



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, 12. Oktober 2023

23.047 Position SwissHoldings zur KG Revision: Motionen im Vordergrund

Sehr geehrte Damen und Herren Ständerätinnen und Ständeräte

An der Sitzung der WAK-S vom 16./17. Oktober werden Sie voraussichtlich über die Änderung des Kartellgesetzes beraten. Gerne unterbreiten wir Ihnen unsere Empfehlungen.

Das Wichtigste in Kürze:

1. Strikte Umsetzung der Motionen Français und Wicki

Die Motionen Français und Wicki fordern, dass sich Behörden und Gerichte (wieder) mit den tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede bzw. Verhaltensweise auseinandersetzen und die Schädlichkeit auf den Wettbewerb nachweisen müssen. Mit dem Revisionsentwurf werden die Motionen nur unzulänglich umgesetzt. Der Entwurf fokussiert einseitig auf Artikel 5 (Abreden) und ignoriert den identischen Handlungsbedarf bei Art. 7 KG (unzulässiges Verhalten). Zudem lässt er zu viel Interpretationsspielraum offen. Es besteht daher ein Präzisierungsbedarf.

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.



Zusätzlich zur strikten Umsetzung der Motionen Français und Wicki sehen wir folgende wichtige Verbesserungspunkte

2. Einführung einer 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. Angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verstössen sind sanktionsmindernd oder sanktionsausschliessend zu berücksichtigen.

3. Widerspruchsverfahren

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.

4. Kartellzivilrecht

Vorschlag für einen entsprechenden Antrag:

Art. 12 Ansprüche aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung

Einschlägige Anpassungen ersatzlos streichen (geltende Fassung beibehalten).

Zur Institutionenreform

(Nicht Gegenstand der Teilrevision 23.047)

SwissHoldings begrüsst, dass der Bundesrat das WBF beauftragt hat, ihm im ersten Quartal 2024 einen Vorschlag für eine entsprechende Reform zu unterbreiten. Aus Sicht von SwissHoldings ist eine Institutionenreform der Wettbewerbsbehörde dringend notwendig. Untersuchungs- und Entscheidkompetenzen sind auch in erster Instanz voneinander zu trennen (kontradiktorisches Verfahren). Nur so kann angesichts der offenen Rechtsbegriffe ein faires Verfahren garantiert und eine stabile Rechtspraxis geschaffen werden.

Unsere Position im Einzelnen:

1. Strikte Umsetzung der Motionen Français und Wicki

Die Motionen [18.4282](#) Français «Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» und [21.4189](#) Wicki «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz» fordern, dass sich Behörden und Gerichte (wieder) mit den tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede bzw. Verhaltensweise auseinandersetzen und die Schädlichkeit auf den Wettbewerb nachweisen müssen. Mit dem Revisionsentwurf werden die Motionen nur unzulänglich umgesetzt. Der Entwurf fokussiert einseitig auf Artikel 5 (Abreden) und ignoriert den identischen Handlungsbedarf bei Art. 7 KG (unzulässiges Verhalten). Zudem lässt er zu viel Interpretationsspielraum offen. Es besteht ein entsprechender Präzisierungsbedarf.

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 Absätzen 1 und 2 liegt nur dann vor, wenn tatsächliche, negative Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb nachgewiesen sind.

Begründung

Die aktuelle Rechtspraxis sieht bei gewissen Abreden und Verhaltensweisen davon ab, dass die Behörden deren schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb nachweisen müssen. Stattdessen entscheiden Weko und Gerichte jeweils auf der Basis von Formalismen und fiktiven Wirkungsannahmen. Die tatsächlichen Sachverhalte und Marktumstände bleiben in diesem formalistischen Ansatz unbeachtet. Als Folge davon werden auch unschädliche und nützliche Verhaltensweisen verboten und gebüsst. Mit dieser vom Bundesgericht bestätigten Praxis wurde ein „Richterrecht“ etabliert, welches inhaltlich der Verfassung (Art. 96 BV), dem Zweck des KG (Art. 1 KG) und dem mehrfach geäusserten Willen des Gesetzgebers widerspricht. Diese Grundlagen geben explizit vor, dass nur gegen Abreden und Verhaltensweisen mit volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen kartellgesetzlich vorzugehen ist – konkret gegen Tatbestände, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen.

Die aktuelle Praxis verkennt, dass es neben „schlechten“ auch „gute“ Abreden und Verhaltensweisen gibt, welche die Effizienz und/oder die Innovation fördern und den Wettbewerb dadurch intensivieren. Dieses wettbewerbsökonomische Erkenntnis steht auch in der Botschaft zum geltenden Kartellgesetz (KG95). Ob ein bestimmtes Verhalten im Markt wettbewerbsfördernde oder wettbewerbschädigende Auswirkungen hat, kann nur im Einzelfall, unter Berücksichtigung der relevanten konkreten Umstände schlüssig beurteilt werden. Zwei einfache Beispiele:

- Unternehmen, die investieren, fördern in der Regel den Wettbewerb. Damit sie die damit verbundenen Risiken eingehen, muss die Aussicht darauf bestehen, die Investition gewinnbringend zu amortisieren. Dazu kann der Ausschluss von „trittbrettfahrenden“

Dritten nötig sein. Dies gilt auch für Unternehmen, die bereits über eine starke Marktstellung verfügen (vgl. Art. 7 KG).

- Relativ kleine Wettbewerber müssen eventuell unter sich kooperieren (Abreden gem. Art. 5 KG treffen), um überhaupt den Wettbewerb gegen grosse Wettbewerber aufnehmen zu können.

Solche wettbewerbsfördernden Verhaltensweisen und Abreden werden mit der aktuellen Vollzugspraxis unter Generalverdacht gestellt. Sie werden verboten und gebüsst, ohne dass die Weko und die Gerichte überprüfen, ob sie tatsächlich schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben oder nicht. Dies bringt schwerwiegende, negative Auswirkungen mit sich:

- **Kontraproduktive Compliance:** Da in der KG Compliance aktuell immer damit gerechnet werden muss, dass auch wettbewerbsfördernde Tatbestände verboten und gebüsst werden, empfehlen die Compliance-Berater deren Unterlassung. Damit wird in der gesamten Wirtschaft zu Lasten der Konsumenten und der Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Schweiz nicht nur auf schädliches, sondern auch auf nützliches Verhalten verzichtet. Der Schaden bleibt dabei nicht auf rein formalistische Fehlurteile der Behörden in einzelnen Fällen beschränkt, sondern wird via Compliance auf ein Vielfaches multipliziert (kontraproduktive präventive Wirkung).
- **Faktische Beweislastumkehr ohne echte Verteidigungsmöglichkeiten:** Mit der aktuellen Praxis müssten beklagte Unternehmen beweisen können, dass ihr Verhalten effizient, betriebswirtschaftlich gerechtfertigt und volkswirtschaftlich nützlich ist (sog. Effizienzverteidigung). Dazu fehlen ihnen jedoch erstens die Untersuchungskompetenzen. Zweitens ist die Weko (Kommission und Sekretariat) kein neutraler Richter, sondern zugleich Untersuchungs- und Urteilsbehörde erster Instanz. In einer solchen Konstellation kann die Effizienzverteidigung kaum je gelingen.
- **Aktuelle Praxis restriktiver als in der EU:** Ein Blick auf die Rechtsprechung in der EU zeigt, dass der EuGH – anders als die WEKO und Gerichte in der Schweiz – in den letzten Jahren stark in die Richtung einer auswirkungsbezogenen Beurteilung gewiesen hat. So hat der EuGH bezüglich Abreden vor kurzem i.S. *Super Bock* bekräftigt, dass bei einer vertikalen Abrede eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht einfach formalistisch unterstellt werden kann, sondern im Einzelfall zu überprüfen sei. In der Schweiz würde eine solche harte Abrede aufgrund der Gaba/Elmex-Praxis hingegen automatisch verboten und gebüsst werden. Auch im Bereich der missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind nach der geltenden EU-Praxis die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen. So stellt der EuGH im Urteil *Post Danmark II* (2015) klar, dass die Auswirkungen im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu prüfen sind. Im Urteil *Servizio Elettrico Nazionale* (2022) führte er aus, dass missbräuchliches Verhalten nicht einfach generell nach dessen Form beurteilt werden könne, sondern die Missbräuchlichkeit im Einzelfall nachzuweisen sei. In den Fällen *Intel* und *Google Android* verpflichtet der EuGH die Behörden, sich mit den entsprechenden Einwänden und Argumenten zu den schädlichen Auswirkungen auseinanderzusetzen. Entgegen der Darstellung im Revisionsentwurf führt eine strikte Umsetzung der Motionen somit nicht zu einer Abweichung von, sondern vielmehr zu einer Angleichung an das EU-Recht.

Die Motionen 18.4282 Français und 21.4189 Wicki sind im Rahmen der aktuellen Kartellgesetz-Teilrevision daher vollumfänglich und präzise umzusetzen.

2. Einführung einer Compliance Defense

(In der Teilrevision nicht vorgesehen)

Es muss im Kartellgesetz vorgesehen werden, dass ernsthafte Compliance Bemühungen im Sinne der Strafmilderung bis hin zum Sanktionsausschluss berücksichtigt werden.

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.

Begründung

Die Einführung einer Compliance Defense führt zu den richtigen Anreizen im Sinne der Prävention und entspricht auch dem Verschuldensprinzip. 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. Das Anliegen wurde bereits in der Botschaft von 2012 anerkannt und es entspricht einem internationalen Trend. Deutschland berücksichtigt mit der am 19. Januar 2021 in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle Compliance Massnahmen in kartellrechtlichen Bussgeldverfahren. Auch in vielen anderen Ländern, etwa in den USA, ist in den letzten Jahren ein Umdenken hin zu einem modernen Kartellsanktionsrecht erfolgt.

3. Widerspruchsverfahren

SwissHoldings steht dem angestrebten Ziel der Revision, das Widerspruchsverfahren zu verbessern, sehr positiv gegenüber und begrüsst die im Entwurf und der Botschaft vorgeschlagenen Änderungen. Allerdings sollten gewisse Präzisierungen vorgenommen werden.

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.

Begründung

Aktuell läuft das Widerspruchsverfahren weitgehend formlos ab und der "Entscheid" der WEKO kann mangels Verfügung grundsätzlich nicht angefochten werden. Dies ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisch und im Rahmen der laufenden Teilrevision entsprechend zu korrigieren. Zusätzlich zu den Vorschlägen in der Botschaft und im Entwurf muss daher neu explizit festgehalten werden, dass sich das Verfahren nach den Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle richtet und dass dieses mittels Verfügung abgeschlossen wird.

4. Kartellzivilrecht

SwissHoldings lehnt die Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen ab.

Vorschlag für einen entsprechenden Antrag:

Art. 12: Ansprüche aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung

Einschlägige Anpassungen ersatzlos streichen (geltende Fassung beibehalten).

Begründung

Der Weg zur Geltendmachung einer Ziviletschädigung bei einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung – also zur Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund eines erlittenen Schadens – existiert bereits heute mit Art. 41 OR.

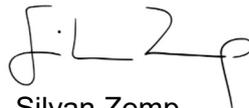
Mit der Ausweitung der Aktivlegitimation im KG sowie der Ausweitung des kollektiven Rechtsschutzes durch die Ergänzung und Erweiterung der Verbandsklage sowie die Einführung kollektiver Vergleiche (vgl. Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Verbandsklage und kollektiver Vergleich, vom 10. Dezember 2021, BBl 2021 3048) ergibt sich die Gefahr einer Kommerzialisierung des Zivilprozesses; einer kaum erwünschten Klageindustrie würden damit Tür und Tor geöffnet.

Freundliche Grüsse,

SwissHoldings
Geschäftsstelle

A handwritten signature in black ink, appearing to be "G. Rumo".

Dr. Gabriel Rumo
Direktor

A handwritten signature in black ink, appearing to be "S. Zemp".

Silvan Zemp
Fachreferent Recht