

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

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.
Arbeitsgruppe Schweiz
c/o CORE Rechtsanwälte AG
Dufourstrasse 105
CH-8008 Zürich | Schweiz
Tel: +41 43 555 70 07
mario.strebel@core-attorneys.com

Zürich, 11. März 2022

Vernehmlassung zur Revision des Kartellgesetzes – Stellungnahme der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

A. Einleitung

- 1 Die Studienvereinigung Kartellrecht (**Studienvereinigung**) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 1'300 Anwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Diese beraten regelmässig Unternehmen und natürliche Personen in allen Bereichen des Kartellrechts und vertreten diese in Verfahren vor nationalen Wettbewerbsbehörden, der EU-Kommission sowie in Zivilrechtsstreitigkeiten. Sie verfügen deshalb in besonderem Masse über Erfahrung in der Anwendung des Kartellrechts auf nationaler und europäischer Ebene.
- 2 Die Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung (**Arbeitsgruppe Schweiz**) bedankt sich für die Gelegenheit, an der Vernehmlassung des Bundesrates bzw. des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO zur vorgeschlagenen Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (**Kartellgesetz, KG**) teilnehmen zu dürfen.
- 3 Nach einer zusammenfassenden Übersicht über die wesentlichsten Ergebnisse der vorliegenden Stellungnahme (Kapitel B) wird auf die Revisionspunkte im Einzelnen eingegangen (Kapitel C bis G). Die Stellungnahme folgt dabei grundsätzlich dem thematischen Aufbau des erläuternden Berichts vom 24. November 2021. Die Stellungnahme schliesst mit einer Auflistung und Erläuterung von weiteren wichtigen, im Entwurf zur KG-Teilrevision jedoch fehlenden Revisionsanliegen (Kapitel H). Das Inhaltsverzeichnis befindet sich auf der letzten Seite.

B. Zusammenfassende Übersicht

4 Die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Stellungnahme lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle (Kapitel C):
 - Einführung des SIEC-Tests: Die limitierte präventive Funktion der Schweizer Zusammenschlusskontrolle liegt in der Qualifizierung des Marktbeherrschungstests und dessen sehr hohen Eingriffshürde der Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung begründet. Falls die wettbewerbspolitische Entscheidung getroffen wird, die Eingriffskriterien zu verschärfen, wäre daher zu prüfen, ob der SIEC-Test oder ein einfacher Marktbeherrschungstest einzuführen ist. Die Möglichkeit, positive Effekte eines Zusammenschlussvorhabens bzw. entsprechende Effizienzen zu berücksichtigen, ist zu begrüßen. Dies ist jedoch nicht zwingend mit der Einführung des SIEC-Tests verbunden. Wird der SIEC-Test eingeführt, sollte sich der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit an dessen Konzeption im europäischen Recht orientieren und auf einen *Swiss Finish* verzichten.
 - Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ist wie bereits erwähnt zu begrüßen. Dabei ist darauf zu achten, dass an die entsprechenden Nachweise keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Die Anwendung eines "dynamischen Konsumentenwohlstandards" ist abzulehnen. Dabei handelt es sich um ein ökonomisch nicht etabliertes und überdies konturloses Konzept, das zu erheblicher Rechtsunsicherheit und einem unerwünschten *Swiss Finish* führen würde.
 - Die Stossrichtung, Doppelspurigkeiten in Fusionskontrollverfahren mit grenzüberschreitendem Charakter zu vermeiden oder reduzieren ist zu begrüßen. Die vorgeschlagenen Massnahmen sind aufgrund praktischer Schwierigkeiten aber nicht zielführend. Auf die vorgeschlagene Regelung in Art. 9 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} E-KG sollte verzichtet, stattdessen jedoch bereits bestehende Massnahmen konsequenter umgesetzt werden, um den Aufwand für Zusammenschlussvorhaben mit internationaler Dimension zu reduzieren.
 - Eine Annäherung des Fristenlaufs in der Schweiz und der EU ist grundsätzlich zu begrüßen. Zu beachten ist jedoch, dass diesem Bedürfnis über das *Timing* für die Einreichung der definitiven Meldung in der Schweiz bereits heute Rechnung getragen wird. Sollte eine Fristverlängerungsmöglichkeit gleichwohl eingeführt werden, muss klargestellt werden, dass diese nur zur Harmonisierung nicht parallel laufender Fristen in schweizerischen und ausländischen Verfahren möglich ist.

- Stärkung des Kartellzivilrechts (Kapitel D):
 - Die Absicht, die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts zu fördern, ist grundsätzlich zu begrüssen. Innerhalb der Arbeitsgruppe Schweiz werden einzelne Instrumente dieser Förderung jedoch unterschiedlich beurteilt. Zu begrüssen ist, dass eine bloss Bedrohung wirtschaftlicher Interessen für Zivilansprüche genügen soll. Letzteres ist jedoch explizit auf Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsansprüche zu beschränken. Im Rahmen der Förderung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts sollten auch potentiell negative Auswirkungen auf das Institut "Bonusmeldungen" berücksichtigt werden.
 - Die Verjährungshemmung ab der Eröffnung einer Untersuchung der WEKO bis zu deren rechtskräftigen Abschluss ist für die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts grundsätzlich förderlich und entspricht der Regelung in der EU. Vor dem Hintergrund, dass mit der Verlängerung der relativen Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubter Handlung auf drei Jahre den entsprechenden, berechtigten Bedenken Rechnung getragen wurde und eine Verjährungsunterbrechung mittels Betreibung oder Einholens einer Verjährungsverzichtserklärung bewirkt werden kann, kann hinterfragt werden, ob die Einführung der Verjährungshemmung zwingend notwendig ist. Soll das Verjährungsrecht entsprechend revidiert werden, sind dessen Grenzen gesetzlich klar zu regeln, insbesondere etwa hinsichtlich sequentiell-hybrider Verfahren.
 - Die Anrechnung von zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen an die Verwaltungssanktion ist sinnvoll. Nicht relevant sein darf jedoch die Freiwilligkeit einer solchen Leistung. Dies würde nur zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen. Zudem darf die Bestimmung des Umfangs einer Sanktionsreduktion nicht im Ermessen der WEKO und der Rechtsmittelinstanz liegen. Vielmehr ist die Sanktion exakt im Umfang geleisteter Ausgleichsansprüche zu reduzieren. Eine solche Lösung würde der Rechtssicherheit dienen. Schliesslich sollte auch dem Grundsatz von *ne bis in idem* dergestalt Rechnung getragen werden, dass durch weitere (nationale) Behörden für dieselbe Verhaltensweise ausgesprochene Bussen ebenfalls in vollem Umfang von einer Sanktion durch die WEKO in Abzug zu bringen sind.
- Verbesserung des Widerspruchsverfahrens (Kapitel E):
 - Der Revisionsbedarf des Widerspruchsverfahrens ist akut. Er hat seit der gescheiterten KG-Revision 2012 weiterhin erheblich zugenommen. Der Revisionsvorschlag verfehlt jedoch sein intendiertes Regelungsziel, Rechtssicherheit für die Unternehmen zu schaffen. Daher ist er trotz einer begrüssenswerten Tendenz abzulehnen.
 - Für ein effektives Widerspruchsverfahren sollte dieses so ausgestaltet werden, dass die Möglichkeit einer Sanktionierung für die gesamte Dauer einer allfälligen Untersuchung entfällt. Dafür sprechen auch rechtssystematische Gründe, allem voran aufgrund der bereits geltenden Bonusregelung.

- Einführung von Ordnungsfristen und Parteientschädigungen im Verwaltungsverfahren (Kapitel F):
 - Ordnungsfristen erscheinen weder in Gerichts- noch in Verwaltungsverfahren als angebracht. Es ist nicht davon auszugehen, dass diese überlange Verfahrensdauern tatsächlich verhindern. Sie können demgegenüber faktisch zu einer Beschneidung von Parteirechten führen. Deren Einführung ist daher abzulehnen. Hingegen können klare Verjährungsregeln überlangen Verfahren effektiv einen Riegel schieben. Deren Einführung erscheint vor dem Hintergrund des Strafcharakters kartellrechtlicher Sanktionen auch angezeigt. Alternativ könnte die Einführung einer Fristenregelung für die Dauer von Rechtsmittelverfahren im Rahmen der Fusionskontrolle in Betracht gezogen werden.
 - Die Einführung einer Parteientschädigung im Verwaltungsverfahren ist zu begrüssen. Die vorgeschlagene Regelung ist jedoch um weitere Formen der Verfahrensbeendigung zu ergänzen.
- Revision von Artikel 5 KG / Motionen Français und Wicki (Kapitel G):
 - Die Motion 18.4282 Français ist vor dem Hintergrund einer zunehmenden Entkoppelung des Kartellrechts von den tatsächlichen Marktverhältnissen zu sehen. Es wurden – von den Rechtsmittelinstanzen sogar befördert – zunehmend Vermutungen und Beweiserleichterungen zu Lasten der Rechtsunterworfenen erschaffen, welche die Wettbewerbsbehörden immer mehr von der Aufgabe entheben, die tatsächlichen Marktverhältnisse abzuklären. Diese Entkoppelung widerspricht dem verfassungsrechtlich verankerten Missbrauchsprinzip, denn dieses verlangt explizit tatsächliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen. Überdies beeinträchtigt sie die Rechtssicherheit und Rechtsvoraussehbarkeit: Das Kartellrecht findet insbesondere keine Entsprechung mehr im tatsächlichen Sachverhalt.
 - Die Umsetzung der Motion 18.4282 Français ist daher grundsätzlich zu begrüssen. Der Vorschlag des Bundesrates ist in zweierlei Hinsicht jedoch zu ergänzen: Einerseits ist klarzustellen, dass Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG nur vorliegen, wenn diese tatsächlich umgesetzt werden und unter den gegebenen rechtlichen und faktischen Umständen effektiv eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Andererseits ist in Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG zu konkretisieren, wie die quantitative und die qualitative Erheblichkeit zu bestimmen sind.
- Fehlende, noch zu berücksichtigende Revisionspunkte (Kapitel H):
 - Institutionenreform: Der bestehende institutionelle Aufbau der Wettbewerbsbehörden und das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren weisen nachweislich signifikante, rechtsstaatlich bedenkliche Mängel auf. Diese dürfen nicht für weitere Jahrzehnte fortgeschrieben, sondern müssen im Rahmen der aktuellen Revisionsvorlage angegangen werden. Dies betrifft vor allem die fehlende effektive Trennung von Untersuchungs- und Ankla-

gefunktion (Sekretariat) einerseits und Entscheidungsfunktion (WEKO) andererseits sowie ein Verfahrensrecht, das dem Strafcharakter kartellrechtlicher Sanktionen nicht gerecht wird, insbesondere aufgrund fehlender expliziter Regeln zum Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur*) und zum Unmittelbarkeitsprinzip.

- Zusammenschlusskontrolle: Im Rahmen der geplanten Teilrevision des KG noch zu berücksichtigen ist insbesondere eine Klarstellung hinsichtlich der fehlenden Meldepflicht für ausländische Gemeinschaftsunternehmen, die Streichung von Art. 2 Abs. 2 VKU betreffend die Neugründung von Gemeinschaftsunternehmen, eine engere Fassung von Art. 9 Abs. 4 KG sowie eine Harmonisierung der Definition betroffener Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU mit dem Europäischen Recht.
- Compliance-Massnahmen: In die geplante Teilrevision des KG aufzunehmen ist eine explizite gesetzliche Grundlage für die sanktionsbefreiende bzw. zumindest sanktionsmindernde Berücksichtigung von *Compliance*-Massnahmen.

C. Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle

I. Einführung des SIEC-Tests

- 5 Ob die materiellen Prüfkriterien des schweizerischen Fusionskontrollrechts durch Ersetzung des qualifizierten Marktbeherrschungstests verschärft und damit Wettbewerbsbehörden vermehrt Eingriffsmöglichkeiten gegeben werden sollen, ist eine wettbewerbspolitische Frage. Die zweifellos limitierte präventive Funktion der Schweizer Zusammenschlusskontrolle als Strukturkontrolle liegt in der Qualifizierung des Marktbeherrschungstests und dessen sehr hohen Eingriffshürde der Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung begründet. Falls die wettbewerbspolitische Entscheidung getroffen wird, die Eingriffskriterien zu verschärfen, wäre daher zu prüfen, ob der SIEC-Test oder ein einfacher Marktbeherrschungstest einzuführen ist.
- 6 Für einen einfachen Marktbeherrschungstest spricht die erhöhte Rechtssicherheit. Zum Begriff der Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG liegt relevante Behörden- und Gerichtspraxis vor. Demgegenüber ist der Begriff der signifikanten Behinderung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 1 E-KG unklar, insbesondere auch vor dem Hintergrund der vorgesehenen Einführung des neuen, ökonomisch nicht etablierten Konzepts des dynamischen Konsumentenwohlstands (vgl. Kapitel C.II). Die Lücke, die durch den SIEC-Test im Vergleich zu einem einfachen Marktbeherrschungstest geschlossen würde – Eingriffsmöglichkeiten bei unilateralen Effekten in oligopolistischen Märkten –, dürfte praktisch zudem nur wenige Fälle erfassen. Mit dem Marktbeherrschungstest lassen sich die Probleme kollektiver Marktbeherrschung ebenfalls lösen. Die Möglichkeit der Berücksichtigung positiver Effekte eines Zusammenschlussvorhabens bzw. entsprechender Effizienzen ist zu begrüßen. Die Einführung des SIEC-Tests erscheint hierfür aber nicht zwingend erforderlich. Bei entsprechender Gesetzesredaktion könnte dies auch mit dem einfachen Marktbeherrschungstest erreicht werden.
- 7 Wird der SIEC-Test eingeführt, sollte sich der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit an dessen Konzeption im europäischen Recht orientieren – und auf einen *Swiss Finish* verzichten. So hat das Gericht der Europäischen Union (**EuG**) kürzlich sinngemäss festgehalten, dass mit dem 2004 erfolgten Wechsel vom Marktbeherrschungs- zum SIEC-Test keine allgemeine Senkung der Eingriffshürde bezweckt war, sondern nur, aber immerhin die erwähnten Lückenfälle erfasst werden sollten, d.h. Fälle unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle.¹ Auch unter dem SIEC-Test haben die Wettbewerbsbehörden die von ihnen geltend gemachten Schadenstheorien im Einzelnen zu beweisen.²

II. Anwendung des dynamischen Konsumentenwohlstands-Standards

- 8 Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass Effizienzgewinne im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle berücksichtigt werden sollen. Der Nachweis an die Effizienzgewinne darf dabei nicht zu hoch angesetzt werden. Die Einführung eines sog. dynamischen Konsumentenwohlstands-Standards ist jedoch abzulehnen.

¹ EuG, Urteil T-399/16 vom 28. Mai 2020, Rz. 77-105 - *CK Telecoms UK Investments Ltd vs. Europäische Kommission*.

² EuG, Urteil T-399/16 vom 28. Mai 2020, Rz. 106-119 - *CK Telecoms UK Investments Ltd vs. Europäische Kommission*.

- 9 Das KG ist grundsätzlich auf die Gesamtwohlfahrt ausgerichtet. Folgerichtig, wie im Erläuternden Bericht angeführt, sollte dieser auch in der Fusionskontrolle zur Anwendung kommen. Friktionen zwischen der Fusionskontrolle und anderen Bereichen des KG könnten damit vermieden werden. Das KG stellt zu Recht auf die Gesamtwohlfahrt ab, da ein Schutz der Struktur des Wettbewerbs angestrebt und langfristig als vorteilhaft für die Gesamtwohlfahrt angesehen wird. Bei der Anwendung dieses Standards geht es darum, die Gesamtwohlfahrt der Produzenten- und Konsumentenrente zu maximieren. Auf die Verteilung der Wohlfahrt kommt es nicht an. Es können daher auch produktive Effizienzgewinne berücksichtigt werden. Bei der Anwendung eines Konsumentenwohlfahrts-Standards wäre demgegenüber entscheidend, ob die Konsumentenrente steigt. Bei gleichbleibenden Leistungen ist dies der Fall, wenn die Preise fallen. In der ökonomischen Diskussion wird daher meist die Gesamtwohlfahrt als vorzugswürdig angesehen, da diese mehr wohlfahrtserhöhende Entwicklungen ermöglicht.
- 10 Mit der Anwendung eines dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards scheint der Bundesrat einen Paradigmenwechsel in der Schweizer Fusionskontrolle vollziehen zu wollen, ohne dass dies durch die Einführung des SIEC-Tests zwingend nötig wäre. Die künftige Anwendung eines dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards ist daher insbesondere aus den folgenden Gründen abzulehnen:
- Die Zusammenschlusskontrolle wäre nicht mehr auf den Schutz des Wettbewerbs *per se* ausgerichtet und die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in benachbarten Märkten schwierig;
 - Eine Fokussierung auf die Konsumentenrente würde verhindern, dass produktive Effizienzgewinne berücksichtigt werden können. Nachhaltigkeitseffizienzen könnten im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle somit etwa nur noch erschwert dargelegt werden. Klimaziele können nachweislich aber nur erreicht werden, wenn es zu produktiven Effizienzgewinnen kommt. In Märkten, in denen ein Marktversagen besteht, da externe Effekte bei der Preissetzung nicht berücksichtigt werden, führen Industriekooperation oder -zusammenschlüsse allenfalls (kurzfristig) zu "höheren" Preisen, die gesamtwirtschaftlich jedoch (langfristige) Vorteile für die Konsumentinnen und Konsumenten (i.S.v. Abnehmern) bringen. Wird vom derzeitigen Gesamtwohlfahrtstandard abgewichen, könnten gesamtwirtschaftliche Wohlfahrtsgewinne im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nicht angemessen berücksichtigt werden, was die Transformation der Wirtschaft zu mehr Nachhaltigkeit behindert bzw. erschwert;
 - Mit der Einführung eines "dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards" würde vielmehr eine Schweizer Besonderheit (*Swiss Finish*) geschaffen, welche sich in dieser Art auch nicht im EU-Recht widerfinden würde. Was mit diesem Standard effektiv gemeint ist, erscheint denn auch unklar. Soweit ersichtlich folgt dieser, wenn überhaupt, keinem etablierten ökonomischen Konzept. Er stellt vielmehr eine konturlose Hybridform dar, dessen Anwendung zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen würde. Argumente, die Anwendung eines Gesamtwohlfahrtstandards sei praktisch schwierig und die Ermittlung der Produzentenrente zu aufwendig, sind zurückzuweisen.

- 11 Soll am dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standard festgehalten werden, ist klarzustellen, dass sich dieser grundsätzlich am Gesamtwohlfahrtsstandard zu orientieren hat und im Rahmen einer angestrebten "langfristigen Maximierung der Konsumentenwohlfahrt" insbesondere etwa auch Nachhaltigkeitseffizienzen berücksichtigt werden können.

III. Vermeidung von Doppelspurigkeiten mit europäischen Verfahren

- 12 Die Stossrichtung, Doppelspurigkeiten in Fusionskontrollverfahren mit grenzüberschreitendem Charakter zu vermeiden bzw. reduzieren ist zu begrüßen. Die vorgeschlagene Massnahme ist hierfür aufgrund praktischer Schwierigkeiten jedoch voraussichtlich nicht zielführend. Auf die im Entwurf zum KG (**E-KG**) vorgeschlagene Regelung (Art. 9 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} E-KG) ist daher zu verzichten.
- 13 Bei internationalen Fusionskontrollverfahren müssen in der Regel zahlreiche Meldepflichten und Verfahren in unterschiedlichen Jurisdiktionen geprüft und koordiniert werden. Keine der uns bekannten Jurisdiktionen stellt für die Meldepflicht massgeblich auf die räumliche Marktdefinition ab. Dies soll mit Art. 9 Abs. 1^{bis} E-KG offenbar geschehen. Für die Zusammenschlusskontrolle und insbesondere im Rahmen der Koordination internationaler Transaktionen ist für die beteiligten Unternehmen zentral, Rechtssicherheit in Bezug auf das Bestehen einer Meldepflicht und das Timing der Freigaben zu haben. Aufgrund der in der Regel entstehenden Zusatzkosten bei Verzögerungen des Vollzugs eines Zusammenschlussvorhabens sind daher Verfahrensregeln zu bevorzugen, welche diese Bedingungen erfüllen.
- 14 Mit den vorgeschlagenen Änderungen dürfte in vielen Fällen keine Erleichterung einhergehen. In der Praxis wird die Anwendung der vorgesehenen Ausnahmeregelung wohl oft daran scheitern, dass weder in der Schweiz noch auf europäischer Ebene eine gefestigte Praxis zur räumlichen Marktabgrenzung vorliegt. Diese wird von den Behörden mangels Relevanz für das Verfahrensergebnis letztlich regelmässig offengelassen.
- 15 Zur Klärung der Meldepflicht basierend auf einer räumlichen Marktabgrenzung wären umfangreiche Sachverhaltsabklärungen erforderlich, unter anderem mit Involvierung des lokalen Managements. Derart umfangreiche Abklärungen sind allem voran dann problematisch, wenn ein Zusammenschlussvorhaben (insb. zur Vermeidung von sog. *Leaks*) nur einem engen Personenkreis bekannt sein darf.
- 16 Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit müsste zur Klärung des Bestehens einer Meldepflicht ein Beratungsinstrument zur Verfügung stehen, das Unklarheiten in Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung und die Meldepflicht ausräumen kann. Es ist zwar denkbar, dies im Rahmen einer Sekretariatsberatung (Art. 23 Abs. 2 KG) zu versuchen. Die fehlende Bindungswirkung für die WEKO und die fehlenden Fristen für die Ausstellung einer solchen Beratung dürften deren Effektivität aber massgeblich hindern. Sollten die vorgeschlagenen Änderungen umgesetzt werden, müsste zusätzlich ein Beratungsinstrument geschaffen werden, das die WEKO bindet und den beteiligten Unternehmen innert kurzer Frist (max. 5-10 Tage) Rechtssicherheit zur Meldepflicht verschaffen kann.
- 17 Hinzu kommt, dass – anders als von Art. 9 Abs. 1^{ter} E-KG wohl vorausgesetzt – die Zuständigkeit der Europäischen Kommission (**EU-Kommission**) bei zahlreichen Zusammen-

schlussvorhaben keineswegs eindeutig feststeht. Dies liegt unter anderem an den zahlreichen Verweisungsmöglichkeiten. Nach der Europäischen Fusionskontrollverordnung (**FKVO**)³ kann – unter jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen – sowohl von der EU-Kommission an die mitgliedstaatlichen Behörden eine vollständige oder teilweise Verweisung erfolgen (Art. 4 Abs. 4 FKVO sowie Art. 9 FKVO) als auch von den Mitgliedstaaten an die EU-Kommission (Art. 4 Abs. 5 FKVO und Art. 22 FKVO). Insbesondere kann Art. 22 FKVO (sog. "niederländische Klausel") in der Weise zum Einsatz gebracht werden, dass ein Mitgliedstaat die Prüfung eines Zusammenschlusses durch die EU-Kommission selbst dann verlangen darf, wenn er selbst und in extremen Fällen sogar alle 27 Mitgliedstaaten der EU keine Prüfkompetenz nach ihren nationalen Fusionskontrollregeln besitzen. Die EU-Kommission hat bekanntlich Art. 22 FKVO zuletzt auch praktisch in dieser Weise verwendet.⁴ Entsprechende Leitlinien⁵ sowie Verlautbarungen der Wettbewerbskommissarin lassen eine zunehmende Verwendung dieses Mechanismus erwarten.⁶ Ein weiterer Unsicherheitsfaktor für die praktische Beurteilung der Zuständigkeit der EU-Kommission sind die der Anmeldung vorgelagerten, teilweise sehr lange dauernden informellen Vorverfahren mit der EU-Kommission (sog. "*Informal Guidance*"-Gespräche bzw. "*Prenotification*"). In Ausnahmefällen können diese über ein Jahr dauern, bevor eine Meldung erfolgen kann (oder eventuell auch unterbleibt). Die für die Schweiz angedachten Regelungen für eine Vermeidung von Doppelspurigkeiten mit europäischen Verfahren sollten all diesen Besonderheiten der europäischen Zusammenschlusskontrolle Rechnung tragen, damit die erhofften praktischen Vereinfachungen auch tatsächlich eintreten können.

- 18 Wenn das Sekretariat der WEKO (**Sekretariat**) zudem mittels formloser Mitteilung die Meldepflicht jederzeit wiederaufleben lassen kann, so besteht ein erhebliches Risiko für eine Verzögerung des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens bzw. eines Verstosses gegen das Vollzugsverbot. Betroffene Unternehmen werden diese Risiken nicht in Kauf nehmen und ein Vorhaben im Zweifel letztlich einfach anmelden.
- 19 Sollen die vorgeschlagenen Änderungen umgesetzt werden, ist im Interesse der Rechtssicherheit und Praktikabilität auf jeden Fall klarzustellen, dass:
 - die WEKO innerhalb von 10 Tagen nach Eingang der EU-Meldung feststellen muss, ob die Meldepflicht wiederauflebt und ansonsten von der Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 1^{bis} E-KG ausgegangen wird;
 - die Praxis der WEKO und der EU-Kommission zur räumlichen Marktabgrenzung für das Sekretariat der WEKO verbindlich ist;
 - Beratungsanfragen zur Frage der räumlichen Marktabgrenzung bzw. Meldepflicht innerhalb von 10 Tagen beantwortet werden müssen und die WEKO binden; und

³ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 Über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung").

⁴ Vgl. etwa das Verfahren M.10188, Illumina/Grail (weitere Informationen abrufbar unter : https://ec.europa.eu/competition/elo-jade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_10188 [letztmals abgerufen am 11. März 2022]).

⁵ Vgl. die Leitlinien vom 26. März 2021 "*Commission Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases*", abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/guidance_article_22_referrals.pdf (letztmals abgerufen am 11. März 2022).

⁶ Margrethe Vestager, The future of EU merger control, speech, 11.09.2020: "*So the time has come to change our approach. We plan to start accepting referrals from national competition authorities of mergers that are worth reviewing at the EU level – whether or not those authorities had the power to review the case themselves.*"; abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en (letztmals abgerufen am 11. März 2022).

- auch Zusammenschlussvorhaben, die nach Verweisungen an die EU-Kommission gemäss Art. 4 Abs. 5 oder Art. 22 FKVO in den Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Regelung fallen⁷ und dass auch hierfür eine Frist von 10 Tagen gilt (vgl. oben, erstes Lemma).
 - Schliesslich wäre zu überlegen, ob auch für Fälle, die originär in die Zuständigkeit der EU-Kommission fallen, jedoch (ganz oder teilweise) an EU Mitgliedstaaten verwiesen werden (Art. 4 Abs. 4 FKVO und Art. 9 FKVO), eine Meldung in der Schweiz entbehrlich ist.
- 20 Aufgrund der vorstehenden Bedenken sollte auf die Einführung der vorgeschlagenen Regelung in Art. 9 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} E-KG verzichtet werden. Dem Sekretariat stehen anderweitige, einfache Massnahmen zur Verfügung, um den Aufwand für Zusammenschlussvorhaben mit internationaler Dimension erheblich zu reduzieren. Eine Vereinfachung bei parallelen Meldungen in der Schweiz und bei der EU-Kommission könnte ohne Gesetzesänderung im Rahmen der Gesetzesanwendung oder durch eine Ergänzung von Art. 12 VKU umgesetzt werden. Das Sekretariat könnte im Meldeformular überdies klarstellen, dass regelmässig nur beschränkte Informationen verlangt werden, wenn parallel eine europäische Anmeldung eingereicht wird. Auch könnten in diesem Rahmen praktische Lösungsansätze für die beschriebenen Besonderheiten der europäischen Fusionskontrolle, etwa des informellen Vorverfahrens und der Verweisungsmöglichkeiten, aufgezeigt werden.

IV. Anpassung der Fristverlängerungen

- 21 Die vorgeschlagene Annäherung des Fristenlaufs in der Schweiz und in der EU ist grundsätzlich zu begrüssen. In der Praxis wird dem Bedürfnis nach zeitlicher Verfahrenskoordination aber bereits heute Rechnung getragen, indem die Einreichung der definitiven Meldung in der Schweiz oft so erfolgt, dass das Ende der Vorprüfung auf das Ende der Phase I des europäischen Verfahrens fällt.
- 22 Soll eine Fristverlängerungsmöglichkeit gleichwohl eingeführt werden, ist die Revisionsvorlage jedoch anzupassen. Die vorgeschlagene Regelung birgt aufgrund der in der Fusionskontrolle geltenden kurzen Fristen das Risiko, dass die Wettbewerbsbehörden die Fristverlängerungen regelmässig einverlangen, auch wenn keine Angleichung des Fristenlaufs erforderlich ist. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn aus Sicht der Behörde andere Gründe wie z.B. Personalmangel bestehen. Auch wenn die betroffenen Unternehmen grundsätzlich ihre Zustimmung zur Fristverlängerung geben müssen, bestünde die Gefahr, dass diese Behörde die Zustimmung *de facto* erzwingen könnte.
- 23 Um die dargestellten Risiken zu reduzieren, sind in Bezug auf Art. 32 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 4 E-KG die folgenden Klarstellungen vorzunehmen:
- Die Passage "mit Zustimmung der meldenden Unternehmen" sollte durch "auf Antrag der meldenden Unternehmen" ersetzt werden; und
 - "aus wichtigen Gründen" sollte durch "zur Angleichung des Fristenlaufs an ausländische Fusionskontrollverfahren" ersetzt werden.

⁷ Davon ist aufgrund des Wortlauts von Art. 9 Abs. 1^{bis} Bst. b E-KG wohl auszugehen.

- 24 Diese Klarstellungen stellen sicher, dass eine Fristverlängerung nur dann zur Anwendung kommt, wenn diese aufgrund der nicht parallel laufenden Fristen in schweizerischen und ausländischen Verfahren notwendig ist.

V. Änderungen bei Aufgreifschwellen: Transaktionswert und Verfahren

- 25 Dem Bundesrat ist zuzustimmen, dass in Bezug auf die Einführung eines neuen Aufgreifkriteriums des Transaktionswerts kein Handlungsbedarf besteht. Neben dem im Bericht angesprochenen Fehlen einer "Kontrolllücke" und dem daher unnötigen Aufwand (für Verwaltung und Unternehmen) entsprechender Meldeverfahren wäre die Einführung einer solchen Meldeschwelle auch mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden. So zeigt die Erfahrung in Ländern wie Deutschland oder Österreich (die im Gegensatz zu den anderen EU-Mitgliedstaaten eine solche Meldeschwelle eingeführt haben), dass der Wert der Gegenleistung als auslösendes Kriterium durchaus unklar sein kann; dies gilt beispielsweise bei *Earn Out*-Zahlungen, deren Höhe von der künftigen Unternehmensentwicklung abhängt, die aber für die Abklärung einer Meldepflicht in ihrem Wert auf den Vollzugszeitpunkt diskontiert werden müssen.
- 26 Art. 9 Abs. 5 KG soll insbesondere die Veränderung der Aufgreifschwellen nach Art. 9 Abs. 1-3 KG dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren entziehen, um eine Möglichkeit raschen Handelns zu schaffen. Diese Möglichkeit wurde bislang nicht genutzt. Eine Änderung der Aufgreifschwellen aufgrund der weiten, damit verbundenen Auswirkungen sollte dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren – und damit der Möglichkeit eines Referendums – unterstehen. Dies gilt aus rechtsstaatlichen Überlegungen, aber bereits auch aus dem Umstand, dass sich bislang kein (dringlicher) Bedarf für eine Änderung ergeben hat. Die vorgeschlagene Streichung dieser Bestimmung ist zu befürworten.

VI. Weitere Vorschläge zur Zusammenschlusskontrolle

- 27 Mögliche Gesetzes- bzw. Ordnungsänderungen, die betreffend die Zusammenschlusskontrolle im Rahmen der geplanten KG-Teilrevision in Betracht zu ziehen wären, werden unten in Kapitel H.II dargestellt.

D. Stärkung des Kartellzivilrechts

I. Vorbemerkungen

- 28 Die Absicht, die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts zu fördern, ist grundsätzlich zu begrüßen. Innerhalb der Arbeitsgruppe Schweiz werden einzelne Instrumente dieser Förderung jedoch unterschiedlich beurteilt.
- 29 Die zivilprozessualen Hürden im Kartellrecht sind nicht grundsätzlich höher als in anderen Rechtsgebieten. Relevant ist das Kartellzivilverfahren einerseits dann, wenn die WEKO im Rahmen ihres Aufgreifermessens Anzeiger aufgrund der aus Sicht der Behörde beschränkten Auswirkungen auf den Wettbewerb an die Zivilgerichte verweist. Dies dürfte aufgrund der bisherigen Verlautbarungen der Behörde insbesondere im Bereich des neuen Konzepts der relativen Marktmacht künftig vermehrt der Fall sein. Mangels einer Möglichkeit, im Rahmen von Verfahren vor der WEKO Schadenersatzansprüche geltend zu machen (vgl.

dazu aber Kapitel D.V unten), ist das Kartellzivilverfahren andererseits für Folgeklagen (*Follow-on* Klagen) von Bedeutung. Hinzu kommen Zivilverfahren zwecks Erlasses vorsorglicher Massnahmen, insbesondere vor dem Hintergrund der diesbezüglich restriktiven Praxis der WEKO. Für potentielle Zivilkläger wird die Anzeige bei der WEKO aufgrund der fehlenden Kostenrisiken und der Sachverhaltsermittlung durch die Wettbewerbsbehörden aber gleichwohl attraktiv bleiben.

- 30 Im Rahmen der Förderung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts sollten schliesslich potentiell negative Auswirkungen auf das Institut "Bonusmeldungen" berücksichtigt werden. Erfahrungen im Ausland zeigen, dass eine Stärkung des Kartellzivilrechts mit einem Rückgang an Selbstanzeigen einhergehen kann.⁸ Als wesentlicher Grund für die entsprechende Entwicklung in der EU und deren Mitgliedstaaten wird die Einführung der EU-Schadenersatzrichtlinie⁹ gesehen.

II. Ausdehnung der Aktivlegitimation

- 31 Dass neu alle von einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung Betroffenen, d.h. auch Konsumentinnen und Konsumenten zu Kartellzivilklagen legitimiert sein sollen, wird grundsätzlich begrüsst. Diese Entwicklung entspricht einem internationalen Trend. Ob diese Änderung für sich allein genommen eine grosse Wirkung haben wird, bleibt jedoch abzuwarten. Es ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass einzelne Konsumentinnen oder Konsumenten eine Kartellzivilklage anstrengen werden. Die Ausdehnung der Aktivlegitimation ist mit den geplanten Änderungen hinsichtlich des kollektiven Rechtsschutzes durch Erweiterung und Ergänzung der Verbandsklage und des kollektiven Vergleichs abzustimmen. Allfällige unerwünschte Auswirkungen (Aufbau eines übermässigen Vergleichsdrucks auf Beklagte) sind dabei zu vermeiden (vgl. Kapitel D.VII).
- 32 Begrüssenswert ist grundsätzlich auch, dass neu bereits eine bloss Bedrohung wirtschaftlicher Interessen für einen Zivilanspruch genügen soll. Allerdings ist diese Ausweitung auf Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsansprüche zu beschränken. Es wäre konzeptionell verfehlt, die Legitimation zur gerichtlichen Geltendmachung finanzieller Wiedergutmachung nur an das Vorliegen einer drohenden Beeinträchtigung der eigenen wirtschaftlichen Interessen zu knüpfen und auf den Nachweis einer tatsächlichen Beeinträchtigung zu verzichten. Diese Einschränkung sollte in Art. 12 E-KG entsprechend klargestellt werden.

III. Feststellungsanspruch

- 33 Die vorgesehene Einführung eines Feststellungsanspruchs ist aus rechtssystematischen Gründen zu begrüessen. Die praktische Bedeutung dieses Anspruchs dürfte aber gering bleiben.

⁸ Vgl. etwa LENA HORNKOHL, A Solution To Europe's Leniency Problem: Combining Private Enforcement Leniency Exemptions With Fair Funds vom 18. Februar 2022 (abrufbar unter <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/02/18/a-solution-to-europes-leniency-problem-combining-private-enforcement-leniency-exemptions-with-fair-funds/>; [letztmals abgerufen am 11. März 2022]).

⁹ Art. 10 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (**EU-Schadenersatzrichtlinie**).

IV. Verjährungshemmung

- 34 Zum Revisionspunkt der Einführung einer Verjährungshemmung bestehen innerhalb der Arbeitsgruppe Schweiz unterschiedliche Sichtweisen. Einerseits kann das vorgesehene Institut der Verjährungshemmung für die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts förderlich sein. Andererseits wurde mit der vor kurzem erfolgten generellen Verlängerung der relativen Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 60 OR von einem auf drei Jahre den berechtigten Bedenken in Zusammenhang mit einer verfrühten Verjährung von zivilrechtlichen Ansprüchen aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung in gewissem Ausmass Rechnung getragen. Zu berücksichtigen ist auch, dass eine Verjährungshemmung aufgrund der langen und variierenden kartellrechtlichen Verfahrensdauern zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führen kann. Mittels Betreibung oder Einholens einer Verjährungsverzichtserklärung kann eine Verjährungsunterbrechung überdies relativ problemlos erreicht werden. Demgegenüber entspricht die Hemmung bzw. Unterbrechung der Verjährung während laufenden Verfahren von Wettbewerbsbehörden bis zu deren rechtskräftigem Abschluss der Regelung in der EU bei einer zugrunde liegenden minimalen Verjährungsfrist von 5 Jahren.¹⁰ Vor diesem Hintergrund erscheint die Einführung einer zusätzlichen Verjährungshemmung ab der Eröffnung einer Untersuchung der WEKO bis zu deren rechtskräftigen Abschluss nicht zwingend, aber durchaus vertretbar.
- 35 Soll das Verjährungsrecht angepasst und eine Verjährungshemmung während laufender Untersuchung durch die WEKO eingeführt werden, sind deren Grenzen gesetzlich klar zu regeln. Beispielsweise bei sequentiell-hybriden Verfahren sollte die Verjährungshemmung mit Bezug auf eine involvierte Partei enden, sobald der Entscheid der WEKO gegen diese Partei rechtskräftig geworden ist. Die Verjährungshemmung sollte jedenfalls nicht andauern, bis der letzte Entscheid mit Bezug auf die untersuchte Verhaltensweise in Rechtskraft erwachsen ist.

V. Reduktion von Verwaltungssanktionen

- 36 Der Vorschlag in Art. 49a Abs. 5 E-KG, wonach eine von der WEKO ausgefallte Busse reduziert wird, wenn das sanktionierte Unternehmen zivilrechtliche Schadenersatz-, Genugtuungs- oder Gewinnherausgabebzahlungen geleistet hat, ist zu begrüssen.
- 37 Dabei ist zu berücksichtigen, dass Rechtsnatur und Zweck von (ausgefallten) Sanktionen und (gewährten) Zivilansprüchen verschieden sind:
- Bei der kartellrechtlichen Geldbusse handelt es sich um eine echte Strafe. Das vom Gesetzgeber damit verfolgte Ziel war Prävention mittels (repressiver) Abschreckung. Geschützt werden soll wirksamer Wettbewerb in der Schweiz.
 - Kompensiert ein Unternehmen, dem die Schädigung des wirksamen Wettbewerbs vorgeworfen wird, ein anderes (geschädigtes) Unternehmen, so handelt es sich hingegen um individuelle (reparatorische) Ausgleichsansprüche.
- 38 Während der Bussenrahmen bei Verwaltungssanktionen abstrakt ist und tatsächliche Auswirkungen im Markt praxisgemäss bei der Bussenberechnung unberücksichtigt bleiben,

¹⁰ Art. 10 Abs. 3 und 4 der EU-Schadenersatzrichtlinie.

werden Zivilansprüche nur insofern gewährt, als das ansprechende Unternehmen eine Differenz zwischen seinem Vermögen ohne und seinem Vermögen mit der Wettbewerbsschädigung geltend machen kann. Daraus ergibt sich aus der Perspektive des wirksamen Wettbewerbs in der Schweiz, dass die Verwaltungssanktion als Instrument den (tatsächlich) entstandenen Gesamtschaden wohl überkompensiert. Die Anrechnung von zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen an die Verwaltungssanktion ist daher sinnvoll.

- 39 Für die Anrechnung kann hingegen nicht von Bedeutung sein, ob der Ausgleichsanspruch freiwillig oder unfreiwillig geleistet wurde. Daraus ergäben sich nur schwierige Abgrenzungsfragen. Selbst die vergleichsweise Erledigung einer Zivilrechtsstreitigkeit erfolgt in der Regel nicht freiwillig, da ihr meist ein reguläres Verfahren vorangeht, das in einer (Vergleichs-)Empfehlung des angerufenen Gerichts mündet. Selbst aussergerichtliche Vergleiche werden von Unternehmen regelmässig nicht gänzlich freiwillig geschlossen, sondern aufgrund entsprechender Forderungen von Seiten der Geschädigten oder angesichts eines drohenden Ausschlusses von künftigen öffentlichen Vergaben bei fehlenden Kompensationsleistungen.
- 40 Nicht überzeugend ist sodann, dass die Sanktionsreduktion im Ermessen der WEKO und der Rechtsmittelinstanz liegen soll. Aufgrund des zuvor Erwähnten bzw. zwecks Korrektur der Überkompensation durch die Verwaltungssanktion sollte die Sanktion exakt im Umfang von geleisteten Ausgleichsansprüchen reduziert werden. Eine klare Regelung der Reduktionshöhe erscheint neben dem Aspekt der Rechtssicherheit auch deshalb geboten, weil – wie in Art. 49a Abs. 5 E-KG vorgesehen – die Reduktion der Sanktion nicht nur durch die WEKO, sondern auch durch die Rechtsmittelinstanz vorgenommen werden kann; wenn die Sanktionsreduktion im Ermessen der die Reduktion vornehmenden Instanz stünde, würde dem betroffenen Unternehmen im Fall einer erstmaligen Reduktion durch die Rechtsmittelinstanz der volle Instanzenzug verwehrt, um sich gegen eine zu geringe Sanktionsreduktion zur Wehr zu setzen. Um dem pönalen Charakter der kartellrechtlichen Sanktion und der Wirksamkeit des Instituts der Selbstanzeige Rechnung zu tragen, könnte im Gesetz eine bestimmte Mindestgrenze vorgesehen werden, die bei einer Sanktionsreduktion nicht unterschritten werden darf, beispielsweise in Höhe von 10% der Sanktion.
- 41 Weiter ist zu berücksichtigen, dass gemäss Art. 45 Abs. 1 der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) Auftraggeber ebenfalls die Möglichkeit haben, im Fall von unzulässigen Wettbewerbsabreden eine Busse in Höhe von bis zu 10% der bereinigten Angebotssumme aufzuerlegen. Um dem Grundsatz von *ne bis in idem* Rechnung zu tragen, sollte daher weiter vorgesehen werden, dass durch Dritte aufgrund derselben Verhaltensweise ausgesprochene Bussen ebenfalls in vollem Umfang von einer Sanktion durch die WEKO in Abzug zu bringen sind.
- 42 Ein Entscheid über zivilrechtliche Ausgleichsansprüche und/oder eine vergaberechtliche Busse dürfte oftmals erst ergehen, nachdem der Entscheid über die Verwaltungssanktion in Rechtskraft erwachsen ist. In solchen Fällen kann die Sanktion nur im Rahmen einer Revision reduziert werden. Sinnvollerweise sollte die Bestimmung zur Sanktionsreduktion daher festhalten, dass die Leistung von zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen durch ein sanktioniertes Unternehmen einen Grund zur Revision des Bussenentscheids darstellt.

43 Im Ergebnis sollte Art. 49a Abs. 5 und 6 E-KG wie folgt lauten:

Art. 49a Abs. 5 und 6 (neu)

⁵Richtet ein Unternehmen Ausgleichleistungen nach Art. 12 Buchstaben c und d aus, so reduziert die Wettbewerbskommission oder die Rechtsmittelinstanz auf ein Begehren dieses Unternehmens hin seine Belastung oder veranlasst die Rückerstattung im Umfang dieser Ausgleichleistungen, wobei die Höhe der Reduktion maximal 90 Prozent der zu reduzierenden Belastung beträgt. Dieser Anspruch auf Reduktion gilt als Revisionsgrund.

⁶Durch andere Stellen ausgesprochene Bussen wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden wie insbesondere durch Auftraggeber gestützt auf Art. 45 Abs. 1 IVöB oder entsprechendes kantonales Recht sind in vollem Umfang von der Sanktion in Abzug zu bringen. Dieser Anspruch auf Reduktion gilt als Revisionsgrund. Bei der Bemessung der maximalen Reduktion von 90 Prozent gemäss Abs. 5 ist auf den Betrag nach Abzug von Bussen gemäss diesem Absatz abzustellen.

VI. Formelle Anpassungen

44 Die Streichung von Art. 12 Abs. 2 und 3 KG und die Anpassung von Art. 13 E-KG an Art. 12 lit. B E-KG sind zu begrüssen.

VII. Rechtsdurchsetzung / kollektiver Rechtsschutz

45 Für das Kartellzivilverfahren von Relevanz sind auch bereits laufende parlamentarische Bestrebungen, die (kollektive) Rechtsdurchsetzung generell im Rahmen der ZPO zu stärken.¹¹

46 Der Bundesrat sandte am 10. Dezember 2021 zudem eine Botschaft betreffend die Durchsetzung ziviler Rechtsansprüche durch Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes an das Parlament.¹² Damit soll die bestehende Verbandsklage ausgebaut und künftig auch die Geltendmachung von Ersatzansprüchen ermöglicht werden. Die parlamentarischen Beratungen dieser Vorlage stehen derzeit noch aus.

47 Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes sind in der Schweiz grundsätzlich systemfremd.¹³ Aus kartellzivilrechtlicher Perspektive ebenfalls zielführend und angemessen, aber weniger einschneidend, wäre es, bereits existierende Instrumente zur Anspruchsbündelung gezielt zu stärken. Sollten neue Instrumente für einen weiter gestärkten kollektiven Rechtsschutz eingeführt werden, ist darauf zu achten, dass deren Ausgestaltung das grundsätzlich ausbalancierte Schweizer Zivilprozessrecht nicht unnötig gefährdet und insbesondere keine potentiell fehlgeleiteten kommerziellen Anreize geschaffen werden.¹⁴

¹¹ Einerseits hat dazu der Bundesrat am 26. Februar 2020 eine Botschaft an die Räte verabschiedet (Parlamentsgeschäft 20.026; vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?Affairid=20200026> [letztmals abgerufen am 11. März 2022], vgl. auch die Botschaft vom 26. Februar 2020 zur generellen Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung). Nachdem der Ständerat dieser Vorlage mit einigen Abweichungen bereits zugestimmt hat, wird sich der Nationalrat demnächst damit befassen müssen.

¹² Abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86344.html> (letztmals abgerufen am 11. März 2022).

¹³ Bei der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung im Jahre 2011 wurde die Notwendigkeit von Regelungen zum kollektiven Rechtsschutz noch ausdrücklich verneint.

¹⁴ Bereits die als "abgestimmt" bezeichneten Anpassungsvorschläge des Bundesrates können erhebliche Auswirkungen aufweisen. Beim Gruppenvergleich könnten gegen den Willen der Betroffenen Ansprüche aggregiert werden, um gegenüber Beklagten Druck aufzubauen: Unter-

E. Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

I. Akuter und gesteigerter Revisionsbedarf

48 Die dringende Revisionsbedürftigkeit des Widerspruchsverfahrens ist weitestgehend unbestritten. Dies erkennt der Erläuternde Bericht in zutreffender Weise an, wie im Grundsatz auch die Notwendigkeit für ein solches Verfahren. Zu wenig berücksichtigt bleibt dabei, dass das Bedürfnis nach einem effektiven, Rechtssicherheit vermittelnden Widerspruchsverfahren seit der gescheiterten KG-Revision 2012 aufgrund der nachfolgend aufgeführten Umstände weiterhin erheblich zugenommen hat:

- Rechtsunsicherheit bezüglich digitaler Geschäftsmodelle: Die Digitalisierung führt zu einer Vielzahl disruptiver, transformativer Geschäftsmodelle, die völlig neuartige kartellrechtliche Rechtsfragen aufwerfen. Gleichzeitig verlangen zunehmend dynamische Wettbewerbsprozesse von Unternehmen immer schnellere Geschäftsentscheide ab.
- Rechtsunsicherheit bezüglich Nachhaltigkeitskooperationen: Die Bekämpfung der Klimaerwärmung und Umweltzerstörung erfordern verstärkt auch Initiativen der Privatwirtschaft, insbesondere in Form von Nachhaltigkeits- und Umweltkooperationen. Wie jüngere Beispielfälle in der Schweiz und der EU zeigen, profitieren solche Kooperationen unter Umständen nicht von einem Nachhaltigkeitsprivileg und begründen allenfalls ihrerseits kartellrechtliche Risiken.
- Rechtsunsicherheit bezüglich Effizienzgründen: Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Gaba¹⁵ kommt der Effizienzrechtfertigung für die kartellrechtliche Beurteilung von Verhaltensweisen eine umso wichtigere Bedeutung zu. Ausgerechnet hierzu fehlt hinreichende bzw. Rechtssicherheit begründende Fallpraxis, nicht zuletzt aufgrund der faktischen Beweislastumkehr.
- Rechtsunsicherheit bezüglich direktsanktionierbarer Tatbestände: Durch eine vermehrt überschüssende bzw. weite Auslegung der Vermutungstatbestände nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie des Missbrauchstatbestandes nach Art. 7 KG haben diese ihre Begrenzungsfunktion in hohem Masse eingebüsst und sich abstrakten Gefährdungsdelikten angenähert.

49 Der Revisionsbedarf für das Widerspruchsverfahren hat somit akut zugenommen. Es besteht dringender Revisionsbedarf.

II. Der Revisionsvorschlag schafft keine hinreichende Rechtssicherheit und verfehlt daher das intendierte Regelungsziel

50 Der aktuelle Revisionsvorschlag entspricht inhaltlich grundsätzlich der Revisionsvorlage 2012. Im Kern soll die Rechtssicherheit für die Unternehmen dadurch erhöht werden, dass

nehmen könnten dadurch vermehrt gezwungen werden, selbst in aussichtsreichen Fällen aus Risikouberlegungen Vergleiche abzuschliessen. Die Verbindung des Gruppenvergleichsverfahrens mit dem ausgebauten Verbandsklagerecht und den Kostenerleichterungen zu Gunsten der Kläger könnte diese Tendenz weiter akzentuieren.

¹⁵ BGE 143 II 297 – Gaba.

erstens die Widerspruchsfrist von fünf Monaten auf zwei Monate verkürzt wird und zweitens das direkte Sanktionsrisiko erst ab Eröffnung einer formellen Untersuchung nach Art. 27 KG wiederaufleben soll.

- 51 Abweichend von der Revisionsvorlage 2012 sollen statt "*Wettbewerbsbeschränkungen*" nunmehr "*Verhaltensweisen*" gemeldet werden. Ferner entfällt die Belastung, wenn die Verhaltensweise gemeldet wird, bevor sie "*umgesetzt*" wird, statt "*Wirkung entfaltet*".
- 52 Durch die Verkürzung der Widerspruchsfrist und das Erfordernis der Untersuchungseröffnung wird der Kern der Rechtsunsicherheit nicht adressiert. Denn mit der Eröffnung einer Untersuchung schwebt über den betroffenen Unternehmen weiterhin für die gesamte Dauer der Untersuchung das Damoklesschwert einer einschneidenden Sanktion. Neuartige Kooperationsformen und andere Innovationen werden dadurch unnötig erschwert.
- 53 Der Revisionsvorschlag könnte sich sogar kontraproduktiv auswirken: Die Wettbewerbsbehörden könnten veranlasst sein, Vorabklärungen oder Untersuchungen aufgrund der Verkürzung der Widerspruchsfrist vorsorglich *in dubio contra reum* zu eröffnen und die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung aufgrund des entsprechenden Erfordernisses zu Lasten der Unternehmen zu senken.
- 54 Der Revisionsvorschlag verkürzt bzw. verringert zwar die initiale Dauer und weist somit in die richtige Richtung. Da das Sanktionsrisiko während der Dauer einer allfälligen Untersuchung unverändert fortbesteht, bleibt die Rechtsunsicherheit im Kern aber unadressiert.
- 55 Problematisch ist schliesslich, dass zur Sanktionsbefreiung die Meldung der Verhaltensweise nicht erst vor der Entfaltung allfälliger Wirkungen erfolgen muss, sondern bereits bevor diese umgesetzt ist. Damit werden die Hürden für die meldenden Unternehmen erhöht, indem der Zeitraum für eine potentielle Meldung unnötig vorverlegt wird. Hierfür ist kein anerkanntes Interesse ersichtlich.
- 56 Der Revisionsvorschlag zum Widerspruchsverfahren verfehlt sein Regelungsziel, Rechtssicherheit für die Unternehmen zu schaffen. Er ist daher trotz einer begrüssenswerten Tendenz abzulehnen.

III. **Alternativer Vorschlag: Verzicht auf Sanktionsandrohung für Dauer der Untersuchung**

- 57 Ein effektives, Rechtssicherheit vermittelndes Widerspruchsverfahren setzt zwingend voraus, dass auch für die Dauer der Untersuchung auf eine Sanktionsandrohung verzichtet wird. Es sind keine überzeugenden Gründe ersichtlich, weshalb das Wiederaufleben der Sanktionsandrohung zum Schutze des Wettbewerbs erforderlich sein sollte:
- Kooperatives Verhalten: Unternehmen zeigen mit ihrer Widerspruchsmeldung und der damit verbundenen Offenlegung potentiell kartellrechtlich problematischer Verhaltensweisen bereits ihre umfassende Bereitschaft zur Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden. Damit wird die behördliche Aufgreifmöglichkeit geschaffen. Ohne vollständige Sanktionsbefreiung im Widerspruchsverfahren bestünde zudem ein Wertungswiderspruch zur Bonusmeldung nach Art. 49a Abs. 2 KG. Bei letzterer kann die Erstanzeigerin über die sog. Feststellungskooperation selbst dann einen vollumfänglichen Sanktionserlass erlangen, wenn sie die Selbstanzeige

erst nach Untersuchungseröffnung einreicht. Ein Aufleben der Sanktion im Rahmen einer Widerspruchsmeldung rechtfertigt sich daher nicht. Mit einer Flut von Meldungen hinsichtlich offensichtlich unzulässiger Verhaltensweisen ist nicht zu rechnen. Sollte dies wider Erwarten der Fall sein, hätten die Wettbewerbsbehörden – wie nachfolgend unter anderem aufgezeigt – die entsprechenden Instrumente zur Hand, um Abhilfe zu schaffen.

- Möglichkeit der Anordnung sanktionsbewehrter vorsorglicher Massnahmen: Sollten die Wettbewerbsbehörden es zur Verhinderung von nicht leicht wieder gutzumachenden Schäden für den Wettbewerb tatsächlich für erforderlich erachten, bestünde die Möglichkeit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Diese wären im Falle einer Widerhandlung sanktionsbedroht. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen könnten Beschwerden die aufschiebende Wirkung entzogen werden. Daneben könnten vorsorgliche Massnahmen gegebenenfalls auch durch die von den gemeldeten Verhaltensweisen betroffenen Unternehmen auf dem Zivilrechtsweg durchgesetzt werden.
- Disziplinierende kartellzivilrechtliche Haftungsrisiken: Die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens befreit die Unternehmen nicht von allfälligen kartellzivilrechtlichen Haftungsrisiken hinsichtlich der gemeldeten Verhaltensweisen. Diese dürften sich durch die vorliegende Revisionsvorlage nochmals in erheblichem Masse akzentuieren. Daraus dürfte ein disziplinierender Effekt auf allfällige Missbrauchsanreize resultieren.
- Anreiz zu speditiver Verfahrensführung: Die Wettbewerbsbehörden hätten es neben der Anordnung vorsorglicher Massnahmen in der Hand, durch einen speditiven Verfahrensabschluss allfällige unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen mit einer wiederum strafbewährten Untersagungs- und Abstellverfügung zu beseitigen. Das Widerspruchsverfahren würde zugleich die Beachtung der in der Revisionsvorlage vorgesehenen Ordnungsfristen fördern, sollten diese letztlich eingeführt werden (vgl. Kapitel F.I).

58 Der Revisionsvorschlag ist dahingehend abzuändern, dass nach Meldung der Verhaltensweise auch im Falle der Eröffnung einer Untersuchung eine Sanktionierung der Unternehmen vorbehaltlich Widerhandlungen gegen allfällige vorsorgliche Massnahmen für die gesamte Verfahrensdauer entfällt.

F. Verwaltungsverfahren

I. Zu den vorgeschlagenen Ordnungsfristen (Motion Fournier)

59 Ordnungsfristen erscheinen grundsätzlich weder in Gerichts- noch in Verwaltungsverfahren angebracht. Die Einführung solcher Fristen könnte sich letztlich zum Nachteil der Rechtsunterworfenen auswirken, indem sie faktisch zu einer Beschneidung von Parteirechten führt (beispielsweise durch kurze behördliche Fristen) oder zur Beschränkung wirksamen Rechtsschutzes (beispielsweise durch eine beschränkte Sachverhaltsüberprüfung vor

Bundesverwaltungsgericht). Insbesondere gerichtliche Ordnungsfristen scheinen vor diesem Hintergrund, und mit Blick auf eine von Fall zu Fall stark unterschiedliche Verfahrenskomplexität, als nicht angebracht.

- 60 Mit Ordnungsfristen würden sodann zwar die aktuell überlangen Verfahren (insbesondere in den Rechtsmittelverfahren) noch besser kenntlich gemacht. An den Ursachen des Problems werden Ordnungsfristen jedoch kaum etwas ändern. Das unpassende Verwaltungsverfahrenrecht für Sanktionen mit Strafcharakter sowie die hohe Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Regeln betreffend die Untersuchungsführung der Wettbewerbsbehörden führen zu relativ vielen Rechtsmittelverfahren bezüglich verfahrensleitender Zwischenverfügungen der WEKO. Ausserdem sind die Gerichte gezwungen, sich mit vielfältigen Verfahrensfragen zu befassen, was zusätzliche Arbeit zu den ohnehin bereits komplexen, zu behandelnden Hauptfragen führt. Die Dauer der Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zeigt, dass das Gericht für wettbewerbsrechtliche Fragestellung nicht optimal aufgestellt ist (vgl. zum Thema Institutionenreform und insbesondere der Vorschlag für eine Kürzung des Instanzenzugs Kapitel H.I).

II. Alternativvorschlag: Verjährungsregelung

- 61 Im Strafverfahrensrecht wird dem Problem von überlangen Verfahren mit griffigen Verjährungsregelungen begegnet. Die Verjährung hat dabei mehrere Aspekte: Erstens hat ein Angeklagter das Recht, dass sein Fall innert nützlicher Frist (und aufgrund von aktuellen Beweismitteln) entschieden wird bzw. dass er nicht für weit zurückliegende Taten bestraft wird. Zweitens erzeugt die Verjährung einen wirksamen Druck auf die Staatsanwaltschaft und das erstinstanzliche Gericht, rechtzeitig einen Entscheid zu treffen.
- 62 Aktuell gibt es im Kartellgesetz nur die Frist von fünf Jahren zwischen Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung und der Eröffnung einer Untersuchung durch die WEKO (Art. 49 Abs. 3 lit. b KG). Die WEKO ist der Meinung, dass sie nur diese Frist einhalten muss, um ein Unternehmen sanktionieren zu dürfen – egal wie lange das Untersuchungsverfahren und anschliessend das gerichtliche Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht dauert. Mit einer Verjährungsregelung, die analog zum Strafprozessrecht an einem erstinstanzlichen Gerichtsentscheid anknüpft, würden die Behörden sowie die Gerichte Fälle rasch bearbeiten, um eine Sanktionierung zu ermöglichen.¹⁶

III. Alternativvorschlag: Ausbau der gesetzlichen Fristen in der Zusammenschlusskontrolle

- 63 Bearbeitungsfristen für die WEKO gibt es heute im geltenden Kartellrechtsverfahren einzig bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben. Diese Fristen sind zentral für die Funktionsweise der Zusammenschlusskontrolle und haben sich in der Praxis bewährt. Aktuell gelten keine Fristen für die gerichtliche Überprüfung von Entscheiden der WEKO in Zusammenschlussfällen. Dies führt in der Praxis zu einer faktischen Rechtsschutzlücke, weil Zusammenschlussparteien ihr Vorhaben in aller Regel nicht während eines langen Rechtsmittelverfahrens auf Eis legen können. Sie verzichten daher für gewöhnlich auf eine gerichtliche Überprüfung des Entscheids der WEKO. Eine gesetzliche Frist (analog zu Art. 32 und 33

¹⁶ Vgl. zur möglichen Dauer der Verjährungsfrist die Überlegungen und Hinweise auf die Bundesgerichtspraxis im Bericht "Pekuniäre Verwaltungssanktionen" des Bundesrats vom 23. Februar 2022 in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018, S 47 f. (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/berichte/verwaltungssanktionen/ber-br-verwaltungssanktionen.pdf> (Bericht über pekuniäre Verwaltungssanktionen; [letztmals abgerufen am 11. März 2022])).

KG) für das Bundesverwaltungsgericht, limitiert auf die Kontrolle von Entscheiden der WEKO betreffend die Zusammenschlusskontrolle gemäss Art. 32 ff. KG, wäre daher zu begrüssen. Diese Frist sollte analog der Frist für die vertiefte Prüfung der WEKO definiert werden und somit maximal vier Monate betragen.

IV. Parteientschädigung

- 64 Die Einführung einer Parteientschädigung im Verwaltungsverfahren ist zu begrüssen. Eine Entschädigung sollte indes nicht nur zugestanden werden, wenn das Verfahren eingestellt oder aufgehoben wird, sondern entsprechend auch bei teilweiser Einstellung oder Aufhebung.

G. Revision von Artikel 5 KG (Motion Français und Wicki)

- 65 Die Motion 18.4282 Français verlangt eine Präzisierung von Art. 5 KG, um bei der Prüfung der Unzulässigkeit von Abreden sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen.

I. Hintergrund der Motionen Français und Wicki

- 66 Bevor auf die Umsetzung der Motion in Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG eingegangen wird, ist vorab auf die Hintergründe der Motion 18.4282 Français einzugehen. Diese ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Wettbewerbsbehörden sich zunehmend selbst von der Aufgabe enthaben haben, die tatsächlichen Verhältnisse abzuklären. Diese Vorgehensweise wurde von den Rechtsmittelinstanzen nicht nur geschützt, sondern gar befördert. Konkret wurden Rechtsfiguren geschaffen, die eine Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse entbehrlich machen. Gemeinsam ist diesen Beweiserleichterungen und Vermutungen, dass sie alle zu Lasten der Rechtsunterworfenen gehen.
- 67 Die Motion 18.4282 Français, aber auch Motion 21.4189 Wicki sind ein Ausdruck dieser Entkoppelung des Kartellrechts von den tatsächlichen Marktverhältnissen. Beispiele hierfür sind:
- Die in der Motion Wicki erwähnte Figur der Gesamtabrede: Die praktische Problematik der Gesamtabrede in der Praxis der WEKO besteht darin, dass die WEKO häufig nicht das Bestehen einer eigentlichen Rahmenabrede nachweist, sondern die Gesamtabrede aus dem Bestehen der Einzelabreden ableitet.¹⁷ Diese Praxis kann dazu führen, dass weder das Vorliegen der Gesamtabrede noch der Einzelabreden rechtsgenügend nachgewiesen wird. Denn die Gesamtabrede wird aus behaupteten Einzelabreden abgeleitet, und auf den Nachweis der Einzelabreden wird dann unter Hinweis auf die Gesamtabrede verzichtet. Obwohl die Figur der Gesamtabrede von der Rechtsanwendung in der EU (der sog. "*einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung*") inspiriert ist, erfüllt sie die im Recht der EU aufgestellten Voraussetzungen nicht.¹⁸

¹⁷ Siehe hierzu die Nachweise in BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 318 ff. und N 336 f.

¹⁸ BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 317 ff.

- Die Figur der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung: Nach dem Recht der EU bezweckt eine Vereinbarung nur dann eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie schon ihrem Wesen nach schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs ist.¹⁹ Nach einer vom EuGH in *Generics (UK)* verwendeten Formulierung ist eine Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einzustufen, wenn sie allein durch das geschäftliche Interesse der Vertragsparteien an der Vermeidung von Leistungswettbewerb erklärt werden kann.²⁰

Gemäss WEKO soll es indessen genügen, dass der Inhalt der Abrede objektiv geeignet sei, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung/Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.²¹ Die WEKO vertritt gar die Auffassung, dass das Tatbestandselement des Bezweckens selbst dann erfüllt sei, wenn die Vereinbarung vage ist und verschiedene Interpretationen – die einen gesetzeskonform, die anderen unzulässig i.S. des KG – zulässt.²² Mit dem unscharfen Kriterium der "objektiven Eignung" lässt sich bei jeder Abrede argumentieren, dass sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke. Das Kriterium der objektiven Eignung macht eine Beweisführung darüber, ob die Abrede tatsächlich schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs ist, überflüssig. Dies ist namentlich bei jenen Abreden unbefriedigend, die vom Gesetzesgeber als besonders schädlich und daher als direkt sanktionierbar gewürdigt werden. Wenn die WEKO bei derartigen Abreden nicht in der Lage ist, (schädliche!) Wirkungen auf den Wettbewerb darzulegen, ist – trotz der angeblichen Eignung dieser Abreden zur Schädigung – nicht erkennbar, weshalb sie ins Recht gefasst werden sollen.

- Ausreichen einer potentiellen Beeinträchtigung: Das Bundesgericht lässt im Rahmen der Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG eine potentielle Beeinträchtigung genügen (was auch die Motion 18.4282 Français moniert). Nach Auffassung des Bundesgerichts hat dies unter anderem zur Folge, dass irrelevant sein soll, ob eine Vereinbarung tatsächlich umgesetzt wurde.²³ Dies ist namentlich deshalb unbefriedigend, weil die WEKO Verhaltensweisen untersucht und ins Recht fasst, die in der Vergangenheit stattgefunden haben oder andauern. Die WEKO sollte also ohne weiteres in der Lage sein, festzustellen, ob aufgrund der Vereinbarung tatsächlich Wirkungen im Markt zu verzeichnen waren bzw. sind.
- Dogmatisch verfehlt Einordnung wettbewerbsintensivierender Auswirkungen: Das Sekretariat der WEKO will wettbewerbsintensivierende Auswirkungen einer Abrede nur dann im Rahmen der Frage berücksichtigen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliege, wenn die wettbewerbsintensivierenden Auswirkungen offensichtlich seien.²⁴ Umgekehrt bejaht die WEKO eine

¹⁹ EuGH, Urteil RS C-67/13 P vom 11.9.2014, CB/Kommission, Rz. 57; EuGH, C-345/14, 26.11.2015, Maxima Latvija, Rz. 21.

²⁰ EuGH, Urteil RS C-307/18 vom 30.1.2020, Generics (UK) u.a., Rz. 87 und 90; EuGH, Urteil, RS C-591/16 P vom 25.3.2021, Lundbeck/Kommission, Rz. 118; P. IBÁÑEZ COLOMO, Restrictions by object after Generics and Budapest Bank: a road map.

²¹ RPW 2020/4a, 1569 Rz. 214, *SwissZinc AG*; weitere Nachweise bei BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 512 FN 929.

²² RPW 2019/3b, 954 Rz. 2278, *Badezimmer*; RPW 2011/4, 584 Rz. 389, *ASCOPA*; RPW 2014/2, 377 Rz. 32, *Meldesystem Baumeisterverbände*.

²³ BGE 143 II 324 E. 5.4.2.

²⁴ RPW 2021/1, 117 Rz. 165 – Dauer-ARGE Graubünden mit Berufung auf BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N 130.

bezweckte Wettbewerbsbeschränkung schon bei einer blossen Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung und nicht erst dann, wenn die Wettbewerbsbeschränkung offensichtlich ist.²⁵

- Ausufernde Anwendung der Vermutungstatbestände: Die WEKO subsumiert immer mehr Abreden unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Diese Vermutungstatbestände waren ursprünglich gedacht, um die schwerwiegendsten Wettbewerbsverstösse bzw. "nur die krassen Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen"²⁶ zu erfassen.²⁷ Unter Art. 5 Abs. 3 KG subsumiert die WEKO zu Unrecht z.B. Einkaufsgemeinschaften²⁸, Spezialisierungsvereinbarungen²⁹, Mitversicherungsgemeinschaften und Rückversicherungspools³⁰, Mindestabnahmepflichten³¹ und Interchange Fees³². Diese Praxis ist strenger als die Praxis der EU-Behörden, welche in diesen Verhaltensweisen grundsätzlich entweder gar keine Wettbewerbsbeschränkung erblicken oder zumindest keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.³³

Unter Art. 5 Abs. 4 KG subsumiert die WEKO z.B. Verkaufsbeschränkungen in Vertriebsverträgen betreffend Vertragsgebiete ausserhalb der Schweiz und des EWR (wie z.B. das Verbot von Exporten aus den USA)³⁴; dies geht über die (nach den Materialien massgebende)³⁵ Praxis der EU-Behörden hinaus, die in Verboten von Einfuhren in den EWR oder in die EU (z.B. aus den USA oder dem Ostblock) keinen Verstoss gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV erblickt.³⁶ Ausserdem subsumieren die WEKO und das Bundesverwaltungsgericht (allerdings im Widerspruch zum *Gaba*-Urteil)³⁷ auch Bezugsbeschränkungen unter Art. 5 Abs. 4 KG.³⁸

Seit der *Gaba*-Rechtsprechung besteht ein verstärkter Anreiz, Abreden unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu subsumieren, da diese als grundsätzlich erheblich gelten.³⁹

²⁵ BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 461.

²⁶ BBl 2001 2036.

²⁷ BBl 1995 I 566.

²⁸ RPW 2015/2, 156, *Beratung betreffend Einkaufsgemeinschaften zur Beschaffung von ATM-Geräten, ATM-Unterhaltsarbeiten und einem ATM-Monitoring-System*; RPW 2008/4, 555 Rz. 70 ff. insb. Rz. 74 f., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; RPW 2014/1, 169 Rz. 98 ff., *Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung*; RPW 2004/4, 1113 Rz. 46, *Krankenversicherer/Weita AG*; kritisch hierzu auch WEBER/VOLZ, 97 Rz. 2.188.

²⁹ RPW 1998/1, 20 und 23, Rz. 3 und 23, *Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz (VKFS)*.

³⁰ RPW 2007/1, 153 Rz. 100, *Schweizer Pool für die Versicherung von Nuklearrisiken - Schlussbericht vom 8. Juli 2005*.

³¹ RPW 2012/2, 178 Rz. 108 und 179 Rz. 123, *FTTH Freiburg*.

³² RPW 2015/2, 174 Rz. 81 ff., *Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)*; RPW 2012/4, 789 Rz. 211 ff., *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*; RPW 2009/2 132 Rz. 87 f., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY*; RPW 2006/1, 85, Rz. 159, *Kreditkarten – Interchange Fee*; RPW 2006/4, 609 Rz. 66, *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*.

³³ Für Einkaufsgemeinschaften siehe z.B. horizontale Leitlinien, ABl 2011 C 11/1 ff. Rz. 208 ff.; für Spezialisierungsvereinbarungen siehe z.B. horizontale Leitlinien, ABl 2011 C 11/1 ff. Rz. 169; für Mitversicherungsgemeinschaften und Rückversicherungspools siehe z.B. KOMM, IV/D-1/30.373, 12.4.1999, P&I-Clubs. IGA und IV/D-I/37.143 - P&I-Clubs. Pooling Agreement, Rz. 65 sowie die im *Commission Staff Working Document* zum Bericht der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und an den Europäischen Rat über das Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 358/2003 (http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/insurance_ber_working_document.pdf [letztmals abgerufen am 11. März 2022]), Rz. 124 ff. beschriebenen Fälle; für Mindestabnahmepflichten siehe etwa Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl 2010 C 130/1 ff., Rz. 128 ff.; für Interchange Fees siehe z.B. KOMM, ABl. 2002 L 318/29 Rz. 69, *Visa International – Multilateral Interchange Fee*; KOMM, 19.12.2007, COMP/34.579, COMP/36.518, COMP/38.580, *MasterCard*, Rz. 400 ff. m.w.H.; EuGH, Urteil RS C-382/12 P vom 11.9.2014, *MasterCard/Kommission*, Rz. 185 f.

³⁴ RPW 2013/3, 291 f. Rz. 72 ff., *Harley-Davidson Switzerland GmbH*; RPW 2016/2, 471 Rz. 252, *Nikon AG*.

³⁵ Voten von SR Schiesser und Büttiker in AB 2003 S 329 ff.

³⁶ EuG, Urteil RS T-204/03 vom 27.9.2006, Rz. 51 ff., insbesondere Rz. 58 f., *Haladjian Frères / Kommission*, Slg. 2006, II-3779; EuG, Urteil RS T-198/98 vom 16.12.1999, Rz. 34, *Micro Leader / Kommission*, Slg. 1999, II 3992; EuGH, Urteil RS C-306/96 vom 28.4.1998, Rz. 14 (der ausdrücklich auf Parallelimporte innerhalb der EU beschränkt ist) sowie Rz. 17 ff. und 26, *Javico*, Slg. 1998, I-1997.

³⁷ BGE 143 II 330 E. 6.3.4.

³⁸ RPW 2016/2, 471 Rz. 252 und 468 f. Rz. 226, *Nikon AG*; RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/Weko*; RPW 2019/4, 1165 Rz. 66 ff., *Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren*.

³⁹ BGE 143 II 318 E. 5.2.5.

- 68 Die obige Liste liesse sich um weitere Beispiele erweitern. Die zunehmende Entkoppelung des Kartellrechts vom tatsächlichen Marktgeschehen widerspricht nicht nur dem Missbrauchsprinzip, das tatsächliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen verlangt, damit ein Verhalten kartellrechtlich unzulässig ist (pro memoria: Art. 96 Abs. 1 BV hält fest, dass "Der Bund [...] Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen [erlässt]") und nach Art. 1 KG bezweckt das Kartellgesetz, "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern".⁴⁰ Die Entkopplung des Kartellrechts vom tatsächlichen Marktgeschehen beeinträchtigt auch die Rechtsicherheit und Rechtsvoraussehbarkeit, weil das Kartellrecht keine Entsprechung mehr im tatsächlichen Sachverhalt und in der Parallelwertung der Laiensphäre hat.
- 69 Vor diesem Hintergrund ist die Einfügung eines Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG zwar zu begrüßen. Allerdings löst eine solche Bestimmung das den Motionen 18.4282 Français und 21.4189 Wiki zugrunde liegende Problem nicht hinreichend.

II. Verdeutlichung von Artikel 4 Abs. 1 KG

- 70 Um das Problem der zunehmenden Entkoppelung des Kartellrechts vom tatsächlichen Sachverhalt zu lösen, muss zusätzlich in Art. 4 Abs. 1 KG ausdrücklich festgehalten werden, was aufgrund des Missbrauchsprinzips zwar bereits ohnehin gilt, aber durch die Rechtsprechung zunehmend ignoriert wird: Dass eine Verhaltensweise nur dann unzulässig sein kann, wenn im Einzelfall tatsächlich eine Abrede bestand und diese im konkreten Fall tatsächlich wettbewerbswidrige Auswirkungen hatte. Um das ohnehin geltende Missbrauchsprinzip im Kartellgesetz besser zum Ausdruck zu bringen, sollte Art. 4 Abs. 1 KG deshalb wie nachfolgend hervorgehoben ergänzt werden:

Art. 4 Abs. 1 E-KG

¹Als Wettbewerbsabreden gelten tatsächlich umgesetzte rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die unter den gegebenen rechtlichen und faktischen Umständen effektiv eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

- 71 Um Missverständnissen vorzubeugen, sei angemerkt, dass dies nicht bedeutet, dass bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen dieselbe umfassende Untersuchung sämtlicher Auswirkungen zu erfolgen hat wie bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen.
- 72 Bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen ist allerdings im konkreten Einzelfall⁴¹ (und nicht bloss abstrakt) anhand einer Untersuchung der nachfolgend aufgeführten Faktoren darzulegen, dass eine Abrede schon ihrem Wesen nach hinreichend schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs ist:⁴²

⁴⁰ Hervorhebungen hinzugefügt; BSK KG-BIRKHÄUSER, Art. 1 N 5 und 41 m.w.H.; R. JACOBS, in: B. Ehrenzeller/B. Schindler/R. Schweizer/K. Vallerder (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. A., 2014, Art. 96 N 16 ff.; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 30 ff.

⁴¹ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 25.3.2021, C-591/16 P, EU:C:2021:243, Lundbeck/Kommission, Rz. 115; EuGH, 30.1.2020, C-307/18, EU:C:2020:52, Generics (UK) u. a., Rz. 84 und 85.

⁴² Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 53; EuGH, 30.1.2020, C-307/18, EU:C:2020:52, Generics (UK) u. a., Rz. 68; EuGH, 6.10.2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a., Slg. 2009. I-9291 Rz. 58; EuGH, 8.11.1983, 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, EU:C:1983:310, IAZ/Kommission, Slg. 1983, 3369, Rz. 25; EuGH, 30.6.1966, 56/65, EU:C:1966:38, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, 303 f.

- Inhalt der Abrede;
- Mit der Abrede verfolgte Ziele;
- Rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang, in dem die Abrede steht;
- Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen;
- Die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen; und
- Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte.

73 Die sorgfältige⁴³ Prüfung der genannten Faktoren muss es erlauben, im Einzelfall eindeutig eine Wettbewerbsbeschränkung festzustellen, die hinreichend schädlich ist, um das untersuchte Verhalten als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren.⁴⁴ Hierfür müssen hinreichend belastbare und solide Erfahrungswerte bestehen.⁴⁵ Die Schädlichkeit der Vereinbarung für den Wettbewerb muss erwiesen sein.⁴⁶ Die entsprechenden Faktoren sind dabei tatsächlich darzulegen.⁴⁷ Unsubstantiierte Behauptungen reichen nicht aus.⁴⁸ Dabei kann auch eine kontrafaktische Analyse notwendig sein.⁴⁹ Eine derartige Analyse wird von der WEKO wie bereits oben dargelegt, nicht vorgenommen. Mit der vorgeschlagenen Verdeutlichung wird klargestellt, dass eine solche Analyse (auch aufgrund des Missbrauchsprinzips) vorzunehmen ist.

74 Angemerkt sei in diesem Zusammenhang auch, dass dort, wo es um besonders einschneidende Wettbewerbsbeschränkungen wie etwa Preiskartelle geht, dieser Nachweis für die Wettbewerbsbehörden auch leicht zu erbringen ist. Es geht vorliegend keineswegs darum, Kartellanten in Watte zu packen. Es geht darum, zu verhindern, dass – wie dies jetzt in der Praxis der WEKO der Fall ist⁵⁰ – aufgrund einer äusserst oberflächlichen Argumentation immer eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung aufgrund einer angeblichen objektiven Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung bejaht werden kann.

III. Umsetzung der Motion Français in Art. 5 Abs.1^{bis} E-KG

75 Was Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG anbelangt, setzt diese Bestimmung die Motion 18.4282 Français nicht bzw. nur unzureichend um. Sie bringt unzureichend zum Ausdruck, dass die quantitative Erheblichkeit aufgrund des Missbrauchsprinzips eine bedeutsame Rolle spielt. Art. 5

⁴³ Vgl. hierzu beispielhaft: EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 59 ff.; Schlussanträge des Generalanwalts, 5.9.2019, C-228/18, EU:C:2019:678, Budapest Bank u. a., Rz. 52 ff.

⁴⁴ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 58; EuGH, 26.11.2015, C-345/14, EU:C:2015:784, Maxima Latvija, Rz. 18 und 23; Schlussanträge des Generalanwalts, 5.9.2019, C-228/18, EU:C:2019:678, Budapest Bank u. a., Rz. 40.

⁴⁵ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 2.4.2020, C-228/18, EU:C:2020:265, Budapest Bank u. a., Rz. 76.

⁴⁶ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 65.

⁴⁷ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 2.4.2020, C-228/18, EU:C:2020:265, Budapest Bank u. a., Rz. 69.

⁴⁸ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 30.1.2020, C-307/18, EU:C:2020:52, Generics (UK) u. a., Rz. 65.

⁴⁹ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 30.6.1966, 56/65, EU:C:1966:38, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, 303 f.; EuGH, 2.4.2020, C-228/18, EU:C:2020:265, Budapest Bank u. a., Rz. 82; EuGH, 15.12.1994, C-250/92, EU:C:1994:413, DLG, Rz. 32; EuGH, 13.7.1989, 395/87, EU:C:1989:319, Tournier, Rz. 16 ff.; EuGH, 6.10.1982, 262/81, EU:C:1982:334, Coditel/Ciné-Vog Films, Slg. 1982, 3381 Rz. 15 f.; EU-Leitlinien Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rz. 18; RPW 2018/4, 721 Rz. 30 FN 11 – Beratung Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG; IBÁÑEZ COLOMO, Persistent myths in competition law (II), passim; IBÁÑEZ COLOMO, Journal of Competition Law & Economics, 2020, 49 f.

⁵⁰ Vgl. die Nachweise in BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 519 FN 935.

Abs. 1^{bis} E-KG sollte deshalb konkretisieren, wie die quantitative und qualitative Erheblichkeit zu bestimmen sind:

Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG

^{1bis} Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ist erheblich, wenn sie quantitativ und qualitativ erheblich ist. Bei der quantitativen Erheblichkeit sind insbesondere Kriterien wie der Marktanteil der beteiligten Unternehmen und der Befolgungsgrad der Abrede zu prüfen. Dabei ist auch darzutun, dass die Abrede konkret (unter den gegebenen rechtlichen und faktischen Umständen) eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt. Bei der qualitativen Erheblichkeit ist insbesondere die Wichtigkeit des betroffenen Wettbewerbsparameters zu prüfen.

- 76 Angemerkt sei, dass diese Regelung nicht bedeutet, dass die WEKO nicht gegen geplante Wettbewerbsbeschränkungen vorgehen kann. Die WEKO kann weiterhin gegen eine zukünftige oder geplante Verhaltensweise vorgehen, wenn diese nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung aller Wahrscheinlichkeit nach eintreten wird.⁵¹

H. Fehlende, relevante Revisionspunkte

I. Institutionenreform

i. Vorbemerkung

- 77 Die rechtsstaatlichen Unzulänglichkeiten des bestehenden institutionellen Aufbaus und der Verfahren vor der WEKO und dem Sekretariat haben seit der gescheiterten KG-Revision 2012 nichts an Aktualität verloren. Vielmehr ist aufgrund weiterhin zunehmender Komplexität der kartellrechtlichen Rechtsprechung und der zu untersuchenden Märkte (z.B. Digitalisierung) das Gegenteil der Fall. Gerade eine stärkere und klarere Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion erscheint heute mehr denn je als dringend notwendig. Auch der Bundesrat ist der Ansicht, dass in dieser Hinsicht Revisionsbedarf besteht (vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 10. November 2021 zur Interpellation 21.4108, Kartellgesetz umfassend modernisieren, von Ständerat Ruedi Noser). Der Bundesrat befürchtet allerdings, die Revisionsvorlage zu überladen, und erinnerte dabei an die gescheiterte KG-Revision 2012. Das damalige Scheitern beruhte jedoch auf verschiedenen Gründen und kann nicht alleine auf den Versuch, die Institution zu verbessern, zurückgeführt werden. Der heute notwendige erneute Anlauf für eine Institutionenreform soll sich denn auch nicht auf Überlegungen gemäss der KG-Revision 2012 beschränken, sondern auch modifizierte Reformvorschläge als Alternativen prüfen und vorschlagen. Der durch eine Institutionenreform zu behebende Rechtsstaatlichkeitsmangel wiegt viel schwerer als die von der Vernehmlassungsvorlage adressierten Mängel.
- 78 Die bestehende institutionelle Struktur stützt sich auf ein Mischmodell mit der WEKO als Milizbehörde und dem professionellen Sekretariat. Das Sekretariat führt die Untersuchungen und übernimmt die Anklagefunktion vor der die Entscheidungen formell treffenden

⁵¹ Vgl. RPW 2001/2, 316 Rz. 44 – JC Decaux/Affichage; RPW 2018/2, 268 Rz. 190 – Marché du livre écrit en français; RPW 2016/2, 398 Rz. 119 – Altimum SA; RPW 2015/2, 224 Rz. 186 – Tunnelreinigung; RPW 2012/2, 174 Rz. 38 – FTTH Freiburg; RPW 2011/3, 379 Rz. 54 – Behinderung des Online-Handels; RPW 2011/2, 243 Rz. 124 – Eierhandel; RPW 2010/1, 71 Rz. 87 – Gaba; SHK Kartellgesetz-KÖCHLI/REICH, Art. 4 N 25; SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 4 N 30 f.; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 Abs. 1 LCart N 84.

WEKO. Effektiv fehlt es jedoch an der Trennung zwischen der Untersuchungs- und Anklagefunktion einerseits und der Entscheidfunktion andererseits. Eine solche Trennung wäre sowohl zur Erfüllung grundsätzlicher rechtsstaatlicher Anforderungen als auch im Hinblick auf die Richtigkeitsgewähr der Entscheide von elementarer Bedeutung. Wenn beide Funktionen faktisch zusammenfallen, kann die Entscheidfunktion nicht frei und unbefangen über die vorgetragenen Ermittlungsergebnisse urteilen. Die WEKO verfügt insbesondere über keine eigenen Gerichtsschreiber. Ihre Mitglieder sind vielmehr auf die Arbeit des Sekretariats angewiesen, weil sie nicht über die nötigen Ressourcen verfügen, um sich in die umfangreichen Fälle und die Argumente der betroffenen Unternehmen einzulesen. Im Evaluationsbericht von Prof. Carl Baudenbacher wurde dazu Folgendes ausgeführt:

"Der Vertreter des Sekretariats nimmt sodann an allen wichtigen Sitzungen der WEKO teil und kann wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung nehmen. Selbst Exponenten des Sekretariats geben zu bedenken, dass die WEKO in ihrer heutigen Form nicht in der Lage ist, eine saubere Überprüfung der sachlichen und rechtlichen Grundlagen eines Falles vorzunehmen. Die WEKO entscheidet also unter Ausschluss der Öffentlichkeit, aber in Anwesenheit von Vertretern des Sekretariats. Die Vermutung liegt nahe, dass die Kommission dadurch den Standpunkt der betroffenen Parteien nur gefiltert zur Kenntnis nimmt."⁵²

- 79 Die fehlende effektive Trennung von Untersuchungs- und Anklagefunktion einerseits und Entscheidfunktion andererseits stellt einen gravierenden Mangel im institutionellen Aufbau dar und zeitigt Auswirkungen auf sämtliche Verfahren vor der WEKO und deren Sekretariat. Diese rechtsstaatliche Unzulänglichkeit sollte nicht für weitere Jahrzehnte fortgeschrieben werden, sondern muss im Rahmen der aktuellen Revisionsvorlage angegangen werden.

ii. Bestehende Abhängigkeiten der Wettbewerbsbehörden

- 80 Nebst anderen Aspekten (administrative Unterstellung, Budgethoheit) wiegt unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten vor allem schwer, dass es zwischen der WEKO und dem Sekretariat an einer eindeutigen Trennung fehlt. Das Sekretariat führt, nur aber immerhin mit Zustimmung des Präsidiums der WEKO, die formellen Untersuchungen durch und legt der WEKO mit ihrem Antrag (Art. 30 Abs. 1 KG) einen fertigen Entscheidentwurf vor, den sog. Sekretariatsvorschlag. Damit übernimmt sie die Untersuchungs- und Anklagefunktion. In der Lehre wird zurecht kritisiert, dass das berufsbehördlich fungierende Sekretariat entsprechend über einen nicht zu unterschätzenden Wissensvorsprung gegenüber den nur miliz-mässig amtierenden Mitgliedern der WEKO verfügt, was zu einer Abhängigkeit und einem Übergewicht der Ansichten der dossierführenden Sekretariatsmitarbeiter führt. Entsprechend ist die WEKO auch bei der ihr eigentlich zustehenden Entscheidfunktion weitgehend auf das Sekretariat angewiesen. Sie ist nicht unabhängig und ohne Abstützen auf die Vorarbeiten des Sekretariats praktisch kaum in der Lage, sich ein eigenes Bild vom Sachverhalt zu machen. Es fehlt damit auch an einer anzustrebenden Waffengleichheit zwischen den die Untersuchung führenden Sekretariatsmitarbeitern und den beschuldigten Unternehmen bzw. deren Vertretern.

⁵² Vgl. Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der Evaluationsgruppe vom 5. Dezember 2008, Anhang 12, Gutachten von Prof. Baudenbacher zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes, S. 22.

iii. Heilung rechtsstaatlicher Mängel als unzureichende Behelfslösung

- 81 Diese Mängel an Rechtsstaatlichkeit (Art. 6 Abs. 1 EMRK) im erstinstanzlichen Verfahren vor der WEKO und dem Sekretariat müssen mit dem heutigen institutionellen Rahmen im Rechtsmittelverfahren vor dem mit voller Kognition ausgestatteten Bundesverwaltungsgericht "geheilt" werden. Die dargestellte Identität von Anklage und Entscheidbehörde wäre im traditionellen Strafrecht nicht denkbar und kann auch im schweizerischen Kartellrecht nur als eine Behelfslösung angesehen werden. Immerhin geht es um strafrechts-äquivalente direkte Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 des geltenden Kartellgesetzes, die sich ohne weiteres auf viele Millionen Franken belaufen können.
- 82 Nicht nur das erstinstanzliche Verfahren, sondern auch gerade das für die "Heilung" der rechtsstaatlichen Mängel notwendige Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist sehr kostenintensiv. Für KMU kann sich eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht daher selbst bei intakter Erfolgsprognose aus finanziellen Erwägungen als prohibitiv erweisen.
- 83 Auch inhaltlich sind die Gerichtsverfahren nicht in der Lage, die Hoffnung auf eine echte "Heilung" der Rechtsstaatlichkeitsdefizite zu erfüllen. Dem steht schon die prozessuale Ausgangslage entgegen. Denn es stehen sich nicht eine anklagende Behörde und ein beschuldigtes Unternehmen vor einer unabhängigen Instanz gegenüber, die umfassend eigene Ermittlungskompetenzen ausübt. Vielmehr müssen sich die betroffenen Unternehmen und deren Anwälte in einer "Angreifer"- statt einer Beschuldigtenrolle gegen einen bereits getroffenen Entscheid zur Wehr setzen. Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist dabei der Prozessgegenstand durch den Entscheid der Erstinstanz bereits vorgespurt. Das Bundesverwaltungsgericht kann zwar in der Theorie Rechtsfehler der WEKO (auch in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung) korrigieren; aufgrund der knappen personellen Ressourcen ist der am Bundesverwaltungsgericht primär damit befasste Gerichtsschreiber aber kaum in der Lage, eigene Sachverhaltserhebungen durchzuführen (Partei- und Zeugeneinvernahmen, Markterhebungen wie z.B. Fragebogenversand und -auswertung, umfangreiche ökonomische Analysen, ggf. Hausdurchsuchungen etc.). Das Bundesverwaltungsgericht gewährt der WEKO zudem ein sogenanntes technisches Ermessen und schreitet nicht ohne Not ein. Entsprechend vermag das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht die praktischen rechtsstaatlichen Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens in der Praxis nicht befriedigend zu korrigieren, auch wenn nach Auffassung des Bundesgerichts die Anforderungen der EMRK durch "Heilung" erfüllt werden.⁵³

iv. Verbesserungsansätze Institutionen

- 84 Als Kernanliegen für ein verbessertes institutionelles Modell im Schweizer Kartellrecht soll die Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit sowie der Rechtsstaatlichkeit erwähnt sein, insbesondere durch klare Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsebene bei den Wettbewerbsbehörden.
- 85 Seit der gescheiterten KG-Revision 2012 sind viele Jahre vergangen. Eine konstruktive Institutionenreform würde mittels klarer Trennung zwischen der Untersuchungs- und Entscheidungsebene zu inhaltlich besseren und rechtsstaatlich abgesicherten erstinstanzlichen

⁵³ Vgl. BGE 139 I 72 – *Publigroupe*.

Entscheidungen führen. Eine Institutionenreform sollte in die aktuelle Revisionsvorlage aufgenommen werden und nicht erst in mehreren Jahren angegangen werden.

- 86 Eine Institutionenreform könnte etwa in ähnlicher Form wie in der seinerzeitigen KG-Revision 2012 angegangen werden (vgl. BBl 2012 3905), nämlich in Form einer unabhängigen untersuchenden Wettbewerbsbehörde (unabhängige Nachfolge des heutigen Sekretariats) und einem neutralen, erstinstanzlich entscheidenden Wettbewerbsgericht (heutige WEKO überführt in eine Gerichtsinstanz) mit einem effizientem Rechtsmittelweg (Kürzung des Instanzenzugs). Dadurch würde die notwendige Korrektur der identifizierten rechtsstaatlichen Mängel erreicht, die auch inhaltliche Verbesserungen wie etwa die Verringerung der Gefahr von sog. "False Positives" in erstinstanzlichen Entscheiden mit sich bringen dürfte.
- 87 Es sind aber als erster Schritt auch weniger weitgehende Reformvorschläge denkbar. So könnte eine Stärkung der WEKO ins Auge gefasst werden, indem ihr ein eigenes Fachsekretariat (Gerichts- bzw. Kommissionsschreiber) zugesprochen würde, welches die Verfahrensführung und Entscheidredaktion im Auftrag der WEKO ab dem Zeitpunkt der Zustellung des Antrags übernehmen würde. Diese Kommissionsschreiber wären in personeller und räumlicher Hinsicht vom Sekretariat zu trennen. Weiter wäre im Gesetz vorzusehen, dass Mitglieder des Sekretariats bei der Entscheidungsberatung der WEKO in Zukunft nur anwesend sind, wenn gleichzeitig auch die betroffenen Unternehmen bzw. deren Vertreter anwesend sind. Dadurch könnte die Problematik der Abhängigkeit der WEKO vom Sekretariat weitgehend behoben werden. Darüber hinaus könnte damit für die so verstärkte WEKO auch die tatsächliche Möglichkeit eröffnet werden, sich zu Vorwürfen, wie sie etwa in Selbstanzeigen (Bonusregelung) erhoben werden, mittels Einvernahmen einen eigenen unmittelbaren Eindruck zu verschaffen.

v. Weitere verfahrensrechtliche Aspekte

- 88 Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass Reformbedarf in Bezug auf das Verwaltungsstrafkartellrecht besteht. Dieser rührt daher, dass das geltende Verwaltungsverfahrensrecht nicht auf Strafsanktionen zugeschnitten ist. Die Rechtsprechung versucht diese rechtsstaatlich bedenkliche Ausgangslage über den einzelfallweisen Einbezug von Grundsätzen des Verfassungsrechts sowie der EMRK zu adressieren. Es gelang jedoch nicht, ein konsistentes, praxistaugliches und faires Verwaltungsstrafverfahren für Unternehmen zu schaffen. Dies auch deshalb, weil Verwaltungsrichter strafrechtliche Kartellsanktionen zu beurteilen haben, ohne auf ein etabliertes Unternehmensstrafrecht zurückgreifen zu können. Diese Missstände, welche sich auch in anderen Gebieten des Verwaltungsrechts gezeigt haben, sind erkannt. Der Bundesrat führte beispielsweise in der Botschaft zur Revision des Datenschutzgesetzes folgendes aus (BBl 2017, 6974):

"Der Bundesrat verzichtet hingegen darauf, dass Unternehmen direkt durch Verwaltungssanktionen bestraft werden können. Er ist der Ansicht, dass die Einführung solcher Sanktionen im DSG nicht angemessen ist, denn Verwaltungsstrafen, die Sanktionscharakter haben, müssen die Ausnahme und auf Sektoren beschränkt bleiben, in denen die Zielgruppe beschränkt ist (namentlich Kartelle, Geldspiele). Mangels spezifisch auf solche Sanktionen anwendbarer Verfahrensgrundsätze besteht die Gefahr, dass die Verfahrensgarantien zum Schutz der fehlbaren Personen verletzt werden."

89 Richtigzustellen ist diesbezüglich, dass das KG gerade nicht auf einzelne Sektoren beschränkt ist. Sein Anwendungsbereich erstreckt sich vielmehr auf das ganze Wirtschaftsleben, in welchem Wettbewerb aufgrund von staatlichen Massnahmen nicht verunmöglicht wird. Der Erkenntnis des Bundesrates zum datenschutzrechtlichen Verfahren folgend, wurde der Bundesrat von der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats mit dem Postulat 18.4100 betreffend Instrument der pekuniären Verwaltungssanktionen damit beauftragt, aufzuzeigen, wie im Schweizer Recht ein allgemeines System der pekuniären Verwaltungssanktionen sowie die erforderlichen rechtlichen Garantien eingeführt werden können. Der entsprechende Bericht über pekuniäre Verwaltungssanktionen wurde am 23. Februar 2022 publiziert. Dem parlamentarischen Auftrag wurde nicht nachgekommen. Der Bundesrat kommt dagegen zur Auffassung, dass kein allgemeines System der pekuniären Verwaltungssanktionen erforderlich sei. Er schlägt dementsprechend vor, die Einzelerlasse (also beispielsweise das KG) in Bezug auf verfahrensrechtliche Aspekte anzupassen und weiterzuentwickeln. Daraus folgt, dass zumindest die dringendsten verfahrensrechtlichen Missstände im Rahmen der vorliegenden Revision mitdiskutiert und mitberücksichtigt werden sollten. Dazu gehören namentlich die folgenden Themen:

- Die Einführung eines Mitwirkungsverweigerungsrechts und eines Beweisverwertungsverbots, welches das Spannungsverhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz, sich nicht selber belasten zu müssen (*nemo tenetur*), auflöst.⁵⁴ Aktuelle und ehemalige Mitarbeiter eines Unternehmens, welche in einen kartellrechtlich relevanten Sachverhalt involviert sein könnten (namentlich der/die eigentliche(n) "Kartelltäter"), dürfen entgegen der aktuellen Praxis nicht als Zeugen, sondern nur als Partei oder Auskunftsperson befragt werden.
- Die Einführung einer Verjährungsfrist bis zum Vorliegen eines erstinstanzlichen gerichtlichen Sanktionsentscheids (vgl. Kapitel F.II)⁵⁵;
- Die Einführung einer Rechtsgrundlage, welche es den Wettbewerbsbehörden explizit erlaubt, bei Sachverhalten mit untergeordneten negativen Effekten eine Untersuchung einzustellen oder von einer Bestrafung abzusehen, wenn ein Entscheid der WEKO auf einer unklaren Rechtsgrundlage beruht (*nulla poena sine lege*). Diese Grundsätze gelten zwar aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips und von Art. 7 EMRK ohnehin, jedoch muss den Wettbewerbsbehörden ein expliziter Ermessensspielraum eingeräumt werden, da dieser heute schon bestehende Ermessensspielraum nicht ausgeschöpft wird.
- Die explizite Einführung des Unmittelbarkeitsprinzips im Beschwerdeverfahren vor dem (aktuell einzigen) Gericht mit voller Kognition, dem Bundesverwaltungsgericht. Heute existiert keine Waffengleichheit vor der WEKO (vgl. insbesondere Kapitel H.I.i) und das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht besteht im Wesentlichen aus einem Aktenverfahren, obwohl in aller Regel komplexe Sachverhalte erfasst und beurteilt werden müssen. Mündliche Instruktionsverfah-

⁵⁴ Dies entspricht der aufgezeigten Option 3 im Bericht über pekuniären Verwaltungssanktionen, S. 86 ff.

⁵⁵ Vgl. auch Bericht über pekuniären Verwaltungssanktionen, S. 47 f.

ren können das Beschwerdeverfahren besser strukturieren und effizienter gestalten, da der Sachverhalt unmittelbar dargelegt werden kann. Ein solches Vorgehen würde überdies die Akzeptanz von Urteilen bei den involvierten Parteien erhöhen.

II. Zusammenschlusskontrolle

90 Die nachfolgend dargestellten, die Zusammenschlusskontrolle betreffenden Gesetzes- bzw. Ordnungsänderungen sind im Rahmen der geplanten Teilrevision des KG ebenfalls in Betracht zu ziehen.

i. Keine Meldepflicht bei ausländischen Gemeinschaftsunternehmen

91 Gemeinschaftsunternehmen ohne relevanten Bezug zur Schweiz beschäftigen die Kartellrechtspraxis regelmässig. Nach der Mitteilung des Sekretariats der WEKO zur Praxis betreffend die Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25. März 2009 ist die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens in der Schweiz – auch bei Überschreiten der Umsatzschwellen durch die Muttergesellschaften – nicht meldepflichtig, wenn das Gemeinschaftsunternehmen "*einerseits weder Aktivitäten noch Umsätze in der Schweiz aufweist (d.h. insbesondere keine Lieferungen in die Schweiz tätigt) und andererseits solche Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz auch zukünftig weder geplant noch zu erwarten sind*" (Rz. 4). Damit werden Zusammenschlüsse von einer Beurteilung durch die WEKO ausgenommen, von denen keine Auswirkungen in der Schweiz zu erwarten sind; gleichzeitig schafft die Mitteilung Rechtssicherheit. Diese klaren Vorgaben werden durch eine jüngst publizierte Beratung des Sekretariats in Frage gestellt.⁵⁶ Dort bejahte das Sekretariat eine Meldepflicht für ein ausländisches Gemeinschaftsunternehmen, das ausschliesslich im Ausland tätig zu sein plante, und hielt fest, eine Meldepflicht scheidet nur aus, wenn die Tätigkeit des GU "*offensichtlich keinerlei Bezug zum hiesigen Wettbewerb*" habe (Rz. 10).

92 Diese Beratung widerspricht der eigenen Mitteilung des Sekretariats, überdehnt das Auswirkungsprinzip und verringert die Rechtssicherheit, indem es das klare Kriterium von Aktivitäten oder Umsätzen in der Schweiz durch einen diffusen Massstab eines "*offensichtlich fehlenden Bezugs zum hiesigen Wettbewerb*" ersetzt. Angesichts dieses Widerspruchs erscheint eine ausdrückliche Regelung angebracht, z.B. als neuer Art. 2 Abs. 3 VKU. In Anwendung und Konkretisierung des Auswirkungsprinzips (Art. 2 Abs. 2 KG) sollte dort die Regelung gemäss Mitteilung des Sekretariats (Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz) aufgenommen werden. Ergänzend könnte allenfalls eine Bagatellschwelle in Form eines Maximalumsatzes des Gemeinschaftsunternehmens mit Kunden in der Schweiz (von z.B. CHF 100'000) vorgesehen werden, unter dem keine Meldepflicht besteht.

ii. Anpassung der Definition betroffener Märkte (Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU)

93 Bei der Definition betroffener Märkte weicht das Schweizer Recht ohne sachlichen Grund vom Europäischen Recht ab. Diese Differenz führt zu einem Widerspruch zwischen Gesetzeswortlaut und Rechtswirklichkeit und teilweise zu Ungleichbehandlungen und Einbussen bei der Rechtssicherheit.

⁵⁶ RPW 2021/3, 625 f., *Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch Enel X S.r.l. und Volkswagen Finance Luxembourg S.A.*

- 94 Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU sind insbesondere dann Informationen zu Märkten beizubringen, wenn diese vom Zusammenschluss betroffen sind und wenn der Marktanteil von einem der beteiligten Unternehmen in der Schweiz 30% oder mehr beträgt. Dies gilt unabhängig davon, ob dieser Markt überhaupt einen Bezug zum Zusammenschlussvorhaben (d.h. zu den Tätigkeiten eines anderen beteiligten Unternehmens) hat. Demgegenüber liegt nach europäischem Recht nur dann ein betroffener Markt vor, wenn ein anderes beteiligtes Unternehmen zu diesem Markt in einer relevanten Beziehung steht.⁵⁷ Die schweizerische Regelung ist überschüssig und führt in der Praxis dazu, dass regelmässig, aber nicht durchgehend, i.S. einer erleichterten Meldung nur Informationen zu Märkten eingeholt werden, die auch nach europäischem Recht betroffen sind. Zur Angleichung von gesetztem und gelebtem Recht und zur Wahrung der Rechtssicherheit und -gleichheit sollte daher eine Anpassung von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU an das europäische Recht erfolgen. Dabei sollte auch klargestellt werden, dass die relevante Beziehung bei Gemeinschaftsunternehmen zwischen einer Muttergesellschaft und dem Gemeinschaftsunternehmen bestehen soll – und nicht nur unter den Muttergesellschaften.

iii. Anpassung an das europäische Wettbewerbsrecht bei öffentlichen Übernahmeangeboten

- 95 Das europäische Recht sieht bei öffentlichen Übernahmeangeboten oder bei Aktienkäufen über die Börse von mehreren Veräusserern (*creeping bids*) vor, dass die Anteile trotz Vollzugsverbot erworben werden können, wenn "der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausübt".⁵⁸ Eine analoge Bestimmung fehlt im Schweizer Recht. Dies führt in der Praxis zu Schwierigkeiten: Bei öffentlichen Übernahmeangeboten bestehen insbesondere Herausforderungen, wenn das anwendbare Übernahmerecht – anders als das Schweizer Recht⁵⁹ – keine Möglichkeit eines Vollzugaufschubs kennt oder hierfür erforderliche Zustimmungen nicht gewährt werden. Bei *creeping bids* besteht zudem Rechtsunsicherheit aufgrund der schwebenden Unwirksamkeit für Massengeschäfte an der Börse. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit für Unternehmen sollte folglich eine dem europäischen Recht entsprechende Bestimmung – im KG oder in der VKU – eingefügt werden.

iv. Streichung von Art. 2 Abs. 2 VKU

- 96 Gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU stellt die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens – in Abweichung vom europäischen Kartellrecht – nur dann einen Zusammenschluss dar, wenn in das Gemeinschaftsunternehmen Geschäftstätigkeiten mindestens eines der Gründerunternehmen einfließen. Die Regelung ist materiell verfehlt, denn die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens kann auch dann negative Auswirkungen auf die Marktstruktur haben, wenn die Muttergesellschaften bislang nicht im entsprechenden Markt tätig waren (aber beispielsweise wichtige potentielle Konkurrenten sind). Zudem besteht die Gefahr einer unberechtigten Ungleichbehandlung: Wird eine Meldepflicht wegen fehlender Einbringung von Geschäftstätigkeiten ausgeschlossen, können sich Unternehmen ggf. nur in vermindertem Mass auf das Konzentrationsprivileg stützen. Da gemäss WEKO das

⁵⁷ Ziff. 6.3 und 6.4 von Anhang 1 zur Verordnung Nr. 802/2004 vom 7. April 2004.

⁵⁸ Art. 7 Abs. 2 lit. b FKVO.

⁵⁹ Art. 14 Abs. 6 UEV.

Kriterium der Einbringung von Geschäftstätigkeiten ohnehin "üblicherweise weit auszulegen" ist,⁶⁰ ist diese Bestimmung ersatzlos zu streichen.

v. Anpassung von Art. 9 Abs. 4 KG

- 97 Die Meldepflicht für Zusammenschlüsse gemäss Art. 9 Abs. 4 KG führt in der Praxis zu hohem Aufwand, der durch die wettbewerbsrechtliche Problematik der gemeldeten Zusammenschlüsse oft nicht gerechtfertigt ist. Die Bestimmung war ursprünglich als Korrektiv zur hohen Aufgreifschwelle nach Art. 9 Abs. 1 KG gedacht. Diesem Anliegen wird sie in der Praxis allerdings kaum gerecht, da sie eine sehr selektive Meldepflicht von einigen wenigen Unternehmen herbeiführt, die eine grosse Zahl von sehr kleinen Transaktionen melden müssen. Dies wird verstärkt durch ein ausuferndes Verständnis der "benachbarten" Märkte durch die WEKO und das Bundesverwaltungsgericht. Nach europäischem Recht liegen benachbarte Märkte vor, wenn sich die betreffenden Produkte ergänzen oder wenn sie zu einer Palette von Produkten gehören, die für den gleichen Verwendungszweck erworben werden.⁶¹ Die WEKO nimmt hingegen bei Art. 9 Abs. 4 KG ein viel weiteres Verständnis an, das bereits gewisse Wechselwirkungen zwischen Produkten miteinschliesst.⁶²
- 98 Die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG sollte daher auf Zusammenschlüsse beschränkt werden, die den Markt betreffen, auf dem die Marktbeherrschung festgestellt wurde, oder einen diesem vor- oder nachgelagerten Markt – d.h. ohne benachbarte Märkte. Zudem ist zu erwägen, eine sog. "Sunset"-Bestimmung einzufügen, wonach eine einmal festgestellte Marktbeherrschung angesichts sich verändernder Marktverhältnisse nur für eine bestimmte Dauer (beispielsweise fünf oder zehn Jahre) für die Beurteilung einer Meldepflicht relevant ist.

III. Sanktionserlass bzw. -minderung bei Unternehmen dank *Compliance*-Massnahmen

- 99 Die Berücksichtigung von *Compliance*-Massnahmen bei der Sanktionsbemessung wäre aufgrund des Verschuldensprinzips bereits heute angezeigt und möglich (Art. 2 Abs. 1 und 2 sowie Art. 6 der KG-Sanktionsverordnung (**SVKG**)). In der Praxis der WEKO geschieht dies aber nicht. Die Wettbewerbsbehörden verfallen eher dem Zirkelschluss, von einem Kartellrechtsverstoss auf die Unwirksamkeit eines *Compliance*-Programms zu schliessen.
- 100 Die Bedeutung von *Compliance*-Anstrengungen für Unternehmen und deren motivierende Wirkung hin zum Guten ist wissenschaftlich anerkannt und deren Förderung ist in der einen oder anderen Form Bestandteil jedes wirtschaftspolitischen Programms. Eine explizite gesetzliche Regelung, die zumindest eine entsprechende Sanktionsminderung vorsieht, sollte daher wieder Eingang in das KG finden.⁶³ Unternehmen hätten dadurch einen zusätzlichen Anreiz, Massnahmen in dieser Hinsicht weiter zu stärken. Dies sollte auch aus Sicht der Wettbewerbsbehörden wünschenswert sein.

⁶⁰ So in jüngerer Vergangenheit etwa: RPW 2016/1 265 Rz. 54 – *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

⁶¹ Ziff. 6.4(c) von Anhang 1 der Verordnung Nr. 802/2004 vom 7. April 2004.

⁶² So etwa zwischen Radiowerbung und regionalen Tageszeitungen; vgl. RPW 2019/3b 1039 Rz. 10 – *Tamedia/Planet 105*.

⁶³ Die strafmildernde Wirkung des Nachweises angemessener *Compliance*-Massnahmen ist bereits vom Parlament gefordert worden (Motion Schweiger, 07.3856) und fand sich dementsprechend auch im bundesrätlichen Entwurf von 2012 (vgl. <https://www.parlament.ch/cen-ters/eparl/curia/2012/20120028/N2%20D.pdf> [letztmals abgerufen am 11. März 2022]). In der Folge gehörte diese Neuerung im parlamentarischen Verfahren zu den unbestrittenen Teilen und war vom Ständerat wie auch von der Nationalratskommission bereits gutgeheissen.

101 Art. 49a Abs. 1 KG sollte folglich wie folgt ergänzt werden (Ergänzung unterstrichen):

Art. 49a Abs.1 E-KG

¹ Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessene organisatorische Vorkehrungen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen sind sanktionsmindernd zu berücksichtigen. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

* * * * *

An dieser Stellungnahme haben folgende Mitglieder der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung mitgewirkt (in alphabetischer Reihenfolge): Jacques Beglinger, Nicolas Birkhäuser, Frank Bremer, Marquard Christen, Daniel Emch, Franz Hoffet, Boris Kasten, Fabian Koch, Bernhard Lauterburg, David Mamane, Klaus Neff, Philippe Reich, Mani Reinert, Richard Stäuber, Michael Tschudin, Michael Vlcek, Susanne A. Wagner, Regula Walter, Astrid Waser und Herbert Wohlmann.

Die Zusammenarbeit wurde von Mario Strebel (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung und Vorsitzender der Arbeitsgruppe Schweiz) koordiniert.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
B.	Zusammenfassende Übersicht	2
C.	Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle	6
	I. Einführung des SIEC-Tests	6
	II. Anwendung des dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards	6
	III. Vermeidung von Doppelspurigkeiten mit europäischen Verfahren	8
	IV. Anpassung der Fristverlängerungen	10
	V. Änderungen bei Aufgreifschwelle: Transaktionswert und Verfahren	11
	VI. Weitere Vorschläge zur Zusammenschlusskontrolle	11
D.	Stärkung des Kartellzivilrechts	11
	I. Vorbemerkungen	11
	II. Ausdehnung der Aktivlegitimation	12
	III. Feststellungsanspruch	12
	IV. Verjährungshemmung	13
	V. Reduktion von Verwaltungssanktionen	13
	VI. Formelle Anpassungen	15
	VII. Rechtsdurchsetzung / kollektiver Rechtsschutz	15
E.	Verbesserung des Widerspruchsverfahrens	16
	I. Akuter und gesteigerter Revisionsbedarf	16
	II. Der Revisionsvorschlag schafft keine hinreichende Rechtssicherheit und verfehlt daher das intendierte Regelungsziel	16
	III. Alternativer Vorschlag: Verzicht auf Sanktionsandrohung für Dauer der Untersuchung	17
F.	Verwaltungsverfahren	18
	I. Zu den vorgeschlagenen Ordnungsfristen (Motion Fournier)	18
	II. Alternativvorschlag: Verjährungsregelung	19
	III. Alternativvorschlag: Ausbau der gesetzlichen Fristen in der Zusammenschlusskontrolle	19
	IV. Parteientschädigung	20
G.	Revision von Artikel 5 KG (Motion Français und Wicki)	20
	I. Hintergrund der Motionen Français und Wicki	20
	II. Verdeutlichung von Artikel 4 Abs. 1 KG	23
	III. Umsetzung der Motion Français in Art. 5 Abs.1 ^{bis} E-KG	24
H.	Fehlende, relevante Revisionspunkte	25
	I. Institutionenreform	25
	II. Zusammenschlusskontrolle	30
	III. Sanktionserlass bzw. -minderung bei Unternehmen dank <i>Compliance</i> -Massnahmen	32