

Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)
Direktion für Wirtschaftspolitik
Vernehmlassung KG
Effingerstrasse 1
3003 Bern

Zürich, 15. November 2010

**Vernehmlassung:
Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)**

Sehr geehrter Herr Staatssekretär,
sehr geehrte Damen und Herren

Der Fachverband Infra ist die Organisation der Schweizer Infrastrukturbauer und vertritt die Interessen von rund 250 Mitgliedfirmen. Für die Möglichkeit, zur geplanten Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) Stellung nehmen zu können, möchten wir uns bei Ihnen bedanken. Wir erlauben uns, einige grundsätzliche Bemerkungen zum Kartellgesetz und seiner Anwendung durch die Wettbewerbsbehörden anzubringen und Ihnen unsere Haltung zu ausgewählten Änderungsvorschlägen mitzuteilen.

Der Fachverband Infra lehnt die Revision des Kartellgesetzes in der vorgeschlagenen Version ab, auch wenn er einzelnen Änderungsvorschlägen, so zum Beispiel einer institutionellen Neuorganisation der Wettbewerbsbehörden oder einer neuen Auslegung der vertikalen Vereinbarungen, durchaus positiv gegenübersteht. Besonders problematisch erscheint uns die Motion Schweiger (07.3856), welche auch im Kartellgesetz Strafsanktionen für natürliche Personen vorsieht.

1 Grundsätzliche Bemerkungen

1.1 Bekenntnis zur Marktwirtschaft

Der Fachverband Infra steht gemäss Punkt 3 seines Leitbildes zur freien Marktwirtschaft und zu einem Wettbewerb mit klaren und fairen Spielregeln. Damit sich die Unternehmer nachhaltig als Wettbewerbsteilnehmer behaupten können, sind sie auf stabile, verständliche und verlässliche Rahmenbedingungen angewiesen. Die vorgeschlagene Revision des Kartellgesetzes hätte eine dichtere Regulierung zur Folge. Wir sind überzeugt, dass dies nicht zu mehr, sondern zu weniger Wettbewerb führen würde.

1.2 Freiheit für die Marktteilnehmer

In einem freien Markt besteht das Ziel der Marktteilnehmer, durch bessere Produkte oder Dienstleistungen möglichst gute Preise zu erzielen und einen hohen Marktanteil zu erlangen. Wie sie dieses Ziel erreichen wollen, z.B. im Alleingang, durch Kooperationen, durch Zusammenschlüsse, durch Vorwärts- oder Rückwärtsintegrationen, sollte in einer wirklich freien Marktwirtschaft so weit als möglich den Marktteilnehmern überlassen werden. Wie in Art. 96 der Bundesverfassung vorgeschrieben, sollten sich die Wettbewerbsbehörden darauf beschränken, schädliche Auswirkungen von Kartellen und marktmächtigen Unternehmen zu bekämpfen. Ihre Aufgabe kann jedoch nicht darin bestehen, einfach eine ihnen gut erscheinende Wettbewerbsordnung durchzusetzen oder sogar ein abstraktes Wettbewerbsmodell zu hüten. Tatsache ist aber, dass sich das Schweizer Wettbewerbsrecht seit der letzten Revision des Kartellgesetzes in eine etatistische Richtung bewegt, wohl auch unter Einfluss analoger Tendenzen in der EU. Aus wirtschaftsliberaler Sicht darf sich diese Entwicklung nicht weiter fortsetzen. Das Wettbewerbsrecht ist kein Selbstzweck.

➔ *Der Staat darf in einer freien Marktwirtschaft keine übermässig regulierenden Funktionen wahrnehmen, auch nicht über das Wettbewerbsrecht.*

1.3 Rechtssicherheit

Leider mussten wir in den letzten Jahren vermehrt feststellen, dass im Umgang mit den Wettbewerbsbehörden grosse Unsicherheit und auch Misstrauen herrscht. Massgeblich dazu beigetragen hat neben der Aufnahme der Bonusregelung (Kronzeugenregelung) im Rahmen der letzten Revision des Kartellgesetzes (Art. 49a, insbesondere Abs. 2) auch die Tatsache, dass das Schweizer Wettbewerbsrecht für die Marktteilnehmer immer unübersichtlicher wird. Wenn nur noch ein kleiner Kreis von Spezialisten überhaupt in der Lage ist, beispielsweise die Frage des relevanten Marktes zu beurteilen, ist es aus rechtsstaatlicher Sicht problema-

tisch, wenn gewöhnliche Unternehmer für ein Verhalten bestraft werden, dessen Konsequenzen sie überhaupt nicht abschätzen können. Werden die Wettbewerbsbehörden weiter spezialisiert, indem man zum Beispiel die Wirtschafts- und Verbandsvertreter aus der heutigen Wettbewerbskommission oder einem allfälligen künftigen Bundeswettbewerbsgericht ausschliesst, so wird die Rechtsunsicherheit noch grösser. Diese Entwicklung, weg vom Markt und hin in die Amtsstuben und Gerichtssäle, gilt es zu verhindern.

➔ **Die Marktteilnehmer sind auf Rechtssicherheit angewiesen, und zwar bei der Gesetzgebung wie auch deren Anwendung.**

1.4 Nachfragemacht öffentlicher Bauherren

Ein freier Markt besteht aus unzähligen Akteuren, welche Produkte und Dienstleistungen anbieten oder kaufen. Betrachtet man ein konkretes Produkt oder eine klar abgrenzbare Dienstleistung, so stehen sich in der Regel mehrere potenzielle Anbieter und mehrere potenzielle Nachfrager gegenüber. Dabei treten auch der Staat bzw. staatliche Unternehmen als Akteure auf verschiedenen Märkten auf. Eine geradezu monopolistische Stellung kommt dem Staat als Nachfrager von Bauleistungen zu. Weil sich der grösste Teil der Verkehrsinfrastrukturen, der Elektrizitäts- und Wasserversorgung oder der Abwasserentsorgung im Besitz des Staates oder seiner Unternehmen befindet, stehen die vielen Tief-, Strassen- und Untertagebauunternehmen oft relativ wenigen oder sogar nur einzelnen Nachfragern gegenüber. Aufgrund der lokalen Verankerung (Standort des Werkhofes, Herkunft des Stammpersonals usw.) und des ökonomisch begründeten Distanzschutzes (Transportzeiten und -kosten) bestehen kaum räumliche Ausweichmöglichkeiten. Verschiedene konkrete Beispiele zeigen, dass öffentliche Bauherren, welche in der Regel grosse Bauvolumen zu vergeben haben, sich ihrer Einkaufsmacht durchaus bewusst sind und diese auch ausnützen. So werden in den Submissionen werkvertragliche Bestimmungen vorgegeben oder diese den Bewerbern während den Angebotsverhandlungen aufgezwungen, welche unter normalen Wettbewerbsverhältnissen von den Anbietern niemals akzeptiert würden. So bezeichnet Art. 7 Abs. 2 des geltenden Kartellgesetzes richtigerweise denn auch die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen als unzulässiges Verhalten marktbeherrschender Unternehmen.

Gemäss Art. 2 Abs. 1bis (Geltungsbereich) gilt das Kartellgesetz auch für staatliche Stellen. Das bedeutet, dass die Wettbewerbsbehörden bei einem Missbrauch der Nachfragemacht auch bei diesen einschreiten können. Von einer Kontrolle der staatlichen Nachfragemacht durch die Wettbewerbsbehörden ist aber bis heute nichts zu spüren. Insbesondere die Bauwirtschaft leidet unter der Nachfragemacht des Staates. Kein Bauunternehmen kann sich

zum Beispiel erlauben, einen Bauherrn wegen marktmächtigem Verhalten vor einem Gericht einzuklagen. Ansonsten droht die Gefahr, bei nachfolgenden Submissionen benachteiligt zu werden. Das hat zur Folge, dass viele Bauunternehmen dem Druck einiger öffentlicher Bauherren ausgeliefert sind. In der zur Diskussion gestellten Revision des Kartellgesetzes hat man es leider verpasst, ein griffiges Instrument gegen die Ausnützung von Marktmacht durch den Staat oder sich im Staatsbesitz befindende Unternehmen zu schaffen. Im Rahmen der Vernehmlassung zum Vorentwurf des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom Herbst 2008 hat die Bauwirtschaft denn auch verschiedentlich darauf hingewiesen, dass beispielsweise den Unternehmerverbänden die Möglichkeit von Klagen gegen missbräuchliche Ausschreibungen, Vertragsbedingungen oder Vergabeprozesse einzuräumen ist. Diese Forderung ist auch im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes aufzugreifen.

➔ ***Die vorgeschlagene Revision des Kartellgesetzes gibt keine Antwort auf die Problematik der Nachfragemacht von öffentlichen Bestellern von Produkten und Dienstleistungen.***

1.5 Strafbarkeit natürlicher Personen (Motion Schweiger)

Obwohl nicht konkreter Gegenstand der Vernehmlassung, möchten wir uns an dieser Stelle auch zur Motion Schweiger (07.3856) äussern, welche vor kurzem von den eidgenössischen Räten (nach einer Differenzbereinigung) ohne grossen Widerstand überwiesen wurde. Die parlamentarische Diskussion hat gezeigt, dass Verschärfungen im Kartellrecht sehr populär sind, auch wenn deren Umsetzbarkeit einige wesentliche Fragen offen lässt. Für den Fachverband Infra ist die Forderung besonders störend, dass natürliche Personen im Fall einer aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen strafrechtlich belangt werden können. Auch wenn diese in der Schweiz neue Form der Strafbarkeit auf den ersten Blick wirksam und abschreckend erscheinen mag, so hat sie aus Sicht der Praktiker doch gewaltige Nachteile. Frau Bundespräsidentin Doris Leuthard hat in ihrem Votum während der Beratung durch den Ständerat am 21. September 2010 auf die Gefahr einer "Amerikanisierung" hingewiesen: "Wollen Sie tatsächlich ein mit viel Aufwand gespicktes Verfahren, bei dem Sie dann vielleicht ein Geschäftsleitungsmitglied ins Gefängnis schicken? In den USA ist es tatsächlich so; das FBI treibt mit viel Aufwand Untersuchungen voran, verwanzt Räume verdächtiger Unternehmen, hört Telefone ab, arbeitet auch - medienwirksam - mit vielen vorläufigen Festnahmen. Als Ergebnis landen ganz, ganz wenige Manager im Gefängnis, der Schaden aber ist relativ gross - Sie kennen die Sammelklagen."¹ Im Weiteren wies die Bundespräsidentin

¹ Amtliches Bulletin - Ständerat - 21.09.10 - 08h15 - AB 2010 S 858 f.

in derselben Beratung darauf hin, dass bei strafrechtlichen Umsetzungen die Nachteile überwiegen würden, weil die Kosten hoch seien, innerhalb der Unternehmen ein Klima des Misstrauens entstehen würde und eine Abschreckungswirkung sehr fraglich sei. Dieser Argumentation der Bundespräsidentin ist aus Sicht des Fachverbandes Infra nichts mehr beizufügen, ausser der Hinweis, dass Mitarbeiter eines Unternehmens, welche gesetzeswidrig handeln oder firmeninterne Weisungen missachten, bereits im Rahmen der heutigen Gesetzgebung hinreichend belangt werden können (Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 321a OR oder ungetreue Geschäftsführung gemäss Art. 158 StGB).

➔ ***Der Fachverband Infra lehnt die Motion Schweiger (07.3856) ab und verlangt insbesondere, auf die Einführung von neuen Strafsanktionen gegen natürliche Personen, welche sich aktiv an Kartellabsprachen beteiligen, zu verzichten.***

2 Revisionsbedarf beim Kartellgesetz (KG)

Seit einigen Jahren ändern Behörden und Gesetzgeber kaum revidierte Gesetze in immer kürzeren Kadenzen wegen Umsetzungsproblemen, aufgrund von Anpassungen ans europäische Recht oder wegen politischen Vorstössen aus dem Bundesparlament. Dies führt bei den Betroffenen zu immer grösseren Verunsicherungen. Grundsätzlich erachten wir es als übereilt, dieses Gesetz bereits nach sechs Jahren erneut zu überarbeiten. Der Fachverband Infra anerkennt jedoch, dass bei einzelnen Punkten effektiv ein Handlungsbedarf besteht, so bei der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbesbehörden oder bei der Zulassung von Vertikalabreden. Auch wenn wir die vorgeschlagene Revision des Kartellgesetzes ablehnen, werden wir im nachfolgenden Kapitel 3 auf einzelne, für die Schweizer Infrastrukturbauer wichtige Änderungsvorschläge detaillierter eingehen.

➔ ***Obwohl bei einzelnen Punkten wie z.B. der institutionellen Ausgestaltung, dem Widerspruchsverfahren oder den Vertikalabreden ein Revisionsbedarf ausgewiesen ist, lehnt der Fachverband Infra die vorgeschlagene Revision des Kartellgesetzes ab.***

3 Stellungnahme zu einzelnen Änderungsvorschlägen

3.1 Institutionelle Ausgestaltung

Änderungsvorschläge

Das heutige Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) soll zu einer eigenständigen, vom Bundesrat und wirtschaftspolitischen Interessen unabhängigen Wettbewerbsbehörde aufgewertet werden. Die neue Wettbewerbsbehörde führt die Untersuchungen und erhebt Antrag vor dem Bundeswettbewerbsgericht. Die Wettbewerbsbehörde kann zudem die Unternehmen beraten.

Aus den Ressourcen der WEKO und den heute mit Kartellrechtsfragen befassten Richtern des Bundesverwaltungsgerichts soll ein neues, von der Wettbewerbsbehörde getrenntes Bundeswettbewerbsgericht gebildet werden, welches die Entscheidfunktion und Sanktionsbemessung übernimmt. Das Bundeswettbewerbsgericht soll wenige hauptamtliche Richter und einen Pool aus nebenamtlichen, unabhängigen Fachrichtern umfassen.

- ➔ *Der Fachverband Infra unterstützt die vorgeschlagene Neuorganisation der Wettbewerbsbehörden und begrüsst die Trennung der heutigen WEKO in eine Untersuchungsbehörde und eine Gerichtsinstanz.***
- ➔ *Der Fachverband Infra erachtet es weiter als sachgerecht, die neue Wettbewerbsbehörde administrativ in das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement EVD einzugliedern und als reine Untersuchungsbehörde mit Antragsrecht ohne Entscheidungsbefugnisse auszugestalten.***
- ➔ *Das neu geschaffene, unabhängige Bundeswettbewerbsgericht ist als Abteilung in das Bundesverwaltungsgericht zu integrieren. Die Richter sind von der Bundesversammlung zu wählen. Die Wirtschaftsorganisationen müssen im Gericht vertreten sein.***
- ➔ *Ein Urteil des Bundeswettbewerbsgerichts kann an das Bundesgericht weitergezogen werden.***

Begründung

Auch wenn in Art. 23 KG die Aufgaben des Sekretariates der WEKO eigentlich klar definiert sind, können die Aufgaben- und Kompetenzverteilung zwischen der WEKO und deren Sekretariat von Aussenstehenden kaum unterschieden werden. Problematisch ist zudem, dass das Sekretariat gemäss Art 23 Abs. 1 KG die Geschäfte der WEKO vorbereitet. So entsteht der Eindruck, dass unter dem Namen der WEKO nicht nur Untersuchungen durchgeführt und

Anklagen erhoben werden, sondern dass von der gleichen Institution auch Bussen und Sanktionen ausgesprochen werden. Dieser Missstand kann durch eine Aufteilung der heutigen WEKO in eine untersuchende und anklagende Wettbewerbsbehörde und in ein urteilendes und sanktionierendes Wettbewerbsgericht behoben werden.

Der Fachverband Infra befürwortet die Integration des Bundeswettbewerbsgerichts in das Bundesverwaltungsgericht und lehnt die Schaffung eines selbständigen Spezialgerichts ab. So kurz nach Abschaffung der unzähligen Spezialgerichte und deren Integration in das Bundesverwaltungsgericht wäre die erneute Zersplitterung in der Schweizer Gerichtslandschaft ein Schritt in die falsche Richtung.

Ein Entscheid des Wettbewerbsgerichts muss an das Bundesgericht weitergezogen werden können. Aufgrund der hohen Bedeutung solcher Entscheide für die betroffenen Firmen und Wirtschaftszweige darf sich das Bundesgericht dabei nicht nur auf eine Rechtskontrolle beschränken. Es muss auch die Sachverhaltsfeststellung des Wettbewerbsgerichts gerügt werden können.

3.2 *Behandlung vertikaler Vereinbarungen*

Änderungsvorschläge

Die *Variante 1* sieht vor, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung für bestimmte vertikale Vereinbarungen zu streichen. Abreden können weiterhin immer dann sanktioniert werden, sofern sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden können.

In *Variante 2* soll eine Kategorie der nicht erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt werden. Damit wird vermutet, dass vertikale Vereinbarungen mit geringem Marktanteil den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen. Der Begriff "geringer Marktanteil" wird in einer Verordnung oder Bekanntmachung präzisiert. Zudem soll in *Variante 2* eine Sanktionsbefreiung für vertikale Vereinbarungen eingeführt werden, bei denen das Unternehmen (kumulativ) die unbehelligte Praktizierung dieser Abrede im EWR nachweist und darlegt, dass es die Zulässigkeit der Abrede nach EU-Recht genügend abgeklärt hat.

➔ ***Der Fachverband Infra erachtet die folgende Kombination der beiden vorgeschlagenen Varianten als sinnvoll:***

- ***Aufhebung von Art. 5 Abs. 4 KG (gemäss Variante 1);***
- ***Ergänzung von Art. 6 KG (nicht erhebliche sowie gerechtfertigte Arten von Wettbewerbsabreden, gemäss Variante 2), wobei lit. f (neu) wie folgt zu präzi-***

sieren ist: „Abreden, die ~~nur~~ einen geringen Anteil von weniger als 30% am Markt umfassen, zwischen Unternehmern verschiedener Marktstufen.“;

- *Beibehaltung der heutigen Regelung gemäss Art.49a Abs. 1 KG;*
- *Ergänzung von Art. 49a Abs. 3 KG (Zulässigkeit von im EWR zulässigem Verhalten, gemäss Variante 2).*

Begründung

Bauunternehmen sind auf vertikale Vereinbarungen, insbesondere bei der Beschaffung von Baumaterialien, angewiesen. Aus betriebswirtschaftlichen Gründen (hohe Fixkosten) sind insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen darauf angewiesen, gemeinsam Belags- und Betonproduktionsanlagen zu betreiben. Nur dadurch können den Abnehmern wettbewerbsfähige Preise angeboten werden.

Eine offene Volkswirtschaft, wie wir sie in der Schweiz (noch) kennen, benötigt keine restriktiven Regelungen über vertikale Abreden. Die Schweizer Bauwirtschaft ist auf möglichst klare Regelungen angewiesen, die auf jeden Fall nicht einschränkender sein sollen als die Regelungen in der EU.

3.3 *Verbesserung des Widerspruchsverfahrens*

Änderungsvorschlag

Der Bundesrat schlägt vor, die Frist, innert welcher die Wettbewerbsbehörde eine formelle Untersuchung in Angriff nehmen muss, um ein Unternehmen für die gemeldete Verhaltensweise sanktionieren zu können, von fünf auf zwei Monate nach Eingang der Meldung zu verkürzen.

➔ ***Der Fachverband Infra unterstützt die vorgeschlagene Reduktion der Reaktionszeit der Wettbewerbsbehörde von heute fünf auf zwei Monate.***

Begründung

Die kürzeren Fristen tragen dazu bei, dass Unternehmer weniger lange mit einer ungewissen Situation umgehen müssen.

3.4 Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden

Änderungsvorschlag

Die Wettbewerbsbehörde kann zur Durchsetzung kartellrechtlicher Bestimmungen mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten, ihnen Informationen bekannt geben und Untersuchungshandlungen koordinieren. Dabei kann sie ausländischen Wettbewerbsbehörden vertrauliche Daten, insbesondere Geschäftsgeheimnisse, unter bestimmten Voraussetzungen bekannt geben.

➔ **Der Fachverband Infra lehnt die Einführung der neuen Art. 41a (Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden) und Art. 41 b (Bekanntgabe von Daten an ausländische Wettbewerbsbehörden) ab.**

Begründung

Der Fachverband Infra hat gegenüber der in Art. 41a (neu) und 41b (neu) KG postulierten Zusammenarbeit mit den ausländischen Wettbewerbsbehörden grösste Vorbehalte. Die jeweilige Zusammenarbeit muss mittels zwischenstaatlichen Abkommen vereinbart werden. Ein einseitiger Informationsfluss von der Schweiz ins Ausland ist zu verhindern. Dass auch vertrauliche Daten wie zum Beispiel Geschäftsgeheimnisse an ausländische Behörden weitergegeben werden können, wird vom Fachverband Infra entschieden abgelehnt.

3.5 Stärkung des Kartellzivilrechts (Art. 12 KG)

Änderungsvorschlag

Die zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten, die heute auf Wettbewerber beschränkt sind, sollen auf weitere Kreise ausgedehnt werden. Dadurch können insbesondere die Konsumenten und die öffentlichen Auftraggeber ihre Rechte zivilrechtlich geltend machen. Zudem soll die Verjährungsfrist im Kartellzivilrecht in Zukunft ab einer Untersuchungseröffnung still stehen.

➔ **Art. 12 KG ist in der bisherige Form, d.h. unverändert zu belassen.**

Begründung

Die vorgeschlagene Neuregelung von Art. 12 Abs. 1 KG bewirkt eine erhebliche Ausdehnung des Kreises potenzieller Kläger, die eine Verletzung oder gar nur eine Bedrohung ihrer wirtschaftlichen Interessen wegen einer Wettbewerbsbeschränkung geltend machen können. Eine Neuregelung erscheint unnötig, weil Konsumenten bereits heute gestützt auf Art. 41 OR klagen können, sollten sie denn auch wirklich einen Schaden erlitten haben. Zudem ist die

Aktivlegitimation im vorgeschlagenen Art. 12 Abs. 1 KG zu unbestimmt geregelt. Es ist zu befürchten, dass die Konsumenten auf der Basis der vorgeschlagenen Regelung ihre Forderungen an Konsumentenschutzorganisationen abtreten. Dies würde unweigerlich zu amerikanischen Verhältnissen führen, wo Sammelklagen in den letzten Jahren massiv an Bedeutung gewonnen haben. Verbunden mit einem grossen medialen Druck würden auch zu Unrecht eingeklagte Firmen zu einem Vergleich gezwungen. Die Zulassung solcher Praktiken ist des Schweizer Rechtsstaates unwürdig und weder volkswirtschaftlich noch gesellschaftlich wünschenswert.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme. Bei Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Fachverband Infra

Michel Buro
Präsident

Dr. Benedikt Koch
Geschäftsführer

Kopien an: Schweizerischer Baumeisterverband SBV, Zürich
bauenschweiz, Zürich
Schweizerischer Gewerbeverband sgV, Bern
economiesuisse, Zürich