

## **Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich**

Sitzung vom 17. November 2010

### **1646. Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen; Teilrevision; Vernehmlassung**

Mit Schreiben vom 30. Juni 2010 lädt das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) die Kantonsregierungen ein, sich zur geplanten Teilrevision des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG [SR 251] bzw. rev. KG) vernehmen zu lassen.

1. Das Wettbewerbsrecht ist von zentraler Bedeutung für das Erreichen gesamtwirtschaftlicher Effizienz und damit für eine prosperierende Volkswirtschaft. Es ist geprägt von deutlichen Interessengegensätzen, wie dies beispielsweise aus den derzeit hängigen parlamentarischen Vorstössen auf Bundesebene hervorgeht (Erläuternder Bericht, Ziff. 1.1.4). Schon die Frage, ob das Wettbewerbsrecht den Wettbewerbern untereinander mit der Sicherstellung eines fairen Wettbewerbes dienen oder ob es Konsumentinnen und Konsumenten gegen missbräuchliches Verhalten von Anbietern schützen soll, wird kontrovers diskutiert. Beispielsweise bezweckt das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) die Gewährleistung eines lautereren und unverfälschten Wettbewerbs im Interesse *aller Beteiligten* (Art. 1). Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1). Zudem steht das Wettbewerbsrecht mit seinen Eingriffsmöglichkeiten in einem gewissen Spannungsfeld zu den Eigentumsrechten. Damit wird klar, dass der Gesetzgeber den Schwerpunkt nicht ausschliesslich auf die Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten gelegt hat. Jedenfalls liegt eine angemessene Regulierung des Wettbewerbsrechts im Interesse aller: der Unternehmen, der Bevölkerung und einer wettbewerbsfähigen starken Volkswirtschaft.

Wettbewerb ist dabei kein Selbstzweck. Wettbewerb bewirkt die bestmögliche Verteilung der gesamtwirtschaftlich vorhandenen Mittel und maximiert aus diesem Grund die Gesamtwohlfahrt. Ziel der Wettbewerbsgesetzgebung muss deshalb sein, dem Wettbewerb zu ermöglichen, dieser Rolle gerecht zu werden. Dabei ist zu beachten, dass sich Wettbewerb häufig in mehreren Dimensionen (z. B. Preis oder Qualität) abspielt, spontan und dynamisch ist und oft zwischen wenigen An-

bietern stattfindet. Dies bedeutet, dass die Wettbewerbsintensität nicht allein aufgrund von Strukturbetrachtungen (z. B. Marktanteile, Anzahl Anbieter im Markt) festgestellt werden kann. Beachtung ist auch der häufig zu beobachtenden Dynamik zu schenken: Oft ändern sich die Marktverhältnisse sehr rasch. Fehlinterventionen sind im Interesse einer marktwirtschaftlichen Ordnung zu vermeiden. Andernfalls liefe der Gesetzgeber Gefahr, Innovations- und andere Anreize zum Schaden des Landes zu verringern. Diese Problematik verdeutlicht insbesondere die Ambivalenz von Preiskämpfen: Sie können einerseits die Folge von funktionierendem Wettbewerb, andererseits aber auch ein Hinweis auf das Vorhandensein eines Kartells sein (Preiskampf als kartellinterner «Bestrafungsmechanismus»). Das Kartellgesetz soll dieser Komplexität des Wettbewerbes Rechnung tragen.

2. Das Kartellgesetz von 1995 wurde letztmals 2003 revidiert. Die seitherigen Erfahrungen veranlassen den Bundesrat, erneut eine Revision des Gesetzes in institutioneller und in materieller Hinsicht vorzuschlagen. Diesem Ansinnen kann nicht zugestimmt werden. Nachdem das Gesetz in der jetzigen Form erst wenige Jahre in Kraft ist, sich bisher keine schwerwiegenden Mängel gezeigt haben und sich eine Praxis dazu erst zu entwickeln beginnt, ist eine Revision im jetzigen Zeitpunkt verfrüht. Es ist daher ein Verzicht auf die Revision zu beantragen. Die Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen erfolgen nur für den Fall, dass die Revision weiter vorangetrieben wird.

3.1. In institutioneller Hinsicht werden eine Stärkung der Unabhängigkeit der entscheidenden Instanz, eine klare Aufgabenzuordnung sowie eine Verfahrensbeschleunigung vorgeschlagen. Anstelle der heutigen Wettbewerbskommission (Weko) soll eine eigenständige, von Bundesrat und wirtschaftspolitischen Interessen unabhängige Wettbewerbsbehörde sowie ein von dieser klar getrenntes Bundeswettbewerbsgericht gebildet werden, gegen dessen Entscheide der Weg ans Bundesgericht offensteht. Dies sei erforderlich, weil die bis anhin gelebte Einheit von Untersuchungs-, Anklage- und sanktionierender Instanz unbefriedigend sei. An die Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter würden hohe Anforderungen gestellt und damit die Unabhängigkeit von wirtschaftlichen und politischen Interessen sichergestellt. Zudem sollten Richterinnen und Richter mit unternehmerischen und volkswirtschaftlichen Kenntnissen an der Urteilsfindung mitwirken. Dabei sind gerade industrieökonomische Kenntnisse von grossem Vorteil bei der Beurteilung wettbewerbstheoretischer Sachfragen.

3.2. In materieller Hinsicht ist eine Verbesserung des Widerspruchsverfahrens geplant. Dies solle den Unternehmen ermöglichen, sich angesichts drohender Sanktionen frühzeitig Rechtssicherheit über kar-

tellrechtlich heikle Verhaltensweisen zu verschaffen. Sodann soll die Behandlung vertikaler Abreden differenzierter erfolgen. Die jetzige Regelung mit dem faktischen «per-se-Verbot» (Art. 5 Abs. 4 KG in Verbindung mit der «Vertikalbekanntmachung») sei einerseits zu rigide und blende andererseits die teilweise positiven Auswirkungen von Vertikalabreden auf die Gesamtwohlfahrt aus, die wirtschaftliche Effizienzgewinne bewirken könnten. Der Bundesrat legt zwei Varianten zur Stellungnahme vor (Erläuternder Bericht Ziff. 1.2.2): Gemäss Variante 1 soll die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung für bestimmte Vereinbarungen gestrichen werden. Gemäss Variante 2 soll die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung durch gewisse Vertikalabreden beibehalten bleiben. Beide Varianten seien im Einklang mit den Tendenzen und Forderungen der Ökonomie, alle Arten von vertikalen Vereinbarungen nicht an sich zu untersagen, sondern aufgrund ihrer Wirkung im Einzelfall zu beurteilen. Variante 1 ermögliche eine Einzelfallbeurteilung, während Variante 2 die Marktanteile in den Vordergrund rücke. Beide Varianten seien auch miteinander kombinierbar und weitere Entscheide der Weko sowie übergeordneter Gerichte in dieser Frage sollten berücksichtigt werden. Es sei denkbar, dass die weitere Entwicklung einen allfälligen Revisionsbedarf relativiere. Beide Varianten würden als zweckmässig erscheinen, wobei auch weitere Lösungen denkbar seien. – Es liegt deshalb nahe, auf einen Antrag in dieser sehr technischen – aber in ihren möglichen volkswirtschaftlichen Auswirkungen beachtlichen – Frage zu verzichten und einen Hinweis auf weitere Möglichkeiten anzubringen (siehe Disp. Ziff. I).

3.3. Im Weiteren soll die Zusammenschlusskontrolle gestärkt und vereinfacht werden. Hierzu sind Vorbehalte anzubringen.

3.4. Sodann soll die Kooperation unter den Wettbewerbsbehörden des In- und Auslandes ermöglicht werden. Dabei sollen die üblichen Kriterien für Amts- und Rechtshilfe (wie doppelte Strafbarkeit, Spezialitätenprinzip usw.) gewahrt bleiben. Der Rechtsschutz der von Untersuchungen betroffenen Unternehmen müsse im Interesse einer starken Schweizer Wirtschaft gewahrt bleiben. Schliesslich solle die Ausweitung der Klagelegitimation auf die Endkundschaft ermöglicht werden. Damit solle die «Unebenheit» korrigiert werden, derzufolge diese heute ihren Schaden aus Kartellen nicht geltend machen kann (Erläuternder Bericht, Übersicht, zweitletzter Absatz).

3.5. Die geplante Revision verursache auf Bundesebene Mehrkosten, was aber als für die volkswirtschaftlich wichtige Umsetzung einer qualitativ hochstehenden Wettbewerbspolitik in Kauf zu nehmen sei (Erläuternder Bericht Ziff. 3.1.). Auf die Kantone könnten wegen der –

allerdings gebührenpflichtigen – erweiterten zivilrechtlichen Klagelegitimation Mehrkosten zukommen, wobei erwartet werde, dass die meisten Fälle durch Vergleich erledigt würden und es nur selten zu einem Zivilprozess komme. Die Unterbindung von Kartellen, die von der Wettbewerbsbehörde nicht aufgegriffen würden, wohl aber von geschädigten Endkundinnen und -kunden, läge im Interesse der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Kantone (Erläuternder Bericht Ziff. 3.2.). Die wirtschaftlichen Akteure profitierten von mehr Rechtssicherheit und Klarheit hinsichtlich ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit. Die Revision der Beurteilungskriterien bei Zusammenschlusskontrollen würde zu mehr Wettbewerb in den Märkten führen. Internationale Zusammenarbeit werde ermöglicht, was erlaube, besser gegen zunehmend globalisierte Absprachen vorzugehen. Dies läge im Interesse der Nachfrager und jener Unternehmen, die sich kartellrechtskonform verhielten (Erläuternder Bericht Ziff. 3.3.2). Insgesamt würden die vorgeschlagenen materiellen Änderungen von volkswirtschaftlichem Nutzen sein und die Reform der Institutionen rechtsstaatliche, fachlich qualifizierte und rasche Verfahren sicherstellen (Erläuternder Bericht, Ziff. 3.3.3).

4. Zurzeit sind verschiedene parlamentarische Vorstösse zur vorliegenden Materie hängig, unter anderem die umstrittene Frage der Möglichkeit der Sanktionierung natürlicher Personen (Motion Schwegler, 07.3856). Dies zeigt die grosse wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Wettbewerbsrechts (Erläuternder Bericht, Ziff. 1.1.4).

5. Es ist abzusehen und liegt in der Natur der Sache, dass in diesem Vernehmlassungsverfahren die Interessenvertretung der Wirtschaft und der Verbraucherinnen und Verbraucher je aus ihrer Sicht deutlich unterschiedliche Standpunkte einnehmen werden. Der Kanton beurteilt das Vorhaben aus seinem Interesse an einer wettbewerbsfähigen starken, nicht übermässig regulierten Wirtschaft. *Anbieter* sollen sich mit einem guten Produkt oder einer guten Dienstleistung in einem mehrdimensional geführten Wettbewerb mit nur den unerlässlichen gesetzlichen Einschränkungen bewähren. Zudem soll das Wettbewerbsrecht Innovationsanreize nicht zu stark beschneiden. *Kundinnen und Kunden* haben das legitime Interesse, ihre Produkte und Dienstleistungen auf einem Markt zu beschaffen, der nicht durch Anbieter mit wettbewerbsbehindernden Massnahmen verzerrt wird – und dies erforderlichenfalls auch gerichtlich durchsetzen zu können. Beides liegt auch im volkswirtschaftlichen Interesse, wozu ein griffiges und konsequent angewendetes Wettbewerbsrecht einen wesentlichen Beitrag zu leisten vermag.

Auf Antrag der Volkswirtschaftsdirektion  
beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement,  
(Zustelladresse: Staatssekretariat für Wirtschaft, Direktion für Wirtschaftspolitik, Vernehmlassung KG, Effingerstrasse 1, 3003 Bern):

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Vernehmlassung über eine Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) und äussern uns wie folgt:

#### ***Ablehnende Grundhaltung***

Das noch junge Kartellgesetz sollte nicht bereits kurze Zeit nach der letzten Überarbeitung revidiert werden, zumal keine schwerwiegenden Mängel festgestellt wurden. Wesentliche Bestimmungen werden erst seit fünf Jahren angewandt. Die Gerichte sind erst seit etwa zwei Jahren damit befasst, eine Praxis zum geltenden Gesetz zu entwickeln. Es wäre falsch, die endlich in Gang gekommene Praxisentwicklung mit einer Gesetzesrevision zu unterbrechen. Auch in institutioneller Hinsicht ist eine Änderung nicht notwendig: Mit dem Bundesverwaltungsgericht, das über eine umfassende Kognition in kartellrechtlichen Verfahren verfügt, wird dem Erfordernis der Rechtsstaatlichkeit umfassend Genüge getan. Sodann sind bisher noch nie «sinnvolle Vertriebsvereinbarungen», wie sie sich aus den in allen Fällen durchgeführten Einzelanalysen ergeben, unterbunden worden; eine Änderung bezüglich der vertikalen Abreden ist somit nicht erforderlich. Ebenso drängt sich eine Verschärfung der Zusammenschlusskontrolle, die zu schweren Eingriffen in die Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit führen kann, nicht auf. Schliesslich sind gemäss dem bestehenden Auswirkungsprinzip die schweizerischen Behörden zuständig, auch bei Unternehmen mit Sitz im Ausland Auskünfte zu verlangen; eine besondere Rechtsgrundlage ist hierfür demnach nicht erforderlich. Wir fordern daher einen Verzicht auf die Revision.

Für den Fall, dass die Revision trotzdem weiter vorangetrieben werden sollte, legen wir Ihnen nachstehend unsere inhaltlichen Bemerkungen bzw. Änderungsvorschläge im Sinne eines Eventualantrags dar.

#### ***Vertikale Vereinbarungen (Erläuternder Bericht Ziff. 1.2.2)***

Wir bevorzugen keine der beiden Varianten. Prüfwert wäre auch die Beibehaltung von Art. 5 Abs. 4 KG in der jetzigen Form oder eine Modifizierung von Art. 5 Abs. 1 KG dahingehend, dass sich der Entscheid über die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede allein am Entscheid über die Frage der wirtschaftlichen Effizienz des Vorhabens orientiert.

***Unternehmenszusammenschlüsse (Erläuternder Bericht Ziff. 1.2.4)***

Diese Verschärfungen, die im Prinzip einer Harmonisierung mit dem EG-Recht entsprechen, sind zurzeit nicht angebracht. Die Regelungen in der EU sind strenger als in der Schweiz: In der EU genügt bereits eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs, während in der Schweiz eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs möglich sein muss, um einen Zusammenschluss zu untersagen oder nur unter Bedingungen oder Auflagen zu genehmigen (Art. 10 Abs. 2 KG). Die flexible Schweizer Regelung ist deshalb besser geeignet, tatsächlich volkswirtschaftlich schädliche Zusammenschlüsse, aber auch Fehlinterventionen, zu vermeiden. Das Argument, dass die Weko heute nicht berechtigt sei, einen Zusammenschluss zu untersagen, wenn dieser eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, vermag nicht zu überzeugen. Das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung ist bereits heute nach KG zulässig. Erst wenn diese marktbeherrschende Stellung missbraucht wird, kann die Weko einschreiten. Dieser Punkt sollte nicht geändert werden. Inhaltlich sollte deshalb nach wie vor die Beseitigung des Wettbewerbs zwingendes Kriterium für die Untersagung eines Zusammenschlusses bleiben.

Weiter findet die Tatsache keine Beachtung, dass sich die Märkte sehr viel dynamischer und spontaner entwickeln, als dies die Wettbewerbsbehörden erfassen können. Ein Unternehmen kann eine marktbeherrschende Stellung vielleicht während einer bestimmten Dauer aufrecht halten, aber diese Stellung später rasch verlieren. Zutreffend ist deshalb die Feststellung, dass sich die Marktverhältnisse zwischen Untersuchung und rechtskräftigem Urteil häufig stark veränderten (Erläuternder Bericht Ziff. 1.2.1).

Diese Vorbehalte sowohl gegen eine Übernahme von EG-Recht (Variante 1) als auch gegen das alleinige Kriterium der Marktbeherrschung (Variante 2) führen dazu, dass wir beide Varianten als unzumutbar erachten.

II. Mitteilung an die Geschäftsleitung des Kantonsrates, die Mitglieder des Regierungsrates sowie an die Direktion der Justiz und des Innern, die Bildungsdirektion, die Baudirektion und die Volkswirtschaftsdirektion.



Vor dem Regierungsrat  
Der Staatsschreiber:

Husi