



Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

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

Vernehmlassung Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) – Stellungnahme SwissHoldings

Sehr geehrte Damen und Herren

SwissHoldings, der Verband der Industrie- und Dienstleistungsunternehmen in der Schweiz, umfasst 61 Mitgliedunternehmen, die mehrheitlich an der SIX Swiss Exchange kotiert sind. Die börsenkotierten Mitglieder unseres Verbands machen zusammen rund 70 Prozent der gesamten Börsenkapitalisierung aus.

Wir danken Ihnen für die Einladung, im Rahmen der obengenannten Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Gerne äussern wir uns dazu wie folgt:

Zusammenfassung:

- Die Vorlage muss – bevor die Botschaft verabschiedet wird, **wesentlich überarbeitet werden, weil zwei wichtige Elemente, die Aufnahme einer Institutionenreform und die Berücksichtigung von Compliance Bemühungen bei der Sanktionsbemessung, fehlen**. Es ist denkbar, dass hierzu eine Arbeitsgruppe mit verschiedenen Interessensvertretern unter der Leitung des Bundes gegründet wird. In diesem Falle erachten wir es als zentral, dass insbesondere auch die Interessen der grossen Firmen über SwissHoldings in einer solchen Gruppe vertreten sind.
- Bei der Aufnahme der **Institutionenreform** sollen die Ziele der 2012 angedachten Institutionenreform verfolgt werden. Dies betrifft insbesondere eine notwendige Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit durch Trennung von Untersuchung und Entscheid.
- Die **Berücksichtigung von Compliance Bemühungen bei der Sanktionsbemessung** könnte z.B. über eine Ergänzung in Art. 49a Abs. 5 VE-KG in das Kartellgesetz aufgenommen werden und analog der Regelung in Deutschland ausgestaltet werden.
- Die **Einführung der Elemente, die im Vorentwurf vorgeschlagen werden – mit Ausnahme der wichtigen Umsetzung der Motion Français – haben aus unserer Sicht eine im Vergleich zur Aufnahme der Institutionenreform und der Berücksichtigung von Compliance Bemühungen untergeordnete Rolle**. Unsere Kommentare zu den Elementen, die im Vorentwurf aufgeführt werden, finden sich im Einzelnen in der nachfolgenden Stellungnahme unter «4. SwissHoldings Kommentare zu den Elementen des Vorentwurfs».



1. Wichtige Überarbeitung der Vorlage

Der Vorentwurf beschränkt sich auf wenige Elemente, welche namentlich aus der Revision 2012 stammen. Dabei werden allerdings die wichtigsten Punkte aus der Revision 2012 nicht aufgenommen. Es handelt sich um die Institutionenreform und die Compliance Defense (s. dazu sogleich). Aus unserer Sicht müssen diese zwingend in die Revision Eingang finden. Diese Überarbeitung muss noch vor Publikation der Botschaft erfolgen, da es sich um sehr wesentliche Elemente handelt.

Aus unserer Sicht darf die allfällige Furcht, dass eine Vorlage im parlamentarischen Prozess noch scheitern könnte, nicht dazu führen, dass wichtige Revisionspunkte nicht angegangen werden. Die Umstände und Interessenslagen sind nicht mehr die gleichen wie vor 10 Jahren.

Ferner wäre es z.B. denkbar, dass der Bundesrat zur Überarbeitung vor Erlass der Botschaft eine Arbeitsgruppe mit den verschiedenen Interessensvertretern gründen würde, um eine breit akzeptierte Vorlage – welche aber die wichtigen Punkte der Revision aufnimmt – zu kreieren. In diesem Falle erachten wir es als zentral, dass insbesondere auch die Interessen der grossen Firmen über SwissHoldings in einer solchen Gruppe vertreten sind.

Anliegen SwissHoldings:

- Die Vorlage muss – bevor die Botschaft verabschiedet wird – wesentlich überarbeitet werden, weil zwei wichtige Elemente, die Aufnahme einer Institutionenreform und die Berücksichtigung von Compliance Bemühungen bei der Sanktionsbemessung, fehlen.
- Es ist denkbar, dass hierzu eine Arbeitsgruppe mit verschiedenen Interessensvertretern unter der Leitung des Bundes gegründet wird. In diesem Falle erachten wir es als zentral, dass insbesondere auch die Interessen der grossen Firmen über SwissHoldings in einer solchen Gruppe vertreten sind.

2. Wichtige Aufnahme der Institutionenreform

2.1. Problematik rechtsstaatliche Spannungsfelder

Die heutigen Administrativverfahren im Schweizer Kartellrecht leiden aus unserer Sicht an gravierenden rechtsstaatlichen Mängeln, die es zu eliminieren gilt, namentlich sind die Folgenden zu nennen:

Fehlende Gewaltenteilung allgemein: Der zentrale rechtsstaatliche Mangel besteht in der fehlenden Gewaltenteilung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsinstanz.

Insbesondere problematische fehlende Trennung zwischen Sekretariat und WEKO: Eigentlich sollte die Weko als Entscheidungsbehörde auftreten und das Sekretariat als Untersuchungsbehörde. Die institutionelle faktische Trennung beider Organe ist jedoch unzureichend. Sie agieren nicht unabhängig voneinander, ein faires gerichtliches Verfahren kommt damit nicht zustande. Das zeigt sich zum Beispiel darin, dass das Sekretariat, also der Ankläger, in jedem Verfahrensschritt anwesend ist, selbst bei der Urteilsfindung. Die betroffenen Firmen können jedoch anders als das untersuchende und anklagende Sekretariat der Weko an den entscheidenden Sitzungen der Kommission nicht mitwirken. Weiter ist das Sekretariat für die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Gesetz auf die Zustimmung eines Mitgliedes im Präsidium der WEKO angewiesen; die Eröffnung muss gemäss Art. 27 KG im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums erfolgen. Auch kann die WEKO gemäss Art. 30 Abs. 2 z.B. eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen.

Ferner: Problematische nicht genügende Trennung zwischen der WEKO und der Bundesverwaltung/dem Bundesrat: Ein weiteres Problem besteht ferner darin, dass die WEKO und die Bundesverwaltung/Bundesrat nicht genügend getrennt sind.

Strukturell bedingte mangelhafte kritische Hinterfragung der Untersuchungsbehörde durch die Entscheidbehörde trotz hoher Bussenandrohungen: Angesichts der hohen Bussenandrohungen ist eine unabhängige Hinterfragung der Sanktionierung notwendig, doch ohne entsprechende Gewaltenteilung nur sehr schwer möglich. Eine institutionelle Trennung der Untersuchung von der Entscheidungsfindung würde offensichtlich dazu führen, dass eine Sanktionierung der untersuchten Verhaltensweisen kritischeren Massstäben genügen muss als denjenigen der zwangsläufig befangenen Untersuchungsinstanz.

Faktischer Zwang von Unternehmen auf ein gerichtliches Verfahren zu verzichten: Die Unternehmen, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, sind oft gezwungen in eine Zwischenverfügung der Weko einzuwilligen und verpflichten sich damit, ihre Verhalten zu ändern, selbst wenn ihr Verhalten legal gewesen ist. Ein gerichtliches Verfahren wird so im Keim erstickt. Dieser Zwang der Unternehmen ergibt sich nicht nur aufgrund von Kostenfragen allgemein, sondern auch durch den folgenden Umstand: Die Weko publiziert, sobald sie eine Untersuchung eröffnet, die Namen der angeklagten Unternehmen. Die Unternehmen wissen vor dem Hintergrund des oben beschriebenen Problems der fehlenden Gewaltenteilung ohne «Waffengleichheit» zwischen Unternehmen und Untersuchungsbehörde vor einer unabhängigen Entscheidungsinstanz, dass sie sich auf ein schwieriges Verfahren einstellen müssen. Es ist entsprechend im Interesse der jeweiligen Unternehmen, dass das Verfahren möglichst schnell wieder abgeschlossen ist, selbst wenn sie eventuell überzeugt sind, dass sie im Ergebnis Recht bekommen würden. Hinzu kommt, dass Verfahren eine lange Zeit dauern, bis sie abgeschlossen sind, was den Druck auf die Unternehmen noch verstärkt. Eine teilweise Abhilfe können betreffend diesen letzteren Umstand zwar Massnahmen zur Verfahrensbeschleunigung, wie zum Beispiel die Festlegung verbindlicher Fristen (immer unter Beachtung der Rechtsstaatlichkeit) schaffen. Sie allein lösen dieses spezifische Problem jedoch nicht an der Wurzel.

Spannungsfeld mit Art. 6 EMRK und Art. 30 BV beim Sanktionsverfahren: Art. 6 EMRK sowie Art. 30 BV sind auf das Sanktionsverfahren gemäss Art. 49a KG anwendbar und entsprechend müssen die in diesen Garantien enthaltenen Anforderungen erfüllt sein, insbesondere die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht. Die WEKO wird gemäss der Rechtsprechung jedoch nicht als richterliche Behörde anerkannt (BGE 138 I 154, E 2.7., S. 158). Eine Heilung dieses Mangels kann gemäss Bundesgericht und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erst im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden, welchem die volle Kognition zukommt. Gerade dieser Weg ist jedoch wie oben beschrieben mit vielen Hürden verbunden, weshalb dieser Mangel faktisch nicht immer geheilt werden kann.

2.2. Bereits 2012 identifizierte Probleme

Im Jahre 2012 wurde in der Botschaft festgehalten, die Weko als Entscheidkörper sei nach wie vor eine grosse Milizkommission, die von der Untersuchungsbehörde, ihrem Sekretariat nicht eindeutig getrennt sei und dass ein Festhalten am Mischmodell bestehend aus der WEKO und ihrem Sekretariat nicht mehr zeitgemäss erscheine. Die immer komplexer werdenden Fälle seien für ein reines Milizsystem eine zunehmende Belastung.

Entsprechend verfolgte die Vorlage damals die nachfolgenden Ziele:

Auf Ebene der Untersuchung solle eine unabhängige Wettbewerbsbehörde tätig sein. Die Entscheide sollen hingegen von einem von der Wettbewerbsbehörde und der Politik unabhängigen Gericht getroffen werden. Entsprechend müsse der neue Spruchkörper juristisch ausgebildete Richterinnen und Richter, aber auch solche, die über die erforderliche

praktische Erfahrung aus der Wirtschaft und die notwendigen Kenntnisse im Bereich der wirtschaftlichen und industrieökonomischen Analyse verfügen. Schliesslich seien die institutionellen Strukturen so auszugestalten, dass die Verfahren bis zum letztinstanzlichen Entscheid so rasch wie möglich abgewickelt werden können (vgl. Botschaft 2012, S. 3921 f.). Diese Probleme, obwohl sie bereits 2012 bekannt waren und obwohl es damals Lösungsansätze gab, wurden inzwischen nicht gelöst. Wird das Kartellrecht revidiert, muss eine Auseinandersetzung mit diesem Thema erfolgen; es kann nicht einfach ausgeblendet werden. Auch würde ein Auskoppeln aus der angedachten Revision mit einer separaten Aufnahme (sei es zu einem späteren Zeitpunkt oder früher) dem Umstand der Wichtigkeit dieses Anliegens nicht genügend Rechnung tragen. Es soll nicht aus einer allfälligen Angst, der Vorschlag zur Lösung des Problems könnte im Parlament scheitern, auf einen Vorschlag diesbezüglich verzichtet werden.

2.3. Ziele einer aufzunehmenden Institutionenreform

Vor dem Hintergrund der genannten rechtsstaatlichen Spannungsfelder sowie den Problemfeldern, welche bereits 2012 identifiziert worden sind und die gelöst werden müssen, muss entsprechend aus unserer Sicht eine Institutionenreform mit den nachfolgenden Zielen (den Zielen der Revision 2012) angestrebt werden:

Konsequente Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene als Ausgangspunkt der Revisionsbestrebungen: Vor dem Hintergrund der erwähnten Spannungsfelder liegt es auf der Hand, dass im Zentrum der Reformbestrebungen die Eliminierung der bestehenden institutionellen Abhängigkeiten stehen muss, zwischen WEKO und ihrem Sekretariat sowie ferner der WEKO und der Bundesverwaltung.

Ferner ergänzt durch

- ein ausgewogenes Verhältnis zwischen ökonomischem und juristischem Fachwissen: Obige Massnahme wird unseres Erachtens ferner sinnvoll ergänzt, indem im Rahmen der Untersuchung und Entscheidfindung auf eine entsprechende personelle Zusammensetzung geachtet wird.
- eine Kürzung der Verfahrensdauer: Weiter ist es an sich anzustreben, dass die Verfahren beschleunigt werden, sowohl vor der Weko, als auch vor den Gerichten.

Anliegen SwissHoldings:

- Zur Eliminierung der verschiedenen rechtsstaatlichen Spannungsfelder im aktuell geltenden Kartellrecht ist es notwendig, dass in der Revision eine Institutionenreform aufgenommen wird, welche den Zielen der 2012 angedachten Institutionenreform folgt.

3. Wichtige Aufnahme der Berücksichtigung von Compliance Bemühungen bei den Sanktionen

Als weiteres in dieser Vorlage fehlendes Instrument ist die Compliance Defense, also die Berücksichtigung von robusten Compliance Bemühungen im Sinne des Strafausschlusses oder der Strafmilderung, unbedingt vorzusehen. Dies führt zu den richtigen Anreizen im Sinne der Prävention und entspricht auch dem Verschuldensprinzip:

Werden die Unternehmen bei der Sanktionierung gleich behandelt unabhängig davon, ob sie sich darum bemühen, dass ihre Mitarbeiter keine Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht vornehmen oder ob sie dies nicht tun, setzt dies falsche Anreize:

Werden präventive organisatorische Massnahmen nicht angemessen im Rahmen des Schuldprinzips berücksichtigt und sanktionsmässig honoriert, entfällt für das Unternehmen eine wichtige Motivation, die Compliance-Anstrengungen fortzuführen oder gar zu erhöhen.

Folge davon wäre eine gleichbleibende oder gar höhere Anzahl von Kartellrechtsverstößen. Es ist im gesamtwirtschaftlichen Interesse, dass die Compliance in den Unternehmen und damit ihre Rolle bei der Rechtsdurchsetzung durch klare Signale des Gesetzgebers zusätzlich gestärkt werden.

Dieses Bedürfnis wurde auch bereits in der Botschaft von 2012 anerkannt und es entspricht einem internationalen Trend. Jüngst zu nennen ist, dass Deutschland mit der am 19. Januar 2021 in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle Massnahmen in kartellrechtlichen Bussgeldverfahren als berücksichtigungsfähig erachtet. Auch in vielen anderen Ländern, etwa in den USA, ist in den letzten Jahren ein Umdenken hin zu einem modernen Kartellsanktionsrecht erfolgt, das regulatorische Anreize für Gesetzestreue nicht durch «blinde» Strafen, sondern massgeblich auch dadurch setzt, dass ernsthafte Massnahmen zur Einhaltung des Wettbewerbsrechts bei der Sanktionierung berücksichtigt werden.

Vor dem Hintergrund, dass gerade auch das nahe Ausland solche Bemühungen anerkennt, sollte die Gelegenheit im Rahmen dieser Revision nicht verpasst werden, diese Anpassung vorzunehmen.

Hier sollte aus unserer Sicht eine Ergänzung von Art. 49a Abs. 1 KG vorgesehen werden. Man könnte sich dabei am Gesetzestext des benachbarten Auslandes inspirieren. Wir schlagen vor, Absatz 1 um einen Satz ergänzen wie: «Angemessene Vorkehrungen vor oder nach dem Verstoss gegen das Kartellgesetz zur Vermeidung und Aufdeckung von Verstößen sind sanktionsausschliessend oder sanktionsmindernd zu berücksichtigen.»

Anliegen SwissHoldings:

- Es müssen Compliance Bemühungen der Unternehmen bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden. Ein solches «smart sanctioning» muss explizit im Gesetz verankert werden. Hierzu böte sich eine Ergänzung von Art. 49a Abs. 1 KG an im Sinne von: «Angemessene Vorkehrungen vor oder nach dem Verstoss gegen das Kartellgesetz zur Vermeidung und Aufdeckung von Verstößen sind sanktionsausschliessend oder sanktionsmindernd zu berücksichtigen.»

4. SwissHoldings Kommentare zu den Elementen des Vorentwurfs

4.1. Vorbemerkungen

Aus unserer Sicht hat die Einführung der Elemente, die im Vorentwurf vorgeschlagen werden – mit Ausnahme der wichtigen Umsetzung der Motion Français – eine im Vergleich zu den oben aufgeführten Punkten untergeordnete Rolle. Gerne nehmen wir nachfolgend zu den einzelnen Elementen Stellung:

4.2. Wichtige Umsetzung der Motion Français

Wichtiger Inhalt der Motion: Wir begrüssen, dass der Bundesrat die Motion Français 18.4282 umsetzen will. Es steht aus unserer Sicht ohne Zweifel fest, dass die Motion zu unterstützen ist, resp. dass Handlungs- bzw. Anpassungsbedarf am geltenden System diesbezüglich besteht:

Das Bundesgericht hat mit der GABA-Rechtsprechung eine Art «Kehrtwende» zur eigenen und auch der Rechtsprechung des BVGer und der Praxis der Weko vollzogen. In früheren Entscheiden wurden neben qualitativen regelmässig auch quantitativen Kriterien geprüft, mithin, ob eine Wettbewerbsabrede tatsächlich (negative) Auswirkungen auf den Wettbewerb zeitigte, was sachgerecht erscheint. Die (überraschende) Abkehr von dieser Rechtsprechung durch das BGer stellt in der Praxis eine erhebliche Verschärfung der Prüfungskriterien dar, da unter der neuen GABA-Rechtsprechung potenziell auch ein reines «Papier- oder Schubladenkartell» kartellrechtlich kritisch zu beurteilen ist, selbst wenn die Abrede nicht umgesetzt wurde und/oder keine negativen Auswirkungen auf den relevanten Märkten zur Folge hatte. Problematisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass ein solches Papier- oder Schubladenkartell möglicherweise unabhängig vom Vorhandensein tatsächlicher Auswirkungen auf den Wettbewerb sowie vom konkreten Ausmass jeglicher Effekte sanktioniert werden kann. Kurz, der Verzicht auf das Abstellen auf quantitative Kriterien ist der Rechtsstaatlichkeit, der Rechtssicherheit und der Verhältnismässigkeit abträglich, weshalb die ausdrückliche (Wieder-)Einführung dieses Kriteriums im Gesetz auf jeden Fall angezeigt ist.

Unbegründetheit der Bedenken, die im Erläuterungsbericht genannt werden: Die Bedenken, die im Erläuterungsbericht betreffend die Einführung genannt werden, sind aus unserer Sicht weiter unbegründet:

Die Wahrnehmung der in der Motion vorgeschlagenen Sorgfaltspflichten durch eine Bundesbehörde vor Auferlegung potenziell sehr erheblicher Sanktionen ist aus unserer Sicht nicht als unverhältnismässige Mehrbelastung zu erachten. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass es keine Hinweise gibt, dass die wirkungsbasierten Untersuchungsverfahren der WEKO bis 2016 länger gedauert hätten als seit dem Gaba-Urteil. Die weiteren möglichen Nachteile, die in der Botschaft geäussert werden, sind aus unserer Sicht ebenfalls nicht begründet.

Anliegen SwissHoldings:

- Die Umsetzung der Motion Français ist aus der Sicht von SwissHoldings unbedingt notwendig. Die im erläuternden Bericht angebrachten Kritikpunkte an der Motion erweisen sich aus unserer Sicht als unbegründet.

4.3. Zusammenschlusskontrolle – Einführung des SIEC-Tests

SwissHoldings steht dem geplanten Wechsel vom qualifizierten Marktbeherrschungstest zum Significant Impediment to Effective Competition-Test (SIEC-Test) grundsätzlich neutral gegenüber. Erforderlich scheint eine Einführung dieses Tests indessen nicht.

4.4. Kartellzivilrecht

Aus Sicht von SwissHoldings sind an den Elementen, die im Vorentwurf zum Kartellzivilrecht aufgeführt werden, die nachfolgenden Anpassungen vorzunehmen:

Keine Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen: Im Vorentwurf wird vorgesehen, dass die Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen, gerade auch auf die Konsumentinnen und Konsumenten sowie die öffentliche Hand, ausgedehnt werden soll. Unseres Erachtens ist dieser Vorschlag abzulehnen, und zwar aus den folgenden Gründen:

Es muss berücksichtigt werden, dass der Weg zur Geltendmachung einer Zivilentscheidung bei einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung bereits existiert. Es steht zur Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund eines erlittenen Schadens der Weg über Art. 41 OR offen.

Weiter muss beachtet werden, dass der Vorschlag der Ausweitung der Aktivlegitimation im Kartellgesetz und der Vorschlag zur Ausweitung des kollektiven Rechtsschutzes (Erweiterung und Ergänzung der Verbandsklage sowie die Einführung kollektiver Vergleiche; vgl. Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich) vom 10. Dezember 2021, BBl 2021 3048) zusammen zu einer Kommerzialisierung des Zivilprozesses führen und einer hier nicht erwünschten Klageindustrie Tür und Tor öffnen. Diese Entwicklung würde noch verstärkt, wenn die Instrumente zum kollektiven Rechtsschutz noch weiter ausgebaut würden. Ein solcher Paradigmenwechsel hätte, wie praktische Erfahrungen aus EU-Mitgliedstaaten – beispielsweise in den Niederlanden – zeigen, gesamtwirtschaftlich negative Folgen.

Aus diesen Gründen ist auf den Vorschlag zu verzichten. Als ein absolutes Minimum sollte zumindest mit den Vorschlägen zur Ausweitung der Aktivlegitimation im Kartellgesetz zugewartet werden, bis feststeht, wie das Parlament über die Vorlage zum kollektiven Rechtsschutz beraten hat.

Notwendige Anpassung bei der Verjährungshemmung: In Art. 12a VE-KG wird vorgesehen, dass die Verjährung einer Forderung aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung ab Untersuchungseröffnung bis zu deren rechtskräftigem Abschluss stillsteht oder nicht beginnt. Die Verjährungshemmung muss aus unserer Sicht nicht bis zum rechtskräftigen Abschluss gelten, sondern bis die WEKO eine Verfügung erlassen hat, und zwar aus dem folgenden Grunde:

Mit einer zu langen Verjährungshemmung geht Rechtsunsicherheit einher. Sie besteht besonders akzentuiert dann, wenn ein Entscheid der WEKO durch die Instanzen gezogen wird. In diesem Falle ziehen sich Fälle über Jahre oder gar über Jahrzehnte hinweg. Wird nun eine Verjährungshemmung bis zum rechtskräftigen Abschluss vorgesehen, führt dies zu einer unverhältnismässigen Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen.

Gleichzeitig ist zu beachten, dass die Beteiligten an sich zum Zeitpunkt des Erlasses einer Verfügung von der WEKO über die notwendigen Informationen verfügen, um die Frage nach einem allfälligen Schadenersatzprozess zu prüfen. Aus demselben Grund führt eine Hemmung nur bis zur behördlichen Verfügung auch zu einer Förderung von Vergleichen. Denn bei einem allzu langen Lauf der Verjährung (bzw. der Hemmung) stehen die einem Beklagten möglicherweise noch begegnenden Anspruchsteller für lange Jahre nicht fest. Diese erhebliche Unsicherheit behindert in der Praxis die Bereitschaft, streitige Fälle einvernehmlich beizulegen.

Wichtige Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung und wichtige explizite Verankerung, dass Doppelbelastungen für Unternehmen konsequent und ohne Einschränkungen vermieden werden müssen: SwissHoldings erachtet es als zentral, dass Doppelbelastungen für Unternehmen vermieden werden. Entsprechend begrüsst der Verband die Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung. Diesem Grundsatz konsequent folgend sind wir aber der Auffassung, dass beim Vorliegen von geleisteten Schadenersatzzahlungen ausnahmslos eine Anrechnung vorzunehmen ist. Dies muss unabhängig davon erfolgen, ob die Schadenersatzzahlung vor oder nach dem Aussprechen der Sanktion erfolgte. Die Berücksichtigung muss zudem vollumfänglich sein und nicht nur im Rahmen eines angemessenen Teils. Auch muss aus unserer Sicht vorgehen werden, dass das Gericht die Sanktion reduzieren muss und nicht nur kann. All dies sollte explizit im Gesetz vorgesehen werden.

Anliegen SwissHoldings:

- Es darf keine Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen geben. Als ein absolutes Minimum muss zumindest mit den Vorschlägen zur Ausweitung der Aktivlegitimation im Wettbewerbsrecht zugewartet werden, bis feststeht, wie das Parlament über die Vorlage zum kollektiven Rechtsschutz beraten hat.
- Die Verjährungshemmung muss aus unserer Sicht nicht bis zum rechtskräftigen Abschluss gelten, sondern bis die WEKO eine Verfügung erlassen hat.
- Die Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung ist wichtig und es ist explizit im Gesetz zu verankern, dass Doppelbelastungen für Unternehmen konsequent und ohne Einschränkungen vermieden werden müssen.

4.5. Widerspruchsverfahren

SwissHoldings steht einer Verbesserung des Widerspruchsverfahrens an sich sehr positiv gegenüber. Es ist anzustreben, dass das Widerspruchsverfahren so verbessert wird, dass es häufiger benutzt werden kann. Dies sollte aus unserer Sicht durch die Ermöglichung höherer Rechtssicherheit und höheren Rechtsschutzes erreicht werden.

Die Senkung der Widerspruchsfrist von fünf auf zwei Monate sowie einer Sanktionierung der Unternehmen erst ab Eröffnung einer formellen Untersuchung führt jedoch nicht, oder zumindest nicht in genügendem Masse zur Erreichung dieser Ziele. Zusätzlich ist folgendes zu bemerken: Den von den Unternehmen gemeldeten Vorhaben liegen meist komplexe Sachverhalte zugrunde, welche kaum innert dieser kurzen Frist vollständig evaluiert werden können. Die Behörden wären folglich geneigt, vermehrt formelle Untersuchungen durchzuführen, um so den Zeitraum für die Prüfung der Meldung zu verlängern. Auch die spätere Sanktionierung trägt nicht genügend zur Verbesserung des Widerspruchsverfahrens bei, führt diese doch lediglich dazu, dass der Zeitraum der Ungewissheit für die Unternehmen verlängert wird. Verbessert werden könnte das Widerspruchsverfahren jedoch aus unserer Sicht z.B. indem es in Anlehnung an das fusionskontrollrechtliche Meldeverfahren ausgestaltet würde.

Anliegen SwissHoldings:

- Auf die vorgeschlagenen Punkte, welche gemäss dem Vorentwurf eine Verbesserung des Widerspruchsverfahrens anstreben, ist zu verzichten. Die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens an sich ist aber zu begrüßen und könnte zum Beispiel durch eine Ausgestaltung desselben in Anlehnung an das fusionskontrollrechtliche Meldeverfahren erreicht werden.

4.6. Ordnungsfristen bei Verwaltungsverfahren und Parteientschädigungen (Umsetzung Motion 16.4094 Fournier)

Wir befürworten, dass die Verfahrensbeteiligten nicht erst im gerichtlichen Beschwerdeverfahren, sondern bereits in verwaltungsrechtlichen Verfahren durch Parteientschädigung entlastet werden sollen. Damit kann sichergestellt werden, dass Unternehmen in jedem Fall in einem für sie positiven Verfahrensausgang entschädigt werden.

Weiter begrüsst SwissHoldings die Einführung von Ordnungsfristen auf Gesetzesstufe, damit insbesondere die betroffenen Unternehmen möglicherweise rascher über rechtskräftige Entscheide verfügen und eine Erhöhung der Rechtssicherheit mit sich bringen könnte. Diesbezüglich ist aber zu bemerken, dass eine solche Änderung das oben aufgeführte wichtige Bedürfnis nach einer Institutionenreform nicht zu ersetzen vermag: Die Institutionenreform hat den Zweck, verschiedene bestehende rechtsstaatliche Spannungsfelder aufzuheben (vgl. hierzu oben). Dieser Zwecksetzung wird nicht genügend Rechnung getragen, wenn lediglich das Verfahren mit Ordnungsfristen beschleunigt werden soll. Auch ist zu bemerken, dass es nicht nur einer Verfahrensbeschleunigung vor der WEKO, sondern auch vor den Gerichten bedürfte.

Anliegen SwissHoldings:

- Die Vorschläge zur Umsetzung der Motion Fournier des Vorentwurfs sind aus unserer Sicht auch im Entwurf beizubehalten; es muss aber auch eine Verfahrensbeschleunigung vor den Gerichten geben.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und für die Kenntnisnahme unserer Position. Für allfällige Erläuterungen zu unseren Ausführungen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

SwissHoldings
Geschäftsstelle



Dr. Gabriel Rumo
Direktor



Dr. Manuela Baeriswyl
Leiterin Recht