

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
Staatssekretariat für Wirtschaft
3003 Bern

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

10. März 2022

Ihr Kontakt: Ahmet Kut, Co-Generealsekretär, Tel. +41 31 311 33 03, E-Mail: schweiz@grunliberale.ch

Stellungnahme der Grünliberalen zur Teilrevision des Kartellgesetzes

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Vorlage und den erläuternden Bericht zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) und nehmen dazu wie folgt Stellung:

Grundsätzliche Position der Grünliberalen und allgemeine Beurteilung der Vorlage

Die Grünliberalen stehen zur liberalen Wirtschaftsordnung der Schweiz. Der Staat soll der Wirtschaft möglichst wenig Schranken auferlegen und auf funktionierenden Märkten einen gesunden Wettbewerb spielen lassen. In der Wettbewerbspolitik kommt ihm aber eine zentrale Aufgabe zu. Die Grünliberalen unterstützen deshalb seit Jahren Bestrebungen für ein griffigeres Wettbewerbs- und Kartellrecht.

Vor diesem Hintergrund begrüssen die Grünliberalen insbesondere die vorgeschlagene Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle sowie die Stärkung des Kartellzivilrechts. Demgegenüber sind die Vorschläge zur Umsetzung der Motion 18.482 Français abzulehnen.

Stellungnahme zu einzelnen Elementen der Vorlage

Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle:

Der Bundesrat schlägt vor bei der Zusammenschlusskontrolle vor, zum Significant Impedient to Effective Competition-Test (SIEC-Test) zu wechseln. Dadurch können Zusammenschlüsse untersagt oder mit geeigneten Auflagen versehen werden, die zu einer signifikanten Behinderung des Wettbewerbs führen. Heute ist die Eingriffsschwelle für die Behörden höher, da erforderlich ist, dass der Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb vollständig beseitigt.

Die Grünliberalen begrüssen diesen Vorschlag, da er den Schutz des wirksamen Wettbewerbs verbessern wird, gerade auch mit Blick auf die zunehmend digitalisierten Märkte. Da es sich um eine Angleichung an den in der EU verwendeten Test handelt, dürfte sich auch die grenzüberschreitende Zusammenarbeit vereinfachen.

Stärkung des Kartellzivilrechts:

Der vorgeschlagene Ausbau des kartellzivilrechtlichen Instrumentariums ist sinnvoll und zu begrüssen. Das schweizerische Kartellzivilrecht ist verglichen mit dem Ausland unterentwickelt. Entsprechende Prozesse sind in der Praxis sehr selten. Es ist Zeit, dass die endlich korrigiert wird.

Dass die Durchsetzung des Kartellrechts nicht nur der WEKO vorbehalten ist, sondern ein Stück weit auch den betroffenen Unternehmen und Konsument:innen überlassen wird, ist richtig. Die WEKO soll sich angesichts ihrer beschränkten Ressourcen auf die grossen Fälle konzentrieren können.

Widerspruchsverfahren:

Die Grünliberalen begrüßen, dass das Widerspruchsverfahren praxistauglicher und damit attraktiver gestaltet werden soll. Unternehmen können auf diesem Weg den Behörden geplante Verhaltensweisen, welche allenfalls als unzulässige und direkt sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft werden können, vor deren Umsetzung melden. Falls die Behörde nicht innerhalb der Widerspruchsfrist interveniert, entfällt für das Unternehmen das Sanktionsrisiko. Das schafft Rechtssicherheit.

Ergänzung von Art. 5 KG (Umsetzung der Motion François):

Die Grünliberalen haben die Motion François (18.4282) im Nationalrat abgelehnt und lehnen nun auch ihre gesetzliche Umsetzung ab. Sie würde zu einer Schwächung des Schweizer Kartellrechts führen.

Der Gesetzgeber hat in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG Absprachen bezeichnet, die vermutlich den wirksamen Wettbewerb beseitigen (harte horizontale und vertikale Absprachen). Auch wenn die Vermutung, dass der Wettbewerb beseitigt werden kann, widerlegt werden kann, bleiben diese Abreden immer noch sehr schädlich (aus ökonomischer und durch die Aufnahme ins Gesetz auch aus rechtlicher Sicht). Diese Absprachen sind aufgrund ihrer *Qualität* schädlich. Das Bundesgericht hat ausgeführt, dass bei den anderen Abreden (also nicht solche nach Abs. 3 und 4) sowohl qualitative als auch *quantitative* Elemente zu berücksichtigen seien, da in diesen Fällen der Gesetzgeber mangels ökonomischer Evidenz keine Kriterien festgelegt hat. Damit sind Absprachen, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, aber noch nicht unzulässig. Es erfolgt eine Prüfung im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG, d.h. die Möglichkeit für die betroffenen Unternehmen, die Absprache durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen (z.B. Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten).

Die Bundesgerichtsentscheide GABA und BMW, bei denen eine Abschottung des Schweizer Marktes mit der Folge von höheren schweizerischen Preisen zur Debatte stand, haben Rechtssicherheit hergestellt. Unternehmen wissen seither, wenn sie Absprachen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG tätigen, dass sie in jedem Fall problematisch sind. Sie können ihr Verhalten dementsprechend anpassen und gezielt nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen. Mit den Entscheiden GABA und BMW wird zudem das Verfahren wesentlich beschleunigt. Zu prüfen sind vor allem die Rechtfertigungsgründe. Früher wurde monatelang darüber gestritten, ob eine Abrede erheblich den Wettbewerb beeinträchtigt. Im Übrigen entspricht die geltende Regelung materiell auch dem EU Recht.

Weiter ist zu beachten, dass der vorgeschlagene Art. 5 Abs. 1 bis VE-KG den eben erst in Kraft getreten indirekten Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative unterlaufen würde (so auch der Bundesrat, erläuternder Bericht, S. 16 f.).

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in der Mo. François geäußerten Befürchtungen nicht zutreffen. ARGE sind zwar Verträge, aber in aller Regel wettbewerbsfördernd und keine Absprachen, welche den Wettbewerb beseitigen bzw. beeinträchtigen, es sei denn mit den Verträgen soll der Wettbewerb beseitigt oder beeinträchtigt werden.

Verfahrensfristen und Parteientschädigung (Umsetzung der Motion Fournier):

Die Grünliberalen haben die Motion Fournier (16.4094) im Nationalrat abgelehnt und lehnen nun auch ihre gesetzliche Umsetzung ab. Der Bundesrat schlägt vor, die Höchstdauer der gesamten Verfahrensdauer (ohne Vorabklärung) auf fünf Jahre zu beschränken. Kartellverfahren sind jedoch komplex – sowohl in sachverhaltlicher als auch rechtlicher Sicht. Die ganze Digitalisierung, mehrseitige Märkte etc. kommen erschwerend hinzu. Auch wenn es selbstverständlich grundsätzlich richtig ist, von den Behörden und Gerichten möglichst rasch rechtskräftige Entscheidungen zu erwarten, müssen die Anforderungen praktikabel bleiben.

Das Bundesverwaltungsgericht ist nach der Europäischen Rechtsprechung verpflichtet, aufgrund der strafrechtsähnlichen Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG eine volle Kontrolle des Sachverhalts und des Rechts vorzunehmen. Sie muss daher grundsätzlich die gleiche Arbeit wie die WEKO leisten. Insofern rechtfertigt es sich nicht, kürzere Fristen als für die WEKO zu verlangen (abgesehen davon hat sich die WEKO bereits in der Vorabklärung mit der Sache beschäftigen können).

Die Dauer der Verfahren wird nicht zuletzt auch durch die Parteien selbst beeinflusst. Nur die Beschwerdefrist ist gesetzlich vorgegeben. Die Fristen für Vernehmlassungen, Replik sind richterliche Fristen, doch verlangen Anwälte i.d.R. eine Verlängerung der Fristen. Das Replikrecht ist vorgegeben durch die EMRK. Sind auf beiden Seiten Private, verlängert sich diese Phase – vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht. Die Annahme, dass das Verfahren am Bundesgericht nur ein Jahr dauern wird, ist (leider) nicht realistisch.

Eine korrekte Beurteilung von Fällen vor Gericht verlangt, dass die Mitglieder der Abteilung mindestens die Beschwerden, die vorinstanzlichen Entscheide, Vernehmlassungen, Replik etc. durchlesen (je nachdem 500 bis 800 Seiten). Dazu sind die vorgeschlagenen Fristen zu kurz. Sind mehrere Kartellfälle gleichzeitig anhängig, ist dies nicht mehr möglich. Eine Priorisierung der Kartellrechtsfälle vor anderen Fällen ist zudem eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung.

Weiter sieht der Vorentwurf des Bundesrates eine Parteienschädigung für das erstinstanzliche Verwaltungsfahren vor. Eine solche ist nirgends sonst im Verwaltungsrecht vorgehen und würde daher zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung führen. Es gibt andere Fälle und Rechtsgebiete, die genauso komplex sind und die zudem Einzelpersonen und nicht Unternehmen betreffen. Eine Ausnahme nur für das Kartellrecht zu schaffen, ist daher nicht gerechtfertigt.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die Prüfung unserer Anmerkungen. Bei Fragen stehen Ihnen die Unterzeichnenden sowie unser zuständiges Fraktionsmitglied, Nationalrätin Kathrin Bertschy, gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Jürg Grossen
Parteipräsident

Ahmet Kut
Co-Generalsekretär