

Staatssekretariat für Wirtschaft seco
Direktion für Wirtschaftspolitik
Per Email
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Bern, 3. März 2022 sgv-Sc

Vernehmlassungsantwort Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgv über 230 Verbände und gegen 500 000 KMU, was einem Anteil von 99,8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Der sgv nimmt eine differenzierte Beurteilung der verschiedenen Inhalte dieser Teilrevision vor. Ausführliche Überlegungen dazu finden sich im Buch «25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick (herausgegeben von Henrique Schneider und Andreas Kellerhals, 2022, EIZ Publishing)».

Die zur Vernehmlassung unterbreitete Vorlage wird generell, auch vom federführenden Bundesamt, «kleine» Revision genannt. Der sgv schliesst sich dieser Benennung nicht an. Die aktuelle Vorlage umspannt viele Bereiche des Wettbewerbsrechts, darunter zwei zentrale Themen, die Erheblichkeit und die Zusammenschlusskontrolle. Darüber hinaus enthält die Vorlage Neuerungen wie etwa die Einführung von Ordnungsfristen und Parteienentschädigungen. Auch das ist alles andere als «klein». Der sgv hätte also bevorzugt, die Umsetzung der Motionen Français und Fournier jeweils in eigenen Vorlage zu behandeln. Deshalb gilt: Unabhängig wie die Vernehmlassungsantworten zu den anderen Regulierungen des Kartellgesetzes ausfallen, sind die vom Parlament überwiesenen Motionen auf jeden Fall umzusetzen.

Erheblichkeit, Art. 5 KG

Der sgv ist mit der Ergänzung von Art. 5 einverstanden. Allerdings ist die Vorlage in zweierlei Hinsichten zu ergänzen oder zu korrigieren.

Erstens ist der neue Absatz 1bis wie folgt zu ergänzen:

Art. 5 Abs. 1bis Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind immer qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Sie ist auf jeden Fall zu beurteilen.

Es ist ein zentrales Anliegen der Motion Français, auf die diese Ergänzung zurückgeht, dass die Erheblichkeit sowohl quantitative als auch qualitative umfasst. Entsprechend müssen sie auch beide

überprüft werden. Ein anderes Anliegen der Motion ist, die Einzelfallgerechtigkeit sicherzustellen. Das wird im vorgeschlagenen Text nicht berücksichtigt. Namentlich sagt der neue Absatz 1bis nichts zu seinem Verhältnis zur Fiktion der «per se Erheblichkeit» aus. Diese Fiktion widerspricht dem Gesetz, doch sie wird aktuell von Wettbewerbsbehörden und Gerichten angewendet. Das Anliegen der umzusetzenden Motion ist, diese gesetzeswidrige Fiktion zu eliminieren.

Mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Formulierung im Absatz 1bis wäre es weiterhin möglich, dass die Wettbewerbsbehörde an der Fiktion festhält und auf die Beurteilung der Erheblichkeit verzichtet, wenn sie als «per se» gegeben ist oder zu sein scheint. Diese Lücke ist nicht im Sinne der Motion. Entsprechend ist der neue Absatz zu ergänzen. Es muss auf der Gesetzesstufe klar sein, dass es auf jeden Fall eine Beurteilung der Erheblichkeit mit ihren qualitativen und quantitativen Kriterien braucht. Nur so ist Einzelfallgerechtigkeit sicherzustellen.

Zweitens sind die erläuternden Materialien dringend zu korrigieren, bevor sie als Botschaft veröffentlicht werden. Seite 15 des erläuternden Berichtes stellt mehrere unrichtige Behauptungen zur Erheblichkeit auf. Sie ist keinesfalls eine Bagatellschwelle, sondern eines der wichtigsten Elemente der ökonomischen Einzelfallgerechtigkeit. Die Prüfung der Erheblichkeit untersucht in qualitativer und quantitativer Weise die Ökonomik des Einzelfalles und nimmt daher in einer Missbrauchsgesetzgebung eine zentrale Rolle in der Fallanalyse ein. Die Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörde, bevor Gaba, hat gezeigt, dass die Vermutungen des Art. 5 Abs. 3 KG in der Regel durch den Nachweis von ausreichendem Aussen- oder Innenwettbewerb widerlegt werden kann. Einen solchen Nachweis ist nur dann möglich zu erbringen, wenn die Ökonomik des Einzelfalles durchgehend studiert wird. Ein solcher Nachweis ist ebenso unabhängig von Unternehmensgrössen zu sehen, sondern er kann in jedem Fall erfolgen. Deshalb muss er auch auf jeden Fall überprüft werden.

Darüber hinaus ist der Umgang mit der Erheblichkeit nach dem Bundesgerichtsurteil in Sachen Gaba alles andere als so eindeutig, wie der erläuternde Bericht es will. Das Bundesverwaltungsgericht zeigt sich in verschiedenen Fällen unentschlossen, wie mit der Erheblichkeit umzugehen. Einzelne Entscheide scheinen die Anforderungen an die Erheblichkeit insoweit zu lockern, als das Gericht in Richtung des Konzepts einer per se-Erheblichkeit tendiert. Noch in seinem BMW-Urteil argumentiert das Bundesverwaltungsgericht so: «Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, ist die Erheblichkeit einer Abrede grundsätzlich im Sinne der Praxis der Vorinstanz sowohl anhand qualitativer und als auch quantitativer Elemente zu ermitteln. Demnach erfolgt die Abwägung der beiden Kriterien einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Diese Praxis erfährt allerdings dort eine Einschränkung, wo, wie im vorliegenden Fall, besonders problematische Abreden wie Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu beurteilen sind. [. . .]. Wenn das Gesetz bei ihrem Vorliegen die Vermutung statuiert, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus davon auszugehen, dass sie sich auch erheblich auf den Wettbewerb auswirken». Doch in anderen Entscheiden scheint sich das Bundesverwaltungsgericht aber vom Konzept der per se-Erheblichkeit zu entfernen. Danach ist für den Nachweis der Erheblichkeit eine Prüfung der qualitativen und quantitativen Aspekte durch die untersuchende Behörde erforderlich. Das ist der Fall im Baubeschläge-Urteil. In Bezug auf eine horizontale Preisabsprache sagt das Gericht, dass es in der Schweiz keine per se-Erheblichkeit gibt. In der Schweiz ist das Kartellgesetz als Missbrauchsgesetzgebung anzusehen: «Im Zusammenhang mit der Frage nach dem rechtsgenügenden Nachweis von bestehendem Restwettbewerb gilt es an dieser Stelle ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass im Gegensatz zur EU, (...), in der Schweiz statt per se-Verboten eine Missbrauchsgesetzgebung gilt». «Folglich hat die Vorinstanz de lege lata in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird. Zum heutigen Zeitpunkt besteht im schweizerischen Kartellrecht somit keine per se-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt durch die Vorinstanz zu untersuchen sind». Im Altimum-Urteil, in dem es um eine vertikale Preisbindung geht, verweist das Bundesverwaltungsgericht auf den Sammelrevers-Entscheid des Bundesgerichts, wonach eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung nur dann vorliegen könne, wenn ein relevanter Wettbewerbsparameter (qualitativ) betroffen ist und die Beteiligten über einen erheblichen Marktanteil verfügen (quantitativ). Dabei

komme es auf eine einzelfallweise Beurteilung der beiden (qualitativen und quantitativen) Kriterien an. Da das Gesetz vermutet, dass eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG den Wettbewerb beseitigt, könne a majore ad minus auch vermutet werden, dass eine solche Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Das Bundesverwaltungsgericht betont aber, dass es nur zu einer Vermutung der Erheblichkeit kommen könne und nicht zu einer per se-Erheblichkeit. Deshalb könne nicht nur die (ausdrücklich im Gesetz vorgesehene) Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs, sondern auch die (durch Auslegung bestimmte) Vermutung der Erheblichkeit widerlegt werden. Im Fall Altimum schliesst sich auch das Bundesgericht dieser Betrachtungsweise an.

Zuletzt gilt es, die Behauptung der erläuternden Materialien, im Fokus der «Motion Français» stünden die Arbeitsgemeinschaften, scharf zurückzuweisen. Die wirtschaftliche Kooperation ist für alle Unternehmen in allen Branchen eine Option. Namentlich für KMU ist sie eine wichtige Option, in den Wettbewerb untereinander und mit grösseren Unternehmen zu treten. Wettbewerb und Kooperation schliessen sich nicht aus; oft verstärken sie einander. Die Option muss für alle Firmen jederzeit offenbleiben und darf nur bei bewiesenem Missbrauch untersagt werden.

Zusammenschlusskontrolle

Der sgv lehnt die vorgeschlagene Änderung ab. Es ist nicht klar, welchen praktischen Nutzen sie hat. Die Kosten einer solchen Änderung sind indes klar: Die Interventionsschwelle wird gesenkt und es erfolgen potenziell mehr ex ante Vorgaben der Wettbewerbshörde an die Teilnehmenden im Marktprozess. Das erhöht die Regulierungskosten und hat einen negativen Effekt auf den Wettbewerb.

Kartellzivilrecht

Der sgv ist mit den Änderungen einverstanden.

Widerspruchsverfahren

Der sgv ist mit den Änderungen einverstanden.

Ordnungsfristen

Der sgv ist mit den Änderungen einverstanden.

Parteientschädigungen

Der sgv ist mit den Änderungen einverstanden.

Institutionelle Reform

Die Reform der Wettbewerbsbehörde ist nicht Gegenstand dieser Revision. Verschiedene andere Organisationen der Wirtschaft werden aber diesen Punkt in ihren Vernehmlassungsantworten aufbringen. Der sgv ist nicht gegen eine ergebnisoffene Diskussion einer solchen Reform. Allerdings darf sie nicht auf Kosten der Praxis gehen, d.h. sie darf weder die Einzelfallgerechtigkeit noch den Einbezug von praktisch-erprobten Personen erschweren. Stattdessen wäre die heute praktizierte Formel «Unabhängig = Professor» zu hinterfragen. Die Vertreter der Forschung stehen weit weg von der Praxis und ganz fernab von Innovationen. Als Bundes- oder Kantonsangestellte sind sie alles andere als unabhängig. Auf jeden Fall darf eine solche Diskussion nicht die absolut dringende und wichtige Umsetzung der Motion Français verzögern.

Mit Nachdruck verlangt der sgv die Umsetzung der vom Parlament überwiesenen Motion Français. Selbst wenn die aktuelle Vernehmlassungsvorlage verzögert würde, wäre die Motion Français gesondert umzusetzen. Es ist darüber hinaus zu erwägen, die Anpassung an Art. 5 KG in einem Eilverfahren der gesamten, «kleinen», Revision vorzuziehen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sg



Hans-Ulrich Bigler
Direktor, e. Nationalrat



Henrique Schneider
stellvertretender Direktor