besonders komplex, lang und aufwendig und würden insbesondere KMU erheblich belasten. Dies rechtfertige vorliegend eine besondere Regelung.

Somit existiert aktuell keine Vorschrift zur spezifischen Regelung von Parteienentschädigungen in kartellrechtlichen Verfahren. Artikel 39 KG verweist auf das VwVG, das in Artikel 64 für Beschwerdeverfahren Entschädigungen vorsieht. Der neue, auf Artikel 64 VwVG beruhende Artikel 53b VE-KG sieht künftig bereits ab der ersten Instanz eine Parteienentschädigung für die Kosten des Verwaltungsverfahrens vor.

Absatz 1

Wenn ein Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 KG ohne Folgen ganz oder teilweise eingestellt wird, kann den Beteiligten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung zugesprochen werden. Um eine Spaltung des Beschwerdeverfahrens und somit auch um widersprüchliche Entscheide zu vermeiden ist über die Parteienentschädigung gemeinsam mit dem Endentscheid zu befinden, wie dies auch in anderen Verfahrensordnungen üblich ist (vgl. etwa Art. 421 Strafprozessordnung, StPO⁹¹). Dabei sollen sich die Anspruchsvoraussetzungen an den nachfolgenden Eckpunkten orientieren, die sich aus der geltenden Praxis zur Parteienentschädigung (insb. Art. 64 VwVG) ableiten.

Der Wortlaut von Artikel 53b Absatz 1 VE-KG orientiert sich an Artikel 64 Absatz 1 VwVG. Demnach spricht die WEKO oder die Beschwerdeinstanz den Adressaten einer Untersuchung nach Artikel 27 KG von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung ab Eröffnung der Untersuchung zu, sofern das Verfahren gegen sie ganz oder teilweise eingestellt wird. Die Entschädigung soll in Anlehnung an Artikel 99 VStrR ganz oder teilweise verweigert werden können, wenn das Verfahren schuldhaft verursacht oder mutwillig erschwert oder verlängert wurde.

In der Praxis stellt die WEKO zuweilen nur in den Erwägungen fest, dass ein nicht-sanktionierbarer KG-Verstoss gegeben ist, und verzichtet auf die Anordnung von Verhaltensmassnahmen, z. B. weil keine Wiederholungsgefahr besteht. Diesfalls werden die Verfahrenskosten aber dennoch der Partei auferlegt, da sie einen KG-Verstoss begangen und das Verfahren verursacht hat. Mit dem Kriterium «ohne Folgen» wird klargestellt, dass die betreffende Partei

⁸⁹ SR 251.2

⁹⁰ SR 711

⁹¹ SR 312.0

in diesem Fall keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat. Bei teilweiser Einstellung, z. B. wenn sich nur einer von mehreren Verdachtspunkten erhärtet hat, ist eine reduzierte Parteientschädigung denkbar.

Absatz 2

Absatz 2 legt in Anlehnung an Artikel 95 Absatz 3 ZPO den Umfang der Parteientschädigung fest. Hiernach umfasst sie den Ersatz notwendiger Auslagen sowie die Kosten einer berufsmässigen Vertretung.

Absatz 3

Für die Detailregelungen, die vorstehend bereits zu weiten Teilen skizziert wurden, sowie für die Tarife ist eine Anpassung der KG-Gebührenverordnung durch den Bundesrat vorgesehen, wofür eine ausdrückliche gesetzliche Kompetenznorm geschaffen wird.

Artikel 57 Verfahren und Rechtsmittel

Absatz 1

In Artikel 57 KG wird eine redaktionelle Anpassung vorgenommen, indem das VStrR gemäss der geltenden Praxis zitiert wird. Mit der Umstellung dieses Satzes geht keinerlei materielle Änderung einher.

Evaluation (Kapitel 6a)

Artikel 59a Evaluation

Nach der am 25. März 2009 erfolgten Publikation des Berichts des Bundesrates zur Evaluation des KG und zum weiteren Vorgehen ist der heutige Evaluationsartikel erfüllt. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass sich das bisherige Vorgehen bewährt hat, und schlägt vor, in periodischen Abständen eine Evaluation der Wirksamkeit und der Massnahmen des KG zu Handen des Parlaments vorzusehen. Durch die periodische Evaluation erhalten Bundesrat und Parlament die Gelegenheit, die Ausrichtung der Kartellgesetzgebung zu überprüfen und gegebenenfalls neu festzulegen. Zur Durchführung der Evaluation muss der Bundesrat die WEKO einbeziehen.

Artikel 62 Übergangsbestimmungen

Absatz 1

Absatz 1 bestimmt, dass für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Bestimmungen bereits hängige Verfahren betreffend die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen das bisherige Recht anwendbar bleibt, und zwar sowohl die materiell- als auch die verfahrensrechtlichen Bestimmungen.

Absatz 2

Absatz 2 bestimmt, dass die Regelungen betreffend Ordnungsfristen gemäss Artikel 44a VE-KG und Parteientschädigungen gemäss Artikel 53b VE-KG nur für Verfahren gelten, die nach Inkrafttreten dieser beiden Bestimmungen durch die WEKO eröffnet werden.

Absatz 3

Absatz 3 wird vorgesehen, dass bei Widerspruchsverfahren (Art. 49a Abs. 5 VE-KG) die im bisherigen Recht vorgesehene Frist von fünf Monaten weiterhin gilt, wenn die Meldung noch vor Inkrafttreten der neuen Bestimmungen erfolgte. Damit wird verhindert, dass die Verkürzung der bisherigen Frist von fünf Monaten auf künftig zwei zu einem Fristablauf einer nach bisherigem Recht noch laufenden Frist durch Inkrafttreten der neuen Bestimmungen führen kann. Abgesehen von der Frist finden auf solche Verfahren aber mit ihrem Inkrafttreten bereits die neuen Bestimmungen Anwendung. Dies hat für die meldenden Unternehmen den Vorteil, dass

das Sanktionsrisiko erst ab Eröffnung einer formellen Untersuchung nach Artikel 27 KG besteht.

Absatz 4

Hinderung oder Stillstand der Verjährung nach Artikel 12a VE-KG beginnen für Ansprüche aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung gemäss Artikel 5 oder 7 KG, welche Gegenstand eines Verfahrens gemäss Artikel 27 KG ist, mit dem Inkrafttreten dieser neuen Bestimmung. Gemäss Absatz 4 bleiben einmal verjährte Forderungen verjährt.⁹² Es wäre mit der Rechtssicherheit kaum zu vereinbaren, würde eine bereits verjährte Forderung nachträglich aufgrund des Inkrafttretens von Artikel 12a VE-KG wieder unverjährt. Ist die Verjährung einer Forderung im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Bestimmungen aber noch nicht eingetreten, so findet auf sie Artikel 12a VE-KG Anwendung.

5 Auswirkungen

5.1 Auswirkungen auf den Bund

Finanzielle Auswirkungen auf den Bund sind einzig mit der Umsetzung der Motion 16.4094 Fournier hinsichtlich der Einführung von Parteienentschädigungen auch im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren verbunden. Sofern das Untersuchungsverfahren durch die Wettbewerbsbehörden ohne Folgen ganz oder teilweise eingestellt wurde, soll neu den betroffenen Unternehmen zu Lasten der Staatskasse eine Parteienentschädigung auch für die erste Instanz gezahlt werden.

In den letzten 15 Jahren hat die WEKO ca. gegen 350 Unternehmen eine Untersuchung geführt. In ca. 60 abgeschlossenen Fällen wäre die Bestimmung der Motion 16.4094 Fournier anwendbar gewesen. Derzeit sind zudem zahlreiche Verfahren (ca. 100) noch vor Gerichten hängig, so dass sich die Zahl der in der Vergangenheit theoretischen Parteienentschädigungen voraussichtlich noch erhöhen wird. Aufgrund der fehlenden Präzedenz sind derzeit keine verlässlichen Angaben zu den durchschnittlichen Kosten der Entschädigungen pro Fall möglich. Die Parteien müssen derzeit auch keine Kostennote bei der WEKO einreichen. Der Bundesrat schätzt, dass die Spannweite der Kostenfolgen von Fall zu Fall gross sein dürfte. Zudem sind kartellrechtliche Verfahren häufig aufwändig und richten sich gegen viele Parteien, was zu hohen Parteienentschädigungen führen kann. Gezahlt werden sollten jedenfalls stets nur die effektiv angefallenen Kosten und keine Fallpauschalen. Zur Ansetzung eines Pauschalbetrages sind kartellrechtliche Verfahren zu unterschiedlich.

Bekannt sind lediglich die Kosten, die bei den Wettbewerbsbehörden im Rahmen von Sanktionsverfahren angefallen sind und die den betroffenen Unternehmen in Rechnung gestellt wurden. Die Aufwendungen der WEKO und ihres Sekretariats belaufen sich durchschnittlich auf CHF 124'880⁹³ pro Unternehmen pro Untersuchungsverfahren. Allerdings ist davon auszugehen, dass der Aufwand der Parteien im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren regelmässig höher ist als jener der Wettbewerbsbehörden, insbesondere da erstere nicht in den Genuss von Synergieeffekten gelangen. Wie weiter oben bereits erwähnt wäre in den vergangenen 15 Jahren in ca. 60 Fällen die von der Motion 16.4094 Fournier geforderte Bestimmung zum Ersatz erstinstanzlicher Verwaltungsverfahren anwendbar gewesen. Vor diesem Hintergrund kann durchschnittlich mit vier Fällen pro Jahr gerechnet werden. Zur Festlegung des entsprechenden Budgetpostens des WBF bzw. der WEKO und vor dem Hintergrund der oben skizzierten hängigen Beschwerdeverfahren sollte erneut eine Sicherheitsmarge für zwei weitere Fälle jährlich vorgesehen werden. Vorliegend sind lediglich die Kosten der WEKO und ihres Sekretariats in Höhe von durchschnittlich CHF 124'880 pro Unternehmen pro Untersuchungsverfahren bekannt. Daher wird zum Zwecke der Budgetschätzung von einem vierfachen Faktor für die in der Regel maximale Parteienentschädigung, mithin von CHF 500'000 pro obliegenden Unternehmen, ausgegangen. Im Ergebnis entspräche dies einem jährlichen Budget für die Entschädigung erstinstanzlicher Verwaltungsverfahren in Höhe von CHF 3'000'000.

⁹² Analog zu BGE 124 III 266.

⁹³ Berechnungen basieren auf Daten der WEKO

Diese Beträge stehen für den Bund in einem annehmbaren Verhältnis zu den Sanktionseinnahmen. Im Zeitraum 2010-2020 beträgt der ordentliche Ertrag aus Sanktionen in der Staatsrechnung CHF 52'257'203. Der ausserordentliche Ertrag aus Sanktionen beträgt CHF 594'269'105. Insgesamt sind Sanktionen aus etwa 47 Fällen geflossen, wovon die ausserordentlichen Erträge aus 10 Fällen stammen. Damit betragen die ordentlichen Einnahmen je Fall im langjährigen Durchschnitt rund CHF 1.4 Mio. Die Einnahmen (d. h. inkl. ausserordentlicher Erträge) aus Sanktionen je Fall im langjährigen Durchschnitt CHF 13.7 Mio. Je nach berücksichtigter Zeitperiode können diese Zahlen jedoch substantiell schwanken. Weiter ist es möglich, dass die neue Möglichkeit der Anrechenbarkeit von zivilrechtlichen Ansprüchen bei der Berechnung verwaltungsrechtlichen Sanktionen zu tieferen Einnahmen für den Bundeshaushalt führt.

Personelle Auswirkungen auf den Bund sind mit der vorgeschlagenen Teilrevision des KG nicht zu erwarten. Der durch einzelne Gesetzesanpassungen (z. B. Zusammenschlusskontrolle, Widerspruchsverfahren, Berücksichtigung von Schadenersatzleistungen) entstehende Mehraufwand kann im Rahmen der bestehenden Ressourcen aufgefangen werden. Insbesondere wäre nicht mit zusätzlichen Ausgaben und Personalaufwendungen für die Wettbewerbsbehörden (WEKO und ihr Sekretariat) und die Eidgenössischen Gerichte (Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht) zu rechnen. Wegen der Einführung des SIEC-Tests bei Unternehmenszusammenschlüssen müssen sich die WEKO und ihr Sekretariat jedoch während der Umsetzungsphase auf zusätzlichen Arbeitsaufwand einstellen.⁹⁴ Die materiell-rechtlichen Anpassungen im Bereich der Zusammenschlusskontrolle lösen jedoch keinen personellen und finanziellen Mehrbedarf aus, der nicht mit dem Budget der WEKO gedeckt ist. Zudem könnten auch die Neuerungen zum Widerspruchsverfahren zu Mehraufwänden bei den Wettbewerbsbehörden führen. Voraussichtlich ist mit einer höheren Zahl von Meldungen und dadurch verursachten Widerspruchsverfahren zu rechnen. Alles in allem kann der geschilderte voraussichtliche Mehraufwand jedoch im Rahmen der bestehenden Ressourcen aufgefangen werden.

Die Stärkung des Kartellzivilrechts hat insbesondere Auswirkungen auf die Kantone, beziehungsweise die kantonalen Zivilgerichte. Grundsätzlich ist es möglich, dass das Bundesgericht vermehrt kartellzivilrechtliche Fälle beurteilen muss. Dies wird aber, wenn überhaupt in einem kleinen Rahmen der Fall sein.

Die Umsetzung der vorgeschlagenen Motion 18.4282 Français wird zu Rechtsunsicherheit führen, da sie dem Entscheid des Bundesgerichts im Fall *Gaba* zuwiderläuft. Hierdurch erhöht sich der Arbeitsaufwand der Wettbewerbsbehörden und Gerichte, weil sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind.

5.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete

Die Durchsetzung des Kartellrechts erfolgt heute weitgehend auf dem öffentlich-rechtlichen Weg, wobei hierfür weiterhin Organe des Bundes zuständig sind. Die Stärkung des Kartellzivilrechts könnte indes zu einer vermehrten Beanspruchung der kantonalen Zivilgerichte führen. Hinsichtlich Folgeklagen ist allerdings zu erwarten, dass zivilrechtliche Klagen entsprechend dem Ergebnis des verwaltungsrechtlichen Verfahrens durch Vergleich geregelt werden und nur gelegentlich zu einem Zivilprozess führen. Die Unterbindung regionaler Wettbewerbsbeschränkungen, welche die Wettbewerbsbehörden nicht aufgreifen, dafür aber geschädigte Endkundinnen und -kunden auf dem Zivilweg, liegt im Interesse der Kantone. Schliesslich würden Kantone und Gemeinden neu ebenfalls zur Einreichung einer Klage legitimiert. Dies wäre insbesondere in Bezug auf Submissionsabreden in ihrem Interesse.

⁹⁴ Vgl. Studie Swiss Economics, 2017, S. 47.

5.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

5.3.1 Auswirkungen auf die einzelnen wirtschaftlichen Akteure

Zusammenschlusskontrolle

Das Ziel des Kartellrechts besteht insbesondere darin, den wirksamen Wettbewerb zu schützen. Die Zusammenschlusskontrolle nimmt dabei eine wichtige Rolle ein, da sie *ex ante* Marktkonzentrationen, die sich wettbewerbsbeschränkend auswirken könnten, untersuchen, und allenfalls verbieten oder nur unter Auflagen oder Bedingungen zulassen kann. Die angestrebte präventive Wirkung der Zusammenschlusskontrolle zur Verhinderung von zukünftigen Wettbewerbsbeschränkungen wird mit dem in der Schweiz bestehenden qualifizierten Marktbeherrschungstest nur ungenügend erreicht. Verantwortlich dafür ist insbesondere die unzureichende Berücksichtigung von unilateralen Effekten, die bisher unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle nicht berücksichtigt werden. Hierzu zählen etwa Preiserhöhungen, Qualitätsvermindierungen und Wettbewerberverdrängungen im Nachgang an einen Zusammenschluss, was schlussendlich zu Verzerrungen der Märkte führen kann. Mit der Einführung des SIEC-Tests, welcher sowohl die negativen als auch die positiven Effekte eines Zusammenschlusses ganzheitlich erfasst, können potenzielle Marktverzerrungen besser *ex ante* verhindert werden.

Die konkreten wirtschaftlichen Auswirkungen der Einführung des SIEC-Tests in der Schweiz einzuschätzen, ist schwierig. Die internationalen Erfahrungen mit der Einführung des SIEC-Tests sind grundsätzlich positiv. So ist es prinzipiell zu keiner Erhöhung der Interventionsrate der Wettbewerbsbehörden gekommen (siehe Ziff. 3).⁹⁵ Weil die heutige Zusammenschlusskontrolle in der Schweiz jedoch durch eine relativ hohe Interventionsschwelle geprägt ist, könnte die Interventionsrate in der Schweiz leicht ansteigen.⁹⁶

Eine Verringerung der Rechtssicherheit ist durch den Wechsel zum SIEC-Test nicht zu erwarten, auch wenn in der Einführungsphase Fragen bezüglich der konkreten Anwendung des neuen Tests auftauchen werden. Diese Unsicherheiten sollten in der Praxis jedoch rasch ausgeräumt werden können.⁹⁷

Der SIEC-Test nach EU-Vorbild könnte insbesondere in der Einführungs- und Übergangsphase zu zusätzlichen Kosten für die Unternehmen führen. So wird die WEKO aufgrund der Herabsetzung der Interventionsschwelle mehr Zusammenschlussvorhaben eingehend untersuchen, auch wenn die vorliegende Revision keine Anpassung der umsatzbasierten Schwellenwerte vorsieht. Diese zusätzlichen Kosten sollten sich aber in Grenzen halten, sobald sich die Prüfstandards in der Praxis etabliert haben. Insbesondere für KMU sind kaum negative Auswirkungen der Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle auszumachen. Im Gegenteil, es dürften gerade die KMU sein, die vom SIEC-Test profitieren, da schädliche Konzentrationstendenzen auf Zuliefer- und Absatzmärkten von KMU mit diesem Prüfstand besser berücksichtigt werden können.

Zudem hat die Einführung des SIEC-Tests, durch die vermehrte Berücksichtigung unilateraler Effekte auch unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle, wie etwa allfällige zukünftige Preiserhöhungen durch Zusammenschlüsse in konzentrierten Märkten, auch positive Auswirkungen auf die Konsumentinnen und Konsumenten.

Schliesslich bedeutet der Verzicht auf die eigenständige Bearbeitung internationaler Zusammenschlüsse, d. h. Zusammenschlüsse, die EWR-weite oder grössere Märkte betreffen und die Schweiz einschliessen, eine administrative Erleichterung für die Unternehmen.

Kartellzivilrecht

Der vorgeschlagene moderate Ausbau des Kartellzivilrechts erlaubt es denjenigen, die von Wettbewerbsbeschränkungen betroffen sind, leichter selbst ihr Recht geltend zu machen, losgelöst von der behördlichen Prioritätenordnung, und sich den entstandenen Schaden kompensieren zu lassen. Dies könnte einerseits zu mehr Wettbewerb in lokalen Märkten führen, was den Unternehmen (insbesondere den KMU) sowie den Konsumentinnen und Konsumenten

⁹⁵ Studie Swiss Economics, 2017, S. 64.

⁹⁶ Studie Swiss Economics, 2017, S. 64.

⁹⁷ Studie Swiss Economics, 2017, S. 40.

zugutekäme. Des Weiteren könnte die Änderung des Kartellzivilrechts zur Abwendung einer Preisdiskriminierung der hiesigen Kundschaft gegenüber der Kundschaft in Nachbarländern eingesetzt werden, etwa wenn betroffene Unternehmen selber gegen unterdrückte Querlieferungen in Händlernetzen vorgehen.

Widerspruchsverfahren

Mit der Verbesserung des Widerspruchsverfahrens wird den wiederholt geäußerten Bedenken begegnet und sichergestellt, dass das Verfahren die ihm vom Gesetzgeber zugedachte Rolle besser erfüllen kann. Die Verkürzung der Frist führt – insbesondere auf dynamischen Märkten – unmittelbar zu einer Vergrößerung der Rechtssicherheit für die Unternehmen. Bei von der WEKO als offensichtlich unbedenklich eingestuften Vorhaben oder solchen, die keinen direkt sanktionierbaren Tatbestand betreffen, erhalten (hinsichtlich der Zulässigkeit ihres Vorhabens unsichere) Unternehmen neuerdings schon innert zwei Monaten die Gewissheit, dass sie bei der Umsetzung des Vorhabens keine Gefahr laufen, sanktioniert zu werden. Mit der zweiten Änderung kann für die Unternehmen insbesondere die investitionshemmende Wirkung der Sanktionsdrohung verringert werden. Da künftig das Sanktionsrisiko erst bei Mitteilung der Eröffnung einer Untersuchung besteht, wird der Zeitraum, in welchem das Vorhaben auf jeden Fall straflos umgesetzt werden kann, im Vergleich zur gegenwärtigen Situation verlängert und dem Unternehmen die Möglichkeit gegeben, sein Verhalten fortwährend an die Marktauswirkungen anzupassen und so einem Sanktionsrisiko zu entgehen. So sollen die Unternehmen ermutigt werden, nicht auf ein potenziell zulässiges Verhalten zu verzichten.

Ordnungsfristen

Die Einführung von Ordnungsfristen auf Gesetzesstufe soll die kartellrechtlichen Verfahren beschleunigen, damit vor allem die betroffenen Unternehmen rascher über rechtskräftige Entscheide verfügen. Damit geht auch eine Zunahme der Rechtssicherheit einher.

Parteienentschädigungen

Die Verfahrensbeteiligten sollen durch Parteienentschädigungen in verwaltungsrechtlichen Verfahren finanziell entlastet werden, wenn sie nicht für eine Untersuchungseröffnung verantwortlich sind. Dies entlastet Unternehmen und insbesondere KMU in Fällen eines für sie positiven Verfahrensausgangs. Nach geltendem Recht haben die Parteien in Verfahren vor der WEKO und ihrem Sekretariat keinerlei Anspruch auf Entschädigung, sondern erst im gerichtlichen Beschwerdeverfahren. Allerdings sind die Verfahren in der Regel sehr komplex, lang und aufwendig und vor allem die KMU erheblich belasten. Dass sichergestellt wird, in jedem verwaltungsrechtlichen Wettbewerbsverfahren den Parteien je nach Ausgang des Verfahrens eine Entschädigung zuzusprechen, um diese finanziell zu entlasten, kann vor allem für kleinere Unternehmen von grossem Nutzen sein.

Revision Artikel 5 KG

Mit der Umsetzung der vorgeschlagenen Revision von Artikel 5 KG aufgrund der Motion 18.4282 Français werden gewisse harte horizontale und harte vertikale Wettbewerbsabreden unabhängig von deren ökonomischen Effizienz erlaubt. Die Einführung der Prüfung des quantitativen Elements der Erheblichkeit bei harten Wettbewerbsabreden würde sich auf die Verfahrensdauer auswirken, da hiermit sowohl für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte als auch für die betroffenen Unternehmen ein beträchtlicher Mehraufwand sowie höhere Verfahrens- und Verteidigungskosten einhergehen dürften. Dies würde dem Anliegen der Motion 16.4094 Fournier zuwiderlaufen, die gerade auf eine Verkürzung der verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren abzielt. Darüber hinaus ginge mit der Einzelanalyse harter horizontaler und harter vertikaler Abreden für die Unternehmen ein hohes Mass an Rechtsunsicherheit einher, was wiederum zu höheren Kosten für Rechtsberatung und die Vermeidung von kartellrechtlicher Verstösse durch Compliance-Programme führen könnte.

Für Unternehmen (ins. KMU), Konsumentinnen und Konsumenten sowie für die öffentliche Hand (z. B. öffentliche Auftraggeber) könnte mit der Legalisierung gewisser harter und vertikaler Wettbewerbsabreden (z. B. vertraglicher Importbeschränkungen in die Schweiz) und der damit einhergehenden Abnahme des Wettbewerbsdrucks eine Erhöhung des Preisniveaus für die betroffenen Waren und Dienstleistungen einhergehen. Sie müssten mit anderen Worten

den an der Abrede beteiligten Unternehmen die sog. «Kartellrente» finanzieren. Zudem wäre es für die Geschädigten deutlich schwieriger, allfällige Ansprüche gegen mutmassliche Kartell-delinquenten zivilrechtlich durchzusetzen, da sie in einem Zivilprozess neben dem Vorliegen einer harten Wettbewerbsabrede als qualitatives Element der Erheblichkeit auch deren quantitativen Charakter nachweisen müssen, was ohne umfassende Marktanalysen in der Regel nicht möglich ist. Somit würden die Bemühungen des Bundesrates betreffend die Verbesserungen des Kartellzivilrecht unterlaufen.

5.3.2 Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen

Die vorgeschlagenen materiell-rechtlichen Anpassungen (mit Ausnahme der Umsetzung der Motion 18.4282 Français) führen zu einer höheren präventiven Wirkung des KG und verbessern die Rechtssicherheit und Effizienz in der Durchsetzung des KG (Verbesserung des Vollzugs). Die Motion Français dürfte in den nächsten Jahren (bis neue Entscheide des Bundesgerichts vorliegen) zu Rechtsunsicherheit, einer Verlängerung der Verfahren, zu abnehmendem Wettbewerbsdruck und somit zu höheren Preisen führen. Abgesehen von der durch die Motion 18.4282 Français geforderten Revision von Artikel 5 KG tragen die in dieser Revisionsvorlage vorgeschlagenen Anpassungen gemeinsam dazu bei, dass der Wettbewerb im Sinne einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung gefördert wird. Die Stärkung des Wettbewerbs könnte positive Effekte auf die Produktivität haben, sowie Anreize zur Innovation anheben. Die Standortattraktivität der Schweiz könnte ebenfalls mit diesen Veränderungen gestärkt werden. Daraus ergeben sich tendenziell positive Effekte auf das BIP-Wachstum der Schweiz. Von Bedeutung ist ebenfalls der Einfluss eines verstärkten Wettbewerbs auf das schweizerische Preisniveau. Ein verstärkter Wettbewerb dürfte in der längeren Frist zu tieferen Preisen in konzentrierten Märkten in der Schweiz führen. Schliesslich nähert sich das Schweizer Kartellrecht mit den vorgeschlagenen Massnahmen auch den internationalen Standards (EU, USA etc.) an, womit ebenfalls der international ausgerichtete Standort Schweiz weiter gestärkt wird.

5.4 Auswirkungen auf die Gesellschaft

Auswirkungen auf die Gesellschaft sind mit der vorliegenden Revisionsvorlage nicht zu erwarten.

5.5 Auswirkungen auf die Umwelt

Es ist nicht von Auswirkungen auf die Umwelt auszugehen, da die vorgeschlagenen Anpassungen am KG die unternehmerischen Praktiken im Umweltbereich wahrscheinlich nicht entscheidend beeinflussen werden.

6 Rechtliche Aspekte

6.1 Verfassungsmässigkeit

Die vorgeschlagenen Bestimmungen stützen sich auf Artikel 96 Absatz 1 der Bundesverfassung. Danach erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen.

6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Die Teilrevision des KG steht weder mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz noch mit ihren Verpflichtungen gegenüber der EU in Widerspruch.