

N

Monthly
Newsletter
July 2023

**Schellenberg
Wittmer**

**Competition and
Antitrust**



Teilrevision des Kartell- gesetzes: Ein Überblick über die wesentlichen Neuerungen

David Mamane, Linda Kubli

Key Take-aways

- 1.** Der Bundesrat hat am 24. Mai 2023 die Botschaft zur Teilrevision des Schweizer Kartellgesetzes verabschiedet. Ziel ist die Stärkung des Kartellgesetzes und die Beschleunigung der Kartellverfahren.
- 2.** Mit der Revision wird die Zusammenschlusskontrolle modernisiert. Die Einführung des SIEC-Tests bedeutet eine Senkung der Eingriffsschwellen und bessere Berücksichtigung von Effizienzvorteilen.
- 3.** Auch das Kartellzivilrecht wird gestärkt und das Widerspruchsverfahren verbessert. Zudem ist bei harten Kartellen die Wiedereinführung der Prüfung von Auswirkungskriterien vorgesehen.

1 Einleitung

Der Bundesrat hat am 24. Mai 2023 die Botschaft zur **Revision des Schweizer Kartellgesetzes (KG)** verabschiedet. Die vorgeschlagene Teilrevision bezweckt die Stärkung des Wettbewerbsrechts und die Beschleunigung der kartellrechtlichen Verfahren. Entsprechend wird die Zusammenschlusskontrolle modernisiert, das Kartellzivilrecht gestärkt und das Widerspruchsverfahren verbessert. Zudem werden mehrere parlamentarische Vorstösse umgesetzt. Dies führt insbesondere zu einer Wiedereinführung der Prüfung von Auswirkungskriterien bei harten Wettbewerbsabreden.

Die letzte Teilrevision des KG erfolgte im Jahr 2004. Die im Jahr 2012 vom Bundesrat vorgeschlagene Revision des KG scheiterte im Parlament. Die einzelnen Revisionsbestandteile der aktuellen Vorlage knüpfen nebst den Umsetzungsvorschlägen für die parlamentarischen Vorstösse weitergehend an nicht bestrittene Elemente der gescheiterten KG-Revision von 2012 an. Die aktuelle Vorlage geht nun in die parlamentarische Beratung. Sofern auf die Revision eingetreten wird, ist mit einem Inkrafttreten frühestens 2025 zu rechnen.

Die parallel laufende Diskussion zur **Reform der Wettbewerbsbehörden** ist nicht Bestandteil der laufenden Teilrevision. Diese Institutionenreform wird parallel zur KG-Teilrevision geprüft. Entsprechend hat der Bundesrat am 17. März 2023 das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (**WBF**) mit der Einsetzung einer Expertenkommission beauftragt, die bis Ende 2023 Optionen eruiert wird.

Der Bundesrat erlässt Botschaft zur Teilrevision des KG.

2 Wesentliche Neuerungen

2.1 Kernelement: Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle

2.1.1 Tiefere Eingriffsschwellen zufolge SIEC-Test

Ein Kernelement der Revision ist die **Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle**. Die Anpassung an die internationale Praxis erfolgt durch den Wechsel des Prüfstandards vom heutigen qualifizierten Marktbeherrschungstest (dominance plus) zu dem in der EU verwendeten "Significant Impediment to Effective Competition"-Test (**SIEC-Test**).

Der Unterschied zwischen dem in der Schweiz bisher angewandten qualifizierten Marktbeherrschungstest und dem neu vorgesehenen SIEC-Test liegt in der **Eingriffsschwelle**. Aktuell kann die WEKO einen Zusammenschluss erst untersagen bzw. mit Auflagen oder Bedingungen genehmigen, wenn der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb be-

seitigt werden kann. Neu könnte die WEKO bereits intervenieren, wenn der Zusammenschluss den Wettbewerb **signifikant behindert**, insbesondere indem er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, und die Nachteile dieser Behinderung nicht durch Effizienzvorteile, die sich spezifisch aus dem Zusammenschluss ergeben, ausgeglichen werden. Die Zusammenschlusskontrolle orientiert sich damit stärker an ökonomischen Prinzipien.

Mit dem SIEC-Test kann auch bei Zusammenschlüssen interveniert werden, die den Wettbewerb signifikant behindern, aber unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle liegen. Dies soll insbesondere zur Anwendung kommen, wenn ein Zusammenschluss in einem Oligopolmarkt dazu führt, dass zwar keine Marktbeherrschung begründet, aber der gegenseitig ausgeübte Wettbewerbsdruck signifikant reduziert wird. Folglich werden die aktuellen Eingriffsschwellen erheblich reduziert, weshalb auch von mehr vertieften Prüfungsverfahren (Phase II) auszugehen ist. Insgesamt würde sich voraussichtlich die Komplexität der Meldungen und Verfahren erhöhen und zusätzlich Aufwand und Kosten generieren.

Die Wirksamkeit des Schweizer Kartellgesetzes wird verbessert.

2.1.2 Berücksichtigung von Effizienzvorteilen

Mit dem SIEC-Test können **Effizienzvorteile** eines Zusammenschlusses **umfassender berücksichtigt** werden, sofern sie begründet und überprüfbar sind sowie spezifisch durch den Zusammenschluss bewirkt werden. Bis anhin konnten nur Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt berücksichtigt werden.

Der SIEC-Test erlaubt somit, das Spannungsfeld zwischen unerwünschten Effekten auf den Wettbewerb und erwünschten Effizienzgewinnen umfassender zu berücksichtigen. Die detaillierte Darlegung von Effizienzvorteilen wird jedoch ebenfalls Mehraufwände generieren, was zu einer Verfahrensverlängerung führen kann. In dieser Richtung deutet auch die im revidierten KG neu vorgesehene Möglichkeit, die Fristen im Prüfungsverfahren mit Zustimmung der meldenden Unternehmen zu verlängern.

2.1.3 Vereinfachung des Meldeverfahrens bei internationalen Zusammenschlüssen

Darüber hinaus sollen Doppelspurigkeiten bei **internationalen Zusammenschlüssen** vermieden und die Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission erleichtert werden. Internationale Zusammenschlüsse müssen der WEKO unter Umständen nicht mehr separat gemeldet werden, wenn sämtliche vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen sachlichen Märkte nebst der Schweiz auch den EWR umfassen und das Zusammenschlussvorhaben von der Europäischen Kommission beurteilt wird.

Der WEKO kann diesfalls die EU Meldung eingereicht werden. Nachdem bei Marktabgrenzungen oftmals Unklarheiten und Unsicherheiten bestehen, wird die Praxisrelevanz dieser Neuerung möglicherweise gering bleiben, weil diesfalls vorsichtshalber dennoch eine Schweizer Meldung gemacht wird.

Die Zusammenschlusskontrolle wird durch den SIEC-Test modernisiert.

2.2 Stärkung des Kartellzivilrechts

Ein weiterer Teil der Vorlage besteht in der **Stärkung des Kartellzivilrechts**. Künftig sollen alle von einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung Betroffenen, insbesondere auch Konsumentinnen und Konsumenten sowie die öffentliche Hand, gestützt auf das Kartellrecht Zivilklage einreichen können.

Weiter werden eine Verjährungshemmung von zivilrechtlichen Ansprüchen aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung bis zu einem rechtskräftigen Entscheid der WEKO und ein Anspruch auf Feststellung einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung eingeführt. Neu wird auch die Möglichkeit geschaffen, freiwillige Wiedergutmachungen gegenüber Geschädigten bei einer Verwaltungsanktion auch nachträglich belastungsmindernd zu berücksichtigen.

Die Stärkung des Kartellzivilrechts kann für Unternehmen zur Folge haben, dass sie potentiell mit mehr Kartellzivilansprüchen konfrontiert werden.

2.3 Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Das Widerspruchsverfahren erlaubt eine **Vorabprüfung** von möglicherweise kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen durch die WEKO und dient so der Rechtssicherheit. Dieses Verfahren wird gestärkt und praxistauglicher ausgestaltet. Entsprechend erlischt das direkte Sanktionsrisiko für Unternehmen hinsichtlich der gemeldeten Verhaltensweise endgültig, wenn die Wettbewerbsbehörden innert der Widerspruchsfrist keine Untersuchung eröffnen. Zudem wird die Widerspruchsfrist von fünf auf zwei Monate verkürzt.

2.4 Erweiterung der Untersuchungsmassnahmen auf Personendurchsuchungen

Anlässlich der Revision ist auch eine massvolle Erweiterung der Untersuchungsmassnahmen auf die Anordnung von **Personendurchsuchungen** geplant. Begründet wird diese Erweiterung damit, dass sich in der Praxis zeigte, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eines von einer Hausdurchsuchung betroffenen Unternehmens versucht sein können, mögliche Beweismittel an sich zu nehmen und auf der eigenen Person zu verstecken. Zudem wird explizit festgelegt, dass auch Gegenstände, die nicht klar den Räumlichkeiten zugeordnet werden können, wie z. B. Fahrzeuge, von den Wettbewerbsbehörden durchsucht werden können.

2.5 Umsetzung von parlamentarischen Vorstösse

2.5.1 Ordnungsfristen und Parteientschädigung vor WEKO

Auf Grundlage des «comply or explain»-Prinzips (Vorschriften einhalten oder Abweichungen davon erklären) werden **Ordnungsfristen für alle Instanzen** eingeführt. Von der Gesamtfrist von 60 Monaten (ab Eröffnung einer formellen Untersuchung) entfallen 30 Monate auf die WEKO, 18 Monate auf das Bundesverwaltungsgericht und 12 Monate auf das Bundesgericht. Bei einer Rückweisung an die Vorinstanz beläuft sich die Ordnungsfrist auf jeweils 12 Monate. Somit sind die Behörden und Gerichte grundsätzlich verpflichtet, die Ordnungsfristen in allen Phasen des Verfahrens einzuhalten.

Überdies erhalten Unternehmen künftig die Möglichkeit, je nach Ausgang des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren **für ihre Aufwendungen entschädigt** zu werden, sofern das Untersuchungsverfahren durch die Wettbewerbsbehörden ohne Folgen ganz oder teilweise eingestellt wurde.

Stärkung des Kartellzivilrechts und Verbesserung des Widerspruchsverfahrens.

2.5.2 Berücksichtigung qualitativer und quantitativer Kriterien

Eine weitere von einer parlamentarischen Motion geforderte Anpassung bezweckt die Wiedereinführung der Berücksichtigung von quantitativen Kriterien bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden.

Diesbezüglich präzisiert der Gesetzesentwurf, dass bei der Prüfung der **Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede** sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind. Durch diese Anpassung soll in Bezug auf die quantitativen Kriterien einer Wettbewerbsabrede die faktische Rechtslage vor dem Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Gaba (BGE 143 II 297 vom 28. Juni 2016) wiederhergestellt werden. Somit wird zukünftig auch bei harten Wettbewerbsabreden, d.h. bei horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie bei vertikalen Preisbindungen und absolutem Gebietsschutz, eine Prüfung von **quantitativen** Elementen – wie beispielsweise Marktanteile, Umsätze oder Markteintritte bzw. Marktaustritte – wieder erforderlich sein. Die Auferlegung von Bussgeldern war bereits vor der Gaba-Rechtsprechung in mehreren Fällen möglich. Folglich stellt die Berücksichtigung qualitativer und quantitativer Kriterien bei der Erheblichkeitsprüfung von Wettbewerbsabreden kein Hinderungsgrund für ein griffiges Kartellrecht dar. So hält die Botschaft zur Revision fest, dass z.B. Submissionsabreden bereits vor dem Gaba-Entscheid praxisgemäss in der Regel erheblich waren, da sie typischerweise mit einem bedeutenden Marktanteil der Beteiligten am jeweiligen relevanten Markt einhergingen. Zudem wird im Gesetz klargestellt, dass Vereinbarungen über Arbeitsgemeinschaften (ARGE) grundsätz-

lich nicht als Wettbewerbsabreden gelten.

Schliesslich wird den Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit eingeräumt, bei Anhaltspunkten für einen leichten Verstoß auf eine Untersuchung zu verzichten oder eine eröffnete Untersuchung einzustellen. Damit wird für leichte Verstöße das Opportunitätsprinzip ausdrücklich im Gesetz verankert.

2.5.3 Untersuchungsgrundsatz, Unschuldsvermutung und Beweislast

Die Umsetzung einer weiteren parlamentarischen Motion bezweckt, verschiedene verfahrens- und materiell-rechtliche Grundsätze im KG zu stärken, die bereits im aktuellen Recht gelten, teils aufgrund völker- und verfassungsrechtlicher Grundlagen, teils aufgrund gesetzlicher Bestimmungen, auf welche das KG verweist. Im Vordergrund stehen der Untersuchungsgrundsatz, die Unschuldsvermutung und die Beweislast zu Lasten des Staates. Diese neuen Bestimmungen haben mehrheitlich deklaratorischen Charakter.

3 Fazit und Ausblick

Die Wiedereinführung der Prüfung von Auswirkungskriterien bei harten Wettbewerbsabreden führt zu einem zusätzlichen Schutz für Unternehmen, hindert aber nicht die griffige Durchsetzung des KG. Demgegenüber wird die Einführung des SIEC-Tests in der Schweiz zunächst voraussichtlich zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit und Aufwand für Unternehmen führen, da die Wettbewerbsbehörden nicht auf eine etablierte Schweizer Praxis zurückgreifen können.

In einem nächsten Schritt wird nun die Vorlage im Parlament beraten. Das revidierte KG wird voraussichtlich nicht vor 2025 in Kraft treten.



David Mamane
Partner Zürich
david.mamane@swlegal.ch



Dr. Frank Bremer
Counsel Zürich
frank.bremer@swlegal.ch



Amalie Wijesundera
Senior Associate Zürich
amalije.wijesundera@swlegal.ch



Benjamin Borsodi
Partner Genf
benjamin.borsodi@swlegal.ch

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der oben genannten Personen.

Schellenberg Wittmer AG ist Ihre führende Schweizer Wirtschaftskanzlei mit mehr als 150 Juristinnen und Juristen in Zürich und Genf sowie einem Büro in Singapur. Wir kümmern uns um alle Ihre rechtlichen Belange – Transaktionen, Beratung, Prozesse.



Schellenberg Wittmer AG
Rechtsanwälte

Zürich
Löwenstrasse 19
Postfach 2201
8021 Zürich / Schweiz
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

Genf
15bis, rue des Alpes
Postfach 2088
1211 Genf 1 / Schweiz
T +41 22 707 8000
www.swlegal.ch

Singapur
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapur 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg