

Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich

Sitzung vom 23. Februar 2022

300. Teilrevision des Kartellgesetzes (Vernehmlassung)

Mit Schreiben vom 24. November 2021 hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung die Kantonsregierungen zur Vernehmlassung über die Teilrevision des Kartellgesetzes (KG, SR 251) eingeladen.

Bereits 2012 hatte der Bundesrat eine Revision des Kartellgesetzes vorgeschlagen, doch scheiterte diese 2014 insbesondere an der vorgesehenen Institutionenreform und der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 KG betreffend unzulässige Wettbewerbsabreden. Der vorliegende Revisionsentwurf soll die Wirksamkeit des Kartellgesetzes verbessern und sich auf weniger umstrittene Revisionsthemen beschränken. Die Kernelemente der vorliegenden Revision bilden die Modernisierung der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle, die Stärkung des Kartellzivilrechts, die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens, die Einführung von Ordnungsfristen bei Verwaltungs- und Gerichtsverfahren, die Einführung von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren vor der Wettbewerbskommission (WEKO) und schliesslich die Umsetzung der Motion 18.4282 Français mittels Aufnahme qualitativer und quantitativer Kriterien bei der Beurteilung von harten Wettbewerbsabreden.

Wechsel des Standards bei der Zusammenschlusskontrolle

Die im KG vorgesehene Zusammenschlusskontrolle verfolgt einen präventiven Zweck und zielt darauf ab, künftige Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmenszusammenschlüsse zu vermeiden. Durch den vorgesehenen Wechsel vom heutigen qualifizierten Marktbeherrschungstest zum Significant Impediment to Effective Competition-Test (SIEC-Test) wird der Prüfstandard der WEKO bei der Zusammenschlusskontrolle an die internationale Praxis angepasst. Der grundsätzliche Unterschied zwischen dem bisher angewandten Test und dem neu vorgeschlagenen SIEC-Test liegt in der Höhe der Eingriffshürde. Während der Zusammenschluss unter dem geltenden Recht erst untersagt werden kann, wenn der wirksame Wettbewerb vollständig beseitigt ist, ist es mit dem SIEC-Test möglich, Unternehmenszusammenschlüsse bereits zu untersagen oder mit geeigneten Auflagen zu versehen, wenn sie zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führen. Mit der neuen Regelung werden Auswirkungen auf den Wettbewerb auch unter der Marktbeherrschungsschwelle bedeutend.

Der vorgesehene Wechsel des Prüfstandards ist mit mehreren Vorteilen verbunden. Zum einen stellt dieses Verfahren einen internationalen Standard dar, wodurch Doppelspurigkeiten bei internationalen Zusammenschlüssen vermieden werden können. Zum anderen hat eine Studie von Swiss Economics gezeigt, dass ein Wechsel ökonomisch gerechtfertigt ist. So besteht der Vorteil des SIEC-Tests auch darin, dass er nicht nur negative Effekte eines Zusammenschlusses beurteilt, sondern auch positive Effekte wie Effizienzgewinne. Insgesamt trägt der SIEC-Test zu einer besseren Beurteilung der Wohlfahrtseffekte bei als das aktuelle Beurteilungsregime.

Stärkung des Kartellzivilrechts

Bislang sind lediglich Unternehmen zur Einreichung einer zivilrechtlichen Klage bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen legitimiert. Die Teilrevision des Kartellgesetzes sieht nun vor, zivilrechtliche Klagen auch für Konsumentinnen und Konsumenten und staatliche Akteure zu öffnen, soweit diese Schaden aufgrund einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung erlitten haben. Eine Klagewelle dürfte aufgrund von zeitlichen und monetären Aufwänden, die auch auf die klagende Partei zukommen, insgesamt nicht zu erwarten sein. Die Neuregelung stärkt jedoch das Wettbewerbsrecht und verstärkt die Anreize für Marktakteurinnen und -akteure, gesetzeskonform zu handeln. Die Stärkung des Kartellzivilrechts ist deshalb zu befürworten.

Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Die gesetzliche Frist für das Widerspruchsverfahren soll von fünf auf zwei Monate verkürzt werden. Mit Blick auf die Planungs- und Rechtssicherheit ist die Verkürzung zu begrüßen, auch wenn sie einen höheren Personalaufwand bei den Wettbewerbsbehörden nach sich ziehen dürfte.

Einführung von Ordnungsfristen bei Verwaltungsverfahren

Verwaltungsverfahren können mehrere Jahre dauern und hohe Kosten für die Unternehmen und Gerichte verursachen. Der Bundesrat schlägt vor, die Höchstdauer des Verfahrens – ohne Berücksichtigung der Vorabklärung bis zu einer rechtskräftigen Verfügung über alle Instanzen – auf fünf Jahre zu beschränken. Daher sieht die Vorlage die Einführung von Ordnungsfristen auf der Grundlage des «comply or explain»-Prinzips (Vorschriften einhalten oder Abweichungen davon erklären) vor. Die Einführung von Ordnungsfristen ist im Sinne der Beschleunigung der Verfahren zu begrüßen, obwohl mit einem höheren Aufwand bei den Behörden und Gerichten zu rechnen ist.

Einführung von Parteientschädigungen

Mit der Einführung einer Parteientschädigung sollen Unternehmen für die Kosten im Verwaltungsverfahren im Fall eines für sie positiven Verfahrensausgangs Anspruch auf finanzielle Entlastung haben, wenn sie nicht für eine Untersuchungseröffnung verantwortlich sind. Laut Erläuterndem Bericht dürften die Sanktionseinnahmen deutlich über den zu erwartenden Entschädigungszahlungen liegen, sodass es durch die Einführung von Parteienentschädigungen zu keinem budgetären Defizit kommen sollte.

Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Im Entscheid in Sachen Gaba International AG (Gaba, BGE 143 II 297) hielt das Bundesgericht fest, dass die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten harten Wettbewerbsabreden (horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden oder vertikale Preisbindungen und absoluter Gebietschutz) in der Regel die Erheblichkeitsschwelle für die schädliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs erreichen. Liegen solche Abreden vor, wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG). Eine ökonomische Einzelfallbeurteilung wird darauf mittels der gesetzlich vorgesehenen Effizienzprüfung vorgenommen. Dabei wird im Einzelnen geprüft, ob die harte Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG im Ergebnis positive Wirkungen auf die wirtschaftliche Effizienz hat und dadurch als gesetzlich gerechtfertigt gilt oder nicht.

Die von den eidgenössischen Räten an den Bundesrat überwiesene Motion 18.4282 Français fordert, dass eine Einzelfallprüfung nicht erst bei der ökonomischen Effizienzprüfung stattfinden soll. Vielmehr soll zur Frage, ob eine harte Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, mittels qualitativer und quantitativer Kriterien bereits eine Einzelprüfung stattfinden. Die Überweisung der Motion war vor allem mit der Befürchtung verbunden, dass mit dem Bundesgerichtsentscheid in Sachen Gaba eine Rechtsunsicherheit bezüglich der Bildung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) vor allem im Bauwesen entstanden sei. Der Bundesrat lehnte die Motion ab und wies darauf hin, dass den Unternehmen die vom Gesetzgeber als hart bezeichneten Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG bekannt seien. Diese wüssten, dass solche Abreden, soweit sie nicht zu mehr wirtschaftlicher Effizienz führen, zu vermeiden seien. Der Bundesgerichtsentscheid habe an der genauen Prüfung jedes Einzelfalls nichts geändert. Die Einzelfallprüfung sei durch die ökonomische Effizienzprüfung nach wie vor garantiert. Im Erläuternden Be-

richt (S. 15) führt der Bundesrat bezüglich ARGE aus, dass eine Wettbewerbsabrede nur vorliege, wenn eine ARGE eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke oder bewirke (Art. 5 Abs. 4 KG). Bei der ARGE sei dies regelmässig nicht der Fall, da diese auch wettbewerbsverstärkend wirke. Im Gegenteil förderten Kooperationen in der Regel den Wettbewerb, indem sie erst ermöglichten, für ein bestimmtes Projekt zu offerieren und dieses durchzuführen. Daher stelle sich bei den ARGE die Frage der Erheblichkeit vom Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nicht.

Der Bundesrat hat die Forderung der Motion aufgenommen und mit Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG umgesetzt. Danach sind bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch horizontale und vertikale Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Der Bundesrat hat auf eine weniger strenge Umsetzung der Motion gesetzt und verzichtet auf die Einführung von fixen Schwellenwerten. Dabei darf nicht übersehen werden, dass mit der Einführung dieser gesetzlichen Vorgabe nicht nur Rechtsunsicherheiten für die Unternehmen verbunden sind, sondern auch wesentliche Mehrbelastungen für die Wettbewerbsbehörde und die Gerichte.

Im Gegensatz zu horizontalen Absprachen, die den Wettbewerb regelmässig erheblich beeinträchtigen, können vertikale Absprachen positive Auswirkungen auf die Gesamtwohlfahrt aufweisen und Effizienzgewinne bewirken. Ein faktisches Verbot von vertikalen Absprachen kann demzufolge negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Gesamtwohlfahrt haben und stellt deshalb in solchen Fällen einen unerwünschten Eingriff in das Funktionieren der Märkte dar. Es rechtfertigt sich daher eine unterschiedliche Behandlung von horizontalen und vertikalen Absprachen. Diesem Aspekt trägt die vorne erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung zu wenig Rechnung. Die Ergänzung von Art. 5 KG, wonach die Zulässigkeit einer Abrede mittels bestimmter Kriterien, namentlich auch quantitativer Art, beurteilt werden soll, ist daher grundsätzlich zu unterstützen. Jedoch ist es angebracht, dabei zwischen horizontalen und vertikalen Absprachen zu unterscheiden und zu beantragen, die Prüfung gemäss Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG lediglich bei vertikalen Abreden vorzusehen.

Ausstehende Reformschritte

Im vorliegenden Revisionsentwurf verzichtet der Bundesrat mit Blick auf die gescheiterte Revision des Kartellgesetzes 2014 auf eine Institutionenreform. Es wäre jedoch wünschenswert, auch die institutionelle Reform voranzutreiben, um die Unabhängigkeit der Wettbewerbskommission zu stärken. Gleiches gilt für die gesetzliche Verankerung einer straf-

mildernden Berücksichtigung von bestehenden Compliance-Programmen der betroffenen Unternehmen bei der Beurteilung von wettbewerbsrechtlichen Verfehlungen.

Gestützt auf diese Ausführungen ist der Revisionsvorlage unter Berücksichtigung des Vorschlags zu Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG zuzustimmen.

Auf Antrag der Volkswirtschaftsdirektion

beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, 3003 Bern (Zustellung auch per E-Mail als PDF- und Word-Version an wp-sekretariat@seco.admin.ch):

Mit Schreiben vom 24. November 2021 haben Sie uns die Vernehmlassungsvorlage zur Teilrevision des Kartellgesetzes unterbreitet. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und teilen Ihnen mit, dass wir der Vorlage grundsätzlich zustimmen und insbesondere die damit beabsichtigte Verbesserung der Wirksamkeit der Anwendung des Kartellgesetzes begrüßen. Hingegen haben wir zu Art. 5 Abs. 1^{bis} des Revisionsentwurfs folgende Bemerkungen:

Bei wettbewerbsrechtlichen Absprachen zwischen Unternehmen ist es wesentlich, zwischen horizontalen Abreden (also Unternehmen auf gleicher Marktstufe) und vertikalen Abreden (Marktteilnehmenden verschiedener Marktstufen) zu unterscheiden. Im Gegensatz zu horizontalen Absprachen, die den Wettbewerb regelmässig erheblich beeinträchtigen, können vertikale Absprachen positive Auswirkungen auf die Gesamtwohlfahrt aufweisen und Effizienzgewinne bewirken. Ein faktisches Verbot von vertikalen Absprachen kann deshalb negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Gesamtwohlfahrt haben und stellt in solchen Fällen einen unerwünschten Eingriff in das Funktionieren der Märkte dar. Es rechtfertigt sich daher eine differenzierte Behandlung von horizontalen und vertikalen Absprachen. Diesem Aspekt trägt die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus unserer Sicht zu wenig Rechnung. Die Ergänzung von Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG, wonach die Zulässigkeit einer Abrede mittels bestimmter Kriterien, namentlich auch quantitativer Art, beurteilt werden soll, ist daher grundsätzlich zu unterstützen. Jedoch beantragen wir, diesbezüglich zwischen horizontalen und vertikalen Absprachen zu unterscheiden und die Prüfung gemäss Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG lediglich bei vertikalen Abreden vorzusehen.

Mit Blick auf die 2014 gescheiterte Revision des Kartellgesetzes hat der Bundesrat vorliegend auf eine Institutionenreform verzichtet. Wir verstehen zwar diesen Beweggrund, bitten Sie jedoch, die Institutionenreform in den nächsten Revisionsschritten voranzutreiben, um eine klare

Trennung zwischen der Untersuchungs- und der Entscheidbehörde herzustellen. Zudem wäre bei der Zusammensetzung der Gremien auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen ökonomischem und juristischem Fachwissen zu achten und allgemein auf eine weitere Beschleunigung der Verfahren sowohl bei der Wettbewerbskommission als auch bei den Gerichten hinzuwirken. Gleiches gilt für die gesetzliche Verankerung einer strafmildernden Berücksichtigung von bestehenden und funktionierenden Compliance-Programmen von betroffenen Unternehmen bei der Beurteilung von wettbewerbsrechtlichen Verfehlungen. Bei Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen drohen Unternehmen Geldbussen bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dementsprechend bemühen sich Unternehmen verstärkt, Wettbewerbsverstöße durch organisatorische Massnahmen zu verhindern. Solche Compliance-Bemühungen der Unternehmen sollten von den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten entsprechend berücksichtigt werden können.

II. Mitteilung an die Geschäftsleitung des Kantonsrates, die Mitglieder des Regierungsrates sowie an die Volkswirtschaftsdirektion.



Vor dem Regierungsrat
Die Staatsschreiberin:

Kathrin Arioli