

Substanzielle Reform des Kartellgesetzes

Die Revision des Kartellgesetzes (KG) soll die Rechtsstaatlichkeit des bestehenden Systems verbessern. Dessen Ziel bleibt die Intensivierung des Wettbewerbs in der Schweiz und die nachhaltige Stärkung unseres Wirtschaftsstandorts. Kernstück der Revision ist die institutionelle Reform, mit der die Entscheide der Wettbewerbsbehörden rechtsstaatlich besser verankert und die Verfahren beschleunigt werden sollen. Vorgesehen ist auch die Änderung bestimmter Schlüsselbestimmungen des materiellen Rechts.

- 1 Vgl. Motion Schweizer (07.3856): Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht. Bei Vorliegen von Programmen zur Beachtung der kartellrechtlichen Regelungen sollen Verwaltungsanktionen reduziert oder aufgehoben werden. Gleichzeitig sollen Strafsanktionen für natürliche Personen im Fall ihrer aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern verankert werden. Vgl. auch den Artikel von Peter Balastèr auf S. 60 ff. in dieser Ausgabe.
- 2 Die Revision wurde geleitet von Aymo Brunetti, ehemaliger Leiter der Direktion für Wirtschaftspolitik des Seco, Rafael Corazza, Leiter des Sekretariats der Weko, und Christian Bovet, Rechtsprofessor an der Universität Genf. Folgende Mitarbeitende des Weko-Sekretariats haben an der Ausarbeitung mitgewirkt: Bendicht Lüthi, Reto Sabel, Frank Stüssi und Beat Zirklick. Auf Seiten des Seco beteiligt waren Peter Balastèr, Felix Schraner, Sven Michal und Sarah Bochud.
- 3 Vgl. OECD (2006), Examen de l'OCDE de la réforme de la réglementation, La réforme de la réglementation en Suisse: le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation, Paris, S 56: «La Comco est devenue un organe d'application de la loi avec des fonctions quasi-judiciaires. Dans ce contexte, l'indépendance politique et institutionnelle de la Comco devient cruciale»; Baudenbacher Carl (2009), Evaluation Kartellgesetz – Institutionelles Setting, Vertikale Abreden, Sanktionierung von Einzelpersonen, Zivilrechtliche Verfahren, Bern, 2009, Strukturberichterstattung Nr. 44/3; Bericht des Bundesrates vom 25. März 2009 sowie die Berichte und vergleichenden Analysen der Evaluationsgruppe von 2008.



Die KG-Revision sieht unter anderem vor, dass die fünf im Sinne des geltenden KG bereits heute direkt sanktionierbaren Arten von Abreden neu von Gesetzes wegen unzulässig sind. Das gilt beispielsweise für horizontale Preisabsprachen. Im Bild: UBS, die von der Weko verdächtigt wird, Absprachen zur Beeinflussung der Interbanken-Referenzzinssätze und über gewisse Derivatprodukte getätigt zu haben.

Foto: Keystone

Das im Jahr 2003 revidierte KG war zwischen 2008 und 2009 Gegenstand einer Evaluation, die in eine Reihe von Anpassungsvorschlägen mündete. Im Juni 2010 wurde zu diesen eine erste Vernehmlassung durchgeführt. In der Folge traten zwei weitere Anliegen zur Revision hinzu, welche ihrerseits Gegenstand je einer Vernehmlassung bildeten: die Überweisung der Motion Schweizer¹ durch das Parlament im September 2010, die ein wirksameres Sanktionssystem forderte, sowie die Massnahmen zur Bekämpfung der Frankenstärke im Sommer 2011. Am 22. Fe-

bruar 2012 hat der Bundesrat schliesslich eine Botschaft zur KG-Revision verabschiedet, deren wichtigste Elemente im Folgenden kurz dargelegt werden.²

Eine Institutionenreform zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtssicherheit

Mit der Institutionenreform wird eine Wettbewerbsbehörde geschaffen und das Bundesverwaltungsgericht als Wettbewerbsgericht eingesetzt. Dadurch soll die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden gestärkt und das Entscheidorgan durch den Einsatz vollamtlicher Richter mit juristischem Hintergrund professionalisiert werden. Hintergrund des Vorschlags ist, dass die Wettbewerbskommission (Weko) in ihrer heutigen Form an Grenzen stösst und entsprechend in der Kritik steht, so etwa von der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD).³ Die Weko ist als Entscheidkommission seit ihrer Schaffung im Jahr 1962 (damals Kartellkommis-



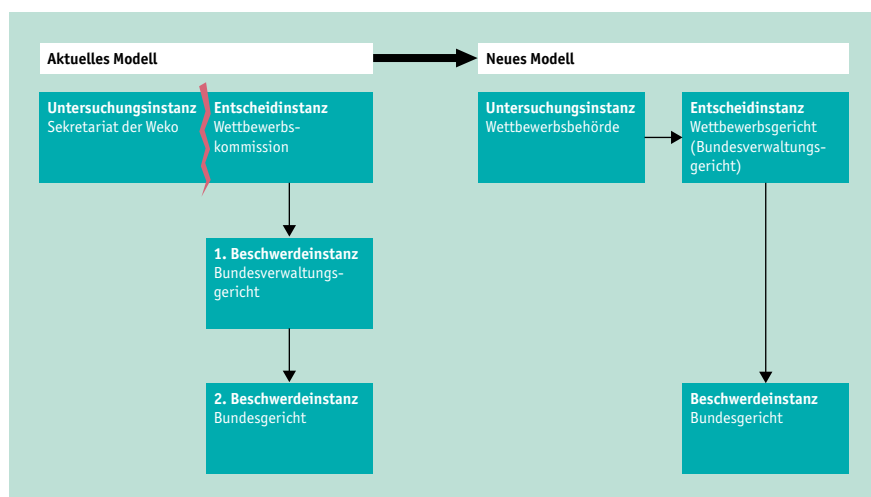
Sarah Bochud
Ressort Wachstum und Wettbewerbspolitik, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern



Dr. Felix Schraner
Ressort Internationales Wirtschaftsrecht, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern

Grafik 1

Vom aktuellen zum neuen institutionellen Modell



Quelle: Bochud, Schraner / Die Volkswirtschaft

sion) ein Milizorgan geblieben und bis heute nicht klar von der untersuchenden Behörde (dem Sekretariat der Weko) getrennt. Die Revision von 2003 hat jedoch mit der Einführung neuer Instrumente – wie den direkten Sanktionen und der Bonusregelung – den quasi-straftrechtlichen Charakter der Entscheide der Weko verstärkt. Insofern ist fraglich, wie befriedigend es ist, dass die Weko heute unter Mitwirkung mehrerer Vertreter von Wirtschaftsverbänden administrative Sanktionen in Millionenhöhe verhängt, ohne dass darauf Verlass wäre, dass diese die Loyalitätspflicht gegenüber ihren Arbeitgebern beiseite stellen.

Diesen Bedenken begegnet der Reformvorschlag durch zwei Vorkehrungen:

- Mit der Überführung des heutigen Sekretariats der Weko in eine neue Wettbewerbsbehörde als rechtlich selbstständige Anstalt der Wirtschaftsaufsicht. Die Wettbewerbsbehörde führt die Untersuchungen und gelangt mit Anträgen an ein neues, unabhängiges erstinstanzliches Wettbewerbsgericht (siehe Grafik 1).
- Dadurch wird die heutige Entscheidkommission in ein Wettbewerbsgericht aufgewertet, wobei der Bezug zu Wirtschaft und Praxis mit der Zuwahl von Richtern mit unternehmerischer Erfahrung und industrieökonomischen Kenntnissen gewährleistet wird. Diese Lösung erhöht erstens die Glaubwürdigkeit und Akzeptanz der Entscheide und nutzt zweitens bedeutende Synergien bezüglich Ressourcen.

Demgegenüber wäre ein Ansatz mit einer Trennung der Funktionen von Untersuchung

und Entscheid innerhalb der Weko und ihrem Sekretariat (*Chinese Wall*) nicht nur unglaubwürdig, sondern auch personalintensiver. Zudem könnten die Verfahren auf diese Weise nicht – wie vom Bundesrat angestrebt – beschleunigt werden.

Bezüglich Ausgestaltung der Institutionen können ausländische Lösungen zwar gewisse Anhaltspunkte liefern. Doch scheint es im europäischen Umfeld kein Modell zur institutionellen Organisation der Wettbewerbsbehörden zu geben, das als Standard etabliert und unumstritten wäre. Deshalb orientiert sich der Vorschlag der Revision ausschliesslich am institutionellen Rahmen der Schweiz. Die Idee der Trennung von Untersuchungs- und Entscheidphase allerdings könnte bei der institutionellen Entwicklung von Wettbewerbsbehörden auch über unsere Grenze hinweg als Modell dienen.

Ein vollständiges Verbot von Abreden wäre schädlich für die Wirtschaft

Angesichts der Frankenstärke und der Bedenken bezüglich einer zu geringen Weitergabe der Währungsgewinne an Endkunden reagierte der Bundesrat auf mehreren Ebenen. Auf kurze Sicht wurden namentlich der Preisüberwacher und die Weko mit zusätzlichen Ressourcen ausgestattet. Zudem wurde eine Änderung von Art. 5 KG⁴ eingeleitet, um in einer langfristigen Perspektive die Hochpreisinsel Schweiz zu bekämpfen und so die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Wirtschaft zu stärken.

Der neue Art. 5 KG schlägt vor, dass die fünf im Sinne des geltenden KG bereits heute direkt sanktionierbaren Arten von Abreden (Abs. 3 und 4) neu von Gesetzes wegen unzulässig sind (Teilkartellverbot). Demnach wären horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie vertikale Preisbindungen und Gebietsabschottungen nicht mehr wegen ihrer Auswirkungen im konkreten Fall – d.h. einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs – unzulässig, sondern allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer der fünf verbotenen Abredearten, deren besondere wirtschaftliche Schädlichkeit auch in der EU anerkannt ist. Die bislang vorgesehene gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung in den erwähnten fünf Fällen – eine rechtsstaatlich nicht unumstrittene Figur im Zusammenhang mit quasi-straftrechtlichen Verfahren – würde durch diesen Vorschlag ersetzt.

Da ein vollständiges Verbot von Abreden jedoch schädlich für die Wirtschaft wäre, kann zur Gewährleistung der ökonomischen Effizienz jede Abrede mit wirtschaftlichen Effizienzvorteilen gerechtfertigt werden

4 Siehe www.news.admin.ch, Pressemitteilung vom 16. November 2011: Bundesrat stellt Weichen für Verschärfung des Kartellgesetzes.

5 Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden. Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010.

6 Mit dem SIEC-Test (Significant Impediment to Effective Competition) wird geprüft, ob ein Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs führen würde.

7 Vgl. OECD, *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*, Policy Roundtables, Standard for Merger Review, 2009, DAF/COMP(2009)21.

(Rechtfertigungsmöglichkeit), sofern sie nicht den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt beseitigt. Dabei liegt es im Interesse der Unternehmen, aktiv zur Identifizierung solcher Vorteile beizutragen. Die heute geltende Untersuchungsmaxime wird durch die neue Regelung hingegen nicht in Frage gestellt: Die Wettbewerbsbehörde und das Wettbewerbsgericht müssen weiterhin eigene Untersuchungen zum Nachweis von eventuellen Effizienzvorteilen durchführen. Diese Verpflichtung ist nämlich gerade in denjenigen Situationen unabdingbar, in denen der Zugang der Unternehmen zu marktrelevanten Informationen und Daten beschränkt ist.

Gemäss geltendem Art. 5 Abs. 2 KG können zur Feststellung eventueller Effizienzvorteile folgende Gründe angeführt werden: die Reduktion der Herstellungs- oder Vertriebskosten, die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, die Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen und die rationellere Nutzung von Ressourcen. Diese Gründe werden neu in einer Verordnung konkretisiert, wobei die heutige Vertikalbekanntmachung⁵ der Weko berücksichtigt wird (siehe *Kasten 1*). Zu beachten wird auch die Unterscheidung von Vertikal- und Horizontalabreden sein. Weiter wird die besondere Situation der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zu prüfen und insbesondere auch die Möglichkeit einer «De-Minimis-Regel» im Detail zu klären sein. Ebenfalls könnten Abreden betreffend Einkaufskooperationen als Ausnahmen in Betracht gezogen werden.

Die Revision strebt höhere Rechtssicherheit nicht nur durch das klare Teilkartellverbot und die Festschreibung der ökonomischen Rechtfertigungsgründe in einer Verordnung an, sondern auch durch die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens (Kontrollverfahren vor der Umsetzung von Abreden). Die Unternehmen erhalten damit früher (von fünf auf zwei Monate verkürzte Frist) und in verbesserter Weise (Sanktionierung erst ab Eröffnung einer Untersuchung und nicht bereits Vorabklärung) Rechtssicherheit über kartellrechtlich heikle Verhaltensweisen.

Weiter sieht die Vorlage eine Stärkung des Kartellzivilrechts vor. Waren bisher nur Wirtschaftsteilnehmer zur Klage berechtigt, die in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden, können neu auch Endkunden – z.B. öffentliche Auftraggeber – Zivilverfahren anstrengen. Dies könnte sich etwa dann als wertvoll erweisen, wenn öffentliche Haushalte durch eine Submissionsabsprache geschädigt werden. Der Vorschlag orientiert sich indes nicht an Sammelklagen

nach amerikanischem Vorbild, sondern an den Erfahrungen im europäischen Ausland, die zeigen, dass es möglich ist, die Attraktivität des zivilrechtlichen Wegs zu erhöhen, ohne dass es zu einer exzessiven Klagekultur kommt.

Die vorgesehene Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen spiegelt die internationale Entwicklung

Unternehmenszusammenschlüsse können auf konzentrierten Märkten ein so grosses Ausmass an Marktmacht schaffen, dass nicht nur die Marktgegenseite leidet (Konsumenten, vorgelagerte kleine Unternehmen oder Subkontrahenten ohne Marktmacht und Absatzalternativen), sondern die Wohlfahrt insgesamt gemindert wird. Heute können jedoch Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz nur untersagt werden, wenn damit eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die der Wettbewerb beseitigt wird (es müssen zwingend beide Kriterien erfüllt sein). Um wirtschaftlichen Machtballungen besser begegnen zu können, soll deshalb das Beurteilungskriterium neu geregelt werden. Das revidierte KG sieht die Einführung des in der EU verbreiteten SIEC-Tests⁶ vor. Neu sind folgende zwei Kriterien ausschlaggebend:

- die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung;
- die erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs, die nicht durch Effizienzvorteile für die Nachfrager kompensiert wird.

Im Unterschied zum Status quo erlaubt der SIEC-Test eine vollumfängliche Prüfung der negativen und positiven Effekte eines Zusammenschlusses.

Auf europäischer Ebene wird der SIEC-Test derzeit nur von Deutschland nicht angewendet; alle anderen Länder haben den Test übernommen und beurteilen ihn insgesamt positiv.⁷ Die internationale Erfahrung zeigt dabei, dass Interventionsrate, Rechtssicherheit und Komplexität der Anwendung durch den Wechsel zum SIEC-Test nur wenige Veränderungen erfahren.

Im Ergebnis stärkt die Teilrevision des KG, wie sie der Bundesrat vorschlägt, die schweizerische Wettbewerbspolitik. Namentlich sichert sie die effiziente Anwendung der 2003 eingeführten Instrumente, die ihre präventive Wirkung seither unter Beweis gestellt haben. ■

Kasten 1

Rechtfertigungsgründe gemäss Vertikalbekanntmachung, Ziff. 16 (4)

Unternehmen können im Rahmen der in Artikel 5 Absatz 2 KG genannten Rechtfertigungsgründe namentlich Folgendes geltend machen:

- a) Zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte;
- b) Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte;
- c) Schutz vertragspezifischer Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehung nicht oder nur mit hohem Verlust verwendet werden können (Hold-up-Problem);
- d) Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmaßnahmen (z.B. Beratungsdienstleistungen), die resultieren können, wenn ein Hersteller oder Händler von den Verkaufsförderungsbemühungen eines anderen Herstellers oder Händlers profitieren kann (Trittbrettfahrerproblem);
- e) Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags, der sich ergeben kann, wenn sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen (Problem der doppelten Marginalisierung);
- f) Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how;
- g) Sicherung von finanziellen Engagements (z.B. Darlehen), die durch den Kapitalmarkt nicht zur Verfügung gestellt werden.