



Ausschliesslich per E-Mail

An die Damen und Herren Mitglieder
bürgerlicher Parteien der Kommission für
Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (WAK-S)

cc: Generalsekretariate

Bern, 14. August 2023

23.047: Position SwissHoldings zur kleinen Kartellgesetzrevision

Sehr geehrte Damen und Herren Ständerätinnen und Ständeräte

An Ihrer Sitzung vom 17. August werden Sie voraussichtlich über die Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes beraten. Anbei unsere Empfehlungen.

Das Wichtigste in Kürze:

Wichtigkeit der Vornahme einer Institutionenreform

Aus Sicht von SwissHoldings ist es insbesondere notwendig, dass eine Institutionenreform im Sinne einer Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene vorgenommen wird. **Entsprechend begrüsst der Verband, dass der Bundesrat das WBF beauftragt hat, ihm im ersten Quartal 2024 einen Vorschlag für eine entsprechende Reform zu unterbreiten und dass damit die Institutionenreform Teil der Reformarbeiten werden wird.**

Zusätzlich zur Institutionenreform: Drei wichtige Verbesserungspunkte in der kleinen Kartellgesetzrevision

In die kleine Kartellgesetzrevision müssen unseres Erachtens zwingend drei Anliegen aufgenommen werden:

- **Einführung der Compliance Defense**
Vorschlag für einen entsprechenden Antrag:
Art. 49a Abs. 1 KG:



Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. [Vorkehrungen zur Vermeidung von Verstössen sind sanktionsmindernd oder sanktionsausschliessend zu berücksichtigen.](#)

- **Konsequenterer Umsetzung der Motionen François und Wicki**, indem im Gesetz explizit festgehalten wird, dass die **tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden müssen**

Vorschlag für einen entsprechenden Antrag:

Art. 5 Abs. 1bis: [Eine Wettbewerbsabrede, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, liegt nur dann vor, wenn sie umgesetzt worden ist und wenn tatsächliche, negative Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb nachgewiesen sind.](#) Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen.

Art. 7 Abs. 3 (neu):

[Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Absatz 1 und 2 liegt nur dann vor, wenn tatsächliche, negative Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb nachgewiesen sind.](#)

- **Ferner: Präzisierungen der Regelung zum Widerspruchsverfahren zur Erreichung von mehr Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit**

Vorschlag für einen entsprechenden Antrag:

Art. 49a Abs. 4:

Die Belastung entfällt auch, wenn das Unternehmen eine Verhaltensweise meldet, bevor es sie umsetzt. Das Unternehmen wird für den Zeitraum ab Eröffnung der Untersuchung nach Artikel 27 dennoch belastet, wenn es an der Verhaltensweise festhält, nachdem innerhalb von zwei Monaten nach der Meldung eine Untersuchung nach Artikel 27 eröffnet worden ist. [Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle und wird mittels Verfügung abgeschlossen.](#)

Die Begründungen zu den erwähnten Hauptanliegen (vgl. Ziff. 1 und 2 nachfolgend) sowie unsere Position zu den weiteren im Entwurf und der Botschaft des Bundesrats vorgesehenen Punkten (Ziff. 3) werden nachfolgend aufgeführt.

Unsere Position im Einzelnen:

1. Wichtige Durchführung einer Institutionenreform

Aus unserer Sicht ist es allem voran wichtig, dass eine Institutionenreform vorgenommen wird. Die aktuelle Organisation der Wettbewerbsbehörden zeichnet sich durch eine fehlende Gewaltenteilung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde aus. Dieser Umstand ist im Lichte der Rechtsstaatlichkeit äusserst problematisch. Das Sekretariat und die WEKO agieren in der Praxis nicht unabhängig voneinander. Ein faires gerichtliches Verfahren ist damit nicht gewährleistet. **Wir begrüssen entsprechend, dass der Bundesrat das WBf beauftragt hat, ihm im ersten Quartal 2024 einen Vorschlag für eine entsprechende Reform zu unterbreiten.**

2. Zusätzlich zur Institutionenreform: Drei wichtige Anliegen und entsprechende Vorschläge für Anträge in der kleinen Kartellgesetzrevision

2.1. Aufnahme der Compliance Defense

Ein äusserst wichtiges Element, welches in der Vorlage des Bundesrats fehlt, ist die Compliance Defense. **Es muss vorgesehen werden, dass robuste Compliance Bemühungen im Sinne der Strafmilderung bis hin zum Sanktionsausschluss berücksichtigt werden.**

Dies führt zu den richtigen Anreizen im Sinne der Prävention und entspricht auch dem Verschuldensprinzip:

Die heutige Praxis, die Unternehmen unabhängig davon, ob sie sich darum bemüht haben, dass ihre Mitarbeiter keine Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht vornehmen, gleichermaßen zu sanktionieren, setzt 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 das Ausmass der Präventivbemühungen der Unternehmen ein wichtiges Kriterium bei ihrer Sanktionierung wird und damit die Compliance in den Unternehmen und zugleich 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.

Vorschlag für einen entsprechenden Antrag:

Art. 49a Abs. 1 KG:

Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4

beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. [Vorkehrungen zur Vermeidung von Verstössen sind sanktionsmindernd oder sanktionsausschliessend zu berücksichtigen.](#)

2.2. Motion Français und Wicki: Aufnahme des Nachweises der tatsächlichen Auswirkungen

Die [Motion Français 18.4282](#) «Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» und die [Motion Wicki 21.4189](#) «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz» erachten wir als sehr wichtig.

Es ist entsprechend sehr zu begrüessen, dass diese Motionen Eingang in die kleine Kartellgesetzrevision fanden. Der folgende Aspekt fehlt jedoch bei deren Umsetzung, wie sie aktuell vorgesehen ist: In den materiell-rechtlichen Bestimmungen von Artikel 5 (Abreden) und 7 (missbräuchliche Verhaltensweisen) muss ausdrücklich eine auswirkungsbezogene Beurteilung verankert werden: WEKO und Gerichte haben die schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Einzelfall zu würdigen und nachzuweisen.

Dies muss vor dem folgenden Hintergrund vorgesehen werden: Die Schweiz hat sich mit dem KG 95 ein modernes Kartellgesetz gegeben, welches bezweckt, "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern". Es entspricht auch einem rechtsstaatlichen Prinzip, dass dem Rechtsunterworfenen ein Vergehen nachgewiesen werden muss. Heute begnügen sich aber die Behörden für gewisse Verhaltensweisen (etwa eine Abrede oder ein Koppelungsgeschäft) damit, bloss deren Existenz festzustellen, um daraus ohne Weiteres per se auf deren Unzulässigkeit zu schliessen und die betreffenden Unternehmen zu büssen. Diese Praxis führte in den letzten Jahren zu offensichtlich absurden Entscheiden: So wurde der Schweizer Skihersteller Stöckli mit 2% Marktanteil in einem national und international hart umkämpften Markt für Preisvorgaben an seine Händler verurteilt und gebüsst, obwohl unter diesen tatsächlichen Umständen offensichtlich keine erheblichen Auswirkungen auf den Wettbewerb und damit auch keine relevanten Schäden möglich sind. Niemand sieht sich bei den vorherrschenden Marktumständen gezwungen, sich mit Stöckli-Skis auszurüsten. Hingegen werden die unterlegenen Unternehmen mit dieser Praxis ungerechtfertigterweise angeprangert, gebüsst und letztlich sogar in ihrer Existenz bedroht.

Diese Praxis hat in den vergangenen Jahren zu rechtsstaatlich höchst bedenklicher behördlicher Machtfülle und Willkür sowie in vielen Fällen zu Verboten von volkswirtschaftlich unschädlichen – in der Regel sogar wettbewerbsfördernden – Geschäftspraktiken geführt und muss entsprechend korrigiert werden.

Vorschlag für einen entsprechenden Antrag:

Art. 5 Abs. 1bis:

[Eine Wettbewerbsabrede, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, liegt nur dann vor, wenn sie umgesetzt worden ist und wenn tatsächliche, negative Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb nachgewiesen sind.](#) Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen.

Art. 7 Abs. 3 (neu):

[Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Absätze 1 und 2 liegt nur dann vor, wenn](#)

tatsächliche, negative Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb nachgewiesen sind.

2.3. Präzisierungen bei der Ausgestaltung des Widerspruchsverfahrens

SwissHoldings steht dem angestrebten Ziel der Revision, das Widerspruchsverfahren zu verbessern, sehr positiv gegenüber und begrüsst die im Entwurf und der Botschaft vorgeschlagenen Änderungen. Im aktuellen Entwurf des Bundesrats fehlen aber hierfür noch zwei Präzisierungen:

Es muss zusätzlich zu den Vorschlägen in der Botschaft und im Entwurf festgehalten werden, dass sich das Verfahren nach den Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle richtet und dass mittels Verfügung abgeschlossen wird. Ähnlich wie für die Vorabklärung dürfte nämlich ohne diese Präzisierungen das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) für das Widerspruchsverfahren bis anhin nicht direkt anwendbar sein. Das Widerspruchsverfahren läuft daher bis anhin weitgehend formlos ab und ist der Entscheid der Weko keine Verfügung, kann dieser grundsätzlich nicht angefochten werden. D.h. die Unternehmen haben nicht genügend Rechtssicherheit und es ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisch, wenn das Verfahren weitgehend formlos abläuft und der Entscheid der WEKO nicht angefochten werden kann.

Vorschlag für einen entsprechenden Antrag:

Art. 49a Abs. 4:

Die Belastung entfällt auch, wenn das Unternehmen eine Verhaltensweise meldet, bevor es sie umsetzt. Das Unternehmen wird für den Zeitraum ab Eröffnung der Untersuchung nach Artikel 27 dennoch belastet, wenn es an der Verhaltensweise festhält, nachdem innerhalb von zwei Monaten nach der Meldung eine Untersuchung nach Artikel 27 eröffnet worden ist. **Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle und wird mittels Verfügung abgeschlossen.**

3. Ferner: Unsere Position zu den weiteren im Entwurf und der Botschaft vorgesehenen Punkten

3.1. 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.

3.2. Kartellzivilrecht

Ablehnung der Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen: Im Entwurf 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 Ziviletschädigung 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 die Gefahr besteht, 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, BBI 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.

Der Bundesrat hält nun in seiner Botschaft fest, dass die beiden Vorlagen nicht in Zusammenhang stehen würden. Dieser Wille des Bundesrates, die beiden Vorlagen voneinander zu trennen und damit wohl auch der Wille, darauf zu achten, dass sie so ausgestaltet werden, dass sie zusammen nicht zu den oben beschriebenen sehr problematischen Auswirkungen führen, ist sehr zu unterstützen. Doch steht der Inhalt beider Vorlagen, da sie beide im Parlament noch nicht im Detail beraten wurden, noch nicht fest und es muss daher die Gefahr gegenseitiger Wechselwirkungen beachtet werden.

Aus diesen Gründen ist auf den Vorschlag des Bundesrats zu verzichten.

Anpassungsbedarf bei der vorgesehenen Regelung zur Verjährungshemmung: In Artikel 12a des Entwurfs wird vorgesehen, dass die Verjährung einer Forderung aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung ab Untersuchungseröffnung bis zum rechtskräftigen Entscheid nicht beginnt oder stillsteht, falls sie begonnen hat. Unseres Erachtens muss im Gesetz aber unmissverständlich festgehalten werden, dass die Verjährungshemmung nur läuft, bis die WEKO eine Verfügung erlassen hat, und zwar aus folgendem Grund:

Mit einer zu langen Verjährungshemmung geht Rechtsunsicherheit einher. Sie besteht besonders akzentuiert dann, wenn eine Verfügung der WEKO durch die Instanzen gezogen wird. In diesem Falle ziehen sich Fälle über Jahre oder gar über Jahrzehnte hinweg. Wird nun eine Verjährungshemmung länger vorgesehen als bis zur Verfügung der WEKO, 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.

Sinnvolle Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung und aber Notwendigkeit der zusätzlichen expliziten 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 (im Entwurf vorgesehene) 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. Es sollte namentlich vorgesehen werden, dass die Sanktion reduziert werden muss und nicht nur kann und die Berücksichtigung der Schadenersatzzahlung muss zudem namentlich vollumfänglich sein und nicht nur im Rahmen «eines angemessenen Teils» erfolgen.

Position SwissHoldings zum Kartellzivilrecht in Kürze:

- SwissHoldings lehnt die Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen ab.
- Betreffend die Regelung zur Verjährungshemmung muss aus unserer Sicht unmissverständlich festgehalten werden, dass diese nur so lange dauert, bis die WEKO eine Verfügung erlassen hat.
- Die Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung ist sinnvoll und es ist explizit im Gesetz zu verankern, dass Doppelbelastungen für Unternehmen konsequent und ohne Einschränkungen vermieden werden müssen.

3.3. Parteientschädigungen und Ordnungsfristen (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 dürften insbesondere die betroffenen Unternehmen möglicherweise rascher über rechtskräftige Entscheide verfügen. Auch dürfte dies eine Erhöhung der Rechtssicherheit mit sich bringen. Allerdings ist 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.

Anliegen SwissHoldings zu den Ordnungsfristen bei Verwaltungsverfahren und den Parteientschädigungen in Kürze:

- SwissHoldings begrüsst, dass vorgesehen ist, dass die Verfahrensbeteiligten nicht

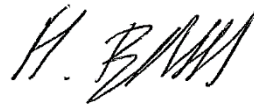
erst im gerichtlichen Beschwerdeverfahren, sondern bereits in verwaltungsrechtlichen Verfahren durch Parteientschädigung entlastet werden sollen. Auch begrüsst der Verband die Einführung von Ordnungsfristen; deren Einführung vermag aber die wichtigere Vornahme einer Institutionenreform nicht zu ersetzen.

Freundliche Grüsse,

SwissHoldings
Geschäftsstelle



Dr. Gabriel Rumo
Direktor



Dr. Manuela Baeriswyl
Leiterin Recht