



Mediendokumentation

Datum:

16. November 2011

Revision des Kartellgesetzes

Der Bundesrat hat am 16. November 2011 die Eckwerte für die Revision des Kartellgesetzes (KG) festgelegt. Demnach sollen die Wettbewerbsentscheide rechtsstaatlich besser verankert und besonders schädliche Formen von Kartellabreden verboten werden. Zudem sollen Fusionen untersagt oder mit Auflagen und Bedingungen belegt werden können, wenn der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führt, welche nicht durch Effizienzgewinne kompensiert wird. Der Bundesrat hat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) beauftragt, bis Anfang 2012 eine entsprechende Botschaft zur KG-Revision auszuarbeiten. Ziel der KG-Revision ist die Beschleunigung und Verbesserung der Verfahren, was den Wettbewerb in der Schweiz intensivieren und den Wirtschaftsstandort langfristig stärken soll.

1. Allgemeines

1.1. Hintergrund

Die schweizerische Wettbewerbsgesetzgebung wurde zuletzt im Jahr 1995 umfassend revidiert. Durch Einsetzung einer Behördenkommission, die an die Stelle der beratenden Kartellkommission trat, und durch materiell-rechtliche Anpassungen wurde ihr Gehalt dem Standard in Europa angenähert. Dies trifft namentlich seit der Revision von 2003 zu, als die Wettbewerbskommission die Kompetenz erhielt, bei fünf Formen von volkswirtschaftlich besonders schädlichen Wettbewerbsabreden und beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung schon bei einem ersten festgestellten Verstoß (und nicht erst bei Wiederholung der Tat) massive Kartellbussen zu verhängen. Angesichts der deutlich verschärften Sanktionsmöglichkeiten war vom Bundesrat 2003 auch eine Anpassung der Zusammensetzung der Wettbewerbskommission (Ausschluss von Interessenvertretern aus der WEKO) in die Vernehmlassung gegeben worden. Sie scheiterte aber am Widerstand der interessierten Kreise.

Seither haben eine erste Bewertung der Reformen von 1995 und 2003 durch die OECD 2005 wie auch eine umfassende Evaluation des KG stattgefunden, letzteres 2008/2009 in Erfüllung von Art. 59a KG (Evaluationspflicht nach 5 Jahren). Beide

Beurteilungen bestätigten, dass die institutionelle Entwicklung jener des materiellen Rechts und der Sanktionsmöglichkeiten bisher nicht gefolgt ist. Sie forderten ein kleineres Entscheidorgan mit höherem Beschäftigungsgrad und ohne Einsitznahme von Mitgliedern, die gleichzeitig als Organ oder Mitarbeiter wirtschaftlichen Interessenorganisationen angehören. Die Evaluationen ergaben auch Hinweise auf eine Reihe materiell-rechtlicher Punkte, die eine Verbesserung erfahren sollten.

1.2. Aktuelle Ausgangslage

Zur Revision des Kartellgesetzes (KG) wurden insgesamt drei Vernehmlassungen durchgeführt, zuerst zwei ordentliche (erste und zweite Vernehmlassung) und dann eine konferenzielle:

Am 30. Juni 2010 eröffnete der Bundesrat eine erste Vernehmlassung zur Revision des KG. Gestützt auf die in Artikel 59a verlangte und 2008/09 durchgeführte Gesetzesevaluation wurden eine Institutionenreform und verschiedene materiell-rechtliche Änderungen vorgeschlagen. Die Vernehmlassung wurde am 19. November 2010 abgeschlossen.

Im Schreiben vom 30. Juni 2010 an die Vernehmlassungsteilnehmenden kündigte der Bundesrat an, im Falle einer Annahme der Motion Schweiger (07.3856 "Ausgewogenere und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht") rasch eine zweite Vernehmlassung zum KG zu eröffnen. Am 21. September 2010 überwies auch der Ständerat die Motion mit der vom Nationalrat beschlossenen Änderung (einzig Sanktionsminderung, keine Sanktionsbefreiung für adäquate Programme zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen (Compliance-Regelung)). Die angekündigte zweite Vernehmlassung fand vom 30. März bis am 6. Juli 2011 statt.

Schliesslich entschied der Bundesrat am 17. August 2011, dass namentlich die beiden heute in Art. 5 Abs. 4 KG genannten Formen von Vertikalabreden verboten werden sollen, mit Rechtfertigungsmöglichkeit im Einzelfall. Am 23. September 2011 entschied er, zur Revision dieses Artikels eine konferenzielle Vernehmlassung durchzuführen. Diese fand am 5. Oktober 2011 statt, schriftliche Stellungnahmen konnten bis am 10. Oktober 2011 eingereicht werden.

2. Weiteres Vorgehen

Der Bundesrat hat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) am 16. November 2011 beauftragt, bis Anfang 2012 eine Botschaft zur KG-Revision auszuarbeiten. Im Zentrum der Botschaft sollen aufgrund der Ergebnisse der drei Vernehmlassungen folgende Elemente stehen:

2.1. Elemente aus der ersten Vernehmlassung

a) Stärkung der **institutionellen Unabhängigkeit (Institutionenreform)**: Nach dem heutigen Gesetz werden die wettbewerbsrechtlichen Entscheide durch eine unabhängige Entscheidkommission des Bundes - die Wettbewerbskommission - getroffen, die sich auf ein eigenes Sekretariat, das Sekretariat der Wettbewerbskommission, abstützen kann. Mit der Revision von 2003 haben die Entscheide der Wettbewerbskommission noch vermehrt quasi-strafrechtlichen Charakter angenommen. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten vermag nicht zu befriedigen, dass Verwaltungssanktionen in Millionenhöhe von einem Gremium gesprochen werden, in dem

Vertreter von Wirtschaftsverbänden Einsitz nehmen. Die bessere Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde ist in der Vernehmlassung auf grosse Zustimmung gestossen. Neu soll deshalb eine aus der Verwaltung herausgelöste Wettbewerbsbehörde (Untersuchungsbehörde in Wettbewerbsbeschränkungsfällen / Beurteilungsbehörde bei Fusionsvorhaben) geschaffen werden. Als Entscheidbehörde erster Instanz bei unzulässigen Wettbewerbsabreden und Marktmachtmissbrauch soll ein ins BVGer als Kammer integriertes Bundeswettbewerbsgericht eingesetzt werden.

b) **Verbesserung des Widerspruchsverfahrens:** Ein Unternehmen, das eine Verhaltensweise vor der Umsetzung den Behörden zur Prüfung vorgelegt hat, soll neu erst mit der Eröffnung einer förmlichen Untersuchung sanktioniert werden können und nicht wie bisher bereits mit der Eröffnung einer informellen Vorabklärung. Zudem muss nun bereits innerhalb von zwei Monaten seit Meldung ein Verfahren (Vorabklärung oder Untersuchung) gegen das meldende Unternehmen eröffnet worden sein, damit die mögliche Sanktion nicht endgültig entfällt. Die Unternehmen erhalten damit – im Sinne einer Erleichterung – in verbesserter Weise frühzeitig Rechtssicherheit über kartellrechtlich heikle Verhaltensweisen. Die Verbesserung im Widerspruchsverfahren wurde in der Vernehmlassung allgemein begrüsst.

c) Verschärfung der **Beurteilungskriterien bei meldepflichtigen Unternehmenszusammenschlüssen**, verbunden mit Erleichterungen für die Unternehmen bei Zusammenschlüssen mit internationaler Marktabgrenzung sowie im Bereich der Fristen (Angleichung an die Verhältnisse in der EU): Die Zusammenschlusskontrolle, die heute in der Schweiz erfolgt, hat sich als wenig wirksam erwiesen. Auch nach jüngster Praxis der WEKO bleibt festzuhalten, dass die seit 1995 unveränderte Zusammenschlusskontrolle wenig Wirkung bei der Verhinderung von hohen Marktkonzentrationen erzielte. Um wirtschaftlichen Machtballungen besser begegnen zu können, soll das Beurteilungskriterium deshalb neu geregelt werden. Bezüglich Beurteilungskriterien soll Variante 1 der Vernehmlassungsunterlage in die Botschaft aufgenommen und somit in der Schweiz der in der EU vorherrschende sog. SIEC-Test eingeführt werden (SIEC= Significant Impediment to Efficient Competition). Zusammenschlüsse können untersagt oder mit Auflagen und Bedingungen belegt werden, wenn der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führt, welche nicht durch Effizienzgewinne kompensiert wird. Im Unterschied zum Status quo erlaubt der SIEC-Test eine vollumfängliche Prüfung der negativen und positiven Effekte eines Zusammenschlusses. Die Stärkung und Vereinfachung der Zusammenschlusskontrolle wurde von der Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer begrüsst.

2.2. Elemente aus der zweiten Vernehmlassung

d) Gesetzliche Regelung der **Sanktionsminderung für adäquate Programme zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen** (sogenannte "Compliance"-Programme): Die Motion Schweiger wurde am 21. September 2010 an den Bundesrat überwiesen. Sie verlangt, dass die Unternehmen, welche ein hohes Anforderungsniveau genügendes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit einer reduzierten Verwaltungssanktion belegt werden. Zur Stärkung der Compliance-Anstrengungen der Unternehmen sollen im Kartellgesetz (KG) gleichzeitig Strafsanktionen gegen natürliche Personen im Fall ihrer aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern verankert werden. Die Revisionsvorlage wurde

von den Teilnehmenden im Allgemeinen nicht begrüsst. Die Mehrheit lehnte die Vorlage ab. Einzig die vorgeschlagene Einführung der Sanktionsminderung für Compliance-Programme auf Gesetzesesebene wird von einer kleinen Mehrheit der Teilnehmenden begrüsst. Daher hat sich der Bundesrat entschieden, nur das erste Anliegen der Motion Schweiger - eine sanktionsmindernde Berücksichtigung von Compliance-Programmen - in die Botschaft zu übernehmen. Dieses soll durch eine Ergänzung von Artikel 49a KG umgesetzt werden. Die gesetzliche Regelung soll so ausgestaltet werden, dass die Unternehmen nachweisen müssen, dass sie ein adäquates Compliance-Programm permanent betrieben und mit Nachdruck durchgesetzt haben.

2.3. Elemente in Umsetzung des Auftrags vom Bundesrat vom 17. August 2011

e) Anpassung des **Art. 5 KG**: Mit Beschluss vom 17. August 2011 hat der Bundesrat das EVD beauftragt, horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie vertikale Preisbindungen und Gebietsabschottungen per Gesetz zu verbieten, jedoch Rechtfertigungsmöglichkeiten zuzulassen. Das EVD hat dazu am 5. Oktober 2011 eine konferenzielle Vernehmlassung durchgeführt. Die Vorlage ist bei den meisten Kantonen, der Mehrzahl der Parteien, den Konsumentenorganisationen, einzelnen Wirtschaftsverbänden und bei der WEKO auf Zustimmung gestossen. Umgekehrt findet sie eine klare Ablehnung bei zahlreichen Wirtschaftsverbänden (weniger bei solchen, die Endabnehmer vertreten) und in Anwaltskreisen.

Gemäss Umsetzungsvorschlag des EVD soll der grundlegende Unterschied zum geltenden Recht darin bestehen, dass die Unzulässigkeit der besonders schädlichen horizontalen und vertikalen Abreden nicht mehr an deren ökonomischen Wirkungen anknüpft, also ihrer wirtschaftlichen „Erheblichkeit“, sondern am Typ der Abrede. Dazu sollen die fünf Formen von Abreden, die heute schon direkt sanktionierbar sind, per Gesetz für grundsätzlich unzulässig erklärt werden. Der Nachweis, dass sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, muss nicht mehr geführt werden. Auch diese Abreden sollen im Einzelfall aber zulässig bleiben, wenn sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind. Dass Rechtfertigungsgründe bestehen, wird vom Unternehmen, das diese Gründe geltend macht, nachzuweisen sein. Was sich grundsätzlich als Effizienzeinrede eignet, wird auf Stufe Verordnung oder Bekanntmachung konkretisiert werden, wobei zwischen horizontalen und vertikalen Abreden zu differenzieren sein wird.

f) **Stärkung des zivilrechtlichen Wegs**: Heute sind nach herrschender Lehre nur jene Wirtschaftsteilnehmer zur Klage berechtigt, die in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Durch Ausweitung der Klagelegitimation auf die Endkunden sollte die Unebenheit, dass diese ihren Schaden gestützt auf das Kartellrecht nicht geltend machen können, korrigiert werden. Dadurch, dass der Bundesrat gemäss BRB vom 17. August 2011 ein „per se“-Verbot für direkt sanktionierbare Abreden vorsieht, die Wettbewerbsbehörde schon aus Ressourcengründen aber nicht jeden Fall, der unter Art. 5 KG fällt, zeitgerecht wird aufgreifen können, ergibt sich ein neuer Beurteilungsgesichtspunkt. Die neue Situation spricht dafür, den zivilrechtlichen Weg auch für Endkunden zu öffnen. Neben den privaten Haushalten würden so auch öffentliche Haushalte klagelegitimiert, deren Legitimation im KG-Zivilverfahren als bisher nicht geklärt angesehen wird. Die Stärkung des zivilrechtlichen Wegs wurde in der ersten Vernehmlassung verhalten aufgenommen. Der Bundesrat ist jedoch der Ansicht, dass dieser Revisionspunkt angesichts der Bestrebungen für eine verbesserte Weitergabe der Wechselkursvorteile sinnvoll ist.

2.4. Nicht in die Botschaft aufgenommene Revisionspunkte

Folgende Revisionspunkte, die in den Vernehmlassungen vorgeschlagen wurden, werden nicht in die Botschaft aufgenommen:

- die in die erste Vernehmlassung gegebenen **zwei Varianten für eine Anpassung von Art. 5 KG**: Der Entscheid des Bundesrates, fünf Typen von horizontalen und vertikalen Abreden per Gesetz zu verbieten, hat die Vorschläge der ersten Vernehmlassung zur Anpassung von Art. 5 KG hinfällig gemacht.
- Erweiterung der **Möglichkeiten zur internationalen Zusammenarbeit**: Dieser Revisionspunkt hat bei den Vernehmlassungsteilnehmenden grosse Vorbehalte ausgelöst. Daher hat sich der Bundesrat entschieden, die Zusammenarbeit mit Wettbewerbsbehörden im Ausland nicht gesetzlich zu regeln. Dem Abschluss von Kooperationsabkommen mit anderen Staaten in Wettbewerbsbelangen soll der Vorzug gegeben werden.
- **Verfolgung von Mitarbeitenden**, die an Kartellverstössen beteiligt sind: Die Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmenden haben sich gegen die Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen ausgesprochen. Gewisse Teilnehmende befürchten, dass die Unternehmensführung die Verantwortung auf die Mitarbeitenden abschieben würde. Viele Vernehmlassungsteilnehmer haben auch darauf hingewiesen, dass das Kartellrecht im Missbrauchsfall den Wettbewerb wiederherstellen muss. Dabei müsse die Verhaltenskorrektur beim Unternehmen und dessen Sanktionierung weiterhin im Vordergrund stehen. Ausserdem sind nach Ansicht zahlreicher Kreise solche Sanktionen im Rahmen des KG bereits heute möglich. Der Bundesrat will dem schlechten Ergebnis der Vernehmlassung Rechnung tragen und wird deshalb in einem Bericht in Erfüllung der Motion Schweiger dem Parlament die Abschreibung des zweiten Teils des Vorstosses beantragen.

Kontakt/Rückfragen:

Aymo Brunetti, Leiter der Direktion für Wirtschaftspolitik, SECO, Tel. 031 322 21 40