

# Kartellgesetzrevision: Bundesrat nimmt Anliegen der Wirtschaft auf dossierpolitik

25. Oktober 2010 Nummer 19

**Revision des Kartellgesetzes.** Die Verfahren im Kartellrecht sollen schneller und die Behörden unabhängiger werden. Diese Ziele verfolgt der Bundesrat mit der Revision des Kartellgesetzes. Der zur Vernehmlassung stehende Gesetzesentwurf sieht deshalb unter anderem eine umfassende Neugestaltung der Institutionen vor. Die Untersuchungsbehörde und die Entscheidungsinstanz werden strikt voneinander getrennt. Dazu wird ein neues Bundeswettbewerbsgericht als Entscheidungsbehörde geschaffen. Aus dem heutigen Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) entsteht eine neue Wettbewerbsbehörde als Anklagebehörde. Die institutionelle Neustrukturierung soll die Rechtsstaatlichkeit verbessern und die Qualität und Geschwindigkeit der kartellrechtlichen Entscheide erhöhen. Ferner werden Änderungen bei den Vertikalvereinbarungen, bei der Zusammenschlusskontrolle, dem Widerspruchsverfahren und der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden vorgeschlagen. Die Vernehmlassungsfrist läuft noch bis zum 19. November 2010.

## Position economie-suisse

- ▶ Rechtssicherheit und rechtsstaatlich korrekte Verfahren sind Schlüsselfaktoren für einen funktionierenden Wettbewerb. economie-suisse hat in der eigenen Evaluationsstudie auf die Bedeutung dieser Faktoren hingewiesen und Empfehlungen unterbreitet. Der Bundesrat hat diese Anliegen in seiner Revisionsvorlage aufgenommen.
- ▶ Die konsequente Trennung von Untersuchungsbehörde und Entscheidungsinstanz ist wichtig. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Neustrukturierung der Behörden im Kartellrecht geht in die richtige Richtung. economie-suisse wird in der Vernehmlassung noch konkrete Anträge einbringen.
- ▶ Zur Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit der Verfahren ist eine Gesetzesänderung notwendig. Doch bereits das geltende Recht bietet einen gewissen Spielraum, um die Rechtssicherheit zu stärken und die Verfahren zu beschleunigen. Diese Möglichkeiten sind umgehend auszuschöpfen.



## Entwicklungen im Wettbewerbsrecht

- ▶ Neukonzipierung des Kartellgesetzes im Rahmen der Totalrevision von 1995.

### Von der «Saldomethode» zum modernen Kartellgesetz

Das schweizerische Kartellgesetz (KG) ist in den letzten 50 Jahren stark weiterentwickelt worden. Beim ersten Erlass im Jahr 1962 war der Gesetzgeber noch relativ weit entfernt von einer modernen Wettbewerbsauffassung. Im Vordergrund stand nicht der wirksame Schutz des Wettbewerbs. Die damalige Kartellkommission beschäftigte sich vielmehr mit der Untersuchung von Vor- und Nachteilen von Kartellen («Saldomethode»). Mit der Totalrevision im Jahr 1995 folgte die grundlegende Neuorientierung hin zu einer modernen Wettbewerbspolitik: Als Ziel wurde der Schutz des wirksamen Wettbewerbs formuliert. Dazu wurde in institutioneller Hinsicht die Verfügungskompetenz vom EVD auf die Wettbewerbskommission übertragen. In materieller Hinsicht wurde das schweizerische Wettbewerbsrecht neu aufgebaut:

- ▶ Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.
- ▶ Missbräuchliche und nicht gerechtfertigte Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind unzulässig.
- ▶ Unternehmenszusammenschlüsse, die marktbeherrschende Stellungen begründen oder verstärken und durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, können untersagt oder nur unter Auflagen und Bedingungen zugelassen werden.

- ▶ Mit der Kartellgesetzrevision von 2003 wurden direkte Sanktionen eingeführt.

Im Jahr 2003 wurde das Kartellgesetz teilrevidiert. Am 1. April 2004 trat das neue Gesetz in Kraft. Mit dieser Teilrevision wurden insbesondere die Instrumente der Wettbewerbskommission und deren Sekretariat verstärkt: Durch die Einführung der direkten Sanktionen können gravierende Wettbewerbsbeschränkungen bereits bei deren Feststellung und nicht erst im Wiederholungsfall geahndet werden. Zudem wurde eine Bonusregelung eingeführt, die es der WEKO erlaubt, gegenüber Unternehmen, die an der Aufdeckung und Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirken, ganz oder teilweise auf eine Sanktionierung zu verzichten. Weiter wurde den Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit eingeräumt, Hausdurchsuchungen durchzuführen. Mit dem Widerspruchsverfahren wurde darüber hinaus ein Instrument eingeführt, das den Unternehmen erlaubt, geplante, allenfalls den Wettbewerb beschränkende Verhaltensweisen durch die Wettbewerbsbehörden vorab auf ihre Kartellrechtskonformität überprüfen zu lassen.

► Überprüfung der Wirksamkeit nach fünf Jahren: economiesuisse verfasst eigene Studie.

### Evaluation des KG 2003: Handlungsbedarf bei den Institutionen

Bei der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2003 wurde ein Evaluationsartikel eingefügt. Dieser verlangt vom Bundesrat, nach fünf Jahren Erfahrung mit dem Kartellgesetz die Wirksamkeit des Gesetzes zu evaluieren. Anfang 2009 publizierte die Evaluationsgruppe des Bundes ihren Synthesebericht mit konkreten Empfehlungen.<sup>1</sup> economiesuisse führte zur selben Zeit eine eigene Evaluation durch und veröffentlichte die Studie «Unternehmen im Wettbewerb».<sup>2</sup> Die Expertengruppe des Bundes kam wie economiesuisse zum Schluss, dass sich das 1995 eingeführte Konzept des Kartellgesetzes bewährt hat. Verbesserungspotenzial wird vor allem in folgenden Punkten gesehen:

- **Institutionen und Verfahren:** Die Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion ist voneinander besser zu trennen, um so die Rechtssicherheit und die Rechtsstaatlichkeit der Verfahren zu verbessern.
- **Materielle Änderungen:** Bei vertikalen Restriktionen soll auf die im Gesetz verankerte Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung verzichtet werden. An der direkten Sanktionierbarkeit von unzulässigen Mindest- und Festpreisen sowie Gebietsbeschränkungen soll festgehalten werden.
- **Fusionen:** Die Fusionskontrolle ist im Sinne der Rechtssicherheit beizubehalten, aber mit Fokus auf offenbare Marktmachtrisiken zu verwesentlichen. Die Expertengruppe des Bundes empfiehlt eine Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle mit der EU.

Im Weiteren regte die Expertengruppe des Bundes an, für den formellen Austausch vertraulicher Informationen zwischen den schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden mit den wichtigsten Handelspartnern Kooperationsabkommen abzuschliessen.

## Revision 2010: Neugestaltung der Institutionen

### Bundesrat schlägt materielle und institutionelle Verbesserungen vor

Gestützt auf die Evaluation des bestehenden Gesetzes hat der Bundesrat eine Gesetzesänderung ausgearbeitet. Er will damit dem festgestellten Handlungsbedarf nachkommen und materielle und institutionelle Verbesserungen umsetzen. Am 30. Juni 2010 wurde die Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes eröffnet. Sie läuft noch bis zum 19. November 2010.<sup>3</sup>

#### ► Trennung der Institutionen

Der Bundesrat sieht eine strikte Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsbehörde vor. Damit soll im Interesse des Wettbewerbs die Rechtsstaatlichkeit der kartellrechtlichen Entscheide erhöht werden. Das ist auch ein wichtiges Anliegen der Kartellrechtsevaluation von economiesuisse. Dieses Anliegen bleibt wichtig, auch wenn das Bundesverwaltungsgericht kürzlich in einem Entscheid festgestellt hat, dass auch das heutige Verfahren der Europäischen Menschenrechtskonvention genüge. Konkret soll gemäss der Vorlage des Bun-

► Reaktion auf Kartellrechtsevaluation.

► Komplette Umgestaltung der Behörden: Trennung von Untersuchung und Entscheid.

<sup>1</sup> Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, Dezember 2008.

<sup>2</sup> economiesuisse, Unternehmen im Wettbewerb. Evaluation des Kartellgesetzes, Zürich, 2009.

<sup>3</sup> Vgl. Gesetzesentwurf unter [www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de](http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de)

desrats eine Wettbewerbsbehörde für die Untersuchung und ein Bundeswettbewerbsgericht für den Entscheid geschaffen werden. Die Mitglieder des Wettbewerbsgerichts werden durch das Parlament gewählt.<sup>4</sup> Der Bundesrat schlägt vor, dass in der neuen Entscheidungsbehörde keine Verbandsangestellten vertreten sein dürfen. Neben den drei hauptamtlichen Richtern soll jedoch ein Pool aus nebenamtlichen Fachrichtern mit unternehmerischer Erfahrung oder ökonomischen Kenntnissen den Bezug zur Praxis sichern. Dazu sollen die Verbände Vorschläge unterbreiten können.

► Eine Beschwerdeinstanz weniger.

► Korrekturen bei den Verfahren

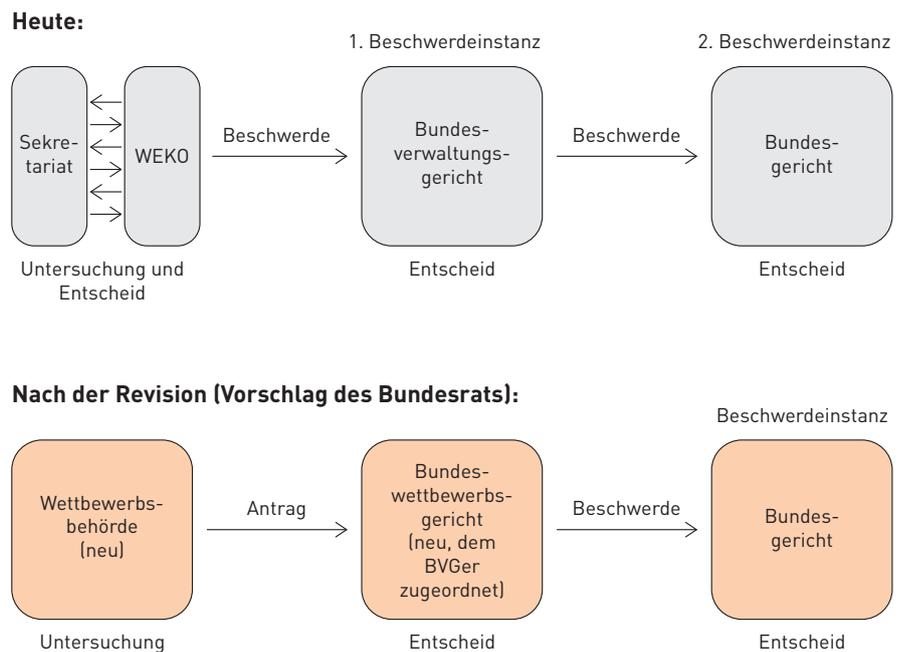
Um die Verfahren zu verbessern, schlägt der Bundesrat unter anderem eine Reduktion von vier auf drei Instanzen vor. Ausserdem will er die Frist im Widerspruchsverfahren von fünf auf zwei Monate verkürzen. Neu soll ferner eine Rechtsgrundlage für die Möglichkeit der internationalen Zusammenarbeit von Wettbewerbsbehörden geschaffen werden.

**Grafik 1**

► Die Kartellgesetzrevision bezweckt eine Verbesserung der Verfahren. Der Bundesrat schlägt dazu eine Reduktion von vier auf drei Instanzen vor.

**Neugestaltung der Institutionen**

Heutige Situation und Vorschlag des Bundesrats im Vergleich



Quelle: Eigene Darstellung.

<sup>4</sup> Die heutige WEKO wird durch den Bundesrat gewählt.

- ▶ Wirkungsabhängige Behandlung von vertikalen Vereinbarungen.

▶ Differenzierung bei Vertikalabreden

Auch bei der Behandlung sogenannter vertikaler Vereinbarungen sollen Verbesserungen erzielt werden. Der heutige Kartellgesetzartikel (Art. 5 Abs. 4) stelle ein Quasiverbot einzelner Abreden dar. Neu sollen mit Einzelfallanalysen zwar einerseits Marktabschottungen verhindert, andererseits aber volkswirtschaftlich sinnvolle Vertriebsvereinbarungen durch die Unternehmen umgesetzt werden können. Der Bundesrat legt dazu Varianten vor.
- ▶ Administrative Erleichterungen und verschärfte Beurteilungskriterien.

▶ Modernisierung bei Fusionen

Die Zusammenschlusskontrolle soll gestärkt und vereinfacht werden: Um heikle Marktkonzentrationen zu verhindern, will der Bundesrat in einer Variante die Beurteilungskriterien der EU anpassen. Ausserdem will er mit administrativen Erleichterungen Doppelspurigkeiten bei der Beurteilung internationaler Zusammenschlüsse reduzieren.
- ▶ Der Bundesrat arbeitet weitere Vorlage zu Strafen gegen natürliche Personen aus.

**Separate Vorlage zu Compliance und Strafen gegen natürliche Personen**

In der Herbstsession 2010 hat der Ständerat als Zweitrat einer Motion von Ständerat Rolf Schweizer (ZG) zugestimmt, die im Sinne einer wirkungsvollen Umsetzung des Kartellrechts Anreize für Unternehmen zur Implementierung von Compliance-Programmen schaffen will. Compliance-Programme sollen einerseits als sanktionsminderndes Element berücksichtigt werden. Andererseits können (Kader-)Mitarbeitende, die wissentlich und willentlich die internen Compliance-Programme missachten und dadurch Wettbewerbsverletzungen bei harten Kartellen verursachen, persönlich strafrechtlich verfolgt werden. *economiesuisse* unterstützt die Forderungen nach einer Berücksichtigung von Compliance-Programmen. Dies trägt dem Verschuldensprinzip besser Rechnung. Compliance-Programme dienen der Vermeidung von Verstössen und so der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Dies kann und soll rasch umgesetzt werden. Die Einführung von persönlichen Strafsanktionen hingegen wirft verschiedene zentrale Fragen auf, etwa in Bezug auf die Auswirkungen auf die Situation in den Unternehmen, auf die Verfahren, die Instanzen oder die zu verbessernde Bestimmtheit von Wettbewerbsvorschriften. Diese Aspekte und die grundsätzlichen Konsequenzen müssen bei der vom Bundesrat auszuarbeitenden Vorlage im Detail sorgfältig geprüft werden. Die Haltung von *economiesuisse* zu den Strafen gegen natürliche Personen kann erst aufgrund der konkreten Vorschläge bestimmt werden.

## Revisionsvorschlag im Urteil der Wirtschaft

▶ Wirtschaft begrüsst die Teilrevision des Kartellrechts.

Die Kommission von *economiesuisse* für Wettbewerbsfragen hat aufgrund erster Rückmeldungen eine vorläufige Einschätzung vorgenommen, die nach den definitiven Äusserungen der Mitglieder noch zu verfeinern sein wird. Aus Sicht der Wirtschaft sind im Kartellrecht institutionelle Verbesserungen dringend angezeigt. Dazu zählen die beabsichtigte Trennung zwischen Anklage- und Entscheidungsbehörde, die Beschleunigung der Verfahren und der Einbezug von Praktikern im vorgesehenen Wettbewerbsgericht (Fachrichterpool). Die ersten Reaktionen in der internen Konsultation von *economiesuisse* sind denn auch weitgehend positiv.

▶ Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit ist angezeigt.

▶ Institutionelle Trennung ist richtig und wichtig

*economiesuisse* hat bereits in der eigenen Evaluationsstudie darauf hingewiesen, dass rechtsstaatlich korrekte Verfahren einen zentralen Faktor für ein gut funktionierendes Wettbewerbsrecht darstellen. Die Rechtsstaatlichkeit der Verfahren wird markant verbessert, wenn die Wettbewerbsbehörde als untersuchende Behörde und das den Entscheid fällende unabhängige Gericht klar und strikte voneinander getrennt werden. Der Bundesrat hat dieses Anliegen in seiner Revisionsvorlage aufgenommen. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Neustrukturierung der Behörden im Kartellrecht geht in die richtige Richtung. Entscheidend ist auch, dass das Wettbewerbsgericht unabhängig ist. Der Vorschlag des Bundesrats, dass die Mitglieder des Wettbewerbsgerichts durch das Parlament gewählt werden sollen, ist deshalb zu begrüßen. Am künftigen Wettbewerbsgericht müssen aus Sicht der Wirtschaft zwingend Praktiker als Fachrichter vertreten sein. So können zur Beurteilung von konkreten Fällen unternehmerische Erfahrung und volkswirtschaftliche Kenntnisse beigezogen werden.

▶ Schweiz ist im Vergleich zur EU einen Schritt weiter.

Die Schweiz ist dank der konkreten Vorschläge des Bundesrats den Entwicklungen in der Europäischen Union einen Schritt voraus. In der EU steht eine vertiefte Diskussion über die Verbesserung bei den institutionellen Strukturen noch bevor. Heute werden in der EU die Wettbewerbsentscheide von der Kommission selbst gefällt. Deren politische Unabhängigkeit ist nicht gewährleistet.

▶ Zeitgewinn dank weniger Instanzen.

▶ Verfahren: Schon heute sind Verbesserungen möglich

Kürzere Kartellrechtsverfahren sind dringend nötig. Der Vorschlag des Bundesrats trägt diesem Ansinnen Rechnung. Analog dem System der Handelsgerichte soll nur noch das Bundesgericht als einzige Rechtsmittelinstanz angerufen werden können. Durch den Wegfall einer Instanz (Bundesverwaltungsgericht) gewinnen die Prozessierenden Zeit. Zu beachten gilt jedoch, dass bereits unter geltendem Recht gewisse Verbesserungen möglich sind. Wenn in den Verfahren die Fristen nur ausnahmsweise und nur sehr einschränkend erstreckt würden, würden die Verfahren ebenfalls kürzer.

▶ Widerspruchsverfahren soll kürzer werden.

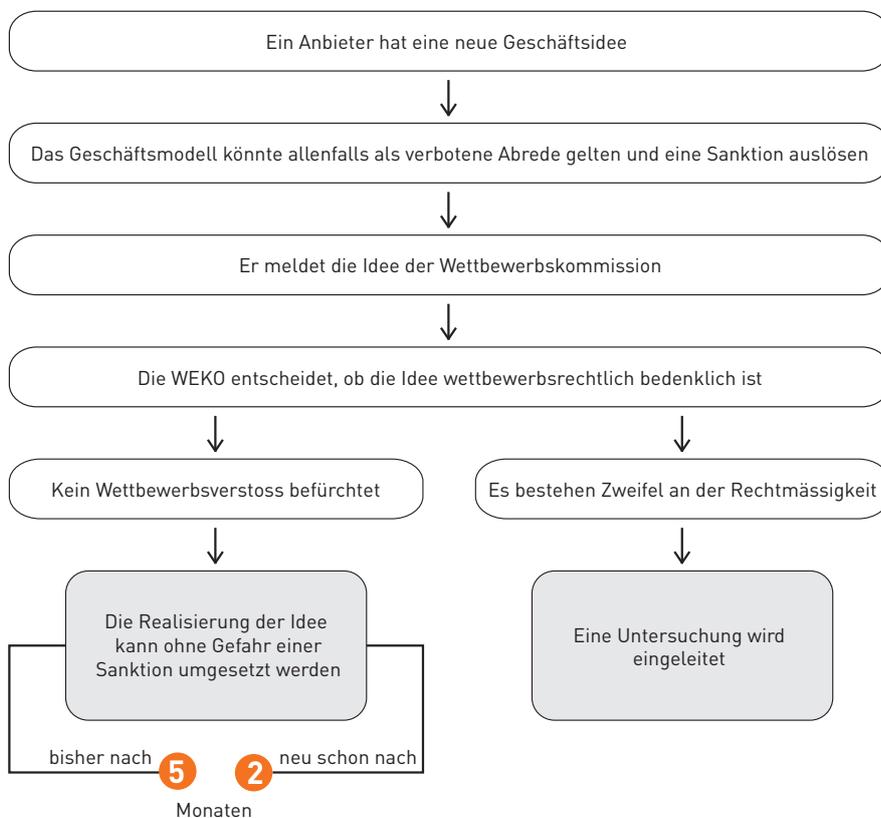
Mit fünf Monaten dauert das Widerspruchsverfahren heute entschieden zu lange. Dieses Verfahren ermöglicht es den Unternehmen, sich rechtzeitig Planungssicherheit über potenziell kartellrechtlich heikle Verhaltensweisen zu verschaffen. Diese Klarstellung bildet das notwendige Gegengewicht zu den direkten Sanktionen. Die beabsichtigte Fristverkürzung auf zwei Monate geht in die richtige Richtung. Um auch das Investitionsrisiko der Unternehmen zu eliminieren, müsste die Vorlage jedoch weiter gehen.

**Grafik 2**

▶ Mit der Revision soll die Frist im Widerspruchverfahren von fünf auf zwei Monate verkürzt werden.

**Verbesserung des Widerspruchsverfahrens**

Schematische Darstellung



Quelle: Eigene Darstellung.

▶ Konkrete Vorbedingungen für die Zusammenarbeit mit dem Ausland.

Als Vorbedingung für die Verankerung einer Rechtsgrundlage für die Kooperation mit dem Ausland fordert *economiesuisse* die Gewährleistung des Rechtsschutzes und der Verteidigungsrechte in den Verfahren. Ausserdem müssen die üblichen Kriterien für Amts- und Rechtshilfeverfahren (doppelte Strafbarkeit, Spezialitätenprinzip) eingehalten werden. Zur Gewährleistung der Schutzrechte und der Gegenseitigkeit muss die Zusammenarbeit vertraglich abgesichert und soll nicht einseitig im Schweizer Gesetz postuliert werden.

▶ Bei Vertikalabreden ist nur die Einzelfallbetrachtung ökonomisch korrekt.

▶ Verbesserungen bei den vertikalen Vereinbarungen

Aus ökonomischer Sicht ist die heutige gesetzliche Regelung bei Vertikalabreden stark verbesserungswürdig. Sie überschätzt die Schädlichkeit solcher Vereinbarungen und blendet deren mögliche pro-kompetitive Wirkung aus. *economiesuisse* plädiert deshalb mit einer Mehrheit seiner Mitglieder für eine konsequente Einzelfallprüfung. Nur sie ist ökonomisch korrekt. Gesetzestechnisch gesprochen: Art. 5 Abs. 4 des Kartellgesetzes ist zu streichen. Bereits die übrigen Gesetzesbestimmungen ermöglichen ein Vorgehen gegen effektive und konkrete Missbräuche. In diesem Umfang ist auch die Sanktionierbarkeit beizubehalten. Dies schlägt so auch der Bundesrat in der Variante 1 vor.

► Fusionskontrolle ist zurückhaltend auszuüben.

### ► Beabsichtigte Stärkung der Zusammenschlusskontrolle

Die Mehrzahl der heute geprüften Fälle betrifft internationale Fusionen, die den Schweizer Markt nur am Rande betreffen, aber aufgrund der Schwellenwerte doch gemeldet werden müssen. Auf diese belastenden Doppelprüfungen soll zu Recht verzichtet werden. Heute können Fusionen in der Schweiz untersagt werden, wenn sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Moderne ökonomische Analysen stellen stärker auf die Beeinträchtigung des Wettbewerbs ab (SIEC-Test), verbunden mit ausgebauten Einreden der Unternehmen (z.B. Effizienzeinrede). Sie sind aufwendiger als die heutige Schweizer Regelung, würden aber eine Angleichung an die EU bringen.

► Revision als Chance für bessere Rechtsstaatlichkeit.

## Schlussfolgerung

Rechtssicherheit und rechtsstaatlich korrekte Verfahren sind Schlüsselfaktoren für einen funktionierenden Wettbewerb. *economiesuisse* hat in der eigenen Evaluationsstudie auf die Bedeutung dieser Faktoren hingewiesen und konkrete Empfehlungen unterbreitet. Die konsequente Trennung von Untersuchungsbehörde und Entscheidungsinstanz ist wichtig. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Neustrukturierung der Behörden im Kartellrecht geht in die richtige Richtung.

► Verbesserungen im Rahmen des geltenden Gesetzes anstreben.

Die Gesetzesrevision der vorgeschlagenen Art benötigt Zeit. Deshalb ist es wichtig, dass Verbesserungen, die schon unter geltendem Recht möglich sind, rasch umgesetzt werden. Untersuchungs- und Entscheidungsinstanz können bereits heute weitgehend getrennt handeln. Dies ist deutlicher nach aussen zu kommunizieren und im Ablauf konsequent umzusetzen. Dazu gehört etwa, dass der Entscheid der WEKO nicht wieder durch das Sekretariat, das schon die Untersuchung führte, redigiert wird. Für eine Verkürzung des Instanzenzugs braucht es eine Gesetzesänderung. Dem Ruf nach gestrafften Verfahren kann jedoch auch durch Setzung von Prioritäten durch die Wettbewerbskommission und die Beschwerdeinstanzen gefolgt werden. Wenn Fristen nur ausnahmsweise und nur sehr einschränkend erstreckt würden, würden die Verfahren ebenfalls kürzer.

### Rückfragen:

thomas.pletscher@economiesuisse.ch

silvan.lipp@economiesuisse.ch

### Impressum

economiesuisse, Verband der Schweizer Unternehmen  
Hegibachstrasse 47, Postfach, CH-8032 Zürich  
www.economiesuisse.ch