

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

11. März 2022

Stellungnahme Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu oben genannter Vorlage danken wir Ihnen. Unsere Stellungnahme bezieht sich insbesondere auf die Umsetzung der Motion Français (Art. 5 Abs. 1bis VE-KG). Mit den übrigen Änderungsvorschlägen der Vorlage sind wir einverstanden.

Die Motion Français, wonach ausdrücklich qualitative und quantitative Kriterien zur Beurteilung der Erheblichkeit hinzugezogen werden müssen, verlangt eine Korrektur der negativen Folgen des Gaba-Urteils, schafft Rechtssicherheit und senkt den Compliance-Aufwand für Unternehmen. Dennoch muss die Vorlage aus zwei Gründen überarbeitet werden.

Erstens trägt der Vorschlag dem Umstand wenig Rechnung, dass beide Kriterien gleichwertig beurteilt werden sollen. Zweitens sind die Ausführungen im erläuternden Bericht zu Art. 5 Abs. 1^{bis} VE-KG in weiten Teilen inhaltlich unzutreffend. Wir fordern, dass diese im Hinblick auf die anschliessende Botschaft dringend überarbeitet werden.

Qualität und Quantität müssen gleichwertig behandelt werden

Mit Artikel 5 Abs. 1^{bis} VE-KG soll das Erfordernis einer quantitativen Überprüfung der Erheblichkeit wieder hergestellt werden. Die vorgeschlagene Formulierung lässt jedoch zu viel Spielraum, indem quantitative Kriterien zwar berücksichtigt, ihnen aber weiterhin eine untergeordnete Rolle gegenüber qualitativen Kriterien zugewiesen werden kann.

Gerade weil es sich bei der Motion um eine ausdrückliche Korrektur des Gaba-Urteils¹ handelt, ist es im Interesse der Rechtssicherheit, dass das Erfordernis einer ausgewogenen Prüfung der beiden Kriterien auch explizit in die Formulierung aufgenommen wird.

Aus diesen Gründen fordern wir, Artikel 5 Abs. 1^{bis} VE-KG wie folgt zu ändern:

Art. 5 Abs. 1^{bis}

1^{bis} Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind immer qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Sie ist auf jeden Fall zu beurteilen.

¹ BGE 143 II 297.

Dringender Korrekturbedarf bei den Erläuterungen

Der erläuternde Bericht enthält im Zusammenhang mit der Umsetzung der Motion eine Vielzahl von inhaltlich unzutreffenden Aussagen. Diese müssen im Hinblick auf die Botschaft dringend korrigiert werden. Einige besonders kritische Aussagen werden im Folgenden diskutiert.

Die Motion 18.4282 verlangt die Rückkehr zu einer bewährten Praxis

Der Vernehmlassungsbericht legt nahe, dass eine mögliche Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) im Sinne der Motion 18.4282 negative Folgen sowohl für die Kartellbekämpfung als auch für die Gesamtwirtschaft hätte. Die Wettbewerbskommission (WEKO) wäre dann nicht mehr in der Lage, Kartellabreden effektiv zu bekämpfen. Das ist eine unnötige «Angstmacherei». Die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede unter Berücksichtigung von sowohl qualitativen als auch quantitativen Kriterien war die Norm, bis das Bundesgericht den Bundesgerichtsentscheid (BGE) Gaba vorlegte. Die Formulierungen der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) der WEKO von vor 2016 sind ein sehr klarer Beleg dafür. Aus den in der VertBek beschriebenen Richtlinien und Praktiken der WEKO geht eindeutig hervor, dass die Beurteilung einer Abrede im Einzelfall unter sowohl qualitativen als auch quantitativen Aspekten möglich ist. Die Aussage, eine wirksame Bekämpfung von schlimmen Abreden sei zwischen 1996 und 2016 unmöglich gewesen, trifft ebenfalls nicht zu. Die WEKO und die Gerichte haben zahlreiche schädliche Abreden zwei Jahrzehnte lang erfolgreich verhindert und dazu kommuniziert. Im Übrigen gestattet der BGE Gaba, da er vertikale Abreden betrifft, keine Änderung der Praxis bei der Beurteilung von horizontalen Abreden. Diese unglaublich weite Auslegung, welche die WEKO sich zu eigen gemacht hat, stellt das eigentliche Problem für eine gesunde Konkurrenz dar. Daher betonen die Unterzeichnerverbände der vorliegenden Stellungnahme, dass es nach der Änderung des KG im Sinne des oben dargelegten Vorschlags dringend notwendig sein wird, auch die Bekanntmachungen und Richtlinien der WEKO zu überarbeiten.

Ausserdem heisst es im Vernehmlassungsbericht, die Anwendung der Motion 18.4282 würde zu erhöhten Divergenzen mit dem Recht der Europäischen Union (EU) führen. Hierzu ist zu betonen, dass das EU-Recht Absicherungen vorsieht, die das schweizerische Recht seit dem BGE Gaba nicht mehr kennt. In diesem Zusammenhang untersagt das EU-Recht nur Beschränkungen, die «spürbare» Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, was insbesondere in der *Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung)*, der Europäischen Kommission konkretisiert wurde. Diese Praxis lässt sich mit dem Erheblichkeitskriterium vergleichen, das in der Schweiz bis zur Veröffentlichung des BGE Gaba/Elmex angewendet wurde. Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU enthalten analoge Absicherungen, beispielsweise in Deutschland das *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*. Somit erreicht der BGE Gaba statt einer Annäherung des schweizerischen an das EU-Recht das genaue Gegenteil, und die juristische Praxis in der Schweiz ist nun so unausgewogen und starr wie sonst nirgends in Europa.

Gaba-Urteil widerspricht Willen des Gesetzgebers

Bei den in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführten Tatbeständen wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet. Die Vermutung kann widerlegt werden. In der Folge stellt sich die Frage, ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird oder bloss unerheblich (Art. 5 Abs. 1 KG). Zur Beurteilung einer Wettbewerbsabrede erachtete es der Gesetzgeber als massgebend, «ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Nur wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt [wird], ist die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig»².

Der Gesetzgeber verlangt somit im Grundsatz, dass im Einzelfall neben den qualitativen Kriterien, welche sich aus dem Gesetzestext ergeben, auch quantitative Kriterien (z.B. Marktanteile, Umsätze, etc.) hinzugezogen werden.

In Bezug auf das Kriterium der Erheblichkeit hatte nun das Bundesgericht in Sachen Gaba festgestellt, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG dieses grundsätzlich erfüllen würden und es genüge, wenn Abreden den Wettbewerb beeinträchtigen könnten.³ Zur Entlastung der Verwaltung könne somit dann auf die Prüfung der quantitativen Kriterien verzichtet werden, wenn die Bestimmung der Erheblichkeit bereits nach qualitativen Kriterien aus dem Gesetzestext möglich sei.⁴

Diese Auslegung des Bundesgerichts widerspricht aber dem Willen des Gesetzgebers, welcher von einer grundsätzlichen Einzelfallprüfung nach qualitativen und quantitativen Kriterien bei der Bewertung der Auswirkungen einer Abrede ausging. Das Parlament bestätigte diese Ausrichtung ausdrücklich, als es 2014 den Entwurf zur Revision des KG prüfte und den Entwurf auf dieser Grundlage ablehnte.

Auch wenn bei der Widerlegung der Vermutung das Vorliegen einer Erheblichkeit «[i]n der Regel» zu treffen dürfte,⁵ lässt sich nicht daraus schliessen, dass diese ohne Einzelfallprüfung stattfinden darf.⁶

Die Absicht des Gesetzgebers war es gerade nicht, wie fälschlicherweise im erläuternden Bericht aufgeführt, die WEKO zu entlasten, indem auf eine differenzierte Erheblichkeitsprüfung verzichtet werden kann,⁷ sondern die Rechtssicherheit durch eine im Grundsatz zu erfolgende Einzelfallprüfung zu gewährleisten.

Faktische Beweislastumkehr durch Gaba-Urteil

Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede ist durch die WEKO zu beweisen. Mit dem Wegfall der Erheblichkeitsprüfung gemäss Erwägungen des Bundesgerichts in Sachen Gaba, verbleibt einzig zu prüfen, ob eine Abrede aus wirtschaftlichen Effizienzgründen gerechtfertigt ist (Art. 5 Abs. 2 KG). Bei der Beurteilung, ob solche Gründe vorliegen, verfügen WEKO und die Gerichte aber über einen grossen Ermessensspielraum, der kaum gerichtlich überprüft werden kann. Fehlen konkrete Beweise für

² Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995, 555.

³ BGE 143 II 297 E. 5.1-5.3 S. 313 ff. und E. 5.6 S. 325.

⁴ BGE 143 II 297 E. 5.2.1 f. S. 315 f.

⁵ BBl 1995, 565 f.

⁶ Vgl. auch Emch/Gottret, 376.

⁷ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 15.

die Rechtfertigungsgründe, tragen die betroffenen Unternehmen die negativen Folgen dieser Beweislosigkeit. Faktisch führt der Wegfall der Erheblichkeitsprüfung somit zu einer Umkehr der Beweislast zu Lasten der betroffenen Unternehmen. Die Aussage im erläuternden Bericht, wonach der Gaba-Entscheid keine Änderung der Beweislast zur Folge hat, ist deshalb falsch.⁸

Hohe Rechtsunsicherheit für Arbeitsgemeinschaften (ARGEs)

Das Sekretariat der WEKO hatte in der Vergangenheit stets betont, sie erachte ARGE «als typischerweise kartellrechtlich zulässig».⁹ Gemäss Vorlagenbericht spiele die Frage der Erheblichkeit und damit die Auswirkung des Gaba-Entscheid im Falle von ARGEs «praxisgemäss keine Rolle».¹⁰ Umgekehrt erhöhe die Motion die Rechtsunsicherheit, den Verwaltungsaufwand und liesse, im Widerspruch zum indirekten Gegenvorschlag der Fair-Preis-Initiative, gar eine „Abschottung des Schweizer Marktes“ zu.¹¹

Sämtliche Aussagen sind unzutreffend. Da die kartellrechtliche Beurteilung von ARGEs weder im Gesetz noch durch ein Bundesgerichtsurteil geklärt worden ist, besteht Rechtsunsicherheit. Die Zusicherungen des Sekretariats der WEKO entfalten keinerlei Rechtswirkungen. Auch war die Erheblichkeitsprüfung in der Vergangenheit sehr wohl Gegenstand bei der Beurteilung von ARGEs.¹² Weiter werden ARGEs neuerdings anhand einer komplizierten und für kleine Unternehmen nicht einfach erschliessbaren Methodik beurteilt.¹³ Würde die Erheblichkeitsschwelle durch die Motion Français wieder eingeführt, entstünde für Kleinunternehmen ein zusätzlicher Schutz vor unerwarteten Sanktionen. Zudem senkt das Anliegen der Motion den Aufwand für Behörden, da dank der Erheblichkeitsschwelle Bagatellfälle ohne aufwendige Sachverhalts- und Effizienzprüfungen ausgeschlossen werden können. Dagegen hat der Wegfall der Erheblichkeitsprüfung den Compliance-Aufwand gerade bei grundsätzlich zulässigen vertikalen Abreden massiv erhöht, weil die Abreden über eine komplexere Struktur verfügen und die besagten rechtlichen Unsicherheiten bestehen. Der indirekte Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative betrifft nur marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen.

Die Feststellung einer vorliegenden (relativen) Marktmacht setzt quantitative Analysen zwingend voraus, was gerade das Kernanliegen der Motion darstellt.

Wir nutzen die Gelegenheit ebenfalls, um auf ein für uns zentrales Anliegen zu verweisen. Der Ständerat hat in der Wintersession 2021 die von Hans Wicki eingebrachte **Motion 21.4189 «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz»** mit deutlicher Mehrheit angenommen. Sobald der Nationalrat die Motion ebenfalls annimmt, sollte ihr Anliegen umgehend umgesetzt werden.

⁸ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 15.

⁹ RPW 1/2021, S. 114 Rz. 150.

¹⁰ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 16.

¹¹ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 16.

¹² WEKO-Verfügung in Sachen „Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Untersuchung 22-0385

¹³ RPW 2021/1, S. 90 ff – Dauer-ARGE Graubünden.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die wohlwollende Berücksichtigung unserer Position.

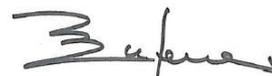
Unsere Mitglieder nehmen zusätzlich individuell Stellung.



Schweizerischer Gewerbeverband sgV
Hans-Ulrich Bigler, Direktor



Bauenschweiz
Cristina Schaffner, Direktorin



Constructionromande
Nicolas Rufener, Directeur