



## Beilage 1

### Mediendokumentation zur

## Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes

Der Bundesrat hat am 22. Februar 2012 die Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes (KG) zuhanden des Parlaments verabschiedet. Die Revision des KG will im Interesse einer liberalen Marktordnung den Wettbewerb in der Schweiz intensivieren. Gleichzeitig ist die Rechtssicherheit zu stärken. Dazu sollen im Rahmen einer Institutionenreform das heutige Sekretariat der Wettbewerbskommission zu einer Wettbewerbsbehörde aufgewertet und die bisherige Wettbewerbskommission in eine gerichtliche Instanz übergeführt werden, die als Kammer ins Bundesverwaltungsgericht integriert wird. Die Revision trägt weiter der Entwicklung der europäischen Gesetzgebung Rechnung und sorgt somit für einen wettbewerbsrechtlichen Rahmen in der Schweiz, der den Bedürfnissen einer modernen Volkswirtschaft entspricht. Zu diesem Zweck sollen besonders schädliche Formen von Kartellabreden verboten werden, ausser sie liessen sich im Einzelfall aus Effizienzgründen rechtfertigen. Zudem sollen Zusammenschlüsse bereits dann untersagt oder mit Auflagen und Bedingungen belegt werden können, wenn der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führt. Im Gegenzug sollen Effizienzgewinne, die aus einem Zusammenschluss resultieren, in Zukunft bei der kartellrechtlichen Würdigung des Vorhabens stärker berücksichtigt werden.

### 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 auch seit der Teilrevision von 2003 zu, als die Wettbewerbskommission die Kompetenz erhielt, bei fünf Formen von volkswirtschaftlich besonders schädlichen Wettbewerbsabreden und beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bereits 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 im Jahr 2005 wie auch eine umfassende Evaluation des KG stattgefunden. Letztere 2008/2009 in Erfüllung von Artikel 59a KG (Evaluationspflicht nach fünf Jahren). In beiden Beurteilungen wird festgestellt, dass die institutionelle Entwicklung jener des materiellen Rechts und der Sanktionsmöglichkeiten bisher nicht gefolgt ist. Zur Behebung wird darin ein kleineres Entscheidorgan mit höherem Beschäftigungsgrad ohne Einsitznahme von Mitgliedern, die gleichzeitig als Organ oder Mitarbeitende wirtschaftlichen Interessenorganisationen angehören, gefordert. 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 KG verlangte und 2008/2009 durchgeführte Gesetzesevaluati-on wurden eine Institutionenreform sowie 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 «Ausgewogeneres 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 2011 bis am 6. Juli 2011 statt.

Schliesslich beauftragte der Bundesrat mit Beschluss vom 17. August 2011 das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD), «dem Bundesrat eine Revision des Kartellgesetzes vorzuschlagen, welche die heute in Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG enthaltenen Tatbestände [...] per Gesetz verbietet [...], jedoch Rechtfertigungsmöglichkeiten zulässt». Am 23. September 2011 beschloss er, zur Revision dieses Artikels eine konferenzielle Vernehmlassung durchzuführen. Diese fand am 5. Oktober 2011 statt.

## 2. Inhalt der Botschaft

Der Bundesrat hat das EVD am 16. November 2011 beauftragt, bis Anfang 2012 eine Botschaft zur KG-Revision auszuarbeiten. Die Botschaft enthält folgende Kernelemente:

2.1. Stärkung der **institutionellen Unabhängigkeit (Institutionenreform)**: Nach dem heutigen Gesetz werden die wettbewerbsrechtlichen Entscheide durch eine Behördenkommission des Bundes – die Wettbewerbskommission – getroffen, die ihre Entscheide unabhängig von Bundesrat und Verwaltung trifft und sich auf ein eigenes Sekretariat, das Sekretariat der Wettbewerbskommission, abstützen kann. Mit der Revision von 2003 haben die Entscheide der Wettbewerbskommission vermehrt quasi-strafrechtlichen Charakter angenommen. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten vermag jedoch nicht zu befriedigen, dass heute Verwaltungssanktionen in Millionenhöhe von einem Gremium gesprochen werden, in dem Vertreterinnen und Vertreter von Wirtschaftsverbänden Einsitz nehmen. Weiter gilt, dass die bessere Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde in der Vernehmlassung auf grosse Zustimmung gestossen ist – ein Gedanke, der die nachstehend geschilderte Institutionenreform leitet. Diese beinhaltet sowohl eine Aufwertung des Sekretariats der WEKO wie auch der Wettbewerbskommission selber.

Für die künftige Wettbewerbsbehörde (untersuchende Instanz), die aus dem Sekretariat der WEKO hervorgehen wird, wurde die Anstalt als die am besten geeignete Rechtsform befunden und gewählt. Diese Rechtsform erlaubt die Beibehaltung der funktionellen Unabhängigkeit von der Verwaltung, wie sie bisher der WEKO und ihrem Sekretariat zugekommen ist. Neben dieser Unabhängigkeit wird mit der Anstalt der öffentlich-rechtliche Charakter des Auftrages der Wettbewerbsbehörde unterstrichen. Denn die Wettbewerbsbehörde wird bei Zusammenschlussvorhaben aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit in Zukunft selber entscheiden. Sie nimmt darüber hinaus gegenüber Behörden und Unternehmen auch Beratungsfunktionen wahr, sodass ihre Aufgaben weit über diejenigen eines reinen Untersuchungsorgans hinausgehen.

Die bisherige WEKO wird zu einer gerichtlichen Instanz aufgewertet und als solche als Kammer ins Bundesverwaltungsgericht integriert. Bei der konkreten Ausgestaltung dieses Wettbewerbsgerichts sind Professionalisierung (im Sinne eines höheren Beschäftigungsgrades der Mitglieder des Entscheidorgans) und Wahrung des Praxisbezugs unter einen Hut zu bringen. Ein Teil des Entscheidorgans soll sich vollberuflich auf Kartellfälle und ihre rechtliche Würdigung konzentrieren können, während der andere Teil des Spruchkörpers den Bezug zur wirtschaftlichen Praxis und der ökonomischen Lehre sicherzustellen hat. Den ersten Aspekt (Professionalisierung) decken die Richterinnen und Richter ab, die bisher beim Bundesverwaltungsgericht Kartellrechtsfälle bearbeiteten. Sie werden diese Funktion bei der Beurteilung von Abreden zwischen Unternehmen und missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen neu nicht mehr als Beschwerdeinstanz wahrnehmen, sondern in erster Instanz, wodurch unter anderem der Beschwerdeweg verkürzt werden kann. Die Abdeckung des zweiten Aspekts (Praxisbezug) wird durch Zuwahl von Richterinnen und Richtern ans Bundesverwaltungsgericht erfolgen müssen, die sich einerseits über Erfahrung in der Leitung wirtschaftlicher Unternehmen und andererseits durch Kenntnisse der Wettbewerbsökonomie auszeichnen. Die hohen Unabhängigkeitsanforderungen, denen auch diese Richterinnen und Richter genügen müssen, schliessen in Zukunft eine Einflussnahme durch Verbände aus.

Mit dieser Organisation werden alle Vorgaben des Bundesrates für die Institutionenreform erfüllt. Namentlich beschleunigt sich die Prozedur vom Widerspruchsverfahren bis zum letztinstanzlichen Entscheid beachtlich, und dies ohne dass ein bedeutender finanzieller Mehraufwand entsteht.

**2.2. Verbesserung des Widerspruchsverfahrens:** Ein Unternehmen, das eine Verhaltensweise vor der Umsetzung den Behörden zur Prüfung vorgelegt hat, soll neu von zwei Vorteilen profitieren: Erstens muss nun innerhalb von zwei anstatt wie bis anhin fünf Monaten seit der Meldung ein Verfahren (Vorabklärung oder Untersuchung) gegen das meldende Unternehmen eröffnet worden sein, damit die mögliche Sanktion des gemeldeten Verhaltens nicht endgültig entfällt. Zweitens wird ein Unternehmen für dieses Verhalten erst ab der Eröffnung einer Untersuchung sanktioniert werden können und nicht wie bisher bereits ab der Eröffnung einer Vorabklärung. Die Unternehmen erhalten damit – im Sinne einer Erleichterung – früher und in verbesserter Weise Rechtssicherheit über kartellrechtlich heikle Verhaltensweisen.

**2.3. 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 (Zusammenschlussvorhaben Orange-Sunrise) 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. Namentlich soll in der Schweiz der in der EU vorherrschende sogenannte 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 marktbeherrschenden Stellung oder einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führt, die nicht durch Effizienzgewinne kompensiert wird. Im Unterschied zum Status quo erlaubt der SIEC-Test eine vollumfängliche Prüfung der negativen und positiven Effekte eines Zusammenschlusses.

Bis anhin werden Zusammenschlüsse internationaler Unternehmen oft parallel in verschiedenen Staaten gleichzeitig angemeldet und geprüft. Das verursacht einen zusätzlichen Aufwand für die Unternehmen und die Wettbewerbsbehörde, meist ohne dass das Verfahren in der Schweiz für den lokalen Wettbewerb einen Mehrwert bot. Letzteres ist insbesondere der

Fall, wenn die Märkte, auf denen die sich zusammenschliessenden Unternehmen aktiv waren, nicht national abgegrenzt werden mussten. Die vorgesehene Vereinfachung im Fall von internationalen Fusionen verringert den Ressourcenaufwand sowohl für die Unternehmen als auch für die Wettbewerbsbehörde. Unternehmenszusammenschlüsse in Märkten, die zumindest den EWR umfassen und die Schweiz einschliessen, sollen in Zukunft vor allem noch einer Meldepflicht, aber nicht mehr einer eingehenden Prüfung unterliegen, da sie ohnehin bereits von den EU-Instanzen beurteilt werden. Daraus ergibt sich eine Annäherung an die EU. Wo Märkte national abgegrenzt werden, erfolgt als Erleichterung für die Unternehmen eine Harmonisierung des Beurteilungskriteriums und der Fristen mit der EU.

2.4. Gesetzliche Regelung der **Sanktionsminderung für adäquate Programme zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen** in Unternehmen (sogenannte Compliance-Programme): Die Motion Schweizer (07.3856) wurde am 21. September 2010 an den Bundesrat überwiesen. Sie verlangt, dass die Unternehmen, die ein hohen Anforderungen genügendes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, bei trotzdem eintretenden Kartellrechtsverstössen mit einer reduzierten Verwaltungsanktion belegt werden. Die Behörden, beziehungsweise die Gerichte, werden von Fall zu Fall über den Umfang der Sanktionsreduktion urteilen müssen. Die administrativen Sanktionen sollen zur Wiederherstellung einer Situation mit korrektem Wettbewerb beitragen, d. h. zu einem Markt ohne Unternehmen, die durch unerlaubte Absprachen Gewinne abschöpfen. Die gesetzliche Regelung soll so ausgestaltet werden, dass die Unternehmen nachweisen müssen, ein adäquates Compliance-Programm permanent betrieben und mit Nachdruck durchgesetzt zu haben. In zahlreichen Fällen lässt sich mittels solcher Compliance-Programme ein unangebrachtes Verhalten seitens der Führungsspitze und der Angestellten in Kartellrechtsbelangen vermeiden.

2.5. **Teilkartellverbot für fünf Arten von besonders schädlichen Wettbewerbsabreden** (Anpassung von Art. 5 KG): Im Kontext des starken Frankens beschloss der Bundesrat am 17. August 2011, den Wettbewerb in der Schweiz zu stimulieren. Horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie vertikale Preisbindungen und Gebietsabschottungen sollen per Gesetz verboten, jedoch Rechtfertigungsmöglichkeiten zugelassen werden. Mit der Massnahme soll namentlich auch langfristig der Hochpreisinsel Schweiz entgegengewirkt werden, um an internationaler Wettbewerbsfähigkeit zu gewinnen. Sie rechtfertigt sich somit vor einem längeren Horizont als der aktuellen Frankenstärke und ist auch eine Antwort auf rechtsstaatliche Probleme, die mit der bestehenden gesetzlichen Regelung nach Artikel 5 KG aufgetreten sind.

Der grundlegende Unterschied zum geltenden Recht soll darin bestehen, dass die Unzulässigkeit der besonders schädlichen Arten von horizontalen und vertikalen Abreden nicht mehr an deren direkter ökonomischer Wirkung im Sinne einer wirtschaftlich erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung im konkreten Einzelfall anknüpft. Massgebend für Verbot und Sanktionierung soll sein, welcher Wettbewerbsparameter ausgeschaltet wird (Preiskonkurrenz, Importkonkurrenz usw.). Dazu sollen die fünf Typen von Abreden, die heute schon direkt sanktionierbar sind, per Gesetz für grundsätzlich unzulässig erklärt werden. Der Nachweis, dass Abreden dieser Art auch im konkreten Fall den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, wird nicht mehr geführt werden müssen. Die wirtschaftliche Tragweite wird jedoch bei der Sanktionsbemessung eine Rolle spielen. Diese Abreden sollen aber zulässig bleiben, wenn sie im Einzelfall aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind. Ist das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen in einem konkreten Fall nicht rechtsgenügend bewiesen, bleibt die Abrede allerdings unzulässig. Zur Klärung des Punktes, ob Rechtfertigungsgründe bestehen, werden die betroffenen Unternehmen schon aus eigenem Interesse aktiv beitragen müssen. Die Untersuchungsmaxime bleibt aber erhalten, was bedeutet, dass auch die Wettbewerbsbehörde mit eigenen Abklärungen dazu beitragen muss, mögliche Effizienzvorteile nachzuweisen, wobei Vergleichbares auch für das Wettbewerbsgericht gilt. Relevant wird diese Aufgabe der Wettbewerbsbehörde vor allem dann, wenn das Unternehmen nicht selber ge-

nügenden Zugang zu Marktdaten hat. Was sich grundsätzlich als Effizienzgrund eignet, wird auf Stufe Verordnung konkretisiert werden, wobei zwischen horizontalen und vertikalen Abreden zu differenzieren sein wird.

Die Anpassung vereinfacht und beschleunigt die Kartellverfahren. Einerseits entfällt die heute nötige Prüfung, ob die gesetzliche Vermutung zutrifft, dass diese fünf Typen von Abreden den Wettbewerb beseitigen. Dies wurde gerade bei Vertikalabreden in der Praxis sehr oft verneint. In der anschliessenden Einzelfallprüfung wird es nur noch um das Bestehen von Effizienzgründen gehen; dass die Wettbewerbsbeeinträchtigung im konkreten Fall tatsächlich auch erheblich war, wird künftig nicht mehr nachgewiesen werden müssen.

**2.6. 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 (Konsumenten) soll die Unebenheit, dass diese ihren Schaden gestützt auf das Kartellrecht nicht geltend machen können, korrigiert werden. Die erste Vernehmlassung vom Sommer 2010 führte noch zu einem unklaren Ergebnis in Sachen Stärkung des zivilrechtlichen Wegs. Dadurch, dass der Bundesrat gemäss Beschluss vom 17. August 2011 ein Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit für direkt sanktionierbare Abreden vorsieht, ergibt sich ein neuer Beurteilungsgesichtspunkt, denn die Wettbewerbsbehörde wird schon aus Ressourcengründen nicht jeden Fall, der unter Artikel 5 KG fällt, zeitgerecht aufgreifen können. Die neue Situation spricht dafür, den zivilrechtlichen Weg auch für Endkunden zu öffnen. Neben den privaten Haushalten werden so auch öffentliche Haushalte klagelegitimiert. Ob öffentliche Haushalte, wenn sie z. B. durch Absprachen bei öffentlichen Beschaffungen geschädigt wurden, nach dem geltenden Artikel 12 KG zur Erhebung einer Zivilklage legitimiert waren, ist umstritten.

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass dieser Revisionspunkt angesichts der Bestrebungen für eine verbesserte Weitergabe der Wechselkursvorteile wirkungsvoll ist. Er wird mit einer weiteren Neuerung unterstützt: Läuft ein Verwaltungsverfahren, steht von der Untersuchungsöffnung durch die Wettbewerbsbehörde bis zum rechtskräftigen Entscheid im Verwaltungsverfahren die Verjährung der zivilrechtlichen Forderungen still. So wird gewährleistet, dass ein allfälliges zivilrechtliches Verfahren auf den Erkenntnissen des Verwaltungsverfahrens aufbauen kann.