

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

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.
Arbeitsgruppe Schweiz

Homburger AG
Prime Tower
Hardstrasse 201
CH-8005 Zürich
Tel: +41 43 222 10 00
Richard.staeuber@homburger.ch

Zürich, 17. September 2026

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zur Totalrevision von drei Verordnungen zum Kartellgesetz

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 1'500 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten regelmäßig Unternehmen und natürliche Personen betreffend alle Bereiche des Kartellrechts und vertreten in Verfahren vor nationalen Wettbewerbsbehörden, der Europäischen Kommission sowie in Zivilrechtsstreitigkeiten innerhalb Europas. Sie verfügen deshalb in besonderem Maße über Erfahrung in der Anwendung der Vorschriften zum Kartellrecht auf europäischer und nationaler Ebene.
- 2 Die Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, an der Vernehmlassung des Bundesrats bzw. des WBF zur Totalrevision von drei Verordnungen zum Kartellgesetz teilnehmen zu dürfen.¹

¹ Diese Stellungnahme basiert auf einer internen Diskussion der Vernehmlassungsvorlage und des Begleitberichts von Mitgliedern der Arbeitsgruppe. Nur ein Teil unserer Landesgruppe hat sich an der internen Meinungsbildung aktiv beteiligt. Diese Vernehmlassung ist deshalb zwar repräsentativ, deckt aber nicht das ganze Meinungsspektrum unserer Mitglieder ab.

B. Zusammenschlussverordnung KG, VKU

- 3 Anlass für die Revision der Zusammenschlussverordnung KG (**VKU**) sind verschiedene durch die KG-Teilrevision bedingte Änderungen. Der vorgelegte Entwurf (**E-VKU**) geht aber in Form einer Totalrevision deutlich darüber hinaus, und beschränkt sich auch nicht auf eine blosser Nachführung von Praxisentwicklungen². Vielmehr sind verschiedene, teilweise grundlegende Abweichungen von der bisherigen Rechtslage und Praxis vorgesehen. Diese Änderungen sind teilweise zu begrüßen. In verschiedener Hinsicht besteht aus Sicht der Studienvereinigung allerdings Änderungsbedarf; einzelne vorgeschlagene Regeln würden Fusionskontrollverfahren schwerfälliger und international weniger anschlussfähig machen, und dies ohne relevanten Qualitätsgewinn. In diesem Sinn schlägt die Studienvereinigung nachstehend verschiedene abweichende und ergänzende Formulierungen im E-VKU vor und begründet diese.

1. Begriffe: Gemeinschaftsunternehmen ohne (relevante) Tätigkeit in der Schweiz (Art. 3 E-VKU)

- 4 Gemeinschaftsunternehmen (**GU**) ohne relevanten Bezug zur Schweiz beschäftigen die Kartellrechtspraxis regelmässig, und deren kartellrechtliche Beurteilung hat jüngst zu erheblichen Unsicherheiten geführt. Diese Unsicherheiten sollten durch eine Ergänzung der VKU beseitigt werden.
- 5 Nach der Mitteilung des Sekretariats der WEKO zur Praxis betreffend die Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25. März 2009 (die **Praxismitteilung**) ist die Gründung eines GUs in der Schweiz auch bei Überschreiten der Umsatzschwellen durch die Muttergesellschaften nicht meldepflichtig, wenn das GU "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"³. 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.
- 6 Jüngere Sekretariatsberatungen stellen die Relevanz der Praxismitteilung indes in Frage. So hat das Sekretariat eine Meldepflicht für ein ausländisches GU bejaht, das ausschliesslich im Ausland tätig zu sein plante; es hielt fest, eine Meldepflicht scheide nur aus, wenn die Tätigkeit des GU "offensichtlich keinerlei Bezug zum hiesigen Wettbewerb" habe.⁴ In einer anderen Beratung nahm das Sekretariat Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens in der Schweiz auch dann als gegeben, wenn "(i) Produkte oder Dienstleistungen des "Targets" (GU oder Fusionsobjekt) im Ausland potentiell durch Schweizer Kunden erworben werden könnten oder (ii) die von der Transaktion betroffenen räumlichen Märkte auch die Schweiz umfassen."⁵

² Insoweit missverständlich der Erläuternde Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens (**Erläuternder Bericht**), S. 3, wonach die Verordnung(n) "an die Entwicklungen der Rechtsetzung sowie der mittlerweile reichhaltigen Rechtsprechung angepasst" werde(n).

³ Praxismitteilung, Rz 4.

⁴ RPW 2021/3, 625 f., *Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch Enel X.S.r.l. und Volkswagen Finance Luxembourg S.A.*, Rz 10

⁵ RPW 2024/4, 1140 ff., *Wordline Merchant Service Italia S.p.A./Credito Emiliano S.p.A.*

- 7 Diese Beratungspraxis steht in offensichtlichem Widerspruch zur (nicht angepassten) Praxismitteilung, verringert die Rechtssicherheit und überdehnt das Auswirkungsprinzip. Das klare Kriterium von Aktivitäten oder Umsätzen in der Schweiz wird durch einen diffusen Massstab des "offensichtlich fehlenden Bezugs zum hiesigen Wettbewerb" resp. durch einen überdehnten Massstab der Möglichkeit des Erwerbs von Produkten und Dienstleistungen im Ausland ersetzt.
- 8 Angesichts dieses Widerspruchs erscheint eine ausdrückliche Regelung angebracht, z.B. als neuer Art. 3 Abs. 2 VKU oder als Art. 3a VKU. In Anwendung und Konkretisierung des Auswirkungsprinzips (Art. 2 Abs. 2 KG) sollte dort die Regelung gemäss Mitteilung des Sekretariats aufgenommen werden, ggf. unter Klärung des relevanten Zeithorizonts für künftige Aktivitäten:

"Kein meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss liegt vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen weder Aktivitäten noch Umsätze in der Schweiz aufweist und solche Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz weder geplant noch [in den nächsten drei Jahren] zu erwarten sind."

- 9 Ergänzend könnte eine Bagatellschwelle in Form eines Maximalumsatzes des GUs mit Kunden in der Schweiz vorgesehen werden, unter dem keine Meldepflicht besteht. Ein Blick in die Entscheidpraxis zeigt, dass der Erwerb gemeinsamer Kontrolle über ein GU (typischerweise: durch zwei Private Equity-Gesellschaften) zwar einen substantiellen Teil aller Zusammenschlussmeldungen umfasst, damit aber kaum je wettbewerbliche Bedenken verbunden sind. Durch eine solche Bagatellschwelle würde die Fusionskontrolle voraussichtlich effizienter und zielgenauer. Eine solche Bestimmung (wiederum: als neuer Art. 3 Abs. 3 oder als Art. 3a VKU) könnte wie folgt lauten:

"Kein meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss liegt vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen im letzten Geschäftsjahr Umsätze von weniger als [CHF 100'000] in der Schweiz erzielte."

2. Umsatzberechnung (Art. 5-7 E-VKU)

a) Umsatz eines beteiligten Unternehmens (Art. 5 Abs. 1 VKU)

- 10 Der E-VKU verzichtet auf die Regelung zur Umsatzberücksichtigung bei Konzerngesellschaften gemäss Art. 5 Abs. 1 VKU. Dies wird damit begründet, dass der kartellrechtliche Konzernbegriff zwischenzeitlich im Gesetz definiert und durch die Praxis konkretisiert wurde, so dass die Regelung entbehrlich sei und im Merkblatt aufgenommen werden könne.⁶ Indes sind die für die Umsatzberechnung massgeblichen verbundenen Unternehmen nicht den kontrollierten Unternehmen gleichzusetzen.⁷ Eine Gleichsetzung der beiden Begriffe, wie dies der Erläuternde Bericht nahelegt, würde zu einer wenig praktikablen Abweichung vom europäischen Recht bei der Bestimmung der massgeblichen Umsätze

⁶ Erläuternder Bericht, S. 6.

⁷ Vgl. Konsolidierte Mitteilung der EU-Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 2008/C 95/01) (**Konsolidierte Mitteilung**), Rz 184, zu den Unterschieden.

führen. Eine Regelung auf Verordnungsstufe erscheint damit nötig und Art. 5 Abs. 1 VKU sollte beibehalten werden.

b) Umsatzberechnung bei Gemeinschaftsunternehmen mit Dritten (Art. 5 Abs. 4 E-VKU)

- 11 Der in Art. 5 E-VKU neu eingeführte Absatz 4 behandelt die Umsatzzurechnung im Falle eines GU, in dem ein beteiligtes Unternehmen mit einem nicht beteiligten Unternehmen die gemeinsame Kontrolle ausübt. Der Umsatz eines solchen GU soll neu vollständig dem beteiligten Unternehmen zugerechnet werden.
- 12 Diese Regelung widerspricht der bisherigen schweizerischen Umsatzzurechnungspraxis und begründet eine nicht nachvollziehbare Abweichung von der EU-Praxis.⁸ Insbesondere bei internationalen Zusammenschlussverfahren, die die überwiegende Mehrheit der in der Schweiz gemeldeten Fälle ausmachen, ist es von zentraler Bedeutung, dass die Umsatzberechnung sowohl in der EU als auch in der Schweiz auf Basis der gleichen Grundlagen erfolgt, da andernfalls bei der Vorbereitung von Zusammenschlussmeldungen zusätzlicher Arbeitsaufwand sowie Inkonsistenzen entstehen können. Darüber hinaus würden Inkonsistenzen zwischen der EU- und der schweizerischen Umsatzberechnung das Risiko von unbeabsichtigten Meldepflichtverletzungen in der Schweiz erhöhen: Es ist beispielsweise denkbar, dass Zusammenschlüsse, die aufgrund der breiter gefassten Umsatzberechnung in Art. 5 Abs. 4 E-VKU in der Schweiz theoretisch meldepflichtig wären, dennoch übersehen werden, weil sich die Zusammenschlussparteien bei ihrer Einschätzung der Meldepflicht auf die (enger gefasste) EU-Umsatzberechnung stützen.
- 13 Aus diesen Gründen beantragt die Studienvereinigung, dass die bisherige Umsatzberechnungspraxis beibehalten wird. Entsprechend soll die Regelung von Art. 5 Abs. 5 E-VKU (Pro-Kopf-Zurechnung des Umsatzes eines GUs, das von den beteiligten Unternehmen gemeinsam kontrolliert wird) auch unter Art. 5 Abs. 4 E-VKU gelten, d.h. für GU, in denen ein beteiligtes Unternehmen mit einem nicht beteiligten Unternehmen die gemeinsame Kontrolle ausübt. Die Bestimmung sollte wie folgt lauten:

"Übt ein beteiligtes Unternehmen mit einem oder mehreren nicht am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die gemeinsame Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen aus, so ist der Umsatz dieses Gemeinschaftsunternehmens vollständig anteilig im Verhältnis zur Zahl der kontrollierenden Unternehmen zu berücksichtigen."

3. Signifikante Behinderung des wirksamen Wettbewerbs (Art. 8 E-VKU)

- 14 Art. 8 E-VKU enthält eine Legaldefinition der signifikanten Behinderung des wirksamen Wettbewerbs. Ein solches legislatives Vorgehen ist soweit ersichtlich international zumindest unüblich, wenn nicht einzigartig und erscheint auch in der Sache nicht angemessen.
- 15 Zunächst ist die Zulässigkeit des Vorgehens und damit die Gerichtsfestigkeit der Bestimmung fraglich. Der Bundesrat ist ermächtigt, Ausführungsbestimmungen zum KG zu erlassen (Art. 60 KG) bzw. für den Vollzug des Gesetzes zu sorgen (Art. 182 Abs. 2 BV). Vollziehungsverordnungen führen die durch das Gesetz begründeten Rechte und Pflichten näher

⁸ Vgl. Konsolidierte Mitteilung, Rz 187.

aus und passen das im Gesetz Bestimmte den konkreten praktischen Gegebenheiten an. Sie dürfen die Rechte der Betroffenen nicht einschränken und ihnen auch nicht neue Pflichten obliegen.⁹ Eine gesetzgeberisch gewollte Unbestimmtheit des Gesetzes kann nicht mittels einer Vollziehungsverordnung bereinigt werden.¹⁰ Es ist damit nicht Aufgabe der VKU, den Begriff der signifikanten Behinderung des wirksamen Wettbewerbs auszulegen. Diese Aufgabe obliegt Behörden und Gerichten.

- 16 Sodann ist eine Definition des SIEC weder nötig noch hilfreich. Ziel der Revision des Eingriffskriteriums war es, Parallelität zur Rechtslage nach europäischem Recht zu schaffen.¹¹ Eine eigenständige gesetzliche Konkretisierung würde die Gefahr einer Auslegungsdivergenz schaffen und die erstrebte Einheitlichkeit der Fusionskontrolle gefährden. So erwähnt etwa Art. 8 Abs. 2 E-VKU – zwar nur beispielhaft – Schadenstheorien, die wesentlich der bisherigen Praxis entsprechen (Einzelmarktbeherrschung, kollektive Marktbeherrschung sowie vertikale und konglomerate Marktverschliessungen). Nicht koordinierte Wirkungen unterhalb der Marktbeherrschung sind hier nicht erwähnt, obwohl diese nach europäischer Praxis den Hauptunterschied zwischen einem Marktbeherrschungs- und dem SIEC-Test darstellen.
- 17 Eine Legaldefinition würde zudem einen bestimmten wettbewerbsökonomischen Erkenntnisstand "einfrieren" und möglicherweise die Behandlung neuer Marktphänomene erschweren (z.B. Portfolio-Effekte oder Datenmärkte). Schliesslich verschiebt eine Legaldefinition einfach das Auslegungsproblem, da sie selbst auch wieder unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden muss (z.B. das Abstellen auf "Ausmass und Eintretenswahrscheinlichkeit der Behinderung" zur Konkretisierung der "signifikanten Behinderung" des Wettbewerbs). Sie schafft zusätzliche Komplexität ohne erkennbaren Mehrwert.
- 18 Die Studienvereinigung schlägt daher vor, auf Art. 8 E-VKU ersatzlos zu verzichten.

4. Meldung eines Zusammenschlussvorhabens (Art. 9-11 E-VKU)

a) Erleichterte Meldung auch ohne Pränotifizierung (Art. 9 Abs. 4 E-VKU)

- 19 Das Sekretariat kann die beteiligten Unternehmen wie bereits nach bisherigem Recht von der Pflicht zur Vorlage einzelner Angaben oder Unternehmen befreien. Die vorgesehene Formulierung scheint jedoch zu implizieren, dass dies nur bei Vorliegen eines Meldungsentwurfs möglich sein sollte ("Vor einer Meldung..."). Dies wäre nicht sachgerecht; gerade in unproblematischen Fällen sollte es auch möglich sein, dass das Sekretariat nach direkter Einreichung der Meldung auf Angaben gemäss Artikel 10 VKU ganz oder teilweise verzichtet. Art. 9 Abs. 4 E-VKU sollte entsprechend wie folgt formuliert werden:

~~"Vor einer Meldung können d~~Die Unternehmen und das Sekretariat können einvernehmlich festlegen, welche Inhalte zu melden sind."

⁹ Vgl. z.B. BGE 141 II 169 E. 3.3; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Rz 99.

¹⁰ BGE 139 II 460 E. 2.2 463.

¹¹ Botschaft KG-Revision, BBl 2023 1463

b) Beschränkung der erforderlichen Marktangaben auf den bisherigen Umfang (Art. 10 Abs. 1 lit. d und e E-VKU)

- 20 (1) Art. 10 Abs. 1 lit d E-VKU verlangt neu, dass für *sämtliche Märkte*, auf denen mindestens eines der beteiligten Unternehmen tätig ist und die zumindest Teile der Schweiz umfassen, alle plausiblen Marktabgrenzungen dargelegt und für alle plausiblen Abgrenzungen Marktanteilsschätzungen angegeben werden – selbst wenn diese Märkte vom Zusammenschluss nicht betroffen sind. Eine Darlegung sämtlicher denkbarer Marktabgrenzungen einschliesslich Marktanteilsschätzungen für diese für die Beurteilung des Zusammenschlusses nicht relevanten Märkte hätte für die betroffenen Unternehmen erheblichen administrativen Mehraufwand zur Folge und würde Zusammenschlussvorhaben beträchtlich verteuern und verzögern, ohne dass ein Nutzen für die fusionskontrollrechtliche Prüfung besteht. Denn Marktanteile auf vom Zusammenschluss nicht tangierten Märkten sind für die materiellrechtliche Beurteilung ohne Belang.
- 21 Für die wettbewerbsrechtliche Würdigung eines Zusammenschlusses sind einzig die vom Vorhaben *betroffenen Märkte* massgebend, wie dies auch die aktuelle VKU vorsieht (Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU). Entsprechend empfiehlt die Studienvereinigung, dass für Tätigkeiten auf Märkten ohne Konnex zum gemeldeten Zusammenschluss weiterhin keine Angaben verlangt werden, die über die Beschreibung der Geschäftstätigkeit hinausgehen, und an der bisherigen Formulierung festgehalten wird. Dies steht im Einklang mit der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission¹² und entspricht der europäischen Praxis.¹³
- 22 (2) Gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. e E-VKU sollen die bislang nur für die betroffenen Märkte geforderten Detailangaben zusätzlich auch für vor- und nachgelagerte sowie für benachbarte Märkte gelten. Unter benachbarten Märkten versteht der Erläuternde Bericht vornehmlich solche, auf denen Produkte angeboten werden, die das Angebot auf dem betroffenen Markt ergänzen (etwa Drucker und zugehörige Patronen).¹⁴ Die erweiterte Informationspflicht für betroffene Märkte soll selbst dann greifen, wenn die zusammenschlussbeteiligten Unternehmen auf den betreffenden Märkten gegenwärtig nicht aktiv sind, sondern lediglich potenziell tätig werden könnten.
- 23 Bereits nach geltendem Recht werden die Gegebenheiten auf vor- und nachgelagerten sowie benachbarten Märkten im Rahmen der Darstellung der betroffenen Märkte abgebildet, soweit sie für die Beurteilung des Vorhabens auf betroffenen Märkten von Belang sind. Die darüberhinausgehenden Angaben würden ausschliesslich zu einer Erhöhung des administrativen Aufwands führen, ohne für die materielle Prüfung des Zusammenschlusses einen zusätzlichen Erkenntnisgewinn zu liefern.

¹² Vgl. Mitteilung des Sekretariates der WEKO, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen, Ziff. 9.

¹³ In der EU sind detaillierte Marktanteilsangaben und Wettbewerbsanalysen im Meldeformular grundsätzlich nur für sogenannte «betroffene Märkte» erforderlich, d.h. für Märkte mit horizontalen Überschneidungen oder vertikalen Beziehungen, die nicht für das vereinfachte Verfahren (vgl. Rz. 5 der Bekanntmachung der Kommission über ein vereinfachtes Verfahren ABl. C 160 vom 5.5.2023, S. 1) qualifizieren und auch nicht von den Flexibilitätsklauseln gemäss Rz. 8 dieser Bekanntmachung profitieren. Die massgeblichen Schwellenwerte betragen 20 % bei horizontalen Überschneidungen bzw. 30 % bei vertikalen Beziehungen. Wo keine betroffenen Märkte vorliegen, sind in der EU grundsätzlich keine weitergehenden Angaben beizubringen.

¹⁴ Erläuternder Bericht S. 9.

- 24 (3) Nach Ansicht der Studienvereinigung sollte daher der Umfang der beizubringenden Angaben weiterhin auf die betroffenen Märkte begrenzt bleiben und Art. 10 E-VKU wie folgt angepasst werden:

"d. Beschreibung der Geschäftstätigkeit der beteiligten Unternehmen ~~sowie die Angabe sämtlicher plausibler Abgrenzungen der sachlichen und räumlichen Märkte, die zumindest Teile der Schweiz umfassen, mit einer Schätzung der Marktanteile der beteiligten Unternehmen;~~

e. Angabe und ~~eine~~ Beschreibung (Struktur; Eigenschaften von Nachfrage und Angebot; Markteintrittsschranken; ~~vorgelagerte, nachgelagerte und benachbarte Märkte;~~ Forschung und Entwicklung, Schätzung der Marktanteile) aller ~~plausiblen~~ sachlichen und räumlichen abgegrenzten Märkte, die von dem Zusammenschluss betroffen sind, ~~die~~ zumindest Teile der Schweiz umfassen und auf denen:

1. mindestens zwei der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tätig sind, wobei der gemeinsame Marktanteil aller am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen mindestens 20 Prozent beträgt, oder
2. nur eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tätig ist, wobei dessen Marktanteil mindestens 30 Prozent beträgt; und"

c) Beibehaltung der bisherigen Regelung zu den relevanten Dokumenten (Art. 10 Abs. 1 lit. f Ziff. 4)

- 25 Wie bisher sind zusammen mit der Fusionskontrollmeldung bestimmte für die Prüfung wesentliche Unterlagen einzureichen. Gemäss E-VKU soll auch hier eine Ausweitung der einzureichenden Dokumente erfolgen, ohne dass ersichtlich wäre, weshalb eine Änderung der bisherigen Regelung, die sich in der Praxis bewährt hat, erfolgen soll.
- 26 Nach Ansicht der Studienvereinigung ist auf eine Änderung von Buchstabe f zu verzichten und die bisherige Regelung – wonach Informationen einzureichen sind, "die im Hinblick auf den Zusammenschluss erstellt wurden, soweit sie für die Beurteilung des Zusammenschlusses wichtige Angaben enthalten" (Art. 11 Abs. 2 lit. d VKU) – beibehalten werden.

d) Keine übermässigen Anforderungen an Effizienzen (Art. 10 Abs. 2 E-VKU)

- 27 Die E-VKU sieht vor, dass die meldenden Unternehmen die Effizienzvorteile bereits im Rahmen der Meldung substantiiert zu begründen und die erforderlichen Unterlagen einzureichen haben. Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass die Wettbewerbskommission keine übermässigen Anforderungen in Bezug auf die Darlegung der Effizienzen stellen sollte. Zum einen lassen sich Effizienzgewinne zum Zeitpunkt der Meldung vielfach noch nicht abschliessend quantifizieren oder im Einzelnen belegen, da sie ihrer Natur nach zukunftsgerichtet sind. Zum anderen ist die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens insgesamt prognostischer Natur und daher mit inhärenten Unsicherheiten behaftet. Die Studienvereinigung spricht sich daher dafür aus, dass an die im Rahmen der Meldung beizubringenden Angaben zu Effizienzvorteilen keine übermässigen Anforderungen gestellt werden und der prognostische Charakter solcher Angaben bei der Beurteilung ihrer Substantiierung angemessen berücksichtigt wird. Die Bestimmung könnte wie folgt ergänzt werden.

"Machen die meldenden Unternehmen die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen geltend, so sind diese Effizienzvorteile soweit möglich substantiiert zu begründen und die zur Überprüfung erforderlichen Unterlagen einzureichen."

5. Mitteilung eines europäischen Zusammenschlussvorhabens (Art. 12 E-VKU)

- 28 Gemäss Art. 9 Abs. 1^{bis} RevKG müssen Zusammenschlussvorhaben, welche die Meldeschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erfüllen, in der Schweiz nicht gemeldet werden, sofern diese Vorhaben von der EU-Kommission beurteilt werden und sämtliche von den Vorhaben betroffenen sachlichen Märkte räumlich so abzugrenzen sind, dass sie die Schweiz und zumindest den EWR umfassen. Bei solchen Vorhaben ist der WEKO innerhalb von zehn Tagen nach Einreichung der Meldung bei der EU-Kommission eine Kopie dieser Meldung zuzustellen. Gemäss Art. 12 Abs. 3 E-VKU informiert das WEKO-Sekretariat *in der Regel* innerhalb von zehn Tagen ab Eingang der Kopie der EU-Meldung die meldenden Unternehmen, wenn es von einer Meldepflicht in der Schweiz ausgeht.
- 29 Die Ausgestaltung der Frist von Art. 12 Abs. 3 E-VKU als Ordnungsfrist ist mit den praktischen Bedürfnissen von Unternehmen bei Transaktionen nicht vereinbar. Internationale Transaktionen stehen regelmässig unter hohem Zeitdruck und die einzelnen Transaktionschritte wie der Transaktionsvollzug werden häufig vertraglich fixiert und zwar unter Berücksichtigung der zu erwartenden Dauer der Zusammenschlusskontrollverfahren in den verschiedenen Jurisdiktionen. Eine unverbindliche Rückmeldefrist des WEKO-Sekretariats, wie sie Art. 12 Abs. 3 E-VKU vorsieht, schafft zusätzliche Planungsunsicherheit. Dies könnte unter Umständen dazu führen, dass die Transaktionsparteien zur Vermeidung des durch die Unverbindlichkeit von Art. 12 Abs. 3 E-VKU drohenden Zeitverlusts eine parallele Schweizer Meldung vorbereiten und direkt einreichen. Damit würde Art. 9 Abs. 1^{bis} RevKG zum toten Buchstaben.
- 30 Die Studienvereinigung beantragt daher, die Frist von zehn Tagen in Art. 12 E-VKU als verbindliche Frist auszugestalten:
- "Das Sekretariat informiert die Unternehmen ~~in der Regel~~ innerhalb von zehn Tagen ab Eingang der Kopie nach Absatz 1, wenn es von einer Meldepflicht in der Schweiz ausgeht."

6. Verfahren (Art. 14—23 E-VKU)

a) Vollständigkeit der Meldung (Art. 14 Abs. 2 E-VKU)

- 31 Soweit das Sekretariat eine Erleichterung der Meldung gemäss Art. 9 Abs. 4 E-VKU festgelegt hat, erscheint eine Unvollständigkeitserklärung nicht (mehr) sachgerecht. Dieser Fall ist daher vorzubehalten.
- "Das Sekretariat kann die Meldung innerhalb derselben Frist als unvollständig zurückweisen, wenn die erforderlichen Angaben und Unterlagen (Art. 10) für einen Entscheid über die Einleitung einer vertieften Prüfung fehlen und insoweit keine Erleichterung gemäss Artikel 9 Absatz 4 festgelegt wurde. (...)"

b) Ausnahmen vom Vollzugsverbot (Art. 19 E-VKU)

32 Das europäische Recht sieht bei öffentlichen Übernahmeangeboten oder bei Aktienkäufen von mehreren Verkäufern über die Börse (*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 erlassen werden.

33 Dazu könnte der E-VKU mit Art. 19 Abs. 3 mit folgendem Wortlaut ergänzt werden:

"Artikel 32 Absatz 2 KG und Artikel 33 Absatz 2 KG stehen dem Erwerb der Kontrolle von mehreren Verkäufern durch ein öffentliches Übernahmeangebot oder Rechtsgeschäften mit Wertpapieren nicht entgegen, sofern der Zusammenschluss gemäss Artikel 32 Absatz 1 KG gemeldet wird und der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausübt oder nur zum Erhalt des Werts der Investition gestützt auf eine Bewilligung der WEKO gemäss Artikel 32 Absatz 2 oder Artikel 33 Absatz 2 KG ausübt."

34 Wird auf die vorstehende Regelung verzichtet, so sollte jedenfalls in der VKU klargestellt werden, dass in den vorstehend genannten Fällen eine Bewilligung für den vorzeitigen Vollzug erteilt wird. Art. 19 Abs. 3 E-VKU könnte in diesem Fall wie folgt formuliert werden:

"Die WEKO bewilligt den vorläufigen Vollzug gemäss Artikel 32 Absatz 2 KG und Artikel 33 Absatz 2 KG insbesondere beim Erwerb der Kontrolle von mehreren Verkäufern durch ein öffentliches Übernahmeangebot oder Rechtsgeschäften mit Wertpapieren, sofern der Zusammenschluss gemäss Artikel 32 Absatz 1 KG gemeldet wird und der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausübt oder nur zum Erhalt des Werts der Investition gestützt auf eine Bewilligung der WEKO gemäss Artikel 32 Absatz 2 oder Artikel 33 Absatz 2 KG ausübt."

C. Sanktionsverordnung KG, SVKG

1. Artikel 3 E-SVKG

35 Die Revision von Artikel 3 SVKG eröffnet der WEKO an mehreren Stellen ein Ermessen, das mit dem "strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter" der kartellrechtlichen Sanktionen (BGE 139 I 72 Publigruppe) und den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots (Art. 7 EMRK) nicht vereinbar ist. Sanktionsnormen bedürfen einer Bestimmtheit, die den Adressaten vorhersehbar macht, welche Sanktion sie zu gewärtigen haben. Der aktuelle Entwurf erfüllt dieses Prinzip nicht oder nur teilweise. Der Gesetzgeber adressiert die Sanktionsgrundlage unspezifisch. Während allfällige Mängel des KG wegen fehlender Verfassungsgerichtsbarkeit hinzunehmen sind, müssen solche bei der Formulierung der SVKG

vermieden werden und starkes Gewicht auf eine klare Regelung der Sanktionsbemessungsgrundlagen gelegt werden.

- 36 Das in den Artikeln 3 Abs. 2 bis 4 E-SVKG statuierte weite Ermessen ist vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebotes kritisch zu würdigen. Welche Bemessungsgrundlage die WEKO im Einzelfall anwendet, ist unter dem E-SVKG kaum vorhersehbar. Die Regelung operiert zudem weitgehend mit unbestimmten Rechtsbegriffen und nicht abschliessenden Aufzählungen. Die Vorhersehbarkeit einer möglichen Sanktion ist für die Rechtsadressaten nicht gegeben. Das ist in einem Rechtsbereich in dem mit die gravierendsten und betragsmässig höchsten Sanktionen verhängt werden rechtsstaatlich bedenklich.
- 37 Wenn überhaupt nur eine sehr schwache Stütze im Gesetz finden die vorgeschlagenen Pauschalsanktionen. Diese können die Dauer und Schwere des Verstosses und insbesondere den mutmasslichen Gewinn kaum im Einzelnen abbilden. Entsprechend sind Pauschalsanktionen, damit die Verordnung die gesetzliche Delegation nicht überschreitet und die Verhältnismässigkeit gewahrt bleibt, betragsmässig in ihrer Höhe zu begrenzen.
- 38 Nachstehend werden Änderungen vorgeschlagen, die den sachlichen Regelungsgehalt der Absätze 2 und 3 des Entwurfs aufnehmen, aber das Ermessen der WEKO so reduzieren, dass die rechtsstaatlichen Anforderungen berücksichtigt werden.

Formulierungsvorschlag	Begründung
Art. 3 Basisbetrag 2 ~~In Abweichung von Absatz 1~~ <u>Ausnahme</u>weise kann eine andere Bemessungsgrundlage verwendet werden, wenn der nach Absatz 1 berechnete Basisbetrag die wirtschaftliche Bedeutung ~~und potenzielle Schädlichkeit~~ des Verstosses <u>offensichtlich</u> nicht <u>sachgerecht</u> widerspiegelt. Dies ist ~~insbesondere~~ der Fall, wenn	Die Absätze 2 und 3 formulieren eine Ausnahme und greifen nur dann, wenn die Bemessung nach dem Umsatz zu einer «zu tiefen» Sanktion führt. Der Vernehmlassungsentwurf öffnet mit dem Kriterium einer potenziellen Schädlichkeit ein Wertungsfeld, das vom Umsatz entkoppelt ist und die Schwelle für alternative, nicht vorhersehbare Sanktionsbemessungen zusätzlich senkt. Die "wirtschaftliche Bedeutung des Verstosses" soll sich an der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Verstosses messen und deckt den Regelungsgegenstand vollständig ab; sie umfasst sowohl den realisierten als auch den bei bestimmungsgemässer Wirkung des Verstosses zu erwartenden Umsatzeffekt. Sanktionen sollen sich in erster Linie am erzielten Umsatz orientieren. Vor dem Hintergrund namentlich des Bestimmtheitsgebotes dürfen Abweichungen als Ausnahme nur in engen Grenzen und nach Erstellung einer umsatzbasierten Sanktion erlaubt sein und müssen hinreichend begründet werden. Andernfalls erscheint die Norm als kaskadierend offen, indem jede Stufe die vorige um zusätzliches Ermessen ergänzt, was mit dem Bestimmtheitsgebot bei strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Sanktionen unvereinbar ist. Es wäre wünschenswert, klare Kriterien aufzunehmen, wonach sich die wirtschaftliche Bedeutung gemessen soll bzw. sich bestimmen liesse, wann und warum eine aufgrund des Umsatzes bemessene Sanktion

	ein Verhalten «offensichtlich nicht sachgerecht widerspiegelt».
~~b. das Unternehmen aufgrund des Verstosses selbst, namentlich durch Boykott, Marktabstottung oder Marktaufteilung, auf den relevanten Märkten in der Schweiz keinen oder einen erheblich geringeren Umsatz erzielt hat, als ohne den Verstoß zu erwarten gewesen wäre es durch den Verstoß auf den relevanten Märkten einen reduzierten Umsatz erzielt hat; oder~~	Der Vernehmlassungsentwurf lässt offen, welche Konstellationen von "reduziertem Umsatz" erfasst sein sollen. Dies ergibt sich beispielhaft lediglich aus den Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf. Die vorgeschlagene Neuformulierung lässt die Stossrichtung des Entwurfs unverändert, präzisiert diesen aber.
c. sich der Verstoß auf weitere als die relevanten Märkte auswirkt.	Die Sanktionsmöglichkeiten unter dem Vernehmlassungsentwurf sind bezüglich des vorgeschlagenen Bst. c in Verletzung des Bestimmtheitsgebots praktisch schrankenlos: Fast jede Wettbewerbsbeschränkung hat Auswirkungen auf benachbarte Märkte (Substitutions-, Komplementär-, Multiplikatoreffekte). Der Wortlaut könnte damit fast jeden Verstoß in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung bringen und die Ausnahmebestimmung und damit eine erhöhte Sanktion zur Regel machen. Sollte am Vorschlag einer alternativen Bemessung festgehalten werden, sofern sich der Verstoß auf weitere als die relevanten Märkte auswirkt, ist vor dem Hintergrund der vorstehenden Begründung diese Möglichkeit stark einzugrenzen. Denkbar wäre die Anwendung einer alternativen Bemessung in solchen Fällen, bei denen als Folge des Verstosses der Zugang zu anderen Märkten verunmöglicht wird. Eine mögliche Formulierung könnte dabei wie folgt lauten: "~~sich der Verstoß den Zugang zu auf weiteren als die relevanten Märkten verschliesst auswirkt.~~" Blosser undefinierte Auswirkungen auf "weitere als die relevanten Märkte" sind hingegen abzulehnen.
3 In den Fällen von Absatz 2 ~~können ist~~ als Bemessungsgrundlage ~~andere Umsätze als in Absatz 1 oder tatnahe Beträge verwendet werden, die die wirtschaftliche Bedeutung und potenzielle Schädlichkeit des Verstosses widerspiegeln, insbesondere diejenige zu wählen, die die wirtschaftliche Bedeutung des Verstosses am sachgerechtesten abbildet. In Betracht kommen:~~ a. ~~die Umsätze auf vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Märkten;~~ b. ~~ältere oder auf drei Jahre hochgerechnete Umsätze; oder~~ c. ~~die Offertsumme.~~	Der Vernehmlassungsentwurf enthält mit dem Begriff "tatnahe Beiträge" ein neuartiges, weitgehend konturenloses Konzept. Das ist mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar. Die zwei konkret genannten Ersatzgrundlagen (Offertsumme, hochgerechnete Umsätze) decken die praxisrelevanten Konstellationen ab.

<u>a. die Offertsumme oder die Summe der vom unzulässigen Verhalten betroffenen Aufträge;</u> <u>b. ältere oder auf drei Jahre hochgerechnete Umsätze auf den relevanten Märkten in der Schweiz.</u> <u>Die Wahl ist im Einzelnen zu begründen.</u>	
4 Die Wettbewerbskommission (WEKO) kann ~~in begründeten Ausnahmefällen~~ Pauschalsanktionen festlegen. <u>Pauschalsanktionen dürfen den Betrag von CHF 100'000 nicht überschreiten.</u> ~~, wenn die Erhebung der Bemessungsgrundlagen nach Absatz 1 oder 3 einen unverhältnismässigen Aufwand verursachen würde, namentlich:~~ ~~a. wenn eine grosse Zahl von Unternehmen an einer Abrede teilgenommen hat; oder~~ ~~b. nur ein geringfügiger Verstoss vorliegt.~~	Die vorgeschlagene Bestimmung hält einer kritischen Betrachtung vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots nicht stand. Was unter einer grossen Zahlung von Unternehmen zu verstehen ist, ist unklar, ebenso, was ein unverhältnismässiger Aufwand ist. Pauschalsanktionen können zudem die gesetzlichen Bemessungskriterien Dauer und Schwere des Verstosses und insbesondere den mutmasslichen Gewinn kaum im Einzelnen abbilden. Damit die Verordnung die gesetzliche Delegation nicht überschreitet und die Verhältnismässigkeit gewahrt bleibt, müssen Pauschalsanktionen deshalb betragsmässig eng begrenzt werden. Zu bedenken ist dabei auch das mit einer Sanktion verbundene Stigma und Folgewirkungen (z.B. Ausschlusswirkungen). Eine Pauschalsanktion muss daher genau begründet werden.
4 Absatz 1 gilt sinngemäss für den nach den Absätzen 2 und 3 bestimmten Basisbetrag.	Mit dieser Bestimmung soll sichergestellt werden, dass die alternative Bemessung nicht in eine völlig andere Sanktionsdimension abheben kann, sondern an den Grundsatz von Abs. 1 rückgebunden bleibt.

2. Artikel 6 E-SVKG

- 39 Artikel 6 Abs. 1 Bst. c E-SVKG enthält die Voraussetzungen, unter denen ein Compliance-Programm sanktionsmindernd berücksichtigt werden kann. Alle Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt werden. Damit ist der Vernehmlassungsvorschlag strenger (und einschränkender) als die geltende SVKG, welche der WEKO bereits heute die Möglichkeit gibt, genuine Compliance-Massnahmen sanktionsmindernd zu berücksichtigen. Anstelle dem gesetzgeberischen Willen Rechnung zu tragen und den Unternehmen und der Behörde (!) ausdrücklich das Argument der Compliance Defense in die Hand zu geben, nimmt der E-SVKG durch seine konzeptuelle Ausgestaltung diese Möglichkeit von Beginn. Der Entwurf wird die Berücksichtigung von Compliance Massnahmen zum toten Buchstaben machen, anstatt sie zu stärken.
- 40 Der Vernehmlassungsvorschlag passt strukturell weder für Grossunternehmen noch für KMUs. Er ignoriert den gesetzlichen Auftrag von Art. 49a Abs. 1 KG, wonach die Angemessenheit eines Compliance Programms an "Grösse, Geschäftstätigkeit und Branche" zu messen ist. Für die schweizerische, massgeblich von KMU geprägte Wirtschaft ist etwa die Anforderung eines unabhängigen Compliance Officers mit direktem Berichtsweg an die Geschäftsleitung strukturell unerfüllbar. Für Grossunternehmen, insbesondere etwa bei de-

zentralen Konzernstrukturen, trifft dies ebenso zu, da Inhouse-Anwälte nicht als unabhängig gelten und auch anderweitig mangelnde Unabhängigkeit unterstellt werden kann. Das führt dazu, dass die im Gesetz vorgesehene Compliance-Milderung praktisch ins Leere läuft. Der E-SVKG kommt dem gesetzgeberischen Auftrag nicht nach.

- 41 Ferner ist der Vernehmlassungsvorschlag nicht im Einklang mit dem gesetzgeberischen Willen, da dieser entgegen dem Gesetzeswortlaut und den Materialien die Wirksamkeit eines Compliance-Programms zur Bedingung für dessen Berücksichtigung macht. Der Gesetzgeber wollte Unternehmen, die ernsthafte Compliance-Anstrengungen unternehmen, milder sanktionieren und zwar auch dann, wenn es trotz dieser Compliance-Anstrengungen zu einem Verstoß kam und dieser vom Unternehmen nicht entdeckt wurde. Dies geht auch aus der Debatte im Nationalrat hervor:

"[...] In einigen EU-Ländern ist diese Thematik unter dem Begriff "Compliance Defence" bekannt. In der Praxis gibt es zahlreiche Unternehmen, welche nicht nur das Kartellrecht ernst nehmen, sondern auch ihre Mitarbeitenden entsprechend schulen, so etwa, wie diese reagieren müssen, wenn telefonisch widerrechtliche Absprachen angeboten werden, und wie sie diese dokumentieren können. Doch wissen wir alle, dass ein Unternehmen noch so viele Vorkehrungen treffen kann: Es kann immer wieder vorkommen, dass ein Mitarbeiter widerrechtliche Taten begeht. Aus Sicht der Mehrheit unserer Kommission wäre es stossend, ein solches Unternehmen gleich zu behandeln wie eines, das sich nie um die interne Sensibilisierung und Durchsetzung des Kartellrechts gekümmert hat. Wir kennen dieses Prinzip bereits aus dem Unternehmensstrafrecht. Einem Unternehmen, das alles Zumutbare getätigt hat, um widerrechtliche Handlungen zu verhindern, werden diese Vorkehrungen bei der Strafbemessung angerechnet. Dieser Grundsatz soll jetzt auch im Kartellrecht gelten. [...]" (Ständerat Hans Wicki, AB 2024 S 551)

- 42 Unternehmen sind komplexe, vielschichtige Gebilde, die aus mehreren Personen mit teilweise lokalen Rationalitäten bestehen und nicht über eine perfekte Information verfügen. Ein Compliance-Programm eines Unternehmens kann auch dann ernsthaft sein und eine Sanktionsreduktion rechtfertigen, wenn es im Einzelfall keinen Beitrag leistete, einen Verstoß zu entdecken oder zu verhindern, z.B. aufgrund eines weisungsverletzenden Verhaltens einzelner Mitarbeitenden mit entsprechender Verdunkelung auch dem Unternehmen gegenüber. Das betroffene Unternehmen ist dann gleichsam auch Opfer des Kartellverhaltens seiner Mitarbeitenden.
- 43 Hält ein Compliance Programm einer risikobasierten Angemessenheitsprüfung in Anwendung des zu schützenden unternehmerischen Ermessens (*Business Judgment Rule*) stand, soll es sanktionsmildernd berücksichtigt werden. Vor dem Hintergrund, dass der Bundesrat ermächtigt wird, die "*Kriterien zur Beurteilung der Angemessenheit*" der Vorkehrungen zu regeln, schlagen wir daher folgende Änderungen in Artikel 6 Abs. 1 Bst. b und c E-SVKG vor.

Formulierungsvorschlag	Begründung
b. wesentlich zur raschen Erledigung der Untersuchung beiträgt, insbesondere wenn es: 1. eine einvernehmliche Regelung abschliesst, oder 2. sich während der Untersuchung kooperativ verhält; ~~oder~~	Es dürfte sich hier um ein redaktionelles Versehen handeln. Der Beitrag zur raschen Erledigung der Untersuchung und die Compliance-Defence sind separate Milderungsgründe, die sich nicht gegenseitig ausschliessen sollten. Die Verhaltensweisen sind kumulative zu berücksichtigen.

	Anzusprechen ist in diesem Kontext auch die sog. Nachtat-Compliance (vgl. auch den Formulierungsvorschlag zu lit. b. Ziff. 4), welche bspw. in den Bussgeldleitlinien des BKartA erläutert werden. Demnach können nach der Tat getroffene Vorkehrungen zur effektiven Vermeidung und Aufdeckung von (künftigen) Kartellrechtsverstössen im Rahmen einer Gesamtbeurteilung des positiven Nachtatverhaltens mildernd berücksichtigt werden. Eine Milderung zieht das Bundeskartellamt insbesondere in Betracht, wenn das Unternehmen überzeugend die ergriffenen Vorkehrungen zur wirkungsvollen Vermeidung künftiger vergleichbarer Verstöße darlegt und ein Bekenntnis zu rechtskonformem Handeln klar erkennbar ist.
c. <u>Angemessene</u> Vorkehrungen zur Vermeidung von Verstössen gegen das KG (kartellrechtliche Compliance-Programme) getroffen hat; ein kartellrechtliches Compliance-Programm ~~wird berücksichtigt~~ <u>ist angemessen und wird berücksichtigt</u>, wenn:	Bereits im Obersatz von Bst. c ist klarzustellen, dass die Compliance-Defence greift, wenn ein Unternehmen angemessene Compliance-Massnahmen ergriffen hat. Dies entspricht dem gesetzlichen Auftrag in Artikel 49a Abs. 1 fünfter und sechster Satz und trägt der den Compliance-Programmen anerkanntem massen innewohnenden generalpräventiven Wirkung Rechnung. Was danach zu folgen hat, ist eine möglichst flexible, auf den Einzelfall anwendbare Definition, was im Kontext von Grösse, Geschäftstätigkeit und Branche unter angemessenen Compliance-Massnahmen der entsprechenden Unternehmen zu verstehen ist sowie eine Allokation der Verantwortlichkeit für den Beweis der Angemessenheit. Zu erfolgen hat eine risikobasierte Angemessenheitsprüfung.
1. ~~es den Branchenstandards entspricht und~~ der Grösse, ~~und~~ der Geschäftstätigkeit <u>und</u> der Branche des Unternehmens hinreichend Rechnung trägt;	Diese im Vernehmlassungsentwurf vorgeschlagene Formulierung geht über den Gesetzestext hinaus. Das Gesetz verlangt lediglich, dass das Programm der Branche angemessen ist. Demgegenüber setzte der Vernehmlassungsentwurf voraus, dass Branchenstandards überhaupt existieren. Branchenstandards sind nach dem Gesetzestext nicht konstitutives Element der Angemessenheit. Dass Branchenstandards in die Beurteilung der Angemessenheit einfließen können, wird nicht in Abrede gestellt. Ihre explizite Erwähnung ist aber unnötig und könnte sogar dazu führen, dass sich die WEKO bei der Beurteilung der Angemessenheit an Programmen orientiert, die über das gesetzliche Kriterium der Angemessenheit hinausgehen. In diesem Kontext zu beachten ist, dass bei international tätigen Unternehmen ein möglichst wirkungsvolles Compliance-Programm auch von einer gewissen Einheitlichkeit abhängt, auch wenn ggf. länderspezifisch abweichende Standards bestehen können.
2. <u>es unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen identifiziert sowie geeignete Massnahmen zur Vermeidung von Verstössen vorgese-</u>	Die Unternehmen sollten frei bleiben, geeignete Massnahmen zu ergreifen, solange diese dem Ziel der Vermeidung von Verstössen dienen. Entsprechend sollten die Massnahmen zur Vermeidung von Verstössen

<u>hen werden, insbesondere Schulungen, Melde-mechanismen oder Überwachungs- und Disziplinar-massnahmen,</u>	nur exemplarisch aufgeführt werden. Ansonsten besteht auch eine Gefahr, dass dem technologischen Fortschritt nicht genügend Beachtung geschenkt würde. Zu erfolgen hat eine risikobasierte Angemessenheitsprüfung.
~~23.~~ es vor der Eröffnung der Untersuchung eingeführt wurde <u>oder in Umsetzung war,</u>	Der Vernehmlassungsvorschlag ist unklar. Der Gesetzgeber wollte, wie bereits erwähnt, genuine Compliance-Anstrengungen eines Unternehmens honorieren. Genuin sind namentlich solche Anstrengungen, die beschlossen und in der Umsetzung sind.
<u>4. Erachtet die Wettbewerbskommission ein Compliance-Programm als unangemessen, begründet sie dessen Unangemessenheit im Einzelnen. Allfällige Massnahmen oder Verbesserungen, welche das Unternehmen nach der Eröffnung der Untersuchung vornimmt, berücksichtigt sie nach Buchstabe b.</u>	Die Wettbewerbskommission soll begründen müssen, weshalb sie ein Compliance-Programm nicht als angemessen erachtet. Liegen genuine Nachtats-Anstrengungen zur Einführung oder Verbesserung eines Compliance-Programms vor, soll sie dies im Sinne einer Nachtats-Compliance berücksichtigen können. Damit trägt sie auch den Compliance-Programmen anerkanntermassen innewohnenden generalpräventiven Wirkungen Rechnung.
~~3. es zur Aufdeckung des Verstosses gegenüber den Wettbewerbsbehörden oder zu seiner Beseitigung geführt hat,~~	Diese Bestimmung steht im Widerspruch zum gesetzgeberischen Auftrag bzw. geht darüber hinaus. Angemessenheit bedeutet, dass eine Massnahme oder Handlung in einem guten Verhältnis zu ihrem Ziel steht und weder übertrieben noch zu schwach ist. Angemessenheit darf nicht mit Wirksamkeit verwechselt werden. Der präventive Charakter von Compliance-Programmen geht nicht dadurch verloren, dass es im Einzelfall einen Verstoß nicht vollständig verhindern konnte. Gerade bei vorsätzlicher Umgehung interner Kontrollen durch einzelne Mitarbeitende kann ein grundsätzlich angemessenes und wirksames Compliance-System versagen, ohne dass daraus geschlossen werden dürfte, das Programm sei insgesamt unangemessen. Ausserdem birgt die Formulierung "Aufdeckung [...] gegenüber den Wettbewerbsbehörden" die Gefahr, dass Zweitanzeiger und nachfolgende Anzeiger allenfalls kaum mehr von der Compliance-Defence profitieren können, selbst wenn deren Programme angemessen sind. Durch diese Formulierung werden sachfremd und entgegen der Intention des Gesetzgebers das Selbstanzeigenregime und Compliance-Anstrengungen unsachlich verknüpft. Compliance-Anstrengungen als eigenständiger Minderungsgrund werden dadurch missachtet.
~~Abs. 4. darin dargelegt wird, welche Ressourcen zu seiner Umsetzung erforderlich sind,~~	Diese Bestimmung steht im Widerspruch zum gesetzgeberischen Auftrag bzw. geht darüber hinaus. Ob ein Compliance-Programm angemessen ist, bemisst sich nicht daran, ob darin dargelegt wird, welche Ressourcen zu seiner Umsetzung erforderlich sind, sondern ob es Risiken hinreichend identifizieren kann und darauf gestützt entsprechende Massnahmen umgesetzt werden können.

5. mit dem Programm das Risiko von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen identifiziert und bewertet sowie geeignete Massnahmen zur Risikoverringerung vorgesehen werden, insbesondere Schulungen, Meldemechanismen, Überwachungs- und Disziplinarmassnahmen,	Siehe vorne, Bst. c Ziff. 2.
6. die Umsetzung des Programms einer unabhängigen Person übertragen ist, die direkt der Geschäftsleitung berichtet, und	Für KMU wie für Grossunternehmen ist diese Voraussetzung oftmals gar nicht durchführbar. Sowohl «Unabhängigkeit» als auch direkte Berichterstattung sind Kriterien, die keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Compliance Programms haben. Die Berichterstattung kann von organisatorischen Zufälligkeiten abhängen, die Unabhängigkeit eines Arbeitnehmenden generell angezweifelt werden.
7. keine Person mit Organstellung in den Verstoss verwickelt war oder diesen gekannt hat.	Diese Bestimmung steht im Widerspruch zum gesetzgeberischen Auftrag. Die Tatsache alleine, dass eine Person mit Organstellung in den Verstoss verwickelt war oder diesen gekannt hat, lässt die Compliance-Bemühungen des Unternehmens nicht als nicht-genuin erscheinen. Gerade etwa bei dezentralen Konzernstrukturen stellen sich schwierige Abgrenzungsfragen. Im Übrigen ist nicht klar, warum ein wirksames Compliance-Programm nicht belohnt werden soll, wenn gegen eine Person mit Organstellung eingeschritten wird oder diese den Sachverhalt gar zur Prüfung aufbrachte. Hinzu kommt, dass die Person den Verstoss als solchen erkannt haben müsste – das wird mit der Regelung unterstellt. Dies verstösst gegen die Unschuldsumutung. Es kann gute Gründe geben, von der Zulässigkeit des Verhaltens auszugehen.

3. Artikel 7 E-SVKG

- 44 In ihrer Verfügung Sport im Pay TV hielt die WEKO fest, im Kartellrecht sei, anders als im Strafrecht, nicht definiert, in welchem Rahmen eine Handlungsmehrheit zu berücksichtigen ist. Möglich erscheinen daher sowohl die Kumulation als auch die Absorption oder als Mittelweg die Asperation. Es sei im Rahmen der Verhältnismässigkeit im Einzelfall zu entscheiden, wobei das Kartellrecht der WEKO hier einen grossen Ermessensspielraum einräume (RPW 2016/4, S. 920, 1029, Rz 887).
- 45 Weder die Botschaft 01 noch die Voten im Parlament lassen darauf schliessen, dass Artikel 49a Abs. 1 KG eine Kumulation, Absorption oder Asperation zulässt. Es handelt sich um eine Obergrenze, die je nach Verschulden, Dauer der Kartelltätigkeit, mutmasslich erzieltm Gewinn und Schädlichkeit des Kartells mehr oder weniger hoch ausfallen kann (Votum BR Couchepin, AB 2002 N 1453). Diese Obergrenze gilt demnach selbst dann, wenn ein Sachverhalt in verschiedene Verfahren getrennt wird oder aus verschiedenen Einzelaspekten besteht.
- 46 Zudem kann das Kumulationsprinzip in der E-SVKG gar nicht verankert werden, da Artikel 49a Abs. 1 KG i.V.m. Artikel 60 KG hierzu keine ausreichende Grundlage bildet.

47 Unabhängig davon läuft Abs. 2 auch dem Bestimmtheitsgebot bei strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Sanktionen zuwider. Die Sanktionsobergrenze hängt nämlich massgeblich davon ab, wie die rechtsanwendenden Behörden die sachlichen und räumlichen Märkte definieren und ob sie das Verhalten als Gesamtabrede oder Einzelabreden würdigen.

48 Artikel 7 Abs. 2 E-SVKG ist damit ersatzlos zu streichen.

4. Artikel 8 E-SVKG

49 Artikel 8 E-SVKG enthält bloss redaktionelle Anpassungen. Die Revision der SVKG sollte indessen auch zum Anlass genommen werden, Artikel 8 der geltenden SVKG wie folgt zu präzisieren:

Formulierungsvorschlag	Begründung
Art. 8 Voraussetzungen 1. Die WEKO erlässt einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es <u>ein Verhalten</u> ~~seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 5 Absätze 3 oder 4 KG~~ anzeigt und als Erstes:	Die rechtliche Würdigung eines Kartellverstosses obliegt der WEKO bzw. den Gerichten. Mit der Bonusregelung wollte der Gesetzgeber es den Behörden erleichtern, Sachverhalte, die mutmasslich sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 5 Abs. 3 und 4 KG oder Artikel 7 KG darstellen, zu untersuchen und aufzuklären. Entsprechend zeigt das Unternehmen bloss ein Verhalten an, das möglicherweise sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen darstellen könnte.
[...]	
5. <u>Zur Erlangung eines Erlasses oder Reduktion der Sanktion genügt es, wenn das Unternehmen Klarheit über den Sachverhalt verschafft. Die Verteidigungsrechte des Unternehmens bleiben im Übrigen unberührt.</u>	Nach dem Urteil des BVGer i.S. Foffa Conrad ergaben sich Unklarheiten, inwieweit ein Unternehmen, das eine Bonusmeldung einreichte, Einwände gegen die Sachverhaltsdarstellung und rechtliche Würdigung vorbringen kann. Es ist daher klarzustellen, dass die Verteidigungsrechte eines Unternehmens auch bei einer Bonusregelung vollständig gewahrt bleiben. Dies entspricht im Ergebnis auch Ziff. 5 des Merkblatts Selbstanzeige, wonach ein Unternehmen zur Erlangung eines Erlasses oder einer Reduktion Klarheit über den Sachverhalt zu schaffen hat.

5. Artikel 12 E-SVKG

50 Die bereits bei Artikel 8 E-SVKG gemachten Anmerkungen gelten auch für Artikel 12 E-SVKG. Artikel 12 E-SVKG sollte daher wie folgt präzisiert werden:

Formulierungsvorschlag	Begründung
Art. 12 Voraussetzungen 1 Die WEKO reduziert die Sanktion, wenn das Unternehmen:	Gleiche Begründung wie bei Artikel 8 E-SVKG. Die Präzisierung, wonach ein Bonus auch bei einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung möglich ist, verdient Zustimmung.

a. ~~ein Verhalten~~ ~~seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 5 Absätze 3 oder 4 oder Artikel 7 KG~~ anzeigt; und b. Beweismittel vorlegt, welche der WEKO ermöglichen, einen Verstoss nach Artikel 5 Absätze 3 oder 4 oder nach Artikel 7 KG festzustellen.	
~~2. Eine Reduktion ist nur möglich, wenn das Unternehmen die Voraussetzungen nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstaben b-d erfüllt.~~	Es handelt sich hierbei um eine deutliche Verschärfung der geltenden Regelung und Praxis, die keinerlei Zusammenhang mit der KG-Revision hat und der Rechtsprechung diametral widerspricht. Die Darstellung im erläuternden Bericht, es handle sich nur um eine begriffliche Anpassung an Artikel 8 E-SVKG, ist unzutreffend. Massgebend für die Sanktionsreduktion von Zweitangeigern und nachfolgenden Anzeigern ist nach geltender Rechtslage und Rechtsprechung die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg. In seinem diesbezüglichen Leitentscheid <i>Engadin IV</i> lehnte das BVGer eine sinngemässe Anwendbarkeit der Voraussetzungen in Artikel 8 SVKG auf die Sanktionsreduktion nach Artikel 12 ff. SVKG sogar ausdrücklich ab. Vielmehr sei das Tatbestandsmerkmal der Mitwirkung nach Art. 12 Abs. 1 SVKG Lichte weit zu verstehen, weshalb auch unterschiedliche Grade der Mitwirkung zu einer Sanktionsreduktion führen können. Gemäss BVGer ist das Instrument der Sanktionsreduktion nach Art. 12 SVKG gerade auf Fälle anwendbar, welche eine oder mehrere Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktionen gemäss Art. 8 SVKG <u>nicht</u> erfüllen. In <i>Engadin IV</i> hat das BVGer klargestellt, dass die Anforderungen an eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 SVKG unabhängig von den Anforderungen gemäss Art. 8 SVKG sind (vgl. das Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023, E. 16.4.6). Demgemäss spricht die Systematik gegen eine direkte oder sinngemässe Anwendbarkeit der Bestimmung von Art. 8 SVKG über den vollständigen Erlass und der darin festgelegten Voraussetzung auf die Sanktionsreduktion nach Art. 12 ff. SVKG (vgl. das Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023, E. 16.4.7). Auch das Bundesgericht bestätigte im Fall <i>Engadin I</i>, dass im Fall von Artikel 12 ff. SVKG Kooperationsmängel bei der Bemessung der Sanktionsreduktion zu berücksichtigen seien, eine Sanktionsreduktion aber nicht ausschliessen würden (vgl. das Urteil des BGer 2C_40/2024 vom 19. März 2026, E. 9.5). Nach der vorgeschlagenen Regelung kann – entgegen der Rechtsprechung und Praxis – eine nicht perfekte, aber dennoch wertvolle Kooperation nicht

	mehr berücksichtigt werden. Dafür besteht kein Anlass, ein solches Vorgehen wäre unter Umständen sogar kontraproduktiv: Unternehmen könnten davon abgehalten werden, zu kooperieren, was nicht im Sinne der Rechtsdurchsetzung ist. Abschliessend ist auch zu beachten, dass die Sanktionsbemessung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Ermessenssache ist (vgl. BGE 147 II 72 – Pfizer, E. 8.5.2 m.w.H.). Durch die vorgesehene Regelung würde das Ermessen der Behörden und Gerichte stark und ohne Not eingeschränkt, was einzelfallgerechten und rechtskonformen Lösungen entgegensteht.
[...]	
5. <u>Zur Erlangung eines Erlasses oder Reduktion der Sanktion genügt es, wenn das Unternehmen Klarheit über den Sachverhalt verschafft. Die Verteidigungsrechte des Unternehmens bleiben im Übrigen unberührt.</u>	Nach dem Urteil des BVGer i.S. Foffa Conrad ergaben sich Unklarheiten, inwieweit ein Unternehmen, das eine Bonusmeldung einreichte, Einwände gegen die Sachverhaltsdarstellung und rechtliche Würdigung vorbringen kann. Es ist daher klarzustellen, dass die Verteidigungsrechte eines Unternehmens auch bei einer Bonusregelung vollständig gewahrt bleiben. Dies entspricht im Ergebnis auch Ziff. 5 des Merkblatts Selbstanzeige, wonach ein Unternehmen zur Erlangung eines Erlasses oder einer Reduktion Klarheit über den Sachverhalt zu schaffen hat.

6. Artikel 16 E-SVKG

51 Mit Artikel 16 E-SVKG beabsichtigt der Bundesrat, den neuen Artikel 49a Abs. 5 zu präzisieren. Die Anrechnung von Schadenersatz an die Sanktion weist allerdings insofern ein strukturelles Problem auf, als das Ziel, das mit der Anrechnung von Schadenersatz an die Sanktion verfolgt wird, nur teilweise erreicht werden kann. Der Reduktionsgrund in Artikel 16 E-SVKG kommt lediglich für den Zweitanzeiger bzw. nachfolgende Anzeiger zu tragen; der Erstanzeiger hat unter dem vorgeschlagenen Konzept keinen Anreiz, Schadenersatzzahlungen zu leisten. Dieser Aspekt wurde im Gesetzgebungsverfahren insgesamt übersehen. Auf Verordnungsstufe kann diesem strukturellen Problem allerdings kaum mehr begegnet werden.

52 Artikel 16 E-SVKG sollte wie folgt präzisiert bzw. geändert werden:

Formulierungsvorschlag	Begründung
Art. 16 Umfang der Reduktion	Keine Änderungsvorschläge.
1 Die Sanktion wird höchstens um die Hälfte reduziert.	
~~2 Die Reduktion beträgt zudem höchstens:~~ ~~a. 60 Prozent der Leistungen an die geschädigten Personen, wenn die Verpflichtung zur Leis-~~	Diese Bestimmung steht im Widerspruch zum gesetzlichen Auftrag. Ähnlich wie bei der Compliance-

~~tung und der Eingang des entsprechenden Gesuchs vor der Schliessung des erstinstanzlichen Beweisverfahrens erfolgen; oder~~ ~~b. 30 Prozent der Leistungen an die geschädigten Personen, wenn die Voraussetzungen nach Buchstabe a nicht erfüllt sind.~~	Defence sollen in Artikel 16 E-SVKG genuine Bemühungen, das begangene Unrecht auszugleichen, honoriert werden. Art. 49a Abs. 5 KG sieht vor: «<i>Richtet ein Unternehmen freiwillig Leistungen nach Artikel 12 Buchstaben c und d aus, so kann die Wettbewerbskommission oder die Rechtsmittelinstanz auf ein Begehren dieses Unternehmens hin seine Belastung in angemessenem Umfang reduzieren oder die Rückerstattung eines angemessenen Teils veranlassen.</i>». Die Regelung unter Art. 16 Abs. 2 E-SVKG ist unnötig. Der entsprechende Rahmen sollte durch die Rechtsprechung definiert werden. Das Kartellgesetz sieht keine Limiten vor. Für prozentuale Limiten fehlt es daher an einer geeigneten Delegationsnorm. Auch sollte die Höhe der Reduktion nicht davon abhängen, zu welchem Zeitpunkt der Geschädigte das genuine Angebot zum Schadensausgleich annimmt, sondern von der wirtschaftlichen Wirkung der Leistung, was mit deren Höhe definiert wird. Es gibt nachvollziehbare Gründe für eine spätere Zahlung, so nur schon etwa die (rechtzeitige) Bestimmbarkeit des Schadens oder des Kreises der Geschädigten. Auch die Dauer der Vergleichsgespräche mit den Geschädigten kann ein Unternehmen nicht alleine bestimmen. Eine zu starre Regelung könnte daher eine sachgerechte Beurteilung im Einzelfall verhindern und zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots führen (vgl. Urteil des BVGer B-3096/2018 vom 28.11.2023 – <i>Engadin I</i>, E. 139). Eine zu rigide Regelung ist auch nicht im Interesse der Geschädigten, da dies Unternehmen von Kompensationszahlungen abhalten könnte. Von der Zahlung darf die Behörde auch nicht auf einen Verstoß schliessen. Die Vermengung der Reduktion für eine Verpflichtung zur Leistung mit dem erstinstanzlichen Beweisverfahren ist daher im Vornherein problematisch.
32 ~~Bei der Bemessung der Reduktion sind ist insbesondere der Zeitpunkt der Verpflichtung zur Leistung, die Höhe der Leistung an die und die diskriminierungsfreie Behandlung der Geschädigten zu berücksichtigen.~~	Diese Bestimmung steht im Widerspruch zum gesetzlichen Auftrag. Ausgleichszahlungen dürften in der Regel individuell und bemessen nach dem Einzelfall ausgerichtet werden. Daher ist die Forderung nach einer diskriminierungsfreien Behandlung nicht nachvollziehbar, zumal diese kaum je feststellbar ist. Der Zeitpunkt darf ebenfalls keine Rolle spielen – das zeitliche Element ist sachfremd. und kann zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots führen. Dabei ist zu beachten, dass der Zeitpunkt der Verpflichtung nicht allein in den Händen der Unternehmen liegt, sondern im Gegenteil von Faktoren abhängen kann, welche die Unternehmen nicht beeinflussen können. Eine zu rigide Regelung ist auch

	nicht im Interesse der Geschädigten (vgl. zum Ganzen die Ausführungen zu Art. 16 Abs. 2 SVKG, der gestrichen werden sollte).
3. <u>Die Sanktionsminderungen nach den Artikeln 12 und 16 sind kumulierbar. Ein vollständiger Sanktionserlass ist möglich.</u>	Mit den Artikel 12 und 16 E-SVKG stellt die E-SVKG zwei separate Tatbestände zum teilweisen Erlass der Sanktion zu Verfügung. Es ist mit dieser Bestimmung klarzustellen, dass diese beiden Tatbestände kumuliert werden können. Ansonsten verlöre Artikel 16 E-SVKG seine Anreizfunktion der Leistung von Ausgleichszahlungen bei der Bonusregelung.

7. Artikel 21 E-SVKG

53 Artikel 21 E-SVKG sollte wie folgt präzisiert bzw. geändert werden:

Formulierungsvorschlag	Begründung
Art. 21 Widerspruchsverfahren 1 Wird dem Unternehmen innerhalb von zwei Monaten nach Eingang der Meldung keine Eröffnung einer Untersuchung nach Artikel 27 KG mitgeteilt, so entfällt für den gemeldeten Sachverhalt eine Sanktion nach Artikel 49a Absatz 1 KG, <u>selbst wenn sich der gemeldete Sachverhalt bei einer späteren Beurteilung als widerrechtlich herausstellt.</u>	Es handelt sich hierbei lediglich um eine Präzisierung zwecks Klarheit der Bestimmung.

* * *

An dieser Stellungnahme haben folgende Mitglieder der Studienvereinigung mitgewirkt: Marcel Dietrich, Franz Hoffet, Fabian Koch, Bernhard Lauterburg, Mani Reinert, Richard Stäuber (Koordination, Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung), Mario Strebel, David Thomann, Astrid Waser, Amalie Wijesundera.