

Verein für **Wettbewerbsökonomik**

Vernehmlassung zur Revision des Kartellgesetzes

Stellungnahme des Vereins für Wettbewerbsökonomik

Stefan Bühler
Christian Jaag
Florentin Krämer
Christian Müller
Adrian Raass
Samuel Rutz
Yves Schneider

11. März 2022

Die vorliegende Stellungnahme basiert auf Diskussionen der aufgeführten Autoren. Die übrigen Mitglieder des Vereins für Wettbewerbsökonomik hatten im Rahmen einer internen Konsultation Gelegenheit, sich zum Dokument äussern. Die Stellungnahme ist in diesem Sinn repräsentativ, reflektiert aber möglicherweise nicht das ganze Meinungsspektrum der Mitglieder des Vereins für Wettbewerbsökonomik. Namentlich aktive Behördenmitglieder waren bei der Erstellung der Stellungnahme nicht involviert. Sie können eine abweichende Auffassung haben.

Verein für Wettbewerbsökonomik c/o Swiss Economics, Ottikerstrasse 7, 8006 Zürich. wettbewerbsökonomik.ch

1. Vorbemerkungen

Der Verein für Wettbewerbsökonomik wurde 2021 gegründet und bezweckt die Führung und Förderung des Diskurses über Wettbewerbsökonomik in der Schweiz. Dem Verein gehören ÖkonomInnen aus Praxis (Unternehmen, Behörden und Beratung) und Akademie an, die sich mit wettbewerbsökonomischen Fragen befassen.

Gerne nimmt der Verein für Wettbewerbsökonomik die Gelegenheit wahr, sich zur geplanten Teilrevision des Kartellgesetzes zu äussern. Die Stellungnahme beschränkt sich auf punktuelle Revisionsvorschläge. Der Verein für Wettbewerbsökonomik verzichtet insbesondere auf eine Stellungnahme zu prozeduralen Fragen, wie der Einführung von Ordnungsfristen und Parteientschädigungen (Motion Fournier).

2. Revision der Fusionskontrolle (Art. 10 Abs. 1 und 2 VE-KG)

Die Fusionskontrolle ist ihrem Wesen nach eine Strukturkontrolle. Sie wirkt präventiv, indem sie die Möglichkeit der Entstehung bzw. Verstärkung von Marktmacht durch externes Wachstum begrenzt. Zwar besteht bereits mit der Missbrauchskontrolle ein Instrument, das es unter gewissen Bedingungen erlaubt, schädliche Auswirkungen von Fusionen im Nachhinein zu korrigieren oder abzumildern. Es herrscht indes weitgehend Konsens, dass die Missbrauchskontrolle die Fusionskontrolle nicht zu ersetzen vermag.

Der heute in der schweizerischen Fusionskontrolle verwendete Marktbeherrschungstest ist nur bedingt geeignet, eine präventive Wirkung zu entfalten: Er trägt schädlichen Auswirkungen von Fusionen, wie Preiserhöhungen, Qualitätssenkungen oder der Verdrängung von Wettbewerbern nicht adäquat Rechnung. Der in der EU vorherrschende SIEC-Test («Significant Impediment to Effective Competition») berücksichtigt die zentralen Elemente der ökonomischen Analyse von Fusionen deutlich besser als der traditionelle Marktbeherrschungstest. Mit dessen Einführung lässt sich deshalb die Wahrscheinlichkeit der Zulassung wohlfahrtsschädigender Fusionen tendenziell verringern.

Es ist indessen darauf zu achten, dass unter dem neuen Regime die Wahrscheinlichkeit der Untersagung von wohlfahrtsfördernden Fusionen nicht zunimmt. Dies bedingt, dass begründete und wesentliche Effizienzvorteile von Fusionen künftig angemessen berücksichtigt werden. Dem SIEC-Test ist nämlich inhärent, dass nicht nur die möglichen wettbewerbsschädigenden Wirkungen, sondern auch Effizienzvorteile einer Fusion berücksichtigt werden. Diese sog. Effizienzverteidigung ist ein integraler Bestandteil der Fusionsprüfung unter dem SIEC-Test. Sie kann als «Korrektiv» zur etwas tieferen Interventionsschwelle als beim geltenden Marktbeherrschungstest verstanden werden. Es ist in diesem Zusammenhang wichtig, dass die Anforderungen an den Nachweis von Effizienzvorteilen nicht prohibitiv hoch angesetzt werden. Dies insbesondere, weil die Fusionskontrolle vorausschauend erfolgt und die Effizienzverteidigung sich deshalb immer auf eine kontrafaktische Welt bezieht.

Im erläuternden Bericht wird ausgeführt, dass künftig die dynamische Konsumentenwohlfahrt als Wohlfahrtsstandard bei der Analyse der Effizienzvorteile dienen soll. Was mit diesem Standard genau gemeint ist, bleibt weitgehend unklar – es handelt sich jedenfalls nicht um ein wohldefiniertes ökonomisches Konzept. Klar ist jedoch, dass eine solchermassen definierte Wohlfahrt nicht ausschliesslich unmittelbare Preissenkungen für die Verbraucher berücksichtigt. Vielmehr soll eine Maximierung der Konsumentenwohlfahrt über die Zeit angestrebt werden, was wohl annähernd einem Gesamtwohlfahrtsstandard entspricht. Das wäre aus ökonomischer Sicht zu begrüssen.

Bis zu einem gewissen Grad würde mit der Einführung des SIEC-Tests wohl auch eine Angleichung der Fusionskontrolle an die gelebte Realität vorgenommen; denn schon heute berücksichtigen die Wettbewerbsbehörden die wettbewerblichen Auswirkungen einer Fusion (auch wenn die ökonomischen Betrachtungen nicht direkt in den entsprechenden Entscheiden zum Ausdruck kommen). In der Praxis dürfte der Regimewechsel zum SIEC-Test somit primär zu transparenteren und besser begründeten Entscheiden führen, die den wettbewerblichen Wirkungen systematisch Rechnung tragen.

Die vorgeschlagene Einführung des SIEC-Tests in der Schweizer Fusionskontrolle ist zu begrüßen, da er zu besser begründeten Entscheiden führt, die den wettbewerblichen Auswirkungen einer Fusion systematisch Rechnung tragen.

3. Stärkung des Kartellzivilrechts (Art. 12, 13 VE-KG)

Künftig soll es durch wettbewerbswidriges Verhalten direkt Geschädigten erleichtert werden, Schadenersatz und Genugtuung im Zivilverfahren zu erlangen. Diese Erleichterung soll durch eine Erweiterung der Klageberechtigung (Aktivlegitimation) von Unternehmen auf Privatpersonen und die öffentliche Hand, durch ein eigenständiges Recht auf Feststellungsklage sowie durch verlängerte Verjährungsfristen erreicht werden.

Mit der Vereinfachung des Zugangs zum zivilrechtlichen Verfahren sowie der Ausweitung der Aktivlegitimation ist grundsätzlich mit einer Zunahme der kartellzivilrechtlichen Auseinandersetzungen zu rechnen. Aus ökonomischer Sicht ist dabei vor allem die potenziell abschreckende Wirkung von Interesse und Bedeutung. Wettbewerbswidriges Verhalten würde durch die geplanten Änderungen einer höheren Wahrscheinlichkeit ausgesetzt, schadenersatzpflichtig zu werden. Das sollte die Neigung zu solchem Verhalten verringern. Prinzipiell würde der Wettbewerb folglich bereits aufgrund der Verfahrensandrohung besser geschützt.

Neben (bzw. anstelle) der zu erwartenden Zunahme kartellzivilrechtlicher Verfahren könnten die Änderungen auch zu einer Stärkung von aussergerichtlichen Verfahren (Vergleiche und Schiedsgerichtsbarkeit) führen, wie der Blick in das EU-Ausland zeigt. Dadurch würde die zusätzliche Belastung der Zivilgerichte zumindest teilweise gemindert. Gleichzeitig besteht die Gefahr, dass derartige Verfahren strategisch eingesetzt werden (sog. «Sham Litigation»).

Aus diesen Gründen sollte die Praxis des Kartellzivilrechts aufmerksam verfolgt werden (vgl. hierzu auch Abschnitt 6), so dass allfällige Fehlentwicklungen korrigiert werden können.

Die Stärkung des Kartellzivilrechts wird begrüsst. Es braucht jedoch ein enges Monitoring, um allfällige unerwünschte Auswirkungen frühzeitig zu erkennen.

4. Verbesserung des Widerspruchsverfahrens (Art. 49a Abs. 4 VE-KG)

Das Widerspruchsverfahren wurde gleichzeitig mit den Bestimmungen zur direkten Sanktionierung bestimmter unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt. Damit sollte sichergestellt werden, dass die Unternehmen – im Sinne des Grundsatzes «keine Strafe ohne klares Gesetz» – im Voraus klären können, ob ein geplantes Vorhaben kartellrechtlich bedenklich und allenfalls mit Sanktionen bedroht sein könnte. Bestehen für ein Unternehmen diesbezüglich Unsicherheiten, wird es möglicherweise gewisse volkswirtschaftlich nutzbringende Investitionen unterlassen («Business Chilling Effect»).

Das Widerspruchsverfahren konnte seine Rolle bisher nicht erfüllen und wird von den Unternehmen kaum noch genutzt. Eine Verbesserung dieses Verfahrens wäre deshalb zu begrüssen. Die in der Teilrevision vorgeschlagenen Änderungen werden jedoch kaum eine Verbesserung bewirken können.

Grundsätzlich wird ein Unternehmen ein Vorhaben nur dann bei der WEKO melden, wenn es sich bezüglich dessen Kartellrechtskonformität unsicher ist. Da das Unternehmen in aller Regel selbst über Kartellrechtsspezialisten verfügt oder solche beizieht, dürfte auch die WEKO in den meisten Fällen unsicher sein, ob ein gemeldetes Vorhaben zulässig ist. Eröffnet sie in solchen Fällen – wie bisher – ein Verfahren, so verliert das Widerspruchsverfahren seinen Sinn, weil meldende Unternehmen regelmässig negative Signale erhalten und durch eine Meldung nichts gewinnen können. Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen am Meldeverfahren werden daran nichts ändern.

Die vorgeschlagene Verkürzung der Frist von fünf auf zwei Monate, die der WEKO für die Prüfung des gemeldeten Vorhabens eingeräumt wird, dürfte das Problem sogar noch verschärfen: War die WEKO bisher noch nach fünfmonatiger Prüfung unsicher, so dürfte sie es nach zwei Monaten erst recht sein.

Die Vorstellung, dass ein Unternehmen ein Vorhaben umsetzt, damit die WEKO eine Vorabklärung eröffnen und die Wirkung des Vorhabens während der Vorabklärung beobachten und beurteilen kann (vgl. Erläuternder Bericht, S. 28), erscheint realitätsfremd. Ein meldendes Unternehmen wird keine kostspielige Investition tätigen wollen, wenn es vorab kein Signal von der WEKO erhält, dass das Vorhaben zulässig ist (und damit kein Risiko besteht, dass die Investition verloren ist, Reputationsschäden entstehen und allenfalls sogar eine Sanktion ausgesprochen wird).

Ein grundsätzlich taugliches Verfahren wäre die vom Bundesrat bei der Einführung von direkten Sanktionen ursprünglich vorgesehene Lösung, wonach die Meldung eines Vorhabens vor dessen Umsetzung von einer späteren Sanktion befreit. Die WEKO könnte somit nicht mehr sanktionieren, aber nach wie vor ein Verhalten untersagen, sollte es sich als unzulässig erweisen. Falls ein Unternehmen ein Vorhaben meldet, von dem es weiss, dass es vermutlich kartellrechtswidrig ist, so kann es zwar nicht mehr sanktioniert werden, verliert aber mit hoher Wahrscheinlichkeit die Investitionen, welche die Umsetzung des Vorhabens erforderte. Deshalb ist nicht damit zu rechnen, dass solche Vorhaben umgesetzt würden. Hingegen ist davon auszugehen, dass die WEKO bei einer Sanktionsbefreiung zahlreiche Meldungen erhalten würde. Die WEKO hätte somit mit einem erheblichen Zusatzaufwand zu rechnen. Im Gegenzug dürfte sie umfangreiche Informationen zu den Wettbewerbsverhältnissen in der Schweiz erhalten.

Die vorgeschlagene Änderung des Widerspruchsverfahrens wird abgelehnt, weil sie die Mängel des bestehenden Verfahrens nicht zu beheben vermag.

5. Motion Français (Art. 5 Abs. 1 bis VE-KG)

Das Anliegen der Motion Français ist wie folgt in die vorliegende KG-Revision eingeflossen: «Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen». Der neue Artikel ist als Reaktion auf den Leitentscheid des Bundesgerichts in Sachen Gaba/Elmex zu verstehen. Das Bundesgericht hat horizontale und vertikale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG als per se erheblich definiert, obwohl ein Per-se-Verbot gewisser Abredetypen in der letzten, gescheiterten KG-Revision verworfen wurde. Für diese Abreden muss die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht

mehr quantitativ belegt werden. Darunter fallen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen Unternehmen derselben Wertschöpfungsstufe (horizontale Abreden) und Abreden über Mindest- oder Festpreise und Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (vertikale Abreden).

Ein solch pauschaler Ansatz ist gegenüber einer Einzelfallprüfung («Rule of Reason»-Ansatz) ökonomisch dann vertretbar, wenn das erwartete Kosten-Nutzen-Verhältnis positiv ausfällt. Die ökonomische Literatur zeigt, dass horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden in der Regel der Wohlfahrt schaden. Vorbehältlich einer korrekten Einordnung der einzelnen Verhaltensweisen, kann deshalb bei horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG auf eine quantitative Prüfung der Erheblichkeit verzichtet werden.

Während bei horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG der Verzicht auf eine quantitative Einzelfallprüfung vertretbar ist, braucht es bei vertikalen Abreden immer eine Einzelfallprüfung, die quantitative und qualitative Kriterien berücksichtigt. Dies deshalb, weil es bei vertikalen Abreden a priori keine genügend hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass diese den Wettbewerb (erheblich) beeinträchtigen. Aus wettbewerbsökonomischer Sicht ist weitgehend unumstritten, dass die verschiedenen Formen vertikaler Abreden (Preisbindungen, Gebietszuweisungen, Alleinvertriebsrechte etc.) den Wettbewerb stärken können.

Vertikale Wertschöpfungsketten gestalten sich durch interne Koordination effizienter und schlagkräftiger aus, damit sie gegenüber anderen vertikalen Wertschöpfungsketten im Markt bestehen können. Der Wettbewerb zwischen verschiedenen Ketten zwingt die einzelne Kette zu solchen Optimierungsmassnahmen. Solange der Wettbewerb zwischen verschiedenen Ketten spielt (Interbrand-Wettbewerb) und keine dominante Kette von den Abreden betroffen ist, dürften deshalb vertikale Abreden in der Regel wettbewerbsfördernd sein.

Die Motion Français ist zu begrüßen. Bei echten, harten horizontalen Abreden kann jedoch auf eine quantitative Einzelfallprüfung verzichtet werden.

6. Periodische Evaluation (Art. 59a VE-KG)

Der Verein für Wettbewerbsökonomik begrüsst die vorgeschlagene, periodische Evaluation des Kartellgesetzes. Der Beizug der WEKO bei dieser Evaluation erscheint hingegen problematisch. Die WEKO ist die wesentliche vollziehende Behörde. Ihr Beizug würde somit dazu führen, dass diese sich selber evaluieren würde. Dies wäre der Glaubwürdigkeit der Evaluation abträglich. Es ist essenziell, dass die Evaluation durch eine unabhängige Stelle durchgeführt wird. Selbstverständlich ist es dieser Stelle unbenommen, sachdienliche Auskünfte bei der WEKO und anderen involvierten Kreisen einzuholen.

Die periodische Evaluation des Kartellgesetzes wird begrüsst, sollte jedoch durch eine unabhängige Stelle erfolgen.