

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Bern, 28.02.2022 / CW
VL Kartellgesetzrevision

Per Email an:

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Vernehmlassungsantwort der FDP.Die Liberalen

Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihre Einladung zur Vernehmlassung oben genannter Vorlage danken wir Ihnen. Gerne geben wir Ihnen im Folgenden von unserer Position Kenntnis.

FDP.Die Liberalen ist einverstanden, dass das Kartellgesetz einer Revision bedarf, insbesondere nach dem 2014 gescheiterten Revisionsvorhaben. Aus diesem Grunde kritisiert die FDP, dass der Bundesrat sich anlässlich des aktuellen Revisionsvorhabens nur auf mehrheitsfähige Punkte beschränkt, unabhängig vom Ziel der Kartellgesetzrevision. Wir brauchen ein funktionierendes Kartellgesetz, welches auf die Aktualität eingeht und im Rahmen des EU-Rechts funktioniert. Und da kommt man nicht darum, das eine oder andere Problem konkret anzugehen. Wir beziehen uns hiermit auf die Institutionenreform und die Compliance Defence, die im Vergleich zur vorangehenden Revisionsvorlage nicht mehr Teil der Vorlage sind.

Anlässlich des letzten Revisionsvorhabens war die Institutionenreform für uns das Alpha und Omega der Vorlage, da sie eine konkrete Massnahme zur Stärkung des Kartellgesetzes darstellt. Gerade in institutioneller Hinsicht besteht weiterhin Handlungsbedarf, da es aus unserer Sicht rechtsstaatlich bedenklich ist, dass Verwaltungssanktionen in Millionenhöhe von einem Milizgremium gesprochen werden, in dem keine klare Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion besteht. Überdies bemängeln wir, dass die Compliance Defence nicht Teil der Vorlage ist. Mit strafmildernden Compliance-Programmen würden diejenigen Unternehmen belohnt, die sich nachweislich anstrengen, Kartelle zu vermeiden. In diesem Zusammenhang befürworten wir auch die Motion [21.4189](#) unseres Ständerats Wicki «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz», welche fordert, dass die in der Verfassung verankerte Unschuldsvermutung als Untersuchungsgrundsatz auch im Kartellgesetz in allen Fällen Anwendung findet.

Aufgrund dieser fehlenden Punkte können wir die Vorlage zum aktuellen Zeitpunkt nicht unterstützen und weisen sie an den Bundesrat zurück. Wir machen beliebt, wie bei der ebenfalls sehr komplexen Revision des Urheberrechts vorzugehen, sprich durch die Einsetzung einer Arbeitsgruppe mit Vertretern aller betroffenen Interessensgruppen.

Im Folgenden nimmt die FDP zu den vorgeschlagenen Grundzügen der Revisionsvorlage kurz Stellung.

Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle

Der Bundesrat schlägt vor, dass der heute von der WEKO angewandte qualifizierte Marktbeherrschungstest durch den in der EU verwendeten SIEC-Test (Significant Impediment to Effective

Competition) ersetzt wird. Damit sollen den negativen und positiven Auswirkungen von Zusammenschlüssen und der fortschreitenden Digitalisierung der Märkte mehr Rechnung getragen werden. Sofern sich der Mehraufwand für Behörden und Unternehmen in Grenzen hält, können wir dieser Änderung zustimmen. Wir begrüßen in diesem Zusammenhang zudem die Beseitigung von Doppelspurigkeiten bei Fällen, die bereits von EU-Instanzen geprüft wurden sowie eine Angleichung der Fristen und Verfahren an jene der EU.

Stärkung des Kartellzivilrechts

Mit diesem Revisionspunkt sollen im Sinne eines effektiven Wettbewerbsschutzes durch systemkonforme Änderungen Anreize zur zivilrechtlichen Klageerhebung geschaffen werden. Der Bundesrat nimmt hierzu die Elemente aus dem gescheiterten Revisionsvorhaben wieder auf. Um eine drohende Klageflut nach amerikanischen Verhältnissen zu vermeiden, welche mit ruinösen Auswirkungen für die Unternehmen verbunden wäre, sind wir mit der Ausdehnung der zivilrechtlichen Klagemöglichkeit auf alle von Kartellen Betroffenen nur unter der Bedingung einverstanden, dass lediglich klageberechtigt ist, wer einen finanziellen Schaden erlitten hat und dass eine Mehrfachbestrafung der Unternehmen (Stichwort Abschöpfung der Rente und Schadenersatz) vermieden wird.

Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Das Widerspruchsverfahren sieht vor, dass ein Unternehmen den Wettbewerbsbehörden geplante Verhaltensweisen, welche allenfalls als unzulässig und direkt sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft werden könnten, vor deren Umsetzung melden kann. Falls die Wettbewerbsbehörden nicht innerhalb der Widerspruchsfrist intervenieren, entfällt für das Unternehmen für die gemeldete Verhaltensweise das Sanktionsrisiko. Beide in der Vorlage unterbreiten Vorschläge zur Verbesserung des Widerspruchsverfahrens waren ebenfalls Gegenstand des vorherigen Revisionsvorhabens. Durch die Verkürzung des Widerspruchverfahrens von fünf auf zwei Monate sowie dadurch, dass neu nicht mehr die Eröffnung einer Voruntersuchung, sondern erst die Eröffnung einer formellen Untersuchung ein Sanktionsrisiko für Unternehmen mit sich bringt, wird die Planungs- und Rechtssicherheit für Unternehmen in Bezug auf potenziell kartellrechtlich heikle Verhaltensweisen jedoch nicht genügend verbessert. Wie bisher genügt innerhalb der Frist die Eröffnung einer Vorabklärung. Solange das Damoklesschwert einer zukünftigen Sanktionsdrohung (welche von einem Tag auf den anderen mit der Mitteilung einer Untersuchungseröffnung wieder auflebt) über Unternehmen schwebt, werden diese keine Umsetzungen vornehmen. Gerade bei Vorhaben mit erheblichen Investitionssummen (wie beispielsweise gemeinsame Produktion, Arbeitsgemeinschaften oder Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung) wäre es unvernünftig, Kooperationen umzusetzen bevor nicht klar ist, dass diese zulässig sind. Im Ergebnis besteht daher auch bei Umsetzung des Revisionsvorschlages die Gefahr, dass in allen nicht eindeutigen Fällen (und nur solche werden überhaupt gemeldet) in jedem Fall eine Vorabklärung eröffnet wird und diese Vorhaben somit faktisch während Jahren blockiert werden. Dies auch in Fällen, in denen die Wettbewerbsbehörden keine genügenden Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung sehen. Daher ist der bundesrätliche Vorschlag dahingehend anzupassen, wonach Art. 49a Abs. 4 Bst a E-KG ersatzlos gestrichen wird.

Einführung von Ordnungsfristen bei Verwaltungsverfahren

Am 5. März 2018 hat das Parlament die Motion [16.4094](#) Fournier „Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren“ teilweise bzw. die Forderungen eins und vier angenommen. Die erste Forderung verlangt, dass Fristen im Verwaltungsverfahren für die Gerichte eingeführt werden. Mit der vorgeschlagenen Festlegung der Höchstdauer der Verwaltungsverfahren auf fünf Jahre – gerechnet von der Eröffnung einer formellen Untersuchung (ohne Berücksichtigung der Vorabklärung) bis zu einer rechtskräftigen Verfügung über alle Instanzen – soll diese erste Forderung umgesetzt werden. In der parlamentarischen Beratung haben wir diese Forderung gutgeheissen und wir sind auch mit dem Umsetzungsvorschlag grundsätzlich einverstanden. Mit Blick auf die besondere Praxisrelevanz zeitnaher Entscheide v.a. in der Fusionskontrolle sollte zudem die Anwendung der aktuell geltenden gerichtlichen

Frist für die Behandlung von Zusammenschlussvorhaben (von maximal 4 Monaten) auch auf die Verfahren vor BVGer bei Fusionskontrollfällen geprüft werden.

Allgemeiner Hinweis: Weil Ordnungsfristen für Gerichtsverfahren nicht verbindlich und hinsichtlich der Gewaltentrennung nicht unproblematisch sind, sollte alternativ auch die Einführung einer Verjährungsfrist (ab Beendigung der Verhaltensweise bis zum Vorliegen eines erstinstanzlichen gerichtlichen Entscheids) geprüft werden. Dies würde (analog zum Strafverfahren) wirksamen Druck auf die involvierten Behörden und das Bundesverwaltungsgericht ausüben, innert nützlicher Frist Entscheide zu fällen.

Einführung von Parteienentschädigungen für die Kosten der Verwaltungsverfahren

Die vierte Forderung der obengenannten Motion Fournier [16.4094](#) fordert die Einführung von Parteienentschädigung auf allen Verfahrensstufen. Damit erhielten Unternehmen künftig die Möglichkeit, je nach Ausgang der betreffenden Verwaltungsverfahren für die oft komplexen, lang dauernden und aufwendigen Verwaltungsverfahren für die Verfahrenskosten entschädigt zu werden. In der Vorlage zur Kartellgesetzrevision wird auch die Umsetzung der vierten Forderung der Motion Fournier aufgenommen. Wir sind auch mit diesem Element einverstanden.

Revision von Artikel 5 KG

Die Motion [18.4282](#) unseres Ständerats François „Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen“ fordert die Präzisierung von Artikel 5 KG um die Rechtssicherheit für die Unternehmen zu erhöhen. Durch die vorgeschlagene Regelung zur Umsetzung der Motion würde auf gesetzlicher Ebene klargestellt, dass die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede stets anhand qualitativer und quantitativer Kriterien geprüft werden muss. Wir fordern, dass die Formulierung des Artikels 5 KG angepasst wird um die Verbindlichkeit besser zum Ausdruck zu bringen und um den Wortlaut der Motion aufzunehmen (Muss-Vorschrift).

Fazit

Wie eingangs festgehalten fehlen zwei wesentliche Punkte in der vorgeschlagenen Kartellgesetzrevision, sprich die Institutionenreform und die Compliance Defence. In Hinblick auf eine Revision, die tatsächlich einen Mehrwert bietet und massgeblich zur Stärkung des Kartellgesetzes beitragen würde, weisen wir diese Vorlage zurück und beantragen, dass der Bundesrat die Vorlage um diese beiden Punkte erweitert. Wir betrachten es als nicht zielführend, überall und immer die umstrittenen Punkte weglassen und quasi nur noch die unbestrittenen Punkte anzugehen.

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

Freundliche Grüsse
FDP.Die Liberalen
Der Präsident

Der Generalsekretär



Thierry Burkart
Ständerat



Jon Fanzun