

Schweizerischer Baumeisterverband, Postfach, 8042 Zürich

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO Direktion für  
Wirtschaftspolitik Holzikofenweg 36  
3003 Bern

**Dr. Martin Maniera**  
Politik & Kommunikation  
Wissenschaftlicher Mitarbeiter

mmaniera@baumeister.ch

Zürich, 08.03.2022

## **Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit der Eröffnung der Vernehmlassung vom 24. November 2022 laden Sie interessierte Kreise ein, Stellung zur Teilrevision des Kartellgesetzes zu nehmen. Gerne beteiligen wir uns an dieser Vernehmlassung.

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) ist die gesamtschweizerische Berufs-, Wirtschafts- und Arbeitgeberorganisation des Bauhauptgewerbes mit über 20 Milliarden Umsatz und rund 90'000 Mitarbeitenden. Mit Sektionen in allen Kantonen vertritt der SBV die Interessen von mehr als 2'500 Bauunternehmen. Das Bauhauptgewerbe erwirtschaftet rund fünf Prozent der Schweizer Wertschöpfung (BIP). Der SBV ist die Organisation der Arbeitswelt für den Hoch- und Tiefbau und engagiert sich als Verbundpartner mit Bund und Kantonen für eine zukunftsorientierte Bildung. Als einer der grössten Sozialpartner der Schweiz setzt er sich für faire und wirtschaftliche Arbeitsbedingungen in der Branche ein.

**Die jetzige Teilrevision muss zu einer Revision des Kartellgesetzes erweitert werden, um Aspekte wie die Institutionenreform aufzunehmen. Zudem stellt die Revision die Forderung der Motion Français nicht ausreichend dar. Die Motion fordert, dass qualitative und quantitative Kriterien gleichwertig beurteilt werden sollen. Ferner ist der erläuternde Bericht teilweise unzutreffend und ist mit Hinblick auf die Botschaft dringend zu korrigieren. Falls die Motion Wicki vom Parlament angenommen wird, sollte sie ebenfalls in die Revision aufgenommen werden.**

### **1. Erweiterung der Teilrevision zu einer Revision**

Eine umfassende Revision des Schweizer Kartellrechtes ist notwendig, dies zeigt sich am grossen Reformstau sowie den diversen Vorstössen im Parlament. Der SBV unterstützt daher eine umfassende Revision. Die Vernehmlassungsvorlage ignoriert jedoch den Handlungsbedarf, da sie viele drängende Punkte nicht aufnimmt.

Ein wichtiger Punkt einer umfassenden Revision ist die Institutionenreform. Die Institutionenreform meint eine effektive Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungskompetenz der Wettbewerbsbehörde. Diese Trennung ist aus mehreren Gründen notwendig:

- **Fehlende Unabhängigkeit:** Die Wettbewerbskommission (WEKO) genießt ein hohes Mass an Autonomie und untersteht in fachlicher und inhaltlicher Hinsicht keiner Aufsicht. Die (politische) Einflussnahme besteht fast nur theoretisch. Das Verhältnis zwischen dem Sekretariat und der WEKO ist geprägt von Abhängigkeiten, denn hier fehlt es an einer eindeutigen Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene. Bezüglich der Aufgabenteilung finden sich bereits Inkonsistenzen im Kartellgesetz. Das Sekretariat ist für die Eröffnung einer Untersuchung, wenn auch bloss formal, auf die Zustimmung eines Mitgliedes im Präsidium der WEKO angewiesen (Art. 27 Abs. 1 KG). Zudem steht es der WEKO offen, Anhörungen zu beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungs-massnahmen zu beauftragen (Art. 30 Abs. 2 KG). Die Unabhängigkeit des Sekretariats als Unter-suchungsbehörde ist damit nicht gewährleistet. Das Sekretariat kann weitgehend selbstständig sogenannte “Einvernehmliche Regelungen” mit dem angeklagten Unternehmen treffen, damit letzteres sein Verhalten ändert, selbst wenn sein Verhalten eigentlich legal wäre. Das Unternehmen würde dem zustimmen, und absehbare Prozesskosten im fünf- oder sechsstelligen Frankenbetrag sowie einen Prozess von mehreren Jahren Dauer zu vermeiden. Das Sekretariat kann sogar Einsitz nehmen und das Wort ergreifen in den Sitzungen, in denen die WEKO ihre Entscheidung fällt.
- **Heilung der institutionellen Mängel erst im Beschwerdeverfahren:** Auf das Sanktionsverfahren von Art. 49a KG sind Art. 6 EMRK sowie Art. 30 BV anwendbar. Damit ist klar, dass die von diesen Bestimmungen verlangten Anforderungen erfüllt sein müssen, darunter insbesondere die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht. Die WEKO wird gemäss der Rechtsprechung jedoch nicht als richterliche Behörde anerkannt. Somit erfüllt das Sanktionsverfahren vor der WEKO die Anforderungen gemäss Art. 6 EMRK und Art. 30 BV nicht. Diese institutionellen Mängel der WEKO können gemäss Bundesgericht und dem Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden, da diesem die volle Kognition zukommt. Die Heilung des institutionellen Mangels tritt damit aber nur ein, wenn ein langwieriger, ressourcen- und kostenintensiver Rechtsmittelweg eingeschlagen wird. Dies wird von den betroffenen Parteien nur dann in Erwägung gezogen, wenn die betreffende Sanktion die voraussichtlichen Anwalts- und Verfahrenskosten überschreitet. Dieser Weg ist mit grossem Mitteleinsatz verbunden. Insbesondere KMU schrecken deshalb vor dem Beschwerdeverfahren infolge fehlender Finanzierbarkeit zurück.

Die Institutionenreform wird bereits seit fast einer Dekade verschleppt. Wir begrüssen, dass der Bundesrat den Mut für einen kleinen Schritt gefunden hat. Wir ermuntern ihn jedoch, den grossen Schritt zu gehen. Seine Vernehmlassung ist der richtige Zeitpunkt, um eine Institutionenreform anzupacken.

Derr SBV schliesst sich dem Vorschlag von economiesuisse an, wonach der Bund eine Arbeitsgruppe einsetzt, um mögliche Lösungen für die Umsetzung der Institutionenreform zu diskutieren. Die wichtigsten Interessen- und Branchenvertreter sollen die Revision für die parlamentarische Beratung unter Leitung des Bundes vorbereiten. Der SBV bietet seine Mitwirkung in einer solchen Arbeitsgruppe an.

Eine Institutionenreform sollte die konsequente Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene als Ausgangspunkt der Reformbestrebungen nehmen. Ausgehend davon sollten rechtsstaatlichen Mängel möglichst beseitigt und ein ausgewogenes Verhältnis zwischen ökonomischem und juristischem Fachwissen hergestellt werden, was idealerweise zu einer Kürzung der Verfahrensdauer führt.

In der Politik und Wirtschaft wurden bereits unterschiedliche Modelle für die Institutionenreform besprochen. So wurde im Rahmen der Revisionsvorlage 2012 eine institutionelle Neuordnung der Wettbewerbsbehörden

diskutiert, wonach das heutige Sekretariat der WEKO in eine rechtlich selbständige, von der Bundesverwaltung unabhängige Wettbewerbsbehörde überführt und die heutige WEKO zu einem erstinstanzlichen Wettbewerbsgericht aufgewertet werden sollte. Die Wettbewerbsbehörde wäre mit der Untersuchung betraut, während das Wettbewerbsgericht entscheidet und allfällige Sanktionen ausspricht. Dabei sollte die Kürzung des Instanzenzuges von bisher vier (untersuchendes Sekretariat, entscheidende WEKO, Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht) auf drei (untersuchende Wettbewerbsbehörde, entscheidendes Wettbewerbsgericht, Bundesgericht) involvierte Behörden zu einer Verkürzung der Fristen führen.

Darüber hinaus wurde auch die Lösung diskutiert, das Aussprechen der Sanktionen, statt im Zuständigkeitsbereich der WEKO zu belassen, dem Bundesverwaltungsgericht zu übertragen. Mit diesem Lösungsansatz würden die Untersuchungs- und die Entscheidbehörde klarer voneinander getrennt werden.

Auch könnte als mögliche Variante ein Gerichts- bzw. Kommissionsschreibermodell diskutiert werden. Die Gerichts- bzw. Kommissionsschreiber sollen die Kommissionsmitglieder bei der Verfahrensdurchführung, Entscheidungsfindung und Entscheidungsredaktion unterstützen. Dadurch könnte die Kommission gestärkt werden. Den Mitgliedern der Milizbehörde WEKO ist es heute nicht möglich, die Argumente der Parteien anhand der umfangreichen Akten zu überprüfen. Neu könnten sie ihre Überlegungen und Fragen durch die neutralen Kommissionsschreiberinnen und Kommissionsschreiber überprüfen lassen. Durch die Stärkung der Kommission wäre es möglich, eine bessere Trennung zwischen der Anklagebehörde (Sekretariat) und der urteilenden Kommission zu erzielen. Das Gerichts- bzw. Kommissionsschreibermodell könnte als eine mögliche Variante zur ersten Anhandnahme der Institutionenreform betrachtet werden.

Diese Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie soll lediglich mögliche Ansatzpunkte für die erwähnte Arbeitsgruppe sowie in der Botschaft aufzeigen. Der SBV hat zum jetzigen Zeitpunkt keine Präferenz für eine bestimmte Lösung, er unterstützt jedoch das Anliegen der Wirtschaft nach einer effektiven Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde.

## **2. Motion Français**

Aus Sicht des SBV kann die Motion Français 18.4282 in die Revision aufgenommen oder einzeln behandelt werden.

Nationalrat Olivier Français hat die Motion 18.4282: «Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» eingebracht und sie wurde von beiden Parlamentskammern angenommen.

Sowohl im Namen als auch im Begründungstext stellt sie klar, dass mit Artikel 5 Abs. 1bis VE-KG eine quantitative Überprüfung der Erheblichkeit wiederhergestellt werden soll. Die im Vorschlag gewählte Formulierung lässt jedoch zu viel Interpretationsspielraum. Zwar würden quantitative Kriterien berücksichtigt, aber sie könnten weiterhin eine untergeordnete Rolle gegenüber qualitativen Kriterien spielen.

Gerade weil es sich bei der Motion um eine ausdrückliche Korrektur des Gaba-Urteils<sup>1</sup> handelt, ist es im Interesse der Rechtssicherheit, dass das Erfordernis einer ausgewogenen Prüfung der beiden Kriterien auch

<sup>1</sup> BGE 143 II 297.

explizit in die Formulierung aufgenommen wird. Deswegen schlagen wir vor, Artikel 5 Abs. 1bis VE-KG wie folgt zu ändern:

**Art. 5 Abs. 1bis: Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind immer qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Sie ist auf jeden Fall zu beurteilen.**

Ferner enthält der erläuternde Bericht hinsichtlich der Motion mehrere unzutreffende Aussagen. Diese Aussagen müssen im Hinblick auf die Botschaft dringend korrigiert werden.

- **Rückkehr zur erprobten Praxis:** Der Vernehmlassungsbericht erweckt den Eindruck, dass die Motion negative Folgen für die Kartellbekämpfung hätte, weil die WEKO dann Kartellabsprachen nicht mehr effektiv bekämpfen könnte. Hier liegt ein Irrtum vor. Bis zum Gaba- Bundesgerichtsentscheid war es bewährte Praxis, die Erheblichkeit im Einzelfall anhand qualitativer sowie quantitativer Kriterien zu beurteilen.
- **Gaba-Urteil widerspricht Willen des Gesetzgebers:** Zur Beurteilung einer Wettbewerbsabrede erachtet es der Gesetzgeber als massgebend, «ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Nur wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt [wird], ist die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig»<sup>2</sup>. Der Gesetzgeber verlangt somit im Grundsatz, dass im Einzelfall neben den qualitativen Kriterien, welche sich aus dem Gesetzestext ergeben, auch quantitative Kriterien (z.B. Marktanteile, Umsätze) hinzugezogen werden. Das Bundesgericht hat im Gaba-Urteil behauptet, dass zur Entlastung der Verwaltung auf die Prüfung der quantitativen Kriterien verzichtet werden könnte, wenn die Bestimmung der Erheblichkeit bereits nach qualitativen Kriterien aus dem Gesetzestext möglich sei.<sup>3</sup> Diese Auslegung des Bundesgerichts widerspricht aber dem Willen des Gesetzgebers, welcher von einer grundsätzlichen Einzelfallprüfung nach qualitativen und quantitativen Kriterien bei der Bewertung der Auswirkungen einer Abrede ausging. Das Parlament bestätigte diese Ausrichtung ausdrücklich, als es 2014 den Entwurf zur Revision des KG prüfte und den Entwurf auf dieser Grundlage ablehnte. Auch wenn bei der Widerlegung der Vermutung des Vorliegen einer Erheblichkeit «[i]n der Regel» zutreffen dürfte,<sup>4</sup> lässt sich nicht daraus schliessen, dass diese ohne Einzelfallprüfung stattfinden darf.<sup>5</sup> Die Absicht des Gesetzgebers war es gerade nicht, wie fälschlicherweise im erläuternden Bericht aufgeführt, die WEKO zu entlasten, indem auf eine differenzierte Erheblichkeitsprüfung verzichtet werden kann,<sup>6</sup> sondern die Rechtssicherheit durch eine im Grundsatz zu erfolgende Einzelfallprüfung zu gewährleisten.
- **Faktische Beweislastumkehr durch Gaba-Urteil:** Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede ist durch die WEKO zu beweisen. Mit dem Wegfall der Erheblichkeitsprüfung gemäss Erwägungen des Bundesgerichts in Sachen Gaba, verbleibt einzig zu prüfen, ob eine Abrede aus wirtschaftlichen Effizienzgründen gerechtfertigt ist (Art. 5 Abs. 2 KG). Bei der Beurteilung, ob solche Gründe vorliegen, verfügen WEKO und die Gerichte aber über einen grossen Ermessensspielraum. Die betroffenen Unternehmen müssen die konkreten Beweise erbringen, dass ihr Verhalten die Effizienz der

<sup>2</sup> Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995, 555.

<sup>3</sup> BGE 143 II 297 E. 5.2.1 f. S. 315 f.

<sup>4</sup> BBl 1995, 565 f.

<sup>5</sup> Vgl. auch Emch/Gottret, 376.

<sup>6</sup> Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 15.

Volkswirtschaft erhöht hat. Dies ist gerade für KMU äusserst schwierig zu bewältigen, da ihnen das Expertenwissen fehlt. Die WEKO hingegen ist oder sollte in der Lage sein, eine solche Prüfung durchzuführen. Der Wegfall der Erheblichkeitsprüfung führt somit zu einer Umkehr der Beweislast zu Lasten der betroffenen Unternehmen. Die Aussage im erläuternden Bericht, wonach der Gaba-Entscheid keine Änderung der Beweislast zur Folge habe, ist deshalb falsch.

- **Hohe Rechtsunsicherheit für Arbeitsgemeinschaften (ARGEs):** Gemäss Vorlagenbericht spielt die Frage der Erheblichkeit und damit die Auswirkung des Gaba-Entscheids im Falle von ARGES «praxisgemäss keine Rolle». Umgekehrt erhöhe die Motion die Rechtsunsicherheit, den Verwaltungsaufwand und liesse, im Widerspruch zum indirekten Gegenvorschlag der Fair-Preis-Initiative, gar eine „Abschottung des Schweizer Marktes“ zu. Sämtliche Aussagen sind unzutreffend. Da die kartellrechtliche Beurteilung von ARGES weder im Gesetz noch durch ein Bundesgerichtsurteil geklärt worden ist, besteht Rechtsunsicherheit. Die Zusicherungen des Sekretariats der WEKO entfalten keinerlei Rechtswirkungen. Auch war die Erheblichkeitsprüfung in der Vergangenheit sehr wohl Gegenstand bei der Beurteilung von ARGES. Würde die Erheblichkeitsschwelle durch die Motion Français wieder eingeführt, entstünde für Kleinstunternehmen ein zusätzlicher Schutz vor unerwarteten Sanktionen. Zudem senkt das Anliegen der Motion den Aufwand für Behörden, da dank der Erheblichkeitsschwelle Bagatellfälle ohne aufwendige Sachverhalts- und Effizienzprüfungen ausgeschlossen werden können. Dagegen hat der Wegfall der Erheblichkeitsprüfung den Compliance-Aufwand gerade bei grundsätzlich zulässigen vertikalen Abreden massiv erhöht, weil die Abreden über eine komplexere Struktur verfügen und die besagten rechtlichen Unsicherheiten bestehen. Der indirekte Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative betrifft nur marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen. Die Feststellung einer vorliegenden (relativen) Marktmacht setzt quantitative Analysen zwingend voraus, was gerade das Kernanliegen der Motion darstellt.

### 3. Motion Wicki

Sie erwähnen in Ihrer Vorlage die von Hans Wicki eingebrachte Motion 21.4189 «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz». Der Ständerat hat in der Wintersession 2021 diese Motion mit grosser Mehrheit angenommen. Falls der Nationalrat die Motion ebenfalls annehmen würde, sollte ihr Anliegen unverzüglich umgesetzt werden, die anstehende Revision wäre eine Möglichkeit hierfür.

Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und bitten Sie, unsere Anliegen zu berücksichtigen. Bei möglichen Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung

Freundliche Grüsse  
Schweizerischer Baumeisterverband



**Dr. Benedikt Koch**  
Direktor



**Bernhard Salzmann**  
Stellvertretender Direktor, Leiter Politik und Kommunikation