

unternehmen im wettbewerb evaluation des kartellgesetzes

Impressum

**Diese Publikation erscheint in Deutsch und Französisch
Gestaltung und Produktion: Daniel Stähli, Visuelle Kommunikation, Zürich
Druck: Offset Holend AG, Zürich
Herausgabe: März 2009
© economiesuisse 2009**

Für economiesuisse hat die Wettbewerbspolitik einen hohen Stellenwert. Wettbewerb ist einer der tragenden Pfeiler einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung. Die Wirtschaft unterstützt klar den Schutz des Wettbewerbs als zentrale ordnungspolitische Aufgabe. Aufgrund der Tragweite der Wettbewerbspolitik für die marktwirtschaftliche Ordnung der Schweiz legt economiesuisse eine eigene Evaluation zum Kartellgesetz vor. Ausgangspunkt sind die vom Vorstandsausschuss im Oktober 2007 genehmigten «wettbewerbspolitischen Grundsätze». Die marktwirtschaftliche Ordnung sichert wirtschaftliche Freiheit und umfassende Wahl-, Entfaltungs- und Investitionsmöglichkeiten. Sie schafft Anreize für unternehmerische Innovationen, technischen Fortschritt, Produktivitätsfortschritte und, zum Nutzen der Kunden, ein breites Angebot. Dies liegt im gesamtwirtschaftlichen Interesse. Wettbewerb ist dabei eine wichtige Voraussetzung für diese positiven Effekte der marktwirtschaftlichen Ordnung.

Das schweizerische Wettbewerbsrecht wurde 1995 und 2003 grundlegend modernisiert und den massgeblichen internationalen, besonders den europäischen Standards angenähert. Das modernisierte Kartellgesetz soll den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung fördern.

Die Erfahrungen der Unternehmen mit dem Kartellgesetz stehen im Zentrum unserer Evaluation. Es wurde festgestellt, dass die Unternehmen ihre Bemühungen um ein wettbewerbskonformes Verhalten

weiter verstärkt haben. Das Kartellrecht zeigt in der Schweiz wie in der EU Wirkung. Allerdings besteht die Gefahr, dass die staatlichen Eingriffe überschüssig und sogar auch pro-kompetitive Praktiken beschränken. Die hohen Sanktionen sind wohl wirksam, bedingen aber wegen ihres Strafcharakters eine noch exaktere Beachtung der Verfahrensrechte. Sonst werden grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien verletzt. Beide Aspekte müssen bei der Evaluation des Kartellgesetzes in der Schweiz wie auch bei gleichen Diskussionen in der EU besonders berücksichtigt werden.

Die vorliegende Publikation beleuchtet die Stärken und Schwächen des geltenden Schweizer Wettbewerbsrechts und setzt es in Bezug zu den internationalen Entwicklungen. Die Arbeit der economiesuisse-Kommission für Wettbewerbsfragen und die Diskussion im Vorstand haben gezeigt, dass die Wirksamkeit und Berechenbarkeit der Wettbewerbspolitik verbessert werden müssen. Die Unternehmen sind darauf angewiesen, dass die wettbewerbsrechtlichen Massnahmen und Verfahren rechtssicher und effektiv sind. Um dies zu gewährleisten, drängen sich im Interesse des Wettbewerbs und einer leistungsfähigen Wettbewerbspolitik punktuelle Änderungen im materiellen und formellen Kartellrecht wie vor allem auch in der Anwendung durch die Behörden auf.



Ulrich Jakob Looser
Präsident der Kommission
für Wettbewerbsfragen



Pascal Gentinetta
Vorsitzender
der Geschäftsleitung

	Management Summary	4
1	Ausgangslage	7
1.1	Wettbewerbspolitik als Kernbereich liberaler Wirtschaftspolitik	8
1.2	Aktuelle Diskussionspunkte in der Wettbewerbspolitik	10
2	Evaluation des Kartellgesetzes	14
2.1	Materielles Recht	14
2.2	Verfahren und Sanktionen	28
2.3	Institutionen	39
2.4	Verhältnis zu Europa	44
3	Anforderungen an ein modernes Wettbewerbsrecht	46
4	Anhang	50
4.1	Projektorganisation	50
4.2	Wettbewerbspolitische Grundsätze von economiesuisse	52
4.3	Synoptische Übersicht zu den Empfehlungen der Evaluationsgruppe Kartellgesetz	54
4.4	Abbildungsverzeichnis	56
4.5	Abkürzungsverzeichnis	56
4.6	Literatur	58

Das schweizerische Wettbewerbsrecht wurde mit den Revisionen von 1995 und 2003 deutlich verschärft und den europäischen Regeln angenähert. Der eingeschlagene Weg wird von *economiesuisse* im Interesse einer liberalen Ordnungspolitik begrüsst. Das Kartellrecht zeigt in der Schweiz wie auch in der EU Wirkung. Die Unternehmen haben in den vergangenen Jahren auf allen Stufen zusätzliche Anstrengungen unternommen, um die wettbewerbsrechtlichen Vorgaben strikte einzuhalten. Die Erfahrungen der Unternehmen zeigen allerdings auch, dass das grundlegende Ziel der Wettbewerbspolitik, der Schutz des Wettbewerbs, mit geltendem Recht noch nicht optimal erreicht wird. Gewisse wettbewerbsrechtliche Regeln ziehen staatliche Eingriffe nach sich, die pro-kompetitive Praktiken der Unternehmen beschränken können. Solche überschüssenden Interventionen müssen im Interesse des Wettbewerbs verhindert werden. Auch die heutige Sanktionspraxis ist nicht unproblematisch: Auf der einen Seite wirkt das Sanktionssystem präventiv. Unternehmen haben den Anreiz, sich wettbewerbsrechtlich korrekt zu verhalten und Compliance-Programme einzuführen. Auf der anderen Seite führt ein hartes Abschreckungssystem dazu, dass Unternehmen und Mitarbeitende übervorsichtig werden, ihre Möglichkeiten am Markt nicht ausschöpfen und damit letztlich die Wirtschaft an Wettbewerbskraft verliert. Zur Vermeidung dieser negativen Aspekte sind die Unternehmen auf Rechtssicherheit und ein effizientes und berechenbares Handeln der Wettbewerbskommission (WEKO) angewiesen. Wegen ihres Strafcharakters bedingen die hohen Sanktionen zudem eine noch exaktere Beachtung der Verfahrensrechte und die Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit.

Die vorliegende, auf Konsultationen und Erfahrungsberichten der Schweizer Unternehmen basierende Studie hat die Wirkung des bestehenden Kartellgesetzes auf die Wirtschaft eingehend untersucht. Mit dieser Evaluation will *economiesuisse* einen konstruktiven Beitrag zur Diskussion um die Weiterentwicklung des schweizerischen Wettbewerbsrechts leisten. Im Interesse des Wettbewerbs und einer zeitgemässen Wettbewerbspolitik drängen sich besonders in folgenden Bereichen punktuelle Anpassungen auf:

- **Vertikalabreden:** Das mit der Kartellgesetzrevision 2003 in Art. 5 Abs. 4 eingeführte faktische Per-se-Verbot bestimmter vertikaler Abreden ist im Lichte der neusten ökonomischen Theorien kritisch zu hinterfragen und abzuschaffen. Die heutige Regelung schafft Rechtsunsicherheit und die Gefahr überschüssender Interventionen. Auch die Vertikalbekanntmachung ist zu überarbeiten, namentlich die Preisempfehlungen betreffend. Auf Einschränkungen, die weiter gehen als die EU-Regelungen, ist zu verzichten. Die direkte Sanktionierung von unzulässigen Mindest- und Festpreisen sowie Gebietsbeschränkungen wird nicht in Frage gestellt.
- **Marktbeherrschung:** Die Beweislast für den Nachweis missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen soll immer bei den Behörden liegen. Dabei sind hohe Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Bestehende Rechtsunsicherheit muss sich in jedem Fall zugunsten eines beschuldigten Unternehmens sanktionsmindernd auswirken. Den Unternehmen sollte die Möglichkeit gegeben werden, ein geplantes, aber noch nicht eingeführtes Vorhaben sanktionsbefreiend zu melden. Bei Beibehaltung des Umsetzungserfordernisses im Meldeverfahren¹ sollte den Unternehmen eine Sanktionsbefreiung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens gewährt werden. Für den Fall, dass das Meldeverfahren nicht entsprechend den beschriebenen Erwägungen verbessert wird, ist ein gesetzlicher Anspruch auf Erlass von Feststellungsverfügungen nach dem Vorbild von Art. 25 VwVG einzuführen. Bei der Sanktionsbemessung gemäss Art. 49a KG von Tatbeständen nach Art. 7 KG (Missbrauch einer marktmächtigen Stellung) sind die Gesamtumstände

¹ Nach einem vom Bundesgericht bestätigten Entscheid müssen geplante Vorhaben umgesetzt werden, um zwecks Befreiung von einer Sanktion gemeldet werden zu können. Andernfalls sei eine Abschätzung der wirtschaftlichen Folgen nicht möglich.

zu berücksichtigen. Kann ein Unternehmen im Voraus die Rechtswidrigkeit nicht oder nur sehr schwer erkennen, dann muss die fehlende oder eingeschränkte Vorhersehbarkeit und damit die begrenzte Vorwerfbarkeit des Verhaltens zu einer Sanktionsminderung, allenfalls zu einem Sanktionsausschluss führen.

- **Fusionskontrolle:** Die Fusionskontrolle ist im Sinne der Rechtssicherheit beizubehalten, mit Fokus auf offenbare Marktmachtrisiken ist sie aber zu verwesentlichen. Die Fusionskontrolle ist zurückhaltend auszuüben und auf Auflagen mit detaillierten Eingriffen in betriebswirtschaftliche Abläufe der Unternehmen ist möglichst zu verzichten. Durch differenzierte Schwellenwerte sollen internationale Fusionen, die den Schweizer Markt nur marginal betreffen, von der Meldepflicht ausgenommen werden.
- **Kartellrechtliches Sanktionsverfahren:** Das kartellrechtliche Sanktionsverfahren muss den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs, der Vermeidung der Selbstbelastung und der Waffengleichheit mit einer verstärkten Aufgabenteilung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde besser Rechnung tragen. Die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde ist durch die Ausgliederung aus der Verwaltung und der Verminderung des direkten Einflusses der politischen Exekutive zu stärken.
- **Compliance und Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen:** Die Bemühungen der Unternehmen, mit Hilfe von Compliance-Programmen und internen Risikoanalysen Wettbewerbsverstöße zu vermeiden, müssen gefördert werden. Dazu gehören bei fehlender direkter Verantwortung und angemessenen Compliance-Massnahmen der Unternehmen die Befreiung oder Milderung von Sanktionen. Die allfällige Sanktionierung von Mitarbeitenden, die sich unter Missachtung von Compliance-Programmen vorsätzlich an Kartellabsprachen beteiligen, ist in diesem Zusammenhang zu prüfen. Auch ein allgemeines Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen soll gesetzlich verankert werden.
- **Sanktionsbemessung:** Bei der Sanktionsbemessung ist in erster Linie auf das Verschulden abzustellen. Unternehmen mit angemessenem Compliance-Programm sind bei fehlender direkter Verantwortung vollständig oder teilweise von Sanktionen zu entlasten («Compliance Defence»). Im Rahmen der Sanktionsbemessung sind zudem absehbare Schadenersatzzahlungen an Kunden und Wettbewerber sowie Geldbussen in gleicher Sache in anderen Jurisdiktionen zwingend zu berücksichtigen.
- **Zweistufigkeit der Behörden:** Die Zweistufigkeit der Behörden (Trennung von Untersuchung und Entscheid) soll gestärkt werden. Die Kommission soll für die Redaktion der Entscheide über eine vom untersuchenden Sekretariat unabhängige Stelle verfügen. Das Sekretariat soll stärker auf seine Ermittlungs- und Antragsstellungsfunktion ausgerichtet werden («Staatsanwaltschaftsmodell») und zu diesem Zweck einen eigenständigen Auftritt erhalten, aber nicht direkt an der Beratung von Entscheiden mitwirken.
- **Milizsystem:** Die WEKO-Mitglieder sollen ihre Tätigkeit weiterhin im Milizsystem wahrnehmen. Die von den Interessengruppen vorgeschlagenen Mitglieder sollen als Fachrichter auch künftig ihre Praxiskenntnisse einbringen, analog zu Handelsgerichten. Die Kommission soll die Entscheide unabhängig vom Sekretariat beraten und fertigstellen. Dazu muss ihr ein vom Sekretariat unabhängiger Stab zur Verfügung stehen. Die ökonomische Kompetenz soll in Kommission, Präsidium und Sekretariat verstärkt werden.

- **Schaffung einer neuen Wettbewerbsbehörde:** Es ist zu prüfen, ob eine einzige (neue) Wettbewerbsbehörde geschaffen werden soll, in die neben der WEKO auch die Sektorbehörden mit Wettbewerbsaufgaben² und die Preisüberwachung eingegliedert werden. Alternativ müsste eine schärfere Trennung der Kompetenzen zwischen Sektorbehörden und WEKO festgelegt werden. Wird eine sektorspezifische Regulierungsbehörde mit umfassenden Kompetenzen ausgestattet, darf die WEKO keine damit konkurrierende Kompetenz haben.
- **Europakompetitivität geht vor Europakompatibilität:** In der Schweiz soll zulässig sein, was im Wettbewerbsrecht der EU zulässig ist. Die Schweiz soll das EU-Wettbewerbsrecht in Bereichen, in denen Mängel festgestellt wurden, nicht übernehmen. Das Schweizer Recht soll und darf durchaus rechtsstaatlicher und liberaler sein. Die Schweiz soll den Spielraum für eigenständige Lösungen nutzen.
- **Bedingungen für ein internationales Zusammenarbeitsabkommen:** Vor Beginn von Verhandlungen über ein Zusammenarbeitsabkommen sind rechtsstaatliche Bedenken zu bereinigen. Sodann sind die grundsätzlichen Regeln für die Amts- und Rechtshilfe sowie der Geheimnisschutz für Unternehmensjuristen zu sichern.

Aus Sicht der Wirtschaft sind im Interesse des Wettbewerbs im materiellen und formellen Kartellrecht wie auch in der Anwendung durch die Behörden Änderungen notwendig. Die Unternehmen sind darauf angewiesen, dass die wettbewerbsrechtlichen Massnahmen und Verfahren rechtssicher und effektiv sind. Der Bundesrat wird aufgrund der vorliegenden Evaluation und der verschiedenen hängigen parlamentarischen Vorstösse dem Parlament konkrete Vorschläge unterbreiten. Die Wirtschaft ist in diese Arbeiten direkt miteinzubeziehen.

² Kommunikationskommission (ComCom), Elektrizitätskommission (Elcom), Postregulierungsbehörde (PostReg).

Ziel des Kartellgesetzes: Schutz des wirksamen Wettbewerbs

Das schweizerische Wettbewerbsrecht wurde mit den beiden Kartellgesetzrevisionen von 1995 und 2003 grundlegend modernisiert. Die früheren Gesetzgebungen betonten den Grundsatz der persönlichen Wirtschaftsfreiheit und des Missbrauchsbekämpfungsprinzips. Mit dem Kartellgesetz von 1995 stellte der Gesetzgeber den Schutz und die Förderung des Wettbewerbs in den Vordergrund. In der konzeptionellen und materiellen Ausrichtung orientierte sich der Gesetzgeber nun konsequenter an den einschlägigen internationalen und namentlich europäischen wettbewerbsrechtlichen Standards. Dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs verpflichtet, bezweckt das Kartellgesetz von 1995, «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern» (Art. 1 KG 95). Die im Jahr 2003 vorgenommene Revision des Kartellgesetzes verstand sich als Nachbesserung des Kartellgesetzes von 1995. Als wesentliche Neuerung wurde die direkte Sanktionierbarkeit von erstmaligen Kartellverstössen eingeführt.³ Weitere, aber teils umstrittene Änderungen betrafen die Begriffsbestimmung für marktbeherrschende Unternehmen, die vertikalen Vermutungstatbestände und die Behandlung der KMU. In Art. 59a hielt der Gesetzgeber darüber hinaus fest, dass der Bundesrat für die Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs des Kartellgesetzes zu sorgen hat und spätestens nach fünf Jahren dem Parlament einen Bericht vorlegt. Der entsprechende Synthesebericht der Expertengruppe für die Evaluation des Kartellgesetzes ist am 15. Januar 2009 veröffentlicht worden.⁴ Die Evaluation kommt zu einem relativ frühen Zeitpunkt, da das Gesetz erst seit 2005, dem Ablauf der Übergangsfrist, voll in Kraft ist. Die Erfahrungen mit den neuen Regeln sind von daher beschränkt.

Wettbewerbspolitik im Interesse des Wirtschaftsstandorts Schweiz

Für die Unternehmen ist das Wettbewerbsrecht von essenzieller Bedeutung. Die mit der Modernisierung des Wettbewerbsrechts verbundene schärfere Gangart gegen Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen hat bei den Unternehmen in der Schweiz zu einer intensiven Auseinandersetzung mit dem Kartellgesetz und den entsprechenden Anpassungen an den neuen rechtlichen Rahmen geführt. Wie die Erfahrungen der Schweizer Unternehmen zeigen, ist der ordnungspolitische Schutz des Wettbewerbs und die dadurch geschaffene Wettbewerbsfreiheit im Interesse der Wirtschaft. Allerdings sind die Unternehmen auch mit kontraproduktiven und unberechenbaren Interventionen der Wettbewerbsbehörden konfrontiert. Besonders bei teils umstrittenen Neuerungen im Kartellgesetz 2003 stellen die Unternehmen eine gewisse Rechtsunsicherheit und Unberechenbarkeit fest, die im Interesse einer funktionierenden Wettbewerbsordnung rasch zu beheben sind.

Wirtschaft evaluiert das Kartellgesetz

Aufgrund der Tragweite der Wettbewerbspolitik für die marktwirtschaftliche Ordnung der Schweiz und des Interesses der Unternehmen an rechtssicheren und wettbewerbsorientierten Rahmenbedingungen hat *economiesuisse* entschieden, sich mit einer eigenen Evaluation konstruktiv in die laufende Diskussion um die Weiterentwicklung des schweizerischen Wettbewerbsrechts einzubringen und auf den Handlungsbedarf hinzuweisen. Dabei wird das schweizerische Wettbewerbsrecht nicht losgelöst von den europäischen Entwicklungen betrachtet. In der EU steht eine umfassende Diskussion der

³ Vor der Einführung der direkten Sanktionierung wurde in einem ersten Schritt festgestellt, dass ein bestimmtes Verhalten den Wettbewerb verletzt und erst bei einem Andauern dieses Verstosses eine Sanktion ausgesprochen.

⁴ Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008.

Erfahrungen der Unternehmen im Zentrum der Evaluation

Wettbewerbsregeln an, da im Verlauf des Jahres 2009 die Verordnung 1/2003⁵ evaluiert wird. Auch die EG-Fusionskontrollverordnung und die Wettbewerbsregeln für vertikale Vereinbarungen werden gegenwärtig überprüft.⁶ Keine zentralen Themen sind in der Diskussion der EU-Kommission hingegen die Institutionen und Verfahrensfragen.

Die vorliegende, durch die Kommission für Wettbewerbsfragen von economiesuisse vorgenommene Evaluation des Kartellgesetzes beruht auf den vom Vorstandsausschuss verabschiedeten wettbewerbspolitischen Grundsätzen⁷ sowie den Erfahrungen der Schweizer Unternehmen mit dem Kartellgesetz. Der Vorstand von economiesuisse hat die Stossrichtung der Evaluation am 30. November 2008 festgelegt.

Offene Märkte und Wettbewerb stärken den Standort Schweiz

1.1 Wettbewerbspolitik als Kernbereich liberaler Wirtschaftspolitik

economiesuisse setzt sich für eine liberale Wirtschaftspolitik ein. Offene Märkte und intensiver Wettbewerb stärken die Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Schweiz. Die Wirtschaft erachtet es als entscheidend, dass der wirksame Wettbewerb durch ein modernes Wettbewerbsrecht und eine effektive Wettbewerbspolitik geschützt und gefördert wird. Ein funktionierender Wettbewerb ist Grundlage einer freiheitlich marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung. Wettbewerb führt zu:

- Innovation und technischem Fortschritt,
- einem breiteren Angebot,
- einem kompetitiveren Preis-Leistungs-Verhältnis von Produkten und Dienstleistungen
- sowie zur Steigerung der Wohlfahrt insgesamt.

Weil der Wettbewerb einerseits durch Verhaltensweisen von Unternehmen und andererseits durch staatliche Sondervorschriften und Sektorregulierungen eingeschränkt werden kann, bedarf es einer gesamtheitlichen Wettbewerbspolitik, die den Schutz des Wettbewerbs als zentrale ordnungspolitische Aufgabe wahrnimmt.

Kartellgesetz wirkt

Die Schweizer Unternehmen haben in den vergangenen Jahren auf allen Stufen zusätzliche Anstrengungen unternommen, um die wettbewerbsrechtlichen Vorgaben strikte einzuhalten. Das Kartellgesetz wirkt. Der Wettbewerb hat sich – auch infolge der neuen Wettbewerbspolitik – dynamisiert. Gleichzeitig stellen die Unternehmen aber fest, dass das schweizerische Wettbewerbsrecht verbesserungswürdig ist.

⁵ Vgl. Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (deutsch), in: ABl Nr. L 001 vom 4. Januar 2003, S. 0001.

⁶ Die Europäische Kommission hat eine öffentliche Konsultation zur Anwendung der EG-Fusionskontrollverordnung (Verordnung 139/2004 des Rates) durchgeführt, vgl. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1591&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>

⁷ Vgl. economiesuisse, Wettbewerbspolitische Grundsätze (siehe Anhang 4.2).

Fehlinterventionen vermeiden

Erstens haben die wettbewerbspolitischen Erfahrungen in der Schweiz und im Ausland gezeigt, dass durch *falsche wettbewerbsrechtliche Regeln* und der daraus resultierenden Praxis der Wettbewerbsbehörden ein *erhebliches Potenzial für wettbewerbspolitische Fehlinterventionen* geschaffen wird und so pro-kompetitive Verhaltensweisen von Unternehmen behindert werden können. Greift eine Wettbewerbsbehörde zu stark, widersprüchlich und unberechenbar in die Marktprozesse ein, kann dies dem Zweck des Schutzes des Wettbewerbs zuwiderlaufen. Innovationen und kompetitive Marktstrategien der Unternehmen bleiben aus, wenn das Risiko infolge von Rechtsunsicherheit und Ungewissheit, ob ein Verhalten zu einem Eingriff respektive zu einer Sanktionierung durch die Wettbewerbsbehörde führt, zu gross wird. Die eigentlich mit der Wettbewerbspolitik angestrebte Dynamisierung und Intensivierung des Wettbewerbs wird dann verhindert. Die Unternehmen brauchen Klarheit darüber, welches Verhalten zulässig ist und welches nicht. Bei harten Kartellen, zum Beispiel Preisabsprachen oder Gebietsabschottung, sind die bestehenden Regeln gerechtfertigterweise präzise. Beim Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG) wären präzise, abschliessende Regeln ebenfalls erwünscht, würden aber oft auch pro-kompetitive Verhaltensweisen der Unternehmen verhindern. Statt präziser Regeln ist in solchen Fällen eine Einzelfallbeurteilung unumgänglich. Um dennoch dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit (ohne klare gesetzliche Regelung) zu entsprechen, darf die Unschärfe der generellen Regeln nicht zulasten der Unternehmen gehen.

Rechtssicherheit verbessern

Zweitens sind die Unternehmen daran interessiert, dass die *Handlungen der Wettbewerbsbehörden* so berechenbar wie möglich sind. Diesem *Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit* stehen diverse heute Anwendung findende Regelungen entgegen. Entsteht durch unklare materiellrechtliche Regelungen oder durch schwierig nachvollziehbare Entscheidungen staatlicher Behörden Unsicherheit, unterlassen die Wirtschaftsakteure wettbewerbsfördernde Aktivitäten und Investitionen. Es ist deshalb aus Sicht der Unternehmen unabdingbar, dass kartellrechtliche Regelungen und deren Rechtsanwendung wirtschaftlichen Gegebenheiten adäquat Rechnung tragen. Hierzu gehört auch, dass die WEKO bei kartellrechtsrelevanten Fällen mit kohärenter Entscheidungspraxis, mit realitätsnahen Bekanntmachungen und nachvollziehbaren Entscheiden in Präzedenzfällen für Rechtssicherheit und Berechenbarkeit sorgt. Die Verfahren sind rasch und effizient durchzuführen. Diese Anforderungen sind auch der Gradmesser für die Evaluation des Kartellgesetzes.

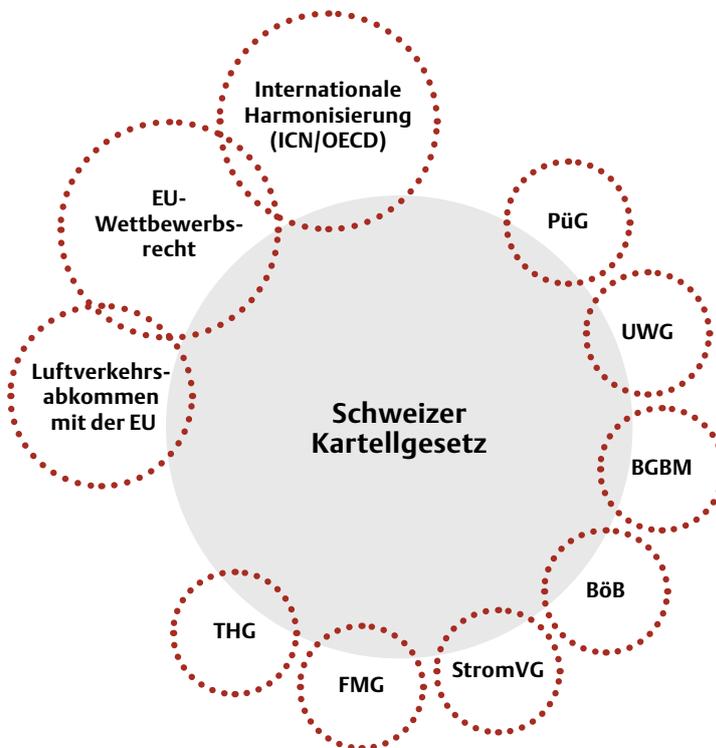
Wettbewerbspolitik im umfassenden Verständnis

Wettbewerbspolitik geht über das Kartellgesetz hinaus und ist umfassend zu verstehen. Auch mit weiteren Regelungen in anderen Politikfeldern betreibt der Staat Wettbewerbspolitik (vgl. Abbildung 1). Zur Wettbewerbspolitik in einem umfassenden Verständnis gehören eine liberale, am Freihandel orientierte Aussenwirtschaftspolitik, eine Binnenmarktpolitik mit dem Ziel, Marktzutrittsbarrieren konsequent zu beseitigen (beispielsweise durch die Einführung des Cassis-de-Djion-Prinzips oder den weiteren Abbau technischer Handelshemmnisse), ein transparentes und flexibles öffentliches Beschaffungswesen sowie eine nachhaltige Öffnungspolitik im Bereich der Infrastrukturmärkte. Die Wirtschaft setzt sich entschieden für die Beseitigung hemmender und wettbewerbsverzerrender Regulierungen ein. Besonders bei staatlichen Sondervorschriften und Sektorregulierungen besteht die Gefahr von Wettbewerbsbeschränkung. Nur durch eine umfassend verstandene Wettbewerbspolitik kann die Wettbewerbsintensität auf den Märkten nachhaltig gesteigert werden.

Abbildung 1

Im Sinne einer umfassend verstandenen Wettbewerbspolitik muss das Kartellgesetz im Umfeld weiterer für den Wettbewerb relevanter Gesetze und internationaler Regeln beurteilt werden.

Kartellgesetz im Umfeld weiterer wettbewerbsrelevanter Gesetze und internationaler Regeln



ICN: International Competition Network (Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden); OECD: Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung; THG: Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse; FMG: Fernmeldegesetz; StromVG: Stromversorgungsgesetz; BöB: Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen; BGBM: Binnenmarktgesetz; UWG: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; PüG: Preisüberwachungsgesetz

Quelle: eigene Darstellung.

1.2 Aktuelle Diskussionspunkte in der Wettbewerbspolitik

In der wissenschaftlichen Diskussion und der wettbewerbspolitischen Praxis haben in den letzten Jahren zwei Themen eine besondere Relevanz erhalten. Zum einen handelt es sich um den *ökonomisch fundierten Ansatz* («more economic approach»), der im internationalen Vergleich immer häufiger angewendet wird. Zum anderen geben *rechtsstaatliche Mängel*, namentlich im Bereich der Verfahren und der Sanktionspraxis, Anlass zur kritischen Auseinandersetzung mit dem Wettbewerbsrecht.

1.2.1 Der ökonomisch fundierte Ansatz

Die Wettbewerbspolitik der EU und der USA orientiert sich vor allem bei Fragen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung respektive bei gewissen vertikalen Abreden vermehrt am ökonomisch fundierten Ansatz.⁸ In der Schweiz ist hingegen seit 2003 eine stärkere Tendenz zu formalen Verboten und Geboten festzustellen. Solche Per-se-Regeln haben den Vorteil der Einfachheit und der Rechtssicherheit. Allerdings werden sie den ökonomischen Entwicklungen nicht gerecht und laufen somit teilweise der wirtschaftlichen Realität zuwider. So ist sich die Ökonomie weitgehend einig, dass generelle Verbote von bestimmten vertikalen Abreden oder Preis- und Leistungs-differenzierungs-

Trend zur ökonomisch fundierten Einzelfallprüfung

⁸ Vgl. Schmidtchen D., Der «more economic approach» in der Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 56, Heft 1 2006, S. 6–16.

Begriffe

Regulierungsfehler 1. und 2. Art

Das Wirken der Wettbewerbsbehörden kann grundsätzlich zu zwei Fehlerarten führen. Zum einen ist es möglich, dass die Wettbewerbsbehörde einen Eingriff vornimmt, obschon dieser aus volkswirtschaftlicher Betrachtung nicht nötig wäre. In diesem Fall spricht man von einem Fehler 1. Art (Überimplementierung). Zum anderen kann ein zweckmässiger Eingriff unterbleiben. Diese Passivität wird als Fehler 2. Art bezeichnet (Unterimplementierung).

Kritik am geltenden Art. 5 Abs. 4

verbote dem Wettbewerb oft schaden, weil sie auch effiziente, pro-kompetitive Verhaltensweisen untersagen. Aufgrund des gesetzlich fixierten Per-se-Verbots ist die Wettbewerbsbehörde angehalten zu intervenieren, auch wenn es dem Wettbewerb schadet. Man spricht in diesem Fall von einem Fehler 1. Art (vgl. Kasten). Um diesen Fehler zu vermeiden, schlagen Vertreter des «more economic approach» ein neues wettbewerbspolitisches Leitbild vor, das sich vor allem auf die Wirkung des Verhaltens ausrichtet. Gemäss diesem Leitbild werden Verhaltensweisen von Unternehmen nicht per se verboten; vielmehr wird vorab geprüft, ob der Wettbewerb funktioniert. Ist dies der Fall, kann eine Verhaltensweise per definitionem nicht zu volkswirtschaftlichen Schäden führen. Ist der Wettbewerb jedoch erheblich beschränkt, wird in Einzelfallanalysen beurteilt, ob negative Wettbewerbswirkungen in Kauf genommen werden, weil diese durch Effizienz- oder wohlfahrtssteigerndes Verhalten kompensiert werden. Weist die Wettbewerbsbehörde oder das Unternehmen also – im Sinne einer Effizienzverteidigung – nach, dass das unternehmerische Handeln pro-kompetitiv ist, wird es zugelassen.

Für die Schweiz hat Avenir Suisse die gesamtwirtschaftliche Effizienz der seit 2003 geltenden Bestimmungen zu den Vertikalabsprachen angezweifelt.⁹ Der geltende Art. 5 Abs. 4 des Kartellgesetzes, nach dem vermutet wird, dass vertikale Abreden bestimmten Inhalts¹⁰ den Wettbewerb beseitigen, komme einem Per-se-Verbot gleich, zumal der WEKO der Nachweis von Interbrand-Wettbewerb zur Widerlegung der Vermutung in der Regel nicht ausreicht. Aus ökonomischer Perspektive dienen vertikale Abreden in erster Linie der effizienten Koordination innerhalb von Wertschöpfungsketten, die zumeist erfolgen, damit diese im Wettbewerb mit anderen Wertschöpfungsketten bestehen können. Daher sollten Vertikalabreden einer Einzelfallanalyse unterzogen werden. Demgegenüber halten Vertreter des formalen Ansatzes aus Gründen der Rechtssicherheit fest, dass verbindliche Kriterien aus den Gesetzen eindeutig ableitbar sein sollten. Einfach umsetzbare abstrakte Regeln, die keinen Unterschied zwischen Förderung oder Schädigung des Wettbewerbs zulassen, werden den vielen und unterschiedlichsten Geschäftspraktiken jedoch nicht gerecht.

Geltende Bestimmung zu Vertikalabreden kritisch prüfen

Wie vorne gezeigt, können nach gängiger ökonomischer Theorie gewisse Verhaltensweisen wettbewerbsfördernd, aber auch wettbewerbschädigend sein. Das erschwert eine schematische und einfache Gesetzgebung. Häufig bleiben die Effekte der Wettbewerbspolitik unklar, weil keine verlässlichen ökonomischen Methoden und Daten zur Verfügung stehen, um die nutzensteigernde Wirkung eines Wettbewerbseingriffs einzuschätzen.¹¹ Zwar lassen sich ex post die Wirkungen der Entscheide auf einer Seite des Marktes, in der Regel auf die Konsumentenwohlfahrt, untersuchen. So wurde zum Beispiel für die WEKO-Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Automobilhandel festgestellt, dass sich die Preisdifferenz zum Ausland entscheidend verringert hat.¹² Unklar bleibt hier jedoch, ob und wie stark die Preissenkungen auch ohne diese Bekanntmachung ausgefallen wären und ob diese Preissenkungen auch tatsächlich gesamtwirtschaftliche Vorteile herbeigeführt haben. So muss im Zuge der Evaluation des Kartellgesetzes geprüft werden, inwiefern die geltende Bestimmung zu den Vertikalabreden im Lichte der kontroversen Debatte neu formuliert werden muss.

⁹ Vgl. Saurer M., Zur Schweizerischen Wettbewerbspolitik. Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber? Avenir-Suisse-Diskussionspapier 02/08, Zürich 2008.

¹⁰ Mindest- oder Festpreise, Zuweisung von Gebieten usw.

¹¹ Die Britische Competition Commission versucht regelmässig, die Effekte ihrer Entscheidungen auf die Konsumentenwohlfahrt zu quantifizieren. Sie weist jedoch selber darauf hin, dass ihre Schätzmethode grossen Unsicherheiten und Unvollkommenheiten unterliegen, vgl. http://www.competition-commission.org.uk/our_role/analysis/evaluation_report.pdf sowie http://www.competition-commission.org.uk/our_role/analysis/estimated_costs_07_08.pdf

¹² Evenett S.J. & Meier M., Competition Law and Europe's Open Borders: The Case of Motor Vehicle Distribution in Switzerland. Discussion Paper no. 2008-19, St. Gallen 2008.

Sanktionssystem kann Wettbewerb auch behindern

1.2.2 Rechtsstaatliche Mängel beim Verfahren und bei der Sanktionspraxis

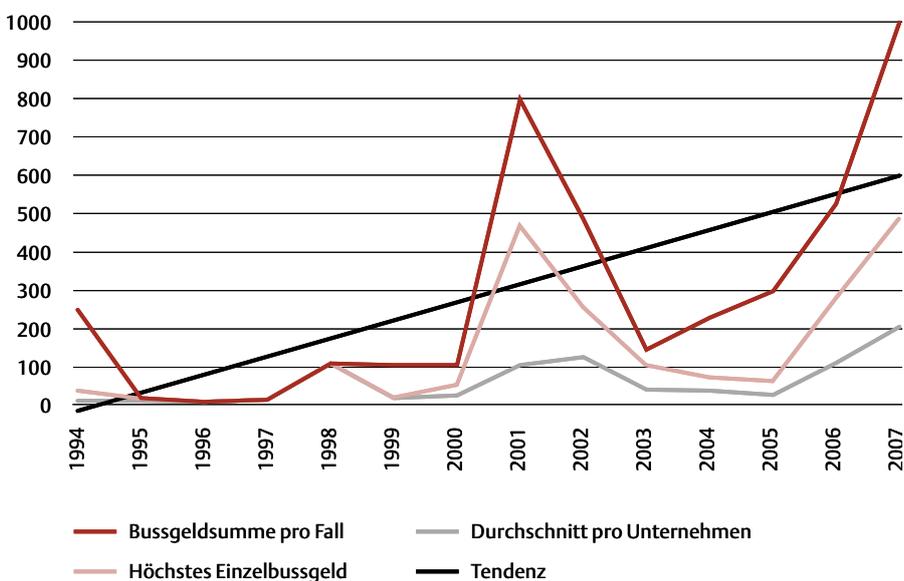
Eine wesentliche Neuerung im Kartellgesetz von 2003 ist die Einführung eines unmittelbaren Sanktionensystems. Die WEKO hat bislang kaum Bussen unter diesem Titel ausgesprochen, die bereits rechtskräftig sind.¹³ Dies erstaunt nicht, lief doch bis Ende März 2005 noch die Übergangsfrist. Bemerkenswert ist hingegen der enorme Anstieg der verhängten Bussen in der EU, an der sich die Schweizer Wettbewerbspolitik vermehrt orientiert (vgl. Abbildungen 2 und 3). Das hat zwei Seiten: Auf der einen Seite wirkt das Sanktionssystem präventiv. Unternehmen haben den Anreiz, sich wettbewerbsrechtlich korrekt zu verhalten und Compliance-Programme einzuführen. Auf der anderen Seite führt ein hartes Abschreckungssystem dazu, dass Unternehmen und Mitarbeiter über vorsichtig werden, ihre Möglichkeiten am Markt nicht ausschöpfen und damit letztlich die Wirtschaft an Wettbewerbskraft verliert.

Abbildung 2

Die von der Europäischen Kommission wegen Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht verhängten Geldbussen sind in den letzten Jahren auf ein historisches Niveau gestiegen. Eine Betrachtung der jeweils höchsten Geldbussen in den letzten vierzehn Jahren zeigt, dass die Kommission mit ihren Kartellgeldbussen einen deutlichen Aufwärtstrend verfolgt.

Entwicklung der Bussenpraxis der EU-Kommission

in Mio. Euro



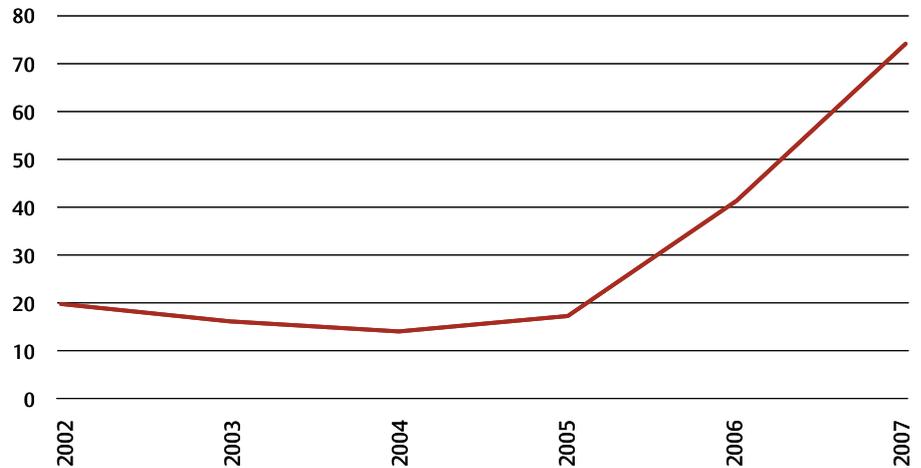
Quelle: Schwarze et al. (2008).

¹³ Vgl. RPW 2008/01.

Abbildung 3

Während bis 2005 der Gesamtbetrag an Geldbussen stets unter 1 Milliarde Euro und der Durchschnitt pro Unternehmen unter 20 Millionen Euro blieb, war der Gesamtbetrag der Geldbussen zwei Jahre später bereits mehr als das Dreifache gestiegen. Die heute verhängten Sanktionen stellen schwerwiegende Eingriffe in das Vermögen der betroffenen Unternehmen dar; solche Eingriffe sind nur auf ausreichend bestimmter Rechtsgrundlage und in einem rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechenden Verfahren möglich.

Durchschnitt der verhängten Bussgelder pro Jahr und Unternehmen in Mio. Euro



Quelle: Schwarze et al. (2008).

Mangelnde Rechtsstaatlichkeit

In diesem Zusammenhang ist aus Sicht der Unternehmen vor allem auch die mangelnde Rechtsstaatlichkeit des Sanktionensystems zu kritisieren. Angesichts der möglichen Höhe der Sanktionen müssen die Verfahrensrechte nach dem Standard der Europäischen Menschenrechtskonvention strikt eingehalten werden. Diese Forderung ist

- mit einer faktischen Obliegenheit zur Selbstbelastung im Rahmen der sogenannten «Bonusregelung»,¹⁴
- mit einer ungenügenden Berücksichtigung der Verschuldensfrage,
- mit der Eingliederung der Wettbewerbsbehörden in politische Behörden¹⁵
- und mit ungleichen Spiessen in den Verfahren

in wesentlichen Teilen nicht erfüllt. Vermehrt wird aus Sicht der Unternehmen deshalb Kritik laut.¹⁶

¹⁴ Nur der erste Meldende erhält eine volle Sanktionsbefreiung, was überschüssende Selbstbeschuldigungen fördert.

¹⁵ In der Schweiz mögliche Einflussnahme des Bundesrats. In der EU ist es die EU-Kommission selbst, welche die Behörde leitet.

¹⁶ Vgl. Schwarze J., Bosch W., Bechtold R., Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft. Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, Stuttgart 2008; Lever J., Opinion, BDI Imprint No 406, 12. November 2007; vgl. auch «Kritik an spektakulären EU-Kartellbussen», in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21. Oktober 2008.

2 Evaluation des Kartellgesetzes

Grosser Aufwand für Einhaltung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen

Die schweizerische Wettbewerbspolitik der letzten Jahre hat den Wettbewerb auf dem Schweizer Markt dynamisiert. Der mit den Kartellgesetzrevisionen von 1995 und 2003 eingeschlagene Weg, der sich dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs verpflichtet, hat sich grundsätzlich bewährt. Die stark gestiegenen Aufwendungen für Rechtsberatung und Compliance zeigen, dass die Unternehmen grosse Anstrengungen unternehmen, um die kartellrechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Das 2003 eingeführte Sanktionssystem hat seine Anreizwirkung auf die Privatwirtschaft nicht verfehlt. Die Bemühungen, um das Wettbewerbsrecht einzuhalten, sind mit einem Mehraufwand für die Unternehmen verbunden. Sogar in Bagatellfällen muss oft kostenintensive Beratung in Anspruch genommen werden. Während in der Privatwirtschaft das Bewusstsein für kartellrechtliche Fragen deutlich zugenommen hat, scheint die öffentliche Hand von diesem Prozess ausgenommen zu sein. Administrierte Preise, zögerliche Liberalisierung im Infrastrukturbereich und problematische Auflagen bei öffentlichen Aufträgen sind immer noch wettbewerbspolitische Sorgenkinder.

Anpassungen drängen sich im Interesse des Wettbewerbs auf

Mit der Kartellrechtsrevision von 2003 wurden nicht nur wettbewerbsfördernde, sondern auch wettbewerbshemmende Regeln eingeführt. Letztere stehen im Zentrum der nachfolgenden Ausführungen. Im Sinne einer modernen Wettbewerbspolitik, die den Wettbewerb zu schützen hat, drängen sich aus Sicht der Unternehmen wichtige Anpassungen auf.

Wettbewerb als Entdeckungsverfahren

2.1 Materielles Recht

Wettbewerb gewährleistet die grösstmögliche individuelle Handlungs- und Entscheidungsfreiheit. Wettbewerb ist am besten in der Lage, eine effiziente Ressourcenallokation zu bewirken und gilt gemeinhin als bestes «Entdeckungsverfahren»¹⁷. *Wettbewerb ist dynamisch, spontan, mehrdimensional und findet oft zwischen wenigen Anbietern statt.* Das bedeutet, dass nicht alleine aufgrund der Beobachtung von Marktstrukturen Rückschlüsse auf die Wettbewerbsintensität gemacht werden können. So wäre es beispielsweise falsch, nur auf Basis der Preisgestaltung in einem Markt automatisch auf einen Kartellrechtsverstoss zu schliessen. Wettbewerb spielt nämlich nicht nur über den Preis, sondern auch über andere Merkmale wie beispielsweise die Qualität. Auch beobachtbare Preiskämpfe sind nicht eindeutig einzuordnen: Sie können Ausdruck eines funktionierenden Wettbewerbs mit agierenden und reagierenden Teilnehmern sein. Aber es kann sich dabei auch um missbräuchliches Verdrängungsverhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens handeln. Ebenfalls ist das reine Zählen von Marktteilnehmern ungeeignet, um eine Situation wettbewerbstechnisch bewerten zu können. Es ist sehr gut möglich, dass in einer Monopolsituation nur schon die Androhung eines Markteintritts den Monopolisten dazu anhält, einen volkswirtschaftlich optimalen Preis festzulegen (potenzieller Wettbewerb¹⁸). Und zwei aktiv im Markt agierende Wettbewerber können ausreichend sein, damit der Wettbewerb spielt. Wettbewerb ist auch gekennzeichnet durch ein ständiges Abwechseln von Innovation und Nachahmung.

¹⁷ Vgl. Hayek F.A., Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Freiburger Studien, Tübingen 1969, S. 249–265.

¹⁸ Vgl. Baumol W.J., Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure, in: American Economic Review, 72 (1) 1982, S. 1–15.

Rechtssicherheit als wichtige Voraussetzung für funktionierenden Wettbewerb

Ein modernes Wettbewerbsrecht hat diesen dynamischen Aspekten des Wettbewerbs Rechnung zu tragen. Ebenso zentral ist die Gewährleistung von Rechtssicherheit. Nur dann können die Unternehmen ungehindert am Wettbewerb teilnehmen. Unsicherheit hingegen bewirkt eine mangelnde Ausnützung von Opportunitäten («chilling effect of competition law»). Die Unternehmen müssen sich darüber im Klaren sein, ob ihr – aktuelles oder geplantes – Verhalten kartellrechtlich zulässig ist und ob Sanktionen seitens der WEKO drohen. Die heutige Rechtslage in der Schweiz (teils aber auch in der EU) genügt diesen Anforderungen nicht.

Art. 5 Abs. 1 zu horizontalen Abreden hat sich bewährt

2.1.1 Horizontale Abreden

Die Bestimmungen betreffend der unzulässigen horizontalen Wettbewerbsabreden (Art. 5 Abs. 1 bis Abs. 3 KG) wurden in der Revision von 2003 nicht geändert. Die Einführung direkter Sanktionen für harte horizontale Kartelle hat aber zu einer Überprüfung der Tätigkeiten in den Unternehmen und Verbänden geführt und bestehende Rechtsunklarheiten aufgezeigt. In den verschiedenen Branchen wurden unterschiedliche Vorgehensweisen zur Klärung dieser Rechtsunklarheiten gewählt. Es wurden Meldungen im Rahmen der Übergangsfrist vorgenommen und auch ein Gesuch betreffend den Erlass einer versicherungsspezifischen Bekanntmachung eingereicht. Insbesondere im Rahmen der letzten Vorgehensweise konnten einige Rechtsunklarheiten beseitigt werden. Es sind aber auch Rechtsunklarheiten geblieben. So gibt es zum Beispiel keine klaren Vorgaben für die kartellrechtliche Zulässigkeit für Bietergemeinschaften bei öffentlichen (und privaten) Ausschreibungen.

Im Vergleich zum EG-Kartellrecht sind in der Schweiz weitaus weniger ausführende Erlasse zur Schaffung von Rechtssicherheit verfasst worden. Im Bereich der horizontalen Vereinbarungen bestehen lediglich eine KMU-Bekanntmachung und eine Bekanntmachung betreffend Verwendung von Kalkulationshilfen. In der EG hingegen gibt es zum Beispiel:

- Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag,
- eine umfassende De-minimis-Bekanntmachung,
- eine Verordnung über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrags auf Vereinbarungen über die Forschung und Entwicklung,
- eine Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes,
- die Verordnung über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Vereinbarungen,
- Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Versicherungssektor.

Klarstellung durch Bekanntmachungen

Zur Verbesserung der Rechtssicherheit wären weitere Publikationen oder Bekanntmachungen der WEKO zu begrüßen. Beispielhaft sei hier verwiesen auf die Publikation «Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich»,¹⁹ Bekanntmachungen betreffend Zulässigkeit von Bietergemeinschaften, eine umfassende De-minimis-Bekanntmachung, eine Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes usw. Dabei muss aber sichergestellt sein, dass die in der EU zulässigen Verhaltensweisen inklusive der Schwellenwerte analog auch in der Schweiz zur Anwendung gelangen. Es ist zum Beispiel sachlich nicht nachvollziehbar, dass in der EU Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen bis zu einem Schwellenwert von 25 Prozent Marktanteil freigestellt sind, während in der Schweiz ein Schwellenwert von zehn Prozent gilt.²⁰

Empfehlung

Die Bekanntmachungen der WEKO sind analog dem EU-Kartellrecht zu vervollständigen und sollen sich betreffend Schwellenwerte an den EU-Regeln orientieren.

¹⁹ Vgl. RPW 2007/1, S. 137 ff.

²⁰ Vgl. Ziff. 3 Abs. 1 lit. a KMU-Bekanntmachung; WEKO, Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung), Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2005.

Art. 5 Abs. 4 zu Vertikalabreden ist umstritten

Begriffe

Inter- und Intra-brand-Wettbewerb, vertikale Integration

- Interbrand-Wettbewerb: Verschiedene gleichartige Produkte unterschiedlicher Hersteller stehen im Wettbewerb. Beispiel: verschiedene Automarken im Wettbewerb.
- Intra-brand-Wettbewerb: Verschiedene Vertrieber des gleichen Produkts stehen miteinander im Wettbewerb. Beispiel: unterschiedliche Vertriebskanäle (Garagen) für eine einzige Automarke.
- Vertikale Integration: Zusammenschluss von Unternehmen verschiedener Produktions- und Handelsstufen eines Produkts. Beispiel: Eigenmarken von Grossdetailisten.

Praxis der WEKO unter Art. 5 Abs. 4

2.1.2 Vertikalabreden

Die WEKO-Bekanntmachung zu Vertikalabreden ist in mehrfacher Hinsicht nicht zufriedenstellend.²¹ Die gegenwärtige Praxis der WEKO blendet die möglichen pro-kompetitiven Wirkungen von Vertikalabreden aus. Damit scheint sie – aus ökonomischer Sicht – die Schädlichkeit der Vertikalabreden zu überschätzen. Mindestens dem Wortlaut nach entsteht auch eine verunsichernde Differenz zum EU-Recht,²² auch wenn der Präsident der WEKO erklärt, dass in der EU zulässige Vertikalabreden ebenfalls in der Schweiz zulässig sein sollen.²³ Vertikalabreden haben für einen effizienten Vertrieb eine grosse Bedeutung. Problematisch können sie vor allem dann sein, wenn sie mit einer marktächtigen Stellung zusammenfallen. Eine allzu restriktive Haltung gegenüber Vertikalabreden zwingt hingegen Hersteller zu vertikaler Integration oder allenfalls zur Verwirklichung von Agency-Modellen, die den Handlungsspielraum der Vertriebspartner wesentlich einschränken.

Gemäss Ziff. 10 Abs. 2 der Vertikalbekanntmachung kann die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung (vgl. Art. 5 Abs. 4 KG) nicht durch den blossen Nachweis von Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden, sondern nur, wenn zudem Intra-brand-Wettbewerb oder besondere Effizienzvorteile bestehen. Demgegenüber sind vertikale Beschränkungen in der EU meist nur bei unzureichendem Markenwettbewerb problematisch. Zudem verpflichtet Ziff. 6 der Vertikalbekanntmachung die WEKO nicht zu einer Berücksichtigung der Konkurrenzsituation. Vertikalabreden sind aber ökonomisch gerade bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb prinzipiell unproblematisch.

Die jetzige Regelung kommt einem Per-se-Verbot vertikaler Abreden gleich.²⁴ Es werden vor allem die Wettbewerber und nicht der Wettbewerb geschützt. Vertikale Abreden werden strenger behandelt als vertikale Zusammenschlüsse. Diese Unterscheidung führt zu einer Verschärfung der schweizerischen Praxis. Die Bestimmungen über Vertikalabreden werden so interventionistisch wie möglich ausgelegt. Es stimmt beispielsweise nicht, dass Wortlaut und Zweck von Art. 5 Abs. 4 KG fordern, dass das Bestehen von Interbrandwettbewerb für die Widerlegung der Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG nicht ausreicht. Das würde nämlich bedeuten, dass der Wettbewerbsbegriff bei den Horizontalabreden von Art. 5 Abs. 3 KG (weiter Begriff – Inter- und Intra-brand-Wettbewerb) ein anderer wäre als bei Art. 5 Abs. 4 KG (enger Begriff – nur Intra-brand-Wettbewerb).

Der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG ist vom Konzept her verunglückt. Eine Vertikalabrede kann eigentlich nie (es sei denn, man gehe von einem marktbeherrschenden Unternehmen aus) den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Damit die WEKO doch noch zum Ziel einer mit den Vermutungstatbeständen vereinfachten Rechtsanwendung kommt, wird die Intra-/Interbrand-Situation beigezogen. Wird diese konsequent angewandt, kann die Vermutung nur widerlegt werden, wenn gar keine Abrede besteht (eine vertikale Preisbindung schaltet immer den Intra-brand-Wettbewerb gänzlich aus, sonst ist die Abrede gar nicht wirksam). So sind nach dem Leegin-Urteil²⁵ des US Supreme Court Vertikalabsprachen über Mindestpreise nicht mehr per se verboten, sondern es sind die gesamten Umstände des konkreten Einzelfalls – so auch wirksamer Interbrand-Wettbewerb – zu berücksichtigen.

²¹ Vgl. WEKO, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007.

²² Vgl. Rz. 6 EU-Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

²³ Stoffel W., Vertikalabsprachen und Marktabschottung. Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission. Vortrag gehalten an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung vom 22. Januar 2008 in Zürich sowie an der Geneva Conference «Economic Experts in Competition Law» vom 1. Februar 2008.

²⁴ Vgl. Saurer M., Zur Schweizerischen Wettbewerbspolitik. Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber? Avenir-Suisse-Diskussionspapier 02/08, Zürich 2008.

²⁵ Vgl. Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 127 S. Ct. 2705 (2007).

Auch stellen sich mehrere Fragen zur *Rechtssicherheit*. Die Bekanntmachung der WEKO über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung) vom 2. Juli 2007 verfolgt insbesondere das Ziel, die Rechtssicherheit zu verbessern und an das EU-Recht anzugleichen. Die WEKO will mit der neuen Vertikalbekanntmachung zum Ausdruck bringen, nach welchen Kriterien sie die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG und die Erheblichkeit im Lichte von Art. 5 Abs. 1 KG beurteilen wird. Diese Zielsetzung wird durch die neue Vertikalbekanntmachung nicht erreicht. Vielmehr schafft die Vertikalbekanntmachung eine erhöhte Rechtsunsicherheit sowie Differenzen zum EU-Recht hinsichtlich der Regeln über die Preisempfehlungen, den Interbrand-Wettbewerb, der Marktanteilsschwellen («Safe Harbour-Regeln») und des dualen Vertriebs. An etlichen Stellen verwendet die Vertikalbekanntmachung zudem unscharfe Begriffe und Kriterien. Das verstärkt die Rechtsunsicherheit zusätzlich.²⁶ Da die Strafsanktionen in der Revision des Kartellgesetzes (KG) vom 20. Juni 2003 deutlich verschärft wurden, ist die Rechtsunsicherheit für die potenziell betroffenen Unternehmen unzumutbar.

Regelung bei den Preisempfehlungen ist überschüssend

Im Gegensatz zum EU- und US-Kartellrecht stehen Preisempfehlungen mit Ziff. 11 der Bekanntmachung in der Schweiz unter «Generalverdacht».²⁷ Es herrscht grosse Unsicherheit, welche Preisempfehlungen noch erlaubt sind. Insbesondere die Aspekte bezüglich des Preisniveaus im Ausland und der Befolgung der Preisempfehlung liegen ausserhalb des Einflussbereichs der Unternehmen. Der Kriterienkatalog ist wesentlich strenger als die EU-Praxis, nach der Preisempfehlungen nur dann unzulässig sind, wenn sie eine verschleierte Preisbindung darstellen, das heisst, wenn sie durch Ausübung von Druck oder Gewährung von Anreizen tatsächlich eingehalten werden. Ausserdem ist die Umsetzung des Kriterienkatalogs in der Praxis fraglich. Eigentlich ist nur das Kriterium des «Druckausübens» zweckmässig. Die Anschreibepflicht «unverbindliche Preisempfehlung» ist fragwürdig, weil sie in der Praxis nicht effektiv umsetzbar ist (soll zum Beispiel der Kunde in der Apotheke um den Preis feilschen?). Möglicherweise ist der Handel ohne Hilfe des Herstellers oder des Grosshändlers gar nicht in der Lage, der Preisanschreibepflicht nachzukommen. Diesem Aspekt trägt die Bekanntmachung nicht Rechnung.

Folgende weitere Punkte tragen ebenfalls zur Rechtsunsicherheit bei:

- In der Bekanntmachung vorgesehen sind Marktanteilsschwellen, die als Per-se-Regeln einfach anwendbar sind. Bei einem Marktanteil unter 15 Prozent ist «keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs» zu erwarten. Bis 30 Prozent liegt «in der Regel kein kumulativer Abschottungseffekt» vor. Diese Festlegung verschiedener Marktanteilsschwellen führt zu einer *doppelstufigen und schwerfälligen Prüfung*, die es so im EU-Recht nicht gibt. Zu prüfen wäre eine konsequente Einführung von «Safe Harbours», nach denen Vertikalabreden unter einer gewissen Marktanteilsschwelle per se zulässig sind.
- Die Vertikalbekanntmachung enthält *keine* Bestimmungen über *dualen Vertrieb*, nach dem der Hersteller seine Produkte einerseits über Händler, andererseits direkt auch selber vertreibt. In der Schweiz ist unklar, ob auch hier die Vertikalbekanntmachung gilt. Demgegenüber enthält das EU-Recht eine einschlägige Regel, nach der diese Vertikal-GVO auch auf Dual-Vertriebsverhältnisse Anwendung findet.

²⁶ So zum Beispiel in Ziff. 11 («deutlich höher liegendes Preisniveau»/«bedeutender Teil der Wiederverkäufer»), in Ziff. 13 Abs. 1 und 2 («in der Regel», betreffend Erheblichkeit der Beeinträchtigung) und in Ziff. 15. Abs. 2 («in der Regel», betreffend Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung).

²⁷ Vgl. dazu Rz. 225 der Leitlinien der EU-Kommission für vertikale Beschränkungen, in: ABI 2000 C 291/1.

Empfehlung

Das mit der Kartellgesetzrevision 2003 in Art. 5 Abs. 4 eingeführte faktische Per-se-Verbot bestimmter vertikaler Abreden ist im Lichte der neusten ökonomischen Theorien kritisch zu hinterfragen und abzuschaffen. Die heutige Regelung schafft Rechtsunsicherheit und die Gefahr überschüssender Interventionen. Auch die Vertikalbekanntmachung ist zu überarbeiten, namentlich die Preisempfehlungen betreffend. Auf Einschränkungen, die weiter gehen als die EU-Regelungen, ist zu verzichten. Die direkte Sanktionierung von unzulässigen Mindest- und Festpreisen sowie Gebietsbeschränkungen wird nicht in Frage gestellt.

«Best Practice» der WEKO bei Prüfung von Fällen nach Art. 7

2.1.3 Marktbeherrschung

Der *Missbrauch* einer marktbeherrschenden Stellung, etwa durch Erzwingen unangemessener Geschäftsbedingungen, ist seit Inkrafttreten des grundsätzlich überarbeiteten Kartellgesetzes von 1995 verboten und seit der Revision 2003 mit direkten Sanktionen bis maximal zehn Prozent des Umsatzes des betroffenen Unternehmens in den vorangehenden drei Jahren belegbar. Für die Unternehmen ist entscheidend, ob sie im Voraus abschätzen können, inwieweit sie *tatsächlich marktbeherrschend* sind, sich also im Urteil der Wettbewerbsbehörden unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten können, und inwiefern etwa die Geschäftsbedingungen als unangemessen zu qualifizieren sind. Die WEKO und ihr Sekretariat hatten eine Reihe von Fällen nach Art. 7 KG zu prüfen und Gutachten abzugeben, welche die Frage der Marktbeherrschung betrafen. Auch die Zivilgerichte hatten einige solcher Fälle zu entscheiden. Dabei wird festgestellt, dass die Prüfung dieser Fälle nach einem grundsätzlich konstanten und international üblichen Muster erfolgt. Insofern darf der WEKO attestiert werden, dass sie die «Best practice»-Grundsätze in diesem Bereich nach bestem Wissen und Gewissen anwendet.

Schwierige Voraussehbarkeit nicht zum Nachteil der Unternehmen

Die Marktverhältnisse sind ausserordentlich dynamisch. Selbst kleine Unternehmen können etwa bei Einführung einer neuen Dienstleistung in einem Teilmarkt rasch sehr hohe Marktanteile erreichen. Ein Unternehmen kann zudem im Voraus oft *nicht verlässlich abschätzen*, ob die Behörde in einer solchen Beherrschungssituation auf eine marktbeherrschende Stellung und eine missbräuchliche Verhaltensweise schliessen würde. Denn ein Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens kann a priori sowohl Ausdruck erwünschten Wettbewerbs wie auch einer missbräuchlichen Behinderungs- oder Ausbeutungsstrategie sein. Auch international ist anerkannt, dass die Unterscheidung zwischen pro-kompetitiven (zulässigen) und anti-kompetitiven (unzulässigen) Verhaltensweisen äusserst schwierig ist. Wann sind Preise beispielsweise «unangemessen» und welche Art selektiver Geschäftsbeziehungen sind «unbegründet»? Hinzu kommt, dass sich durch Verengung der Marktabgrenzung (in sachlicher oder örtlicher Hinsicht) die Marktstellung eines Unternehmens radikal ändern kann. Ein schweizweit mittleres Unternehmen kann zum Marktbeherrscher werden, wenn die Behörde zum Schluss kommt, ein Markt sei zum Beispiel kantonal oder regional abzugrenzen.

Es ist unbestritten, dass klar unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen *möglichst präventiv zu verhindern* und ins Recht zu fassen sind. Wenn aber kaum voraussehbar ist, ob ein bestimmtes Verhalten eines bestimmten Unternehmens von den Behörden als unzulässig beurteilt werden könnte, dann darf sich diese Rechtsunsicherheit nicht zum Nachteil der betroffenen Unternehmen auswirken. Im Fall einer direkten Sanktionierung von Verhalten, das nachträglich als kartellrechtswidrig beurteilt wird, tragen heute die Unternehmen die ganze Last vieldeutiger Normierung.

Bei den einschlägigen Gesetzesbestimmungen, das heisst Art. 7 und Art. 4 Abs. 2 KG, und ihrem Vollzug fehlt es insbesondere an der für die Unternehmen notwendigen Rechtssicherheit. Diese in der Folge detaillierter ausgeführte Kritik ist allerdings keine,

Auch nach 50 Jahren Erfahrung mit Art. 82 bleibt Unsicherheit in der EU...

die ausschliesslich die Schweizer Verhältnisse betrifft. Sie könnte auch in anderen Jurisdiktionen mit analogen Regeln angebracht werden.

Wettbewerbspolitische Praxis der EU und der Schweiz

Im Dezember 2005, das heisst beinahe 50 Jahre nach Inkrafttreten und Vollzug der heute unverändert geltenden Wettbewerbsregeln im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, hat die EU-Kommission ein erstes Diskussionspapier zur Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags²⁸ publiziert und zur Kommentierung dieses Papiers aufgefordert. Mit diesem Diskussionspapier wollte die EU-Kommission *mögliche* Prinzipien der Anwendung von Art. 82 EU-Vertrag aufzeigen.²⁹ Die Kommission hat eine Vielzahl von Kommentaren zu ihrem Diskussionspapier erhalten.³⁰

Am 3. Dezember 2008 hat die EU-Kommission ihre Mitteilung zur Erläuterung der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags veröffentlicht³¹ und erklärt, dass sie ihre Entscheide in Zukunft wirkungsorientiert und auf ökonomischer Grundlage treffen will. Für einige Praktiken, wie beispielsweise Koppelungsgeschäfte, Kampfpreise oder Lieferboykotte, verschafft die EU-Kommission etwas mehr Klarheit und Vorhersehbarkeit. Die EU-Kommission will sich künftig auf Fälle konzentrieren, die *Konsumenten schädigen*. Dabei soll die Effizienz des Wettbewerbsprozesses und nicht die Wettbewerber als solche geschützt werden. Die EU versichert gleichzeitig, dass frühere Entscheide nicht falsch gewesen seien, heute aber anders argumentiert würde. Die Leitlinien seien mit den nationalen Wettbewerbsbehörden extensiv diskutiert worden und es gäbe «a good deal of agreement» über den Inhalt des Papiers.³² Erste Kommentatoren meinen, dass die Leitlinien kaum über die bekannte Gerichtspraxis hinausgingen.³³ Genau diese Praxis war aber Anlass für das Diskussionspapier 2005.³⁴ Die nun publizierten Leitlinien haben die gewünschte Klarheit nicht geschaffen. Bei der Anwendung von Art. 82 bestehen damit auch 50 Jahre nach Inkrafttreten und Vollzug grosse Unsicherheiten.

...Unsicherheit auch in der Schweiz

Die Praxis zu Art. 7 KG in der Schweiz blickt nicht auf eine lange Geschichte zurück. Entsprechend ist für Unternehmen (und Behörden) häufig unklar ist, was als marktbe-

²⁸ Art. 82 EG-Vertrag (ex-Art. 86): Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen: a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwungung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher; c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden; d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

²⁹ «This discussion paper sets out *possible* principles for the Commission's application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.» DG Competition, discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Public consultation, Dezember 2005, S. 4, Rz. 1. Hervorhebung hinzugefügt.

³⁰ Vgl. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>

³¹ Vgl. Commission of the European Communities, Communication from the Commission: Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings. Brüssel, 3. Dezember 2008; vgl. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>

³² Vgl. Memorandum der EU-Kommission vom 3. Dezember 2008 zu besagten Leitlinien (MEMO/08/761), S. 3.

³³ Vgl. Freshfields Bruckhaus Deringer, European Commission priorities for action on dominant companies. Briefing, Dezember 2008.

³⁴ Vgl. DG Competition, discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Public consultation. Dezember 2005, S. 4.

Grosser Ermessensspielraum bei der Marktabgrenzung

herrschendes Unternehmen qualifiziert und was als missbräuchliche Verhaltensweise eines solchen Unternehmens erfasst wird.

Marktabgrenzung

Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Gemäss WEKO kann sich *nicht* in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten, *wer sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht*. Auch andere disziplinierende Faktoren können solches Verhalten verhindern. Zuerst wird jedoch immer ein sogenannter sachlich und räumlich relevanter Markt abgegrenzt.³⁵ Es gibt international keine allgemeingültige Methodik zur Marktabgrenzung in Machtmissbrauchsfällen. Zwar wurde für die Prüfung von Zusammenschlussvorhaben der sogenannte SSNIP-Test³⁶ entwickelt, der die Marktabgrenzung anhand der Frage erfasst, ob es für die Zusammenschlussparteien *nach* Realisation des Zusammenschlusses profitabel wäre, ihre Preise um einen bestimmten Betrag zu erhöhen. Mit dieser Methodik ist jedoch nicht festzustellen, ob ein Unternehmen *heute* marktbeherrschend ist oder dies zu einem bestimmten Zeitpunkt war.³⁷ Der SSNIP-Test fragt, ob ein Unternehmen die Preise erhöhen kann. Es gilt als Zeichen des «Sich-unabhängig-verhalten-Könnens», wenn die Preise erhöht und damit zusätzliche Profite erwirtschaftet werden können. Ein heute (oder zu einem bestimmten Zeitpunkt) marktbeherrschendes Unternehmen wird jedoch die Preise bereits so festgelegt haben, dass jede weitere Preiserhöhung unprofitabel ist. Das heisst die Frage, ob ein Unternehmen die Preise profitabler erhöhen könnte, muss – wenn das Unternehmen tatsächlich bereits marktbeherrschend ist – zu einer zu weiten Marktabgrenzung führen.³⁸ Teilweise wird argumentiert, dass das Problem umgangen werden könnte, wenn von einem hypothetischen Wettbewerbspreis als Basis für den SSNIP-Test ausgegangen wird.³⁹ Ein derartiges Vorgehen ist jedoch nicht zulässig, weil die Behörde damit bereits Annahmen über die Wettbewerbsverhältnisse trifft, also vorwegnimmt, was eigentlich analysiert werden müsste, und somit einen Zirkelschluss begeht.⁴⁰ Die beschriebenen methodischen Schwierigkeiten bei der Marktabgrenzung in Machtmissbrauchsfällen können auch nicht umgangen werden, indem Hilfsgrössen wie Verwendungszweck, physische Produkteigenschaften oder die allgemeine Lebenserfahrung zurate gezogen werden. Im Gegenteil vernebeln gerade diese behelfsmässigen Mittel den Blick darauf, dass es keinen objektiven Massstab gibt, der es erlauben würde, den relevanten Markt in Machtmiss-

³⁵ Vgl. zum Beispiel RPW 2007/2, S. 201, Rz. 79 i.V. mit S. 208, Rz. 126, oder auch S. 252, Rz. 69.

³⁶ Small but significant and non-transitory increase in price. Vgl. dazu etwa die Horizontal Merger Guidelines des U.S. Department of Justice und der Federal Trade Commission vom 2. April 1992, S. 6, aber auch die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft vom 9. Dezember 1997, in: ABl Nr. C 372, S. 5 ff., insbesondere Rz. 15 ff. Auch die WEKO bedient sich des SSNIP-Testes. Vgl. etwa RPW 2007/2, S. 204, Rz. 101 mit Verweis.

³⁷ Anders ausgedrückt: Der SSNIP-Test ist für ex ante zu beurteilende Sachverhalte geeignet, nicht jedoch für ex post zu beurteilende Sachverhalte.

³⁸ Dieses Problem ist bekannt als die sogenannte «cellophane fallacy» aus dem du Pont de Nemours-Fall in den USA. Vgl. etwa Motta M., Competition Policy. Theory and Practice, Cambridge 2004, S. 105.

³⁹ So etwa die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, in: ABl Nr. C 372 vom 9. Dezember 1997 S. 5–13, Rz. 19, wo «vor allem bei Untersuchungen des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen ... bereits berücksichtigt [wird], dass der geltende Preis möglicherweise bereits erheblich heraufgesetzt wurde».

⁴⁰ Ähnlich auch etwa Carlton D. W., Does Antitrust Need to be Modernized? in: Journal of Economic Perspectives 21/3 2007, S. 164.

brauchsfällen eindeutig abzugrenzen.⁴¹ Hat aber eine Behörde einen derart grossen Ermessensspielraum, dann kann ein Unternehmen im Voraus, das heisst bevor die Behörde den Markt tatsächlich abgegrenzt hat, bereits aus diesem Grund oft nicht abschliessend wissen, ob es als marktbeherrschend qualifiziert wird oder nicht.

Unternehmen kennen (eigene) Marktanteile oft nicht

Beurteilung der Stellung auf dem relevanten Markt

Die Rechtsunsicherheit wird noch weiter vergrössert, wenn die Unternehmen nicht wissen, wie die Behörden die aktuelle und potenzielle Konkurrenz und allenfalls andere disziplinierende Faktoren (Welche sind das? Sind es jedes Mal dieselben oder sind es je nach Fall unterschiedliche Faktoren?) bewerten werden. Hinzu kommt, dass – entgegen häufiger Annahme – den betroffenen Unternehmen das *Konkurrenzumfeld* nur *sehr bedingt bekannt ist*. Schon der eigene Marktanteil ist oft schwer einschätzbar, vor allem, wenn dieser auf örtliche Märkte heruntergebrochen werden muss. Das gilt erst recht für die Einschätzung von Marktanteilen der Konkurrenz sowie für sonstige Marktfaktoren (zum Beispiel Zutrittsbarrieren für potenzielle Konkurrenten). Die Praxis der WEKO, den Markt mittels Fragebögen zu erforschen, steht den Unternehmen – im Sinne des Wettbewerbs zu Recht! – nicht zur Verfügung. Hohe Marktanteile haben für die Analyse der aktuellen Konkurrenzsituation in der Regel grosses Gewicht. Relative Grösse besagt allerdings nichts über die Marktmacht eines Unternehmens, solange nicht geprüft ist, ob andere Unternehmen in ausreichendem Ausmass valable Alternativen anbieten oder dies tun würden, wenn das relativ grosse Unternehmen die Preise erhöhen, die Mengen reduzieren oder die Qualität verschlechtern würde. Absolute und relative Grösse dürfen somit nicht automatisch mit einer Marktbeherrschungsvermutung und schon gar nicht mit einem «Unzulässigkeitsverdacht» einhergehen. Dennoch hat die WEKO heute einen grossen Ermessensspielraum. Wie die WEKO diesen im konkreten Einzelfall ausüben wird, ist für die Unternehmen nicht vor auszusehen.

Unklare Ausdehnung auf Abhängigkeitsverhältnisse

«Abhängigkeitsverhältnisse»

Ferner wird die Rechtssicherheit für Unternehmen in der Schweiz zusätzlich dadurch belastet, dass der Gesetzgeber anlässlich der letzten Gesetzesrevision die Begriffsdefinition verändert hat (der Klammereinschub zur Umschreibung der Marktteilnehmer wurde in Art. 4 Abs. 2 KG neu hinzugefügt) und dass eine Debatte darüber entbrannte, was denn nun von Art. 4 Abs. 2 KG alles erfasst werde.⁴² Auch die Praxis der Wettbewerbskommission hat hier keine Klärung gebracht: Zwar wurde im Fall Coopforte festgehalten, dass Art. 4 Abs. 2 KG *Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Anbieter und Nachfragern* erfasse.⁴³ So sei ein Lieferant von seinem Händler dann abhängig, wenn erstens für einen Lieferanten keine vergleichbaren Abnehmer existierten oder deren Nachfrage dem Lieferanten nicht ermöglichen, seine Fixkosten zu decken. Zweitens, wenn bestimmte Aktiva des Lieferanten spezifisch auf die Nachfrage des Händlers ausgerichtet seien und diese Aktiva nicht zu einem ökonomisch vertretbaren Aufwand für die Produktion anderer Güter verwendet werden können.⁴⁴ Selbst wenn diese Voraussetzungen gegeben seien, müsse geprüft werden, ob die so festgestellte Abhängigkeit keine Konsequenz einer strategischen Entscheidung des Lieferanten sei, die sich nun als unvorteilhaft erweise,

⁴¹ Mittels experimenteller Methoden, der sogenannten «conjoint-Analyse», wird heute teilweise versucht, das Problem zu umgehen. Dabei werden Personen darüber befragt, wie sie sich in bestimmten hypothetischen Situationen verhalten würden. Es ist indes bekannt, dass sich hypothetisches Verhalten stark von tatsächlichem Verhalten unterscheiden kann. Auch diese Methode hat demnach ihre Mängel. Zudem wurde sie von der Wettbewerbskommission noch nie angewandt.

⁴² Vgl. dazu etwa Amstutz M., Reinert M., Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht? In: sic! 7/8/2005, S. 537 ff. und in: sic! 9/2005, S. 631 ff.; auch Lüscher Ch., Marktbeherrschung nach der KG-Revision – Symbolakt oder auch (erweiterter) Ansatz der Effektivierung (relativen) Machtgleichgewichts zwischen Unternehmen? in: Jusletter vom 14. Februar 2005; oder Zäch R., Schweizerisches Kartellrecht, Bern, 2. Auflage 2005, S. 277 ff., Rz. 574 ff.

⁴³ Vgl. RPW 2005/1, S. 160, Rz. 92.

⁴⁴ Vgl. RPW 2005/1, S. 161, Rz. 98.

das heisst, ob es sich nicht um Selbstverschulden handle, denn bei Selbstverschulden könne sich kein wettbewerbsrechtliches Problem ergeben.⁴⁵ Weil es einleuchten dürfte, dass Investitionen, die spezifisch auf die Nachfrage eines bestimmten Händlers ausgerichtet sind, nur infolge einer strategischen Entscheidung des Lieferanten getätigt werden, dürfte ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne der WEKO ausserhalb eines Zusammenschlussverfahrens oder einer Bildung eines Nachfragerkartells⁴⁶ nie gegeben sein. Dies gilt selbst dann, wenn die vorne erwähnten Kriterien (1. und 2.) alternativ, das heisst nicht kumulativ, zur Anwendung gelangen,⁴⁷ denn das Parlament wollte mit der Änderung von Art. 4 Abs. 2 KG keine Versicherung für Klumpenrisiken schaffen.⁴⁸ Es ist anzunehmen, dass ein Unternehmen, das einem Abnehmer einen derart grossen Teil seiner Produktion liefert, sich bewusst ist, dass bei Verlust dieses Abnehmers seine Existenz gefährdet ist. Es dürfte somit ausser Frage stehen, dass ein Unternehmen sich des Klumpenrisikos bewusst ist und daher kaum ohne Selbstverschulden ein derartiges Klumpenrisiko auf sich nimmt. Demnach bestünde der klärende Beitrag der WEKO zu der Fragestellung darin, dass es keine nicht selbstverschuldeten und damit schützenswerten Abhängigkeiten gibt. Ob die WEKO dies mit letzter Konsequenz so feststellen wollte, bleibt abzuwarten.

Kontraproduktive Wirkung

Allerdings dürfte sich die umstrittene und zweifelhafte *«Erweiterung»* des Marktbeherrschungstatbestands auf *wirtschaftliche Abhängigkeiten* für alle Beteiligten bereits *kontraproduktiv* ausgewirkt haben. Muss ein Unternehmen befürchten, dass seine Lieferanten bei der WEKO auf bessere Lieferkonditionen (Preise, Mengen, Vertragsdauer usw.) klagen könnten, wenn es von diesen Lieferanten gewisse Bezugsmengen überschreitet, wird sich dieses Unternehmen bereits vor Vertragsschluss überlegen, welche Bezugsmengen sicherlich nicht überschritten werden dürfen, damit solche Klagen vermieden werden können. Oder aber es wird Drittbezug vermieden, das heisst eine vertikale Integration angestrebt, selbst wenn diese nicht die betriebswirtschaftlich beste Lösung ist. Damit werden aber gerade diejenigen Unternehmen, die durch die Erweiterung von Art. 4 Abs. 2 KG geschützt werden sollten, letztlich bestraft. Die mit der Revision erfolgte Erweiterung von Art. 4 Abs. 2 KG würde somit wohl mit Vorteil zumindest für Tatbestände nach Art. 7 KG rückgängig gemacht.

Ein konkretes Verhalten kann pro- oder anti-kompetitiv sein

Von Art. 7 KG erfasste Tatbestände

Für ein Unternehmen ist es heute oft sehr schwierig vorauszusehen, ob es von den Wettbewerbsbehörden als marktbeherrschend qualifiziert und ob sein Verhalten als Ausdruck erwünschten Wettbewerbs oder als solcher einer missbräuchlichen Behinderungs- und Ausbeutungsstrategie gewertet wird.⁴⁹ Zur Rechtssicherheit im Bereich des Marktmissbrauchs kommt die Antitrust Modernization Commission der USA zu folgendem Ergebnis: «Standards currently employed by U.S. courts for determining whether single-firm conduct is unlawfully exclusionary are generally appropriate. Although it is possible to disagree with the decisions in particular cases, in general the courts have appropriately recognized that vigorous competition, the aggressive pursuit of business objectives, and the realization of efficiencies not available to competitors are generally not improper, even for a «dominant» firm and even where competitors might be disadvantaged. ... Additional clarity and improvement in Sherman Act Section 2 legal standards are desirable, particularly with respect to areas where there is currently a lack of

⁴⁵ Vgl. RPW 2005/1, S. 166, Rz. 144.

⁴⁶ In Zusammenschlussverfahren könnte ein solches Abhängigkeitsverhältnis in für den Lieferanten unverschuldeter Weise resultieren, indem sich die Absatzalternativen des Lieferanten durch den Zusammenschluss verengen könnten. Dasselbe gilt im Fall der Bildung eines Nachfragerkartells.

⁴⁷ So, das heisst alternativ, die Auslegung der WEKO in RPW 2008/1, S. 201, Rz. 606.

⁴⁸ Vgl. dazu die parlamentarischen Beratungen zu Art. 4 Abs. 2 KG in AB 2003 S (Ständerat) 328 ff. und AB 2003 N (Nationalrat) 831 f.

⁴⁹ Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, Kartellgesetz) vom 23. November 1994, in: BBl 1995 I, S. 570.

clear and consistent standards, such as bundling and whether and in what circumstances (if any) a monopolist has a duty to deal with rivals.»⁵⁰

Im Rahmen der Evaluation des Kartellgesetzes ist die Erkenntnis massgebend, dass aus den in Art. 7 KG aufgelisteten Tatbeständen und auch der Generalklausel in Art. 7 Abs. 1 KG nicht klar und im Voraus ersichtlich ist, welches kompetitive Verhalten zulässig (weil pro-kompetitiv wirkend) und welches unzulässig ist (weil anti-kompetitiv wirkend). Damit besteht Rechtsunsicherheit nicht nur bezüglich der Frage der Marktbeherrschung, sondern auch bezüglich der Frage des missbräuchlichen Verhaltens.

Verbleibende Rechtsunsicherheit nicht zulasten der Unternehmen

Präzisere Regeln sind nicht die Lösung

Die Rechtsunsicherheit kann nicht einfach mit Gesetzesbestimmungen, Ausführungsverordnungen oder Leitlinien beseitigt werden. Die Unterscheidung von zulässigen und unzulässigen Verhaltensweisen ist im Rahmen von generellen Regeln noch schwieriger als schon in den Einzelfällen. Eine allgemeine Regel wie zum Beispiel ein Per-se-Verbot bestimmter Verhaltensweisen – etwa der Bündelung – ist zwar präzise und klar, wäre aber mit der grossen Gefahr verbunden, dass sie in sehr vielen Fällen zu unerwünschten Resultaten führen würde. Sie würde in vielen Fällen Verhaltensweisen verbieten, die ökonomisch gerechtfertigt und für die Konsumenten von Vorteil sind. Etwas weniger problematisch sind auf Präzedenzfällen beruhende Ausführungshilfen, die spezifisch für bestimmte Branchen oder ganz bestimmte Verhaltensweisen gelten. Zu denken ist beispielsweise an die Mitteilung der EU-Kommission zu Art. 82 des EU-Vertrags oder an Bekanntmachungen ähnlich jener der WEKO zu vertikalen Vereinbarungen, zum Automobilhandel oder zur Verwendung von Kalkulationshilfen. Auch dann darf den Marktakteuren nicht ein faktisches Korsett angelegt und damit das Entdeckungsverfahren Wettbewerb abgewürgt werden.⁵¹ Bei allen Auslegungshilfen und Präjudizfällen verbleibt damit ein Rest an Rechtsunsicherheit. Diese darf im Rahmen der Sanktionen in keinem Fall zulasten der Unternehmen gehen.

Vorhersehbarkeit bei Sanktionsbemessung einbeziehen

Änderungen sind notwendig

Es ist unbestritten, dass unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zu verhindern und ins Recht zu fassen sind. Wenn aber schwer voraussehbar ist, ob ein bestimmtes Verhalten eines bestimmten Unternehmens von den Behörden als unzulässig beurteilt wird, dann darf sich diese Rechtsunsicherheit nicht zum Nachteil für das betroffene Unternehmen auswirken. Kann die erforderliche Rechtssicherheit nicht geschaffen werden und geht der Marktmechanismus dem Staatseingriff vor, ist zu fordern, dass

1. die *Beweislast* für den Nachweis unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen immer, das heisst beim Nachweis der Marktbeherrschung und beim Nachweis der unzulässigen Verhaltensweise, *bei den Behörden* liegt. Dabei sind hohe Anforderungen an das Beweismass zu stellen;⁵²
2. bei der *Sanktionsbemessung* gemäss Art. 49a KG von Tatbeständen nach Art. 7 KG die *Gesamtumstände* zu berücksichtigen sind. Dem Bestimmtheitsgebot, der schwierigen Vorhersehbarkeit und den Bemühungen des Unternehmens im konkreten Fall (zum Beispiel Einholen eines Rechtsgutachtens zur Abklärung der Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens) sind bei einer Fallbeurteilung gebührend Rechnung zu tragen. Kann ein Unternehmen im Voraus die Rechtswidrigkeit nicht oder nur sehr schwer erkennen, dann muss die fehlende oder eingeschränkte Vorhersehbarkeit und

⁵⁰ Vgl. Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, April 2007, S. 83.

⁵¹ Vgl. dazu etwa Emch D., Saurer M., Wettbewerber in der Zwangsjacke von Art. 5 Abs. 4 KG. Gefahr kontraproduktiver Wirkungen der Wettbewerbspolitik bei vertikalen Abreden, in: sic! 5/2008, S. 335 ff.

⁵² Vgl. dazu Amstutz M., Keller S., Reinert M., «Si unus cum una...»: Vom Beweismass im Kartellrecht. BR/DC 3/2005, S. 114 ff.

damit die begrenzte Vorwerfbarkeit des Verhaltens zu einer Sanktionsminderung, allenfalls zu einem Sanktionsausschluss führen.

Heute veranlassen drohende Sanktionen die Unternehmen, über alle Masse vorsichtig zu sein. Eine entsprechende Regelung muss in jedem Fall verhindern, dass sich Unternehmen am Markt übervorsichtig verhalten und es dadurch zu einer volkswirtschaftlich schädlichen Beeinträchtigung der Marktdynamik kommt. Bei einer erneuten Überprüfung des Schweizer Kartellrechts ist daher auch dieser Aspekt zu bedenken.

Meldeverfahren

Die Rechtsunsicherheit sollte durch das Meldeverfahren reduziert werden. Wettbewerbsbeschränkungen können der WEKO gemeldet werden, bevor sie ihre Wirkung entfalten. Daraufhin kann die WEKO innert fünf Monaten ein Untersuchungsverfahren eröffnen (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG). Die gegenwärtige Politik lässt diese vereinfachte Lösung nicht zu. In der Praxis weigert sich die WEKO, im Rahmen eines Meldeverfahrens einen Entscheid über ein (noch) nicht praktiziertes Verhalten zu treffen. Vielmehr muss die Wettbewerbsbeschränkung, nachdem sie gemeldet wurde, angewendet werden, damit diese durch die WEKO geprüft werden kann.⁵³ Als Folge dieser Regelung besteht weiterhin Rechtsunsicherheit, die durch ein erhebliches Bussgeldrisiko ergänzt wird (vgl. dazu Seite 35 ff.).

Empfehlung

Die Beweislast für den Nachweis missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen soll immer bei den Behörden liegen. Dabei sind hohe Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Bestehende Rechtsunsicherheit muss sich in jedem Fall zugunsten eines beschuldigten Unternehmens sanktionsmindernd auswirken.

Den Unternehmen sollte die Möglichkeit gegeben werden, ein geplantes, aber noch nicht eingeführtes Vorhaben sanktionsbefreiend zu melden. Bei Beibehaltung des Umsetzungserfordernisses im Meldeverfahren⁵⁴ sollte den Unternehmen eine Sanktionsbefreiung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens gewährt werden. Für den Fall, dass das Meldeverfahren nicht entsprechend den beschriebenen Erwägungen verbessert wird, ist ein gesetzlicher Anspruch auf Erlass von Feststellungsverfügungen nach dem Vorbild von Art. 25 VwVG einzuführen.

Bei der Sanktionsbemessung von Tatbeständen nach Art. 7 KG (Missbrauch einer marktmächtigen Stellung) sind die Gesamtumstände zu berücksichtigen. Dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot, der schwierigen Vorhersehbarkeit und den Bemühungen des Unternehmens im konkreten Fall (zum Beispiel Einholen eines Rechtsgutachtens zur Abklärung der Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens) sind bei einer Fallbeurteilung gebührend Rechnung zu tragen. Kann ein Unternehmen im Voraus die Rechtswidrigkeit nicht oder nur sehr schwer erkennen, dann muss die fehlende oder eingeschränkte Vorhersehbarkeit und damit die begrenzte Vorwerfbarkeit des Verhaltens zu einer Sanktionsminderung, allenfalls zu einem Sanktionsausschluss führen.

⁵³ Vgl. *Maestro Interchange Fee*, RPW 2007/3, S. 471 ff.; BVGer B-4037/2007, Urteil vom 29. Februar 2008.

⁵⁴ Nach einem vom Bundesgericht bestätigten Entscheid müssen geplante Vorhaben umgesetzt werden, um zwecks Befreiung von einer Sanktion gemeldet werden zu können. Andernfalls sei eine Abschätzung der wirtschaftlichen Folgen nicht möglich.

Relativ hohe Schwellenwerte sind sinnvoll

2.1.4 Fusionskontrolle

Das Schweizer Recht stellt an eine Intervention bei Fusionen *höhere Anforderungen* als das EU-Recht. Zusammenschlüsse müssen gemeldet werden, wenn die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von zusammen mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von gemeinsam 500 Millionen Franken erzielen und mindestens zwei der fusionierenden Unternehmen in der Schweiz einen Umsatz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielen (Art. 9 Abs. 1 KG). Diese starren Grenzwerte haben zum einen den Vorteil, dass sie einfach anwendbar sind und dadurch eine gewisse Rechtssicherheit garantieren. Zum anderen vernachlässigen sie aber die effektiven Marktconstellationen. Ein grosser Umsatz bedeutet nicht per se eine marktbeeinflussende Stellung. Es kann beispielsweise sein, dass ein Unternehmen mit seinem Gesamtumsatz die obigen Schwellenwerte übertrifft, dass es aber in den einzelnen Produktemärkten nur kleine Marktanteile erreicht. Diesen Umständen ist bei der Prüfung hinreichend Rechnung zu tragen.

Die Schwellenwerte wurden jedoch bewusst und zu Recht relativ hoch angesetzt, sodass nur wenige Unternehmenszusammenschlüsse davon betroffen sind. Der Bundesrat ging dabei davon aus, dass nur Fusionen in Märkten tangiert werden würden, «bei denen der Zutritt neuer (ausländischer) Wettbewerber rechtlich oder tatsächlich erschwert ist.»⁵⁵ Daraus wird klar, dass die Fusionskontrolle des Kartellgesetzes nicht alleine, sondern auch in Interaktion mit weitgehendem Freihandel wirken sollte. Zusammenschlüsse kleinerer Unternehmen werden hingegen nicht per se, sondern allenfalls später durch ihr Verhalten geprüft, wenn sie nach Art. 7 KG eine marktbeherrschende Position erreichen und diese missbrauchen. Kleine Unternehmen werden daher anders behandelt als grosse, ohne dass dies aus Gründen des Wettbewerbsschutzes gerechtfertigt erscheint. Der Gesetzgeber war aber wohl der Auffassung, dass die wettbewerblichen Belange hinreichend im Rahmen des Art. 7 KG geschützt werden können.

Doppelprüfung von Fusionen vermeiden

Die Mehrzahl der in der Schweiz geprüften Fälle betrifft jedoch internationale Fusionen, die den Schweizer Markt nur am Rande berühren, aufgrund der Schwellenwerte aber gemeldet werden müssen. Grosse Schweizer, aber auch ausländische Unternehmen, welche die Aufgreifkriterien erfüllen, sind häufig bereits durch die europäischen Fusionsregeln tangiert, sodass die Prüfung der WEKO parallel zu derjenigen der EU-Wettbewerbsbehörde erfolgt. Diese Doppelprüfung bindet in Unternehmen und bei der WEKO wertvolle Ressourcen. Es sind daher einfache administrative Abläufe sicherzustellen, damit diese *Mehrbelastung auf ein Minimum beschränkt* werden kann. Auch ist diskussionswürdig, ob sich der Schweizer Markt wirklich vom EU-Markt unterscheidet und eine eigenständige Überprüfung überhaupt notwendig ist. Das WEKO-Sekretariat könnte im Sinne der Verwaltungseffizienz seine Ressourcen vermehrt auf die illegalen Verhaltensweisen konzentrieren. Die bestehenden Kriterien könnten zur Vermeidung von parallelen Prüfungen in Bern und Brüssel wie folgt angepasst werden: Wenn mehr als 90 Prozent des Umsatzes aller beteiligten Unternehmen ausserhalb der Schweiz generiert werden, besteht keine Meldepflicht.⁵⁶

⁵⁵ Botschaft vom 23. November 1994, S. 450.

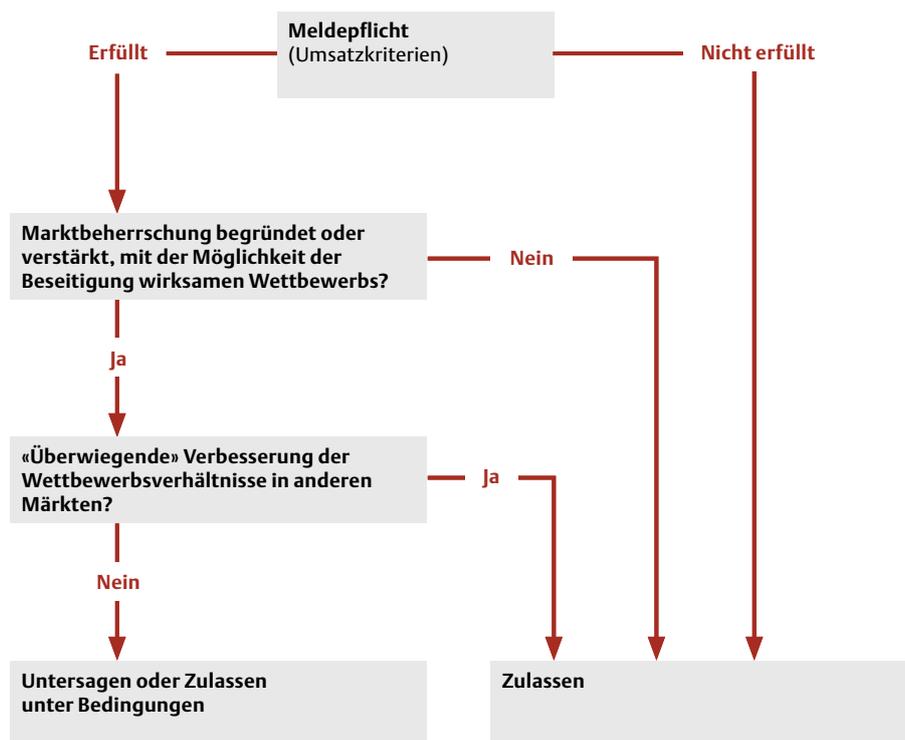
⁵⁶ Vorschlag von Rechtsanwalt Franz Hoffet, präsentiert im Rahmen der «Tagung für Kartellrecht» an der Universität Freiburg i.Ü. im September 2008.

Schweizer Regelung ist flexibler als jene der EU

Mit der Fusionskontrolle sollen mögliche volkswirtschaftlich schädliche Folgen von Unternehmenszusammenschlüssen eingedämmt werden. In der Botschaft des Bundesrats zum Kartellgesetz 1994⁵⁷ wurde davon ausgegangen, dass die Fusionskontrolle zu einem ausgewogenen Wettbewerbsrecht gehört und deshalb auch in der Schweiz eingeführt werden sollte. Im Kartellgesetz wird der WEKO die Kompetenz übertragen, Fusionen zu untersagen oder nur dann zuzulassen, wenn der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt. Eingriffe sind jedoch zu unterlassen, wenn die Fusion die Wettbewerbsverhältnisse in anderen Märkten verbessert und diese Wohlfahrtssteigerung die schädlichen Folgen der Fusion überwiegt (Art. 10 KG). Die Schweizer Regelung ist damit flexibler als die der Europäischen Union. In der EU genügt bereits die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs («significant impediment to effective competition», SIEC), um der Wettbewerbsbehörde die Möglichkeit zu geben, eine Fusion zu untersagen. Diese Ausrichtung der Schweizer Regelung ist angemessen und zu begrüßen.

Abbildung 4

Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen
(Art. 9 und 10 KG)



Quelle: Guyer (2006).

⁵⁷ Vgl. Botschaft vom 23. November 1994.

Umsetzung komplex

Die Umsetzung der abstrakten Bestimmungen im Kartellgesetz ist aber alles andere als einfach. Eine auf volkswirtschaftliche *Effizienzkriterien* ausgerichtete Fusionskontrolle erfordert eine Prognose der Ergebnisse von Marktprozessen. Damit ist gleichsam das Hauptproblem der Fusionskontrolle angesprochen: Notwendig ist eine Voraussage über die zukünftige Marktentwicklung. Um eine Fusion umfassend würdigen zu können, muss die WEKO antizipieren, wie die Strategie der fusionierten Unternehmen, die Reaktion der (potenziellen) Konkurrenten und das Marktergebnis ausfallen werden. Um die Folgen ihres Entscheids sinnvoll beurteilen zu können, muss auch Klarheit darüber herrschen, wie sich der Markt ohne den Zusammenschluss entwickeln würde. Erst dann ist es möglich, den Umfang des allfälligen, durch die Fusion verursachten Wohlfahrtsverlustes zu beziffern. Es existieren allerdings noch keine befriedigenden mikroökonomischen Modelle, mit denen die Prognosen ausreichend präzise vorgenommen werden können.⁵⁸ Damit wird auch klar, dass es nicht sinnvoll ist, Unternehmenszusammenschlüsse aufgrund von Marktstrukturargumenten zu untersagen oder zu erschweren. Aus diesem Grund darf die Addition von Marktanteilen genauso wenig wie das blosses Abzählen von (potenziellen) Konkurrenten dazu führen, dass die Behörden eingreifen.

Gesetzlich verankerte Fristen sind zu begrüssen

Positiv hervorzuheben sind ferner die im Gesetz verankerten Fristen. Die WEKO hat nach dem Meldungseingang einen Monat Zeit zu entscheiden, ob eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses vorzunehmen ist. Ist dies nicht der Fall, kann die Fusion sofort vollzogen werden. Das Prüfungsverfahren darf anschliessend nicht länger als vier Monate dauern. Dieses Verfahren ist für die Unternehmen berechenbar.

Detaillierte Auflagen der WEKO sind problematisch

Eine nähere Betrachtung verdienen die von der WEKO angeordneten Auflagen. Hier ist die Tendenz festzustellen, dass *Mitbewerber und Strukturen und nicht der Wettbewerb geschützt werden*. Ein Beispiel sind die Auflagen beim Zusammenschluss von Migros und Denner.⁵⁹ Bei der Einschätzung von Auflagen darf zudem das Verfahren nicht ausser Acht gelassen werden. Kommt die WEKO während ihrer vertieften Prüfung zum Schluss, die Fusion müsste verboten werden, da in (Teil-)Märkten eine dominierende Stellung begründet werden könnte, bleibt den zusammenschlusswilligen Parteien nur noch innerhalb der verbleibenden Prüffrist der Behörde, mögliche Auflagen auszuarbeiten und zu beantragen. Raum, den Eindruck der Behörde bzw. dessen Interimsprüfresultat in Frage zu stellen oder zu widerlegen, gibt es schon aus zeitlichen Gründen praktisch nicht. Die WEKO prüft diese Anträge und lässt die Fusion unter diesen Auflagen zu, wenn sie aus ihrer Sicht einen milderen Eingriff als ein Verbot darstellen und den erhobenen Bedenken Rechnung tragen. Aufgrund der Zeitverhältnisse besteht aber damit die erhöhte Gefahr, dass über das Ziel hinausschiessende Auflagen vorgeschlagen und akzeptiert werden, nur um die Fusion realisieren zu können. Dies umso mehr, wenn das Fusionsvorhaben zum Zeitpunkt der Prüfung bereits publik gemacht worden ist und ein Scheitern zu erheblichem Schaden führen würde, der vermieden werden muss. Auch wäre allenfalls die Fusion bei vorheriger Kenntnis der Auflagen nicht oder nicht in der vorgelegten Art vereinbart worden.

⁵⁸ Für die EU-Kommission wurde Ende 2006 eine grössere Studie zur Fusionskontrolle erstellt. Diese beruht jedoch ausschliesslich auf Ex-post-Betrachtungen. Vgl. Buccirosi P., Ciari L., Duso T., Fridolfsson S., Spagnolo G., Vitale, C., Ex-post merger review of merger control decisions, Dezember 2006. (http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf)

⁵⁹ Vgl. WEKO, Auflagen zum Zusammenschluss Migros/Denner (Auszug), 2007. http://www.WEKO.admin.ch/publikationen/pressemitteilungen/00294/Auflagen_Migros-Denner.pdf?lang=de

Die angeordneten Massnahmen müssen justiziabel sein und weisen aus diesem Grund einen sehr *hohen Detaillierungsgrad* auf. Entsprechend führen sie zu starken Eingriffen in die betriebswirtschaftliche Autonomie der Unternehmen. Aus wohlfahrtsökonomischer Sicht und im Hinblick auf die beschriebenen Verfahrensschwächen wären offen formulierte Auflagen angemessener; sie sind besser in der Lage, auf Änderungen der Marktbedingungen flexibler zu reagieren. Ferner muss die Möglichkeit separater Überprüfung dieser Auflagen sichergestellt werden, ohne dass gleichzeitig die Rechtmässigkeit der erfolgten Fusion in Frage gestellt wird. Es darf sich mit anderen Worten nicht um Bedingungen einer Freigabe handeln.

Zurückhaltende Fusionskontrolle ist im Interesse des Wettbewerbs

Für *economiesuisse* steht der Schutz des Wettbewerbs im Zentrum. Aus diesem Grund wird eine sehr zurückhaltende Fusionskontrolle gefordert, die sich auf offenbare Marktmachtrisiken ausrichtet. Allfällige Auflagen sollen nicht der Strukturhaltung dienen. Nur so kann die schweizerische Fusionskontrolle wirksam volkswirtschaftlich schädliche Entwicklungen unterbinden.

Empfehlung

Die Fusionskontrolle ist im Sinne der Rechtssicherheit beizubehalten, mit Fokus auf offenbare Marktmachtrisiken ist sie aber zu verwesentlichen.

Die Fusionskontrolle ist zurückhaltend auszuüben und auf Auflagen mit detaillierten Eingriffen in betriebswirtschaftliche Abläufe der Unternehmen ist möglichst zu verzichten. Auflagen sind anpassungsfähig zu gestalten und müssen separat überprüfbar sein.

Durch differenzierte Schwellenwerte sollen internationale Fusionen, die den Schweizer Markt nur marginal betreffen, von der Meldepflicht ausgenommen werden.

Hohe Sanktionen für Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht

2.2 Verfahren und Sanktionen

Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht werden in der Schweiz und in der EU mit hohen Sanktionen geahndet. Zweifellos haben diese Bussen zu einer *besseren Durchsetzung* des Wettbewerbsrechts beigetragen. Die Unternehmen leisten denn auch grosse Anstrengungen, um die Bestimmungen einzuhalten. Der Gesamtbetrag der ausgesprochenen Bussen ist vor allem in der EU enorm gewachsen. Davon profitiert vor allem der Staatshaushalt und weniger die möglicherweise von schädlichem Verhalten benachteiligten Konsumenten oder Geschäftspartner. Auch in der Schweiz scheint sich die WEKO an den Sanktionshöhen der EU zu orientieren. Mit weitreichenden Untersuchungsinstrumenten, aber auch mit der Möglichkeit, den ersten Anzeiger von Verstössen von Sanktionen zu befreien («Bonusregelung»), wurde dieses Instrumentarium erheblich verstärkt. Umso wichtiger ist, dass im Interesse eines fairen Prozesses die verfahrensrechtlichen Grundsätze genau beachtet werden.

Rechtsstaatliche Kriterien

Aus Sicht der Unternehmen ist von zentraler Bedeutung, dass die Verfahren nach rechtsstaatlichen Kriterien durchgeführt werden. Hier besteht Handlungsbedarf. Nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) muss bei Strafverfahren, zu denen auch Verfahren gehören, in denen hohe finanzielle Sanktionen verhängt werden, ein «unabhängiger Richter» entscheiden. In der Schweiz werfen hier vor allem die Aufgabenteilung und das Zusammenspiel zwischen WEKO-Sekretariat und der Kommission, die abschliessend auch über die Höhe der Sanktion zu entscheiden hat, Fragen auf. Das WEKO-Sekretariat ist nicht nur für die Untersuchungsführung und Antragsstellung an die Kommission verantwortlich, sondern nimmt – im Gegensatz zu den beschuldigten Parteien – auch an den Beratungen teil. Dieser Zustand ist unbefriedigend.

Die Schaffung eines spezifischen Verfahrensrechts könnte den Besonderheiten des Wettbewerbsrechts besser Rechnung tragen. Dabei wäre sicherzustellen, dass die heutige sehr lange Dauer verkürzt würde, ohne jedoch auf den rechtsstaatlichen Schutz zu verzichten.

Darüber hinaus ist festzustellen, dass weder die WEKO noch die EU-Kommission unabhängig handeln. Sie sind vielmehr in die Verwaltung eingegliedert und die politischen Behörden haben erhebliche Einflussmöglichkeiten (Wahl der Kommissionsmitglieder, Ernennung der Direktion, Budget, Weisungen zur Eröffnung eines Verfahrens und Möglichkeit zur Überstimmung eines Entscheids).

2.2.1 Rechtsstaatliche Mängel bei den Verfahren

Unternehmen fordern «Fair Trial»

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat bereits im Fall Engel Kriterien entwickelt, nach denen zu beurteilen ist, ob Fälle, die an sich nach nationalem Recht nicht unter das Strafrecht fallen, ihrem Gehalt nach trotzdem strafrechtlicher Natur sind und deswegen von der Garantie eines fairen Verfahrens (Fair Trial) gemäss Art. 6 EMRK erfasst werden.⁶⁰ Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung hält die Europäische Kommission für Menschenrechte fest, dass die EU-kartellrechtlichen Administrativsanktionen mit finanziellen Rechtsfolgen *punitiven Charakter* haben.⁶¹ Vor diesem Hintergrund ist heute weitgehend unbestritten, dass die direkten Sanktionen gemäss Art. 49a KG als pönale Sanktionen zu qualifizieren sind und demzufolge Art. 6 EMRK anwendbar ist.⁶²

⁶⁰ Vgl. EuGRZ 1976, S. 231.

⁶¹ Vgl. unter anderem Bericht der EU-Kommission vom 30. Mai 1991, Nr. 115 98/85, *Société Stenuit v. France*, s. Nordlander K., *The Commission's Policy on Recidivism: Legal Certainty for Repeat Offenders*, in: *The Competition Law Review*, Vol. 2, Issue 1, August 2005, S. 62, Frowein J., Peukert W., *Europäische Menschenrechtskonvention EMRK – Kommentar*, Kehl am Rhein 2/1996, Art. 6 RN 187, Hangartner Y., *Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003*, in: Stoffel W., Zäch R. (Hg.), *Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen*, Zürich, Basel, Genf 2004, S. 275 f. und auch EuGRZ 1985, S. 67 (Fall Öztürk).

⁶² Vgl. wie oben Hirsbrunner M., *Carte blanche für die Wettbewerbskommission? – Anmerkungen zu der vorgeschlagenen Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz*, in: SZW 2002, S. 95 f., Spitz Ph., *Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes*, in: *sic! 7/8/2004*, S. 556, 561, 564 f., Sommer P., Raemy A., *Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizer Kartellrechts*, in: *sic! 10/2004*, S. 759 FN 7, Hoffet F., Seckler D., *Vom Anwaltsgeheimnis zum «Legal Privilege»*, in: *SJZ 101 2005*, S. 333 ff., Krauskopf P., Pirlot Pittet C., *La nouvelle Loi sur les Cartels: un Vade-Mecum pour les Entreprises*, in: *sic! 3/2004*, S. 245 f., Kobel P., *Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal*, *AJP 13 (2004)*, S. 1154, Waser A., *Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren*, Zürich 2002, S. 73, Hangartner Y., in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), *Kartellgesetzrevision 2003*, S. 275 ff., Bilger St., *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen; unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen kartellrechtlichem Sonderverfahrensrecht und allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht*, Freiburg 2002, S. 93.

In vorliegendem Zusammenhang ist dies von Bedeutung zur Beurteilung der Frage, ob die geltende Zuständigkeitsregelung für die Verfolgung und Beurteilung in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren EMRK-konform ist, ob der Grundsatz der Billigkeit (rechtliches Gehör, Waffengleichheit) in diesen Verfahren genügend beachtet wird und wie weit die teilweise sehr offensive Informationspolitik der WEKO die Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK tangiert.

Unabhängigkeit des Bundesverwaltungsgerichts als Korrektiv?

Richterliche Unabhängigkeit

Eine entscheidende Frage wird sein, wie sich die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts als Rechtsmittelinstanz gegen Entscheide der WEKO entwickeln wird. Dem Gericht kommt auch in Kartellrechtsfällen eine volle Kognition zu (Prüfung, ob Bundesrecht verletzt worden ist, ob die Vorinstanz den Sachverhalt richtig und vollständig festgestellt hat sowie Prüfung der Angemessenheit). Das Gericht kann zudem Zeugeneinvernahmen und Parteiverhöre vornehmen. Das Bundesverwaltungsgericht verfügt damit grundsätzlich über die *nötigen institutionellen Voraussetzungen*, um als Korrektiv gegen die bestehenden Bedenken bezüglich der Unabhängigkeit der WEKO (vgl. auch Kapitel «Institutionen») wirken zu können. Es hängt allerdings von der Natur des Falles und der Art der Verfahrensmängel ab, ob damit der aufgezeigte Mangel tatsächlich geheilt werden kann.⁶³

Beschuldigte Parteien sind benachteiligt

Rechtliches Gehör und Waffengleichheit

Das Geschäftsreglement der WEKO enthält verschiedene Bestimmungen, die unter dem Billigkeitsgrundsatz von Art. 6 EMRK problematisch sind.⁶⁴

- Art. 12 Abs. 2 WEKO-GR⁶⁵, wonach das WEKO-Sekretariat wichtige Fragen, beispielsweise bei Vorabklärungen oder im Rahmen einer Untersuchung, schon vor oder unabhängig von einer Antragstellung mit der Kommission, einer Kammer oder dem Präsidium diskutieren kann, ist vor dem Grundsatz der Waffengleichheit problematisch. Gemäss Art. 17 WEKO-GR können Kommissionsmitglieder an den Untersuchungshandlungen des Sekretariats, insbesondere an Anhörungen und Zeugeneinvernahmen, teilnehmen. Dieses Recht steht jedoch *de lege lata* den mit direkten Sanktionen bedrohten Parteien nicht zu. Dies steht in Widerspruch zur Vorgabe der EMRK, dass in Verfahren von strafrechtlicher Natur die «beklagte» Partei während des Verfahrens mindestens einmal die Gelegenheit haben muss, der Einvernahme von Zeugen, die sie belasten, beizuwohnen und Fragen zu stellen. Dies ist besonders dann von Bedeutung, wenn *Beweise unter der Kronzeugenregelung* erhoben werden. Hier stammen Zeugenaussagen meist von Mitarbeitenden von Unternehmen, die selbst am Kartell beteiligt waren und die, damit ihr Unternehmen von Sanktionen befreit wird, Interesse haben, andere Kartellbeteiligte möglichst stark zu belasten.
- Hingegen besteht für die angeschuldigten Parteien in jedem Fall die Möglichkeit, sich vor der entscheidenden Kommission schriftlich oder allenfalls mündlich zu äussern. Diese Möglichkeit soll das unmittelbare rechtliche Gehör gewährleisten. Allerdings erfolgt anschliessend die Beratung wieder *in Anwesenheit des Sekretariats* ohne Möglichkeit für die Parteien, weiter Stellung zu nehmen.

⁶³ Trotz der vorliegenden organisatorisch-funktionellen Unabhängigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist es sehr fraglich, ob dadurch der Mangel der fehlenden richterlichen Unabhängigkeit der WEKO tatsächlich geheilt werden könne, weil nämlich die Voraussetzungen einer solchen Heilung letztlich nicht vorliegen: Das Bundesverwaltungsgericht hat nämlich nur *de iure* aber nicht *de facto* volle Kognition, da es keine Möglichkeit zu einer umfassenden Beweiserhebung hat und damit seiner Vorinstanz WEKO regelmässig ein technisches Ermessen zugesteht und dadurch mangels hinreichender Entscheidungsgründe faktisch nicht in der Lage ist, einen reformatorischen Entscheid zu fällen. Gleiches gilt für den «Court of First Instance» in der EU, dem die analoge Funktion zukommt.

⁶⁴ SR 251.1, WEKO-GR.

⁶⁵ Vgl. Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission:
<http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/251.1.de.pdf>

- Zum Vergleich sei das deutsche Kartellrecht beigezogen: Für die Zeugeneinvernehmung im Verfahren vor dem Bundeskartellamt nach § 57 Abs. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gibt hier der § 397 Zivilprozessordnung (ZPO) den Parteien das Recht, Fragen an Zeugen zu stellen (schriftlich oder nach Antrag an das Gericht auch unmittelbar). Für Kronzeugen, in Deutschland Antragsteller im Bonusverfahren, gilt gemäss der Bekanntmachung des Bundeskartellamts zur Bonusregelung, dass eine Geheimhaltung des Antragstellers nur im Rahmen der geltenden Gesetze und auch nur bis zum Zugang des Beschuldigungsschreibens an die Kartellbeteiligten erfolgen kann. Daraus wird deutlich, dass das von der EMRK geforderte rechtliche Gehör sowie die Waffengleichheit in Deutschland ab Verfahrenseröffnung eingeräumt sind.

Für die Unternehmen ist wichtig, dass die Grundsätze des rechtlichen Gehörs und der Waffengleichheit auch in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren strikte beachtet werden.

Informationspolitik der WEKO darf Unschuldsvermutung nicht verletzen

Keine Unschuldsvermutung verletzende Informationspolitik der WEKO

Die offensive Kommunikationspolitik der WEKO und ihres Sekretariats bei der Verfahrenseröffnung lässt die Frage aufkommen, ob diese Praxis in einigen Fällen nicht zu einer Verletzung der Unschuldsvermutung und zu *eigentlichen Vorverurteilungen* führt. Pressemitteilungen – wohlbemerkt der WEKO selber – mit Titeln wie «WEKO stellt Behinderung von KMU durch Publigroupe ab» (20. März 2007; Fall vor BVGer hängig), «WEKO erhöht mit Feststellung der Marktbeherrschung Druck auf Mobilfunkanbieter» (28. November 2006; es gibt keinen rechtskräftigen Entscheid darüber, ob der Wettbewerb im Mobilfunk tatsächlich beschränkt ist) oder «Ergebnis der WEKO-Untersuchung: TicketCorner verzichtet auf Exklusivitätsklauseln» (22. Dezember 2006, also nachdem der Entscheid durch die damals zuständige Rekurskommission kassiert worden war und somit möglicherweise zu Unrecht erfolgt ist) werfen zusätzlich die Frage auf, ob die WEKO in allen Fällen mit der für eine richterliche Instanz nötigen Zurückhaltung informiert.

Es ist notwendig, dass die WEKO als «Botschafterin des Wettbewerbs» über ihre Arbeit informiert. Im Hinblick auf die Medienpräsenz hat sie jedoch stets die Breitenwirkung ihrer Mitteilungen zu berücksichtigen. Gerade bei börsenkotierten Unternehmen können sich zum Beispiel zu offensiv geäusserte Verfahrenseröffnungsmeldungen negativ auswirken. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn durch die Bekanntgabe irreparable Schäden entstehen und sich die wettbewerbsrechtlichen Anschuldigungen als nachher unbegründet erweisen. Es ist daher angebracht, dass die WEKO *mit gebotener Nüchternheit* über ihre konkreten Untersuchungen informiert und sich im Fall börsenkotierter Unternehmen an die gängigen Ad-hoc-Publizitätsregeln hält.

Auch nach Abschluss einer Untersuchung hat die WEKO sachlich zu informieren

Ebenfalls kritisch zu beurteilen ist die Informationspolitik der WEKO zu abgeschlossenen Untersuchungen und Beschlüssen. Auch hier scheint angesichts der vorne angesprochenen methodologischen Evaluationsprobleme (Wie ist es möglich, den Einfluss einer Massnahme auf die tatsächlich festgestellte Veränderung im Markt zu bestimmen? Kann ausgeschlossen werden, dass diese Änderung auch ohne die Intervention stattgefunden hätte?) ein nüchterner, sachlich betonter Ansatz angemessener zu sein.

Empfehlung

Das kartellrechtliche Sanktionsverfahren muss den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs, der Vermeidung der Selbstbelastung und der Waffengleichheit mit einer verstärkten Aufgabenteilung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde besser Rechnung tragen.

Die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde ist durch die Ausgliederung aus der Verwaltung und der Verminderung des direkten Einflusses der politischen Exekutive zu stärken (analog Revisionsaufsichtsbehörde oder Finanzmarktaufsichtsbehörde [FINMA]; Wahlkompetenz, eigenständiges Budget, keine Weisungen eines Departements).

Compliance zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts

2.2.2 Compliance-Bemühungen der Unternehmen

International tätige Schweizer Grossunternehmen haben in den letzten Jahren wirkungsvolle interne Compliance-Programme zur *frühzeitigen Erkennung und Vermeidung kartellrechtlicher Verstösse* eingerichtet. Compliance-Programme sind aufwendig und kostspielig. Neben unternehmensinternen Rechtsabteilungen, die sich speziell mit Compliance-Fragen beschäftigen, werden in der Regel periodisch Compliance-Seminare mit ausgewiesenen Kartellrechtsspezialisten durchgeführt. Verwaltungsrat und Geschäftsleitungsgremien (auch von Tochtergesellschaften) widmen sich institutionalisiert und regelmässig der umfassenden Compliance im Unternehmen.

Compliance-Bemühungen der Unternehmen dienen wirkungsvoll einer effizienten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und sind im Interesse eines freien Wettbewerbs zu fördern. In der Praxis ist aber unklar, wie solche Bemühungen in der Schweiz oder in Europa zur Entlastung – oder gar zu einer vollständigen Befreiung – von Sanktionen führen können (anders als in den USA). Die Unternehmen fordern, dass ihre *Bemühungen zur Vermeidung von Wettbewerbsverstössen* im Rahmen der Sanktionsbemessung entlastend oder mindernd *berücksichtigt* werden. In diesem Sinne unterstützt die Wirtschaft die von Ständerat Rolf Schweizer eingereichte Motion.⁶⁶ Diese verlangt die ausdrückliche Regelung im Kartellgesetz, dass Unternehmen, die ein hohes Anforderungsniveau genügen- des Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit einer reduzierten bzw. beim Vorliegen von (im Gesetz hierfür vorzusehenden) Voraussetzungen mit keiner Verwaltungssanktion belegt werden. Kartellsanktionen dürfen nicht ohne vorherige Prüfung der Verschuldensfrage verhängt werden. Wird nachgewiesen, dass das Unternehmen seinen Sorgfaltspflichten (Betreiben eines effektiven Compliance-Programms) nachkommt, soll sich das Unternehmen exkulpieren können.

Wettbewerbsrecht soll wirkungsvolle Compliance-Programme sanktionsmildernd berücksichtigen

Nach der Motion Schweizer wird das Unternehmen sanktioniert, wenn es nicht alle angemessenen Massnahmen getroffen hat, um ein das Kartellrecht verletzendes Verhalten ihrer Mitarbeitenden zu verhindern. Hat das Unternehmen aber nachhaltig und wirksam ein angemessenes Compliance-Programm betrieben, so muss die Sanktion bei fehlendem direkten Verschulden (also beispielsweise bei Fehlverhalten von Organen) gemildert oder allenfalls ganz auf eine Sanktionierung verzichtet werden. Der Nachweis der Compliance-Bemühungen obliegt dem Unternehmen (sogenannte Compliance Defence).

⁶⁶ Vgl. Motion Schweizer (07.3856 – Motion Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht).

Zur Stärkung der Compliance-Anstrengungen der Unternehmen schlägt die Motion Schweizer darüber hinaus vor, im Kartellgesetz Strafsanktionen für natürliche Personen im Fall ihrer aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern zu verankern. Dadurch würden Elemente des Verschuldensprinzips auch klar im Wettbewerbsrecht eingeführt. Mit einem solchen Sanktionssystem würde die Schweiz dem internationalen, namentlich angelsächsischen Trend folgen. Denselben Ansatz (Verschuldensprinzip) kennt die Schweiz bereits im Unternehmensstrafrecht.

Empfehlung

Die Bemühungen der Unternehmen, mit Hilfe von Compliance-Programmen und internen Risikoanalysen Wettbewerbsverstöße zu vermeiden, müssen gefördert werden. Dazu gehören bei fehlender direkter Verantwortung und angemessenen Compliance-Massnahmen der Unternehmen die Befreiung oder Milderung von Sanktionen.

Die Sanktionierung von Mitarbeitenden, die sich unter Missachtung von Compliance-Programmen vorsätzlich an Kartellabsprachen beteiligen, ist im Zusammenhang mit der Einführung der Compliance Defence zu prüfen.

Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen stärkt Prävention gegen Vorstösse

2.2.3 Legal Privilege für Unternehmensjuristen

Die innerbetriebliche Prävention gegen gesetzeswidriges Verhalten wie Verstösse gegen das Kartellgesetz oder den Korruptionsstrafatbestand kann nur dann ihre volle Wirkung entfalten, wenn das Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen gewährleistet ist. Das ist heute nicht der Fall. Hier besteht dringender Handlungsbedarf.

Nach dem Nationalrat hat auch der Ständerat in der Sommersession 2008 der *Motion* «Pflichten und Rechte von rechtsberatend oder forensisch tätigen Angestellten. Gleichstellung mit freiberuflichen Anwältinnen und Anwälten»⁶⁷ zugestimmt. Die laufenden Bestrebungen zur gesetzlichen Verankerung eines Berufsgeheimnisses von Unternehmensjuristen im Rahmen der angekündigten Vernehmlassung zum Unternehmensjuristengesetz werden von den Unternehmen klar unterstützt. Auch standortpolitische Überlegungen spielen dabei eine Rolle. Heute besteht nämlich die Gefahr, dass in der Schweiz domizilierte Unternehmen, die in einen im Ausland geführten Zivilprozess verwickelt werden, Unterlagen ihres Schweizer Rechtsdienstes herausgeben müssen, weil sich ihre Unternehmensjuristen gemäss Schweizer Recht nicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen können. In den angloamerikanischen Staaten und auch in verschiedenen kontinentaleuropäischen Ländern (zum Beispiel Belgien und Spanien) wird hingegen nicht nur die externe Anwaltstätigkeit durch ein Berufsgeheimnis geschützt, sondern auch die unternehmensinterne Rechtsberatung. Ausländische Urteile haben denn auch gezeigt, dass Schweizer Unternehmen verpflichtet werden können, die Korrespondenz ihrer Schweizer Unternehmensjuristen offenzulegen, nur weil in der Schweiz, im Gegensatz zu den betreffenden ausländischen Staaten, kein expliziter Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristen besteht. Zur Vermeidung dieses gewichtigen Nachteils für Schweizer Unternehmen im Beweisverfahren vor ausländischen Richtern ist Handeln hier aus standortpolitischen Überlegungen angezeigt. Die Attraktivität der Schweiz als Konzern- und Unternehmensstandort wird beeinträchtigt, wenn die Gefahr besteht, dass ausländische Gerichte und Anwälte den Zugang zu Informationen erwirken können, die in anderen Jurisdiktionen nicht transparent sind.

⁶⁷ Vgl. 07.3281 – Motion «Pflichten und Rechte von rechtsberatend oder forensisch tätigen Angestellten. Gleichstellung mit freiberuflichen Anwältinnen und Anwälten».

Berufsgeheimnis ist wichtiger Bestandteil für Compliance

Wichtig ist der Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristen aber *primär zur Stärkung der Compliance* in den Unternehmen. Unternehmensjuristen sind heute ein entscheidender Faktor dafür, dass «Compliance with the Law» in den Unternehmen sichergestellt ist. Damit die Unternehmensjuristen Regulierungsverstösse präventiv vermeiden können, sind sie darauf angewiesen, Informationen über mögliche Risiken und Missstände in den Unternehmen zu erhalten. Solche Informationen werden ihnen nicht zukommen, wenn die reelle Gefahr besteht, dass die bei ihnen zusammenlaufenden Fakten ohne weiteres durch Behörden behündigt werden können.

Unternehmensjuristen unterstützen die Wettbewerbsbehörde bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts

Unternehmensjuristen können die Wettbewerbsbehörden bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts direkt in den Unternehmen wirksam unterstützen. Wie wichtig ein Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen ist, zeigt sich deshalb besonders deutlich in kartellrechtlichem Zusammenhang. Unternehmensjuristen sind im Rahmen von internen Compliance-Programmen, aber auch bei der Beurteilung, ob die Kronzeugenregelung angerufen werden soll, zwingend darauf angewiesen, *von Mitarbeitenden sensitive Informationen* zu bekommen. Solche Informationen sind, wie erwähnt, nur erhältlich, wenn die Mitarbeitenden wissen, dass der Unternehmensjurist durch das Berufsgeheimnis geschützt ist. Die gesetzliche Verankerung des Berufsgeheimnisschutzes für Unternehmensjuristen dient damit klar der Kartellbekämpfung und ist im gesamtwirtschaftlichen Interesse. Vor diesem Hintergrund ist unverständlich, warum sich die WEKO in ihrem Merkblatt zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen kategorisch gegen ein Anwaltsgeheimnis von Unternehmensjuristen ausspricht. In einem kürzlich gefällten Urteil hat das Bundesgericht offengelassen, ob die Haltung der WEKO – *de lege lata* – rechtens ist. Um Klarheit zu schaffen, wird daher von der Wirtschaft – *de lege ferenda* – eine eindeutige gesetzliche Verankerung des Berufsgeheimnisschutzes für Unternehmensjuristen gefordert.

Die geltende Regelung verursacht darüber hinaus auch fragwürdige Effekte: Für betroffene Unternehmen ist es «sicherer», rechtliche Abklärungen über das eigene Verhalten durch externe «Generalisten» anstelle interner «Spezialisten», die mit den oft sehr komplexen Gegebenheiten des Wirtschaftssektors und des Unternehmens vertraut sind, vornehmen zu lassen. Damit erfolgt nicht nur ein ungerechtfertigter Eingriff in die Organisationsfreiheit der Unternehmen. Es werden auch Anreize zur Einrichtung von Compliance-Programmen geschwächt. Für ein Unternehmen kann es sich deshalb lohnen, kein Compliance-Programm einzurichten, um zu verhindern, dass dessen Resultate von der WEKO gegen sie verwendet werden. Es sollte aber im Interesse der Wettbewerbspolitik sein, dass sich Unternehmen selber aktiv um rechtmässiges Verhalten bemühen und nicht dafür am Ende noch benachteiligt werden.

Gesetzliche Verankerung eines Berufsgeheimnisses

Die Wirtschaft erwartet, dass die Schweizer Wettbewerbsbehörden die laufenden Bestrebungen zur gesetzlichen Verankerung eines Berufsgeheimnisses von Unternehmensjuristen im Rahmen der angekündigten Vernehmlassung zum Unternehmensjuristengesetz unterstützen. Der Geheimnisschutz schwächt Kartellrechtsverfahren nicht. Im Gegenteil, die Compliance und damit auch das Kartellrecht werden gestärkt, und auch die Rechtsstaatlichkeit der Verfahren wird verbessert.

Empfehlung

Ein allgemeines Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen soll gesetzlich verankert werden.

Meldeverfahren wirksamer ausgestalten

2.2.4 Rechtssicherheit bei den Verfahren

Ein zentrales Anliegen der Unternehmen ist es, sich rechtskonform zu verhalten. Das ist aber nur möglich, wenn der Inhalt der rechtlichen Vorgaben hinreichend klar ist, sodass sie ihr Verhalten darauf ausrichten können. Leider ist dies in kartellrechtlichen Angelegenheiten nicht immer der Fall.

Das Meldeverfahren

Der Gesetzgeber hat in Art. 49a Abs. 3 des Kartellgesetzes eine Bestimmung aufgenommen, die in der Praxis zu zahlreichen Fragen geführt hat. Wörtlich heisst es im Anschluss an die Sanktionsregelung des Art. 49a Abs. 1 und 2: «Die Belastung entfällt, wenn: a. das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26–30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht; (...)» Ursprünglich, das heisst im dem Parlament zugestellten Entwurf für eine Änderung des Kartellgesetzes war vorgesehen, dass eine Sanktion entfallen würde, wenn ein Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet.⁶⁸ Damit sollte sichergestellt werden, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selbst tragen müssten.⁶⁹ Denn die Anknüpfung direkter Sanktionen an die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG oder an den Missbrauchstatbestand von Art. 7 KG *ohne Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage* wurde andernfalls für verfassungsrechtlich *bedenklich* erachtet.⁷⁰ In den parlamentarischen Beratungen wurde indessen das sogenannte Widerspruchsverfahren eingeführt. Danach wirkt eine Meldung nur dann sanktionsbefreiend, wenn die WEKO nicht innerhalb von fünf Monaten nach Eingang der Meldung ein Verfahren eröffnet. Diese Widerspruchsmöglichkeit entwertet die Meldemöglichkeit aus verschiedenen Gründen fast vollständig:

- Das Sekretariat bzw. die WEKO kann sich kein objektives und abschliessendes Bild vom gemeldeten Vorhaben machen, denn das Vorhaben muss gemeldet werden, *bevor* es Wirkung entfaltet.
- Ist sich die WEKO ihrer Sache nicht sicher, weil das Vorhaben weder offensichtlich zulässig noch offensichtlich unzulässig ist, droht sie oder ihr Sekretariat ein Verfahren an, falls das Vorhaben umgesetzt werden sollte.⁷¹ Die Meldung bewirkt somit, ohne inhaltliche Prüfung, ein faktisches Verbot der Verhaltensweise.
- Mit ihrer möglichen faktischen Verbotswirkung ist die geltende Bestimmung zur Meldemöglichkeit verfassungsmässig bedenklich.
- Die Frist von fünf Monaten, innerhalb der die WEKO die Möglichkeit hat, Widerspruch zu erheben, ist viel zu lange («time to market»).

Ängste, dass Unternehmen eine Meldemöglichkeit, die automatisch von der Sanktion befreit, dazu missbrauchen könnten, während der Zeit der Verfahren Kartell- oder andere Renten zu erzielen, sind unseres Erachtens unbegründet. Denn die WEKO hat immer die Möglichkeit, klare Verstösse gegen das Kartellgesetz mittels vorsorglicher Massnahmen rasch zu unterbinden.

⁶⁸ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, in: BBl 2002 I, S. 2022–2057.

⁶⁹ Vgl. ebd., S. 2039.

⁷⁰ Vgl. Rhinow R., Gurovits A. A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) vom 5. Juli 2001, in: RPW 2001/3, S. 601.

⁷¹ Vgl. RPW 2008/2, S. 361 ff.

Heutiges Meldeverfahren bringt keine Rechtssicherheit

Anspruch auf Feststellung der Rechtskonformität

Wie bereits dargelegt (siehe Seite 19 ff.), können Unternehmen in der Praxis im Einzelfall vielfach nur schwer abschätzen, ob ein von ihnen geplantes Vorhaben das Kartellrecht möglicherweise verletzt. Zum Mangel an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit gesellt sich dann das Risiko sehr hoher Bussen. Die Rechtsunsicherheit liegt darin, dass die wenigen von der WEKO getroffenen Entscheide für viele Fragestellungen keine zuverlässigen Schlüsse erlauben. Zudem haben WEKO und Bundesverwaltungsgericht einen Anspruch auf Erlass von Feststellungsverfügungen bis heute verneint. So wurde im «Debitkarten-Entscheid» vom 7. Mai 2007 mit Prozessentscheid festgehalten, die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung bezüglich eines geplanten Vorhabens seien nicht erfüllt. Dieser Entscheid wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 29. Februar 2008 zwar bestätigt, das Gericht räumte darin aber ein, es lasse «sich dem Kartellrecht kein operabler Massstab entnehmen, um «wettbewerbliche» von «wettbewerbswidrigen» Marktprozessen unterscheiden zu können» (E. 4.2.2), und «vor diesem Hintergrund lässt sich die Ernsthaftigkeit des Rechtsschutzbedürfnisses der Beschwerdeführerinnen nicht bestreiten» (E. 4.3). Das Bundesverwaltungsgericht stützte die sinngemässe Aussage der WEKO, das in casu geplante Vorhaben lasse sich hinsichtlich seiner wettbewerbsrelevanten Auswirkungen nicht genügend abschätzen, um mittels Verfügung entscheiden zu können. Dieser Umstand darf nicht dem betroffenen Unternehmen angelastet werden.⁷² Ohne den Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung sehen sich die Unternehmen gezwungen, entweder auf die Durchführung des potenziell kartellrechtswidrigen Vorhabens zu verzichten oder dieses mit beträchtlichem Sanktionsrisiko durchzuführen. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit kann den Unternehmen nicht zugemutet werden.

Für den Fall, dass das Meldeverfahren nicht verbessert wird, regt *economiesuisse* daher an, einen gesetzlichen Anspruch auf Erlass von Feststellungsverfügungen nach dem Vorbild von Art. 25 VwVG einzuführen.

KMU sind auf für Laien verständliche Bekanntmachungen angewiesen

Bekanntmachungen der WEKO

Die Unternehmen begrüssen seit jeher die *Konkretisierung der Praxis der WEKO* in Bekanntmachungen, da sie der Erhöhung der Rechtssicherheit dienen. Die angestrebte Rechtssicherheit kann jedoch nur erreicht werden, wenn die Bekanntmachungen anwendergerecht bzw. auch für juristische und ökonomische Laien verständlich abgefasst sind. Dies insbesondere aufgrund der seit 2003 verschärften Sanktionen. Dass die Vorgabe der Rechtssicherheit in der Vergangenheit nicht immer erreicht wurde, zeigt das Beispiel von Ziff. 11 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Preisempfehlungen von Herstellern und Lieferanten), die bei den potenziell betroffenen Unternehmen grosse Verunsicherung und nachträglichen Klärungsbedarf durch die WEKO auslöste.⁷³ *economiesuisse* regt daher an, die Redaktion künftiger bzw. die Revision bestehender Bekanntmachungen stärker am Kriterium der Rechtssicherheit auszurichten.

Vor allem für kleine und mittlere Unternehmen erweist sich das Kartellrecht als Buch mit sieben Siegeln und Quelle vielfältiger Rechtsunsicherheit. Mit erheblichem Kostenaufwand müssen Geschäftspraktiken von Spezialisten begutachtet werden, weil das bestehende Regelwerk auf unbestimmten Rechtsbegriffen und auf einer nicht leicht durchschaubaren Rangordnung der Bekanntmachungen der WEKO im Bereich der KMU beruht. Selbstverständlich muss der Vielfältigkeit der praktischen Anwendung durch entsprechende Formulierungen Rechnung getragen werden. Es ist auch sinnvoll, die Höhe der Marktanteilsschwellen zur Beurteilung der beschränkten Marktwirkung

⁷² Das Bundesgericht hat am 15. Dezember 2008 die Haltung des Bundesverwaltungsgerichts unterstützt.

⁷³ Vgl. WEKO, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007.

(Ziff. 3 der KMU-Bekanntmachung)⁷⁴ mit dem EU-Kartellrecht (Ziff. 7 der De-minimis-Bekanntmachung der Kommission) zu harmonisieren.

KMU-Regelung der EU anpassen

Dem Wunsch der KMU nach *mehr Rechtssicherheit im Kartellrecht* ohne wesentlichen Einfluss auf den Wettbewerb könnte durch folgende Massnahmen entsprochen werden: Die in der KMU-Bekanntmachung statuierte Spezialregelung für Kleinstunternehmen (Ziff. 4 und Ziff. 5) sollte auf kleine Unternehmen ausgedehnt werden. Dabei sind diese analog der «Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen» in der EU zu definieren. Danach würden Unternehmen mit weniger als 50 Beschäftigten und einem Jahresumsatz bzw. einer Jahresbilanz von weniger als 16 Millionen Franken (10 Millionen Euro) unter diese Spezialregelung fallen. Es ist davon auszugehen, dass Unternehmen dieser Grösse nur in wenigen Einzelfällen die Marktanteilschwellen von Ziff. 3 der KMU-Bekanntmachung erreichen. Damit könnte wesentlich zur Rechtssicherheit des Wettbewerbsrechts beigetragen werden. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass harte Kartellabsprachen von dieser Spezialregelung ausgenommen bleiben müssen (Ziff. 5 der KMU-Bekanntmachung).

Eigene Bekanntmachung zur Regelung über die beschränkte Marktwirkung

Aus systematischen Überlegungen wäre wünschenswert, dass die KMU-Bekanntmachung sich ausschliesslich an diese Marktteilnehmer richtet. Da die Regelung über die beschränkte Marktwirkung (Ziff. 3 KMU-Bekanntmachung) unabhängig von der Grösse des Unternehmens zur Anwendung kommt, sollte die Überführung der Regelung über die beschränkte Marktwirkung in eine eigene Bekanntmachung geprüft werden (analog der De-minimis-Bekanntmachung der EU-Kommission).

Der Rechtssicherheit zuträglich ist eine klare Rangfolge der Bekanntmachungen. So sollte die KMU-Bekanntmachung als Spezialregelung beispielsweise gegenüber der «Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden» Vorrang geniessen. Dies würde kleinen Unternehmen erheblichen Gewinn an Rechtssicherheit bringen. Denn nach Konsultation der KMU-Bekanntmachung wäre klar, dass nicht zusätzlich in anderen Bekanntmachungen noch anwendbare Regeln zu finden sind.

Empfehlung

Wird ein Vorhaben gemeldet, bevor es Wirkung entfaltet, sollte eine spätere Sanktionierung nicht mehr möglich sein. Unternehmen sollten ein geplantes, aber noch nicht eingeführtes Vorhaben sanktionsbefreiend durch das Sekretariat prüfen lassen können oder, bei Beibehaltung des Umsetzungserfordernisses, Sanktionsbefreiung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens geniessen. Für den Fall, dass das Meldeverfahren nicht verbessert wird, soll Unternehmen ein gesetzlicher Anspruch auf Erlass von Feststellungsverfügungen nach dem Vorbild von Art. 25 VwVG zustehen.

Bei der Redaktion künftiger bzw. der Revision bestehender Bekanntmachungen ist dem Kriterium der Rechtssicherheit durch verbindlichere Ausnahmen und eine bessere Abstimmung mit den EU-Regeln stärker Rechnung zu tragen.

⁷⁴ Vgl. WEKO, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007.

Sanktionen brauchen klare gesetzliche Grundlagen

2.2.5 Sanktionsbemessung

Gemäss geltendem Kartellgesetz kann ein Unternehmen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen mit einem Betrag von bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. Diese als «Verwaltungssanktion» (Titel des 6. Abschnitts des KG) bezeichnete Belastung kann, insbesondere bei Unternehmen mit tiefen Reingewinnmargen (beispielsweise Gross- und Einzelhandel), rasch die Eigenmittel aufzehren und somit die Existenz bedrohen. Die Sanktionen nach Art. 49a des KG sind aufgrund ihrer möglichen Härte entsprechend den Grundsätzen der EMRK *strafrechtlicher Natur*.

Als Sanktionen strafrechtlicher Natur müssen die «Verwaltungssanktionen» gemäss Art. 49a des KG die Grundrechte der betroffenen Unternehmen wahren. Eine klare gesetzliche Grundlage sowie Gewaltenteilung vorausgesetzt, sind insbesondere zu beachten:

- das *Verschuldensprinzip* (nulla poena sine culpa): Angesichts der Höhe der Sanktionen muss das Verschuldensprinzip voll im Wettbewerbsrecht verankert werden. Kartellsanktionen dürfen nicht zu Formaldelikten verkommen. Unternehmen sind nur dann zu bestrafen, wenn
 - sich Organe vorsätzlich an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt haben, oder
 - wenn die Unternehmen nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen haben, um eine Straftat zu verhindern (so das Unternehmensstrafrecht in Art. 102 StGB);
- die *Unschuldsvermutung* (in dubio pro reo): Es ist Aufgabe der WEKO, die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen;
- das *Geständnisverweigerungsrecht und das Recht, nicht gegen sich selbst aussagen zu müssen* (nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se ipsum prodere).

Die Wahrung der Grundrechte kann durch folgende Massnahmen erreicht werden:

- Die WEKO muss das Verschulden des Unternehmens nachweisen. Dabei sind insbesondere Compliance-Programme bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen: Wenn ein Unternehmen angemessene Massnahmen zur Einhaltung des Kartellrechts nachhaltig ergriffen hat, muss der Vorwurf an das Unternehmen entfallen (Konsequenz: Entfallen oder Minderung der Sanktion).
- Anpassung der Bonusregelung im Sinne der Transparenzschaffung bezüglich bereits eingereicherter Selbstanzeigen und der uneingeschränkten Wahrung der Untersuchungsmaxime.

Absehbare Schadenersatzklagen einbeziehen

Bei der Sanktionsbemessung sind *neben Verschulden auch absehbare Schadenersatzzahlungen* an Kunden und Wettbewerber sowie Geldbussen in gleicher Sache in anderen Jurisdiktionen zu berücksichtigen. Gemäss Art. 2 Abs. 1 der KG-Sanktionsverordnung (SVKG) ist der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, bei der Sanktionsbemessung angemessen zu berücksichtigen. Mit privatrechtlichen Schadenersatzklagen wird aber der durch das unzulässige Verhalten erzielte Gewinn (teilweise) abgeschöpft. Absehbare Schadenersatzklagen sollten deshalb vorausschauend bei der Sanktionsbemessung miteinbezogen werden. Im Ausland verhängte Geldbussen für dieselbe Widerhandlung können sodann gemäss den Erläuterungen der WEKO zu Art. 2 Abs. 2 SVKG im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Festsetzung der Sanktion angemessen berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung von ausländischen Sanktionen sollte nicht im Ermessen der Wettbewerbsbehörden liegen, sondern *zwingend* sein, um eine Doppelbestrafung des Unternehmens für dasselbe Verhalten zu verhindern. Dies gilt insbesondere, wenn bei der Bemessung der Busse auch der in der Schweiz erzielte Gewinn bzw. getätigte Umsatz berücksichtigt worden ist (beispielsweise durch Bezugnahme auf den Umsatz eines Konzerns mit Sitz in der Schweiz).

Sanktionierung nur bei hinreichender Klärung der Unvereinbarkeit

In den Bereichen vertikale Absprachen und Marktbeherrschung besteht ein unlösbares Spannungsverhältnis zwischen der unbegrenzten Vielfalt von Geschäftsmodellen und der Schwierigkeit einer klaren und verbindlichen gesetzlichen Regelung. Im Einklang mit der Rechtsprechung in der EU und Deutschland sollte die WEKO nur dann eine Sanktion festsetzen, wenn die Unvereinbarkeit der Verhaltensweise hinreichend geklärt und die Sanktionsfolge objektiv voraussehbar war.

Empfehlung

Bei der Sanktionsbemessung ist in erster Linie auf das Verschulden abzustellen. Unternehmen mit angemessenem Compliance-Programm sind bei fehlender direkter Verantwortung vollständig oder teilweise von Sanktionen zu entlasten («Compliance Defence»).

Im Rahmen der Sanktionsbemessung sind zudem zwingend absehbare Schadenersatzzahlungen an Kunden und Wettbewerber sowie Geldbussen in gleicher Sache in anderen Jurisdiktionen zu berücksichtigen.

Hohe Anforderungen an die Kompetenz der WEKO

2.3 Institutionen

Die Institutionen (WEKO, Sekretariat, Gerichte) sind für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts entscheidend. Sie sind *mit grossen Kompetenzen ausgestattet* und greifen direkt in das Wirtschaftsgeschehen ein. Deswegen sind hohe Anforderungen an sie zu stellen. Ausschlaggebende Faktoren sind Glaubwürdigkeit, Kompetenz und Effizienz. Zu Recht werden sie von der Öffentlichkeit und von Fachkreisen kritisch beobachtet und beurteilt. Aufgrund der zwingenden Wahrung der Vertraulichkeit ist der Einblick in die tatsächliche Funktionsweise der Institutionen für Aussenstehende notwendigerweise beschränkt.

Die WEKO trifft heute alle Entscheide im Plenum. Sie hat nach der Verkleinerung von 15 auf zwölf Mitglieder das im Geschäftsreglement (SR 251.1) vorgesehene Kammersystem aufgegeben. Das Kommissionspräsidium, das die Untersuchungshandlungen zu genehmigen hat, besteht aus dem Präsidenten und dem Vizepräsidenten. Beide Amtsträger sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt Juristen. Ähnlich wie bei der EU-Kommission ist nicht abschliessend klar, ob die WEKO eine richterliche Behörde im Sinne der EMRK ist. Diese Frage ist bezüglich der erhöhten rechtsstaatlichen Anforderungen an richterliche Organe (insbesondere Art. 6 EMRK) von einiger Bedeutung. Unbestritten ist hingegen, dass die Rekursinstanz gegen WEKO-Entscheide, das Bundesverwaltungsgericht, eine richterliche Behörde ist (wie das Europäische Gericht Erster Instanz), die nach verbreiteter Meinung genügenden Rechtsschutz bietet.

Das hauptsächlich für die Untersuchungen zuständige WEKO-Sekretariat beschäftigt rund 65 Mitarbeitende (58,4 Vollzeitstellen). Für ihre Ermittlungstätigkeit sind sie in die drei Dienste «Produktmärkte», «Dienstleistungen» und «Infrastruktur» gegliedert. Das Sekretariat ist zudem für Vorabklärungen, Ämterkonsultationen und andere Stellungnahmen verantwortlich und stellt der Kommission Antrag. Der Bundesrat kann die Entscheide der Kommission unter gewissen Umständen mittels Sonderregelungen aufheben und ist berechtigt, dem Sekretariat die Untersuchung eines bestimmten Sachverhalts aufzutragen. Praktische Fälle hierzu sind allerdings nicht bekannt. Der Preisüberwacher nimmt mit beratender Stimme an den Sitzungen der WEKO teil. Sein Aufgabenbereich erstreckt sich insbesondere auf die Überwachung der administrierten Preise und der Monopole. Zu diesem Zweck stehen ihm 17 Mitarbeiter (15,3 Stellen) zur Verfügung.

Kritik an der Zusammensetzung der WEKO...

2.3.1 Kompetenzen und Zusammensetzung der Wettbewerbskommission

Zurzeit besteht die WEKO aus zwölf durch den Bundesrat gewählten Mitgliedern. Darunter befinden sich sieben Professoren (vorwiegend Juristen). Vier Mitglieder wurden von Wirtschaftsverbänden und Gewerkschaften *zur Wahl vorgeschlagen*, wobei der Bundesrat in seinem Entscheid frei ist. Ein von den Konsumentenorganisationen vorgeschlagenes Mitglied gehört dem Zürcher Obergericht an. In den OECD-Berichten⁷⁵ zur Wettbewerbspolitik der Schweiz, von einzelnen Fachkreisen, aber teilweise auch vom Präsidenten der WEKO werden die aktuelle Grösse und auch die Zusammensetzung der WEKO kritisiert. Auch wird teils eine Überlastung der Milizkommission befürchtet. Allerdings zeigt die wiederholt erfolgte Absage geplanter Sitzungen, dass die Anzahl der behandelten Fälle eher durch die Ressourcen des untersuchenden Sekretariats als durch die entscheidende Behörde beschränkt wird.

...aber Mitwirkung von Vertretern aus der Praxis entspricht dem politischen Willen

Bereits bei der Revision 2003 wurde empfohlen, das Vorschlagsrecht der Interessenverbände abzuschaffen. Aufgrund der *klaren Äusserungen im Vernehmlassungsverfahren* hat der Bundesrat dem Parlament dies jedoch nicht mehr vorgeschlagen. Die Mitwirkung von Vertretern aus der Praxis entspricht dem wiederholt bestätigten klaren politischen Willen des Gesetzgebers – auch wenn verschiedene Experten nach wie vor signalisieren, dass dieses Vorschlagsrecht die Unabhängigkeit der WEKO gefährdet.⁷⁶ Gefordert wird auch ein vollamtliches Entscheidgremium anstelle der heutigen Milizkommission.

Wissenschaft und Praxis ergänzen sich

Die vorgeschlagenen Mitglieder bringen ihre praktischen Kenntnisse frei von Instruktionen der Marktteilnehmer ein. Schon aus Vertraulichkeitsgründen dürfen sie Einzelfälle nicht ausserhalb der WEKO diskutieren. Dies auch deswegen, weil sich Mitglieder des gleichen Spitzenverbands in Verfahren vielfach gegenüberstehen. Der Bundesrat ist als Wahlbehörde nicht an die Vorschläge der Interessengruppen gebunden. Zusätzlich unterstehen diese WEKO-Mitglieder *denselben Verpflichtungen* wie die sogenannten «Unabhängigen». Der Beitrag von Mitgliedern aus der Praxis ist nicht die einseitige Interessenvertretung. Komplementär zur vorwiegend von als unabhängig bezeichneten Professoren vertretenen, eher dogmatischen Perspektive, sollen sie den Praxisbezug einbringen. Die vorgeschlagenen Mitglieder können mit den Fachrichtern an Handels- und Mietgerichten verglichen werden. Auch ihnen kann keine Beeinträchtigung der Rechtsprechung unterstellt werden.

Interessenkonflikte kommen häufiger bei den auch als Gutachter fungierenden oder auf andere Art mit einzelnen Parteien in Verbindung stehenden sogenannten «unabhängigen» Kommissionsmitgliedern vor.⁷⁷ Diese unmittelbar mit dem Wettbewerbsrecht in Verbindung stehenden *Nebenmandate* schränken eine unabhängige Mitarbeit in der Kommission stärker ein, als das bei Vertretern von Spitzenverbänden der Fall ist. Gerade im Wettbewerbsrecht ist der Praxisbezug unabdingbar. Denn die Umsetzung des Wettbewerbsrechts ist keine abstrakte juristische Auseinandersetzung; sie ist Teil der Wirtschaftspolitik und entsprechend zentral ist die Vertretung der wichtigsten wirtschaftlichen Akteure im entscheidenden Gremium. Auch bei ordentlichen Gerichten besteht ein – oft sehr starr gehandhabter – Proporz, der auf politische Parteien rekurriert, um neben der juristischen Kompetenz die Gesellschaft abzubilden. Eine in diesem demokratischen (oder pluralistischen) Sinne repräsentative Zusammensetzung der urteilenden Gremien trägt entscheidend zur Akzeptanz von Entscheiden bei. Gerade für die Wettbe-

⁷⁵ Vgl. OECD, *The Role of Competition Policy in Regulatory Reform. Regulatory Reform in Switzerland*, OECD Reviews of Regulatory Reform, Paris 2006.

⁷⁶ Vgl. zum Beispiel Müller J.P., *Rechtsgutachten vom 15. März 2007 betreffend Verfügung der schweizerischen Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007 in Sachen Terminierung Mobilfunk (32-0158)*, 2007.

⁷⁷ Im Bericht der Evaluationskommission des Bundesrats wird pauschal auf eine anscheinend bestehende Ausstandsproblematik hingewiesen, ohne dies aber durch konkrete Zahlen zu belegen.

werbspolitik ist die Akzeptanz der Institutionen bei den wirtschaftlichen Akteuren zentral.⁷⁸

Dominante Stellung des Präsidiums kritisch prüfen

Betrachtet werden muss auch die *interne Gliederung* der Kommission. Die im Jahr 2008 erfolgte Verkleinerung der WEKO durch die Abschaffung des Kammersystems hat das Präsidium entscheidend gestärkt. Es ist zu überprüfen, ob das Präsidium, das für die Genehmigung der Untersuchungshandlungen zuständig ist, weiterhin über diese Kompetenz verfügen soll. Auch zu prüfen ist die Wiedereinführung des Kammersystems, weil es den Aufbau spezifischen Wissens ermöglichen und die beanstandeten Detailkenntnismängel der Kommissionsmitglieder reduzieren würde.

Verschiedentlich wird angeregt, die Kommission vollamtlich zu bestellen. Momentan ist aber nicht klar, ob die Anzahl Fälle genügend für eine vollamtliche Auslastung wäre. Im Jahr 2007 hat die WEKO ihren Arbeitsaufwand an 17 ganztägigen Sitzungen bewältigen können. Aufgrund der weitreichenden Wirkung der Entscheide wäre es aber angebracht, wenn ein spezialisiertes Gericht in Fünferbesetzung urteilen würde. Da auch in diesem Fall Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen und die üblichen Ausstandsregeln zu beachten sind, müsste ein solches Gremium mit mindestens sieben oder neun Kartellrichtern besetzt sein. Der *Grössenunterschied* zur gegenwärtig im Milizsystem arbeitenden Zwölferkommission wäre *minim*. Zudem würden sich Fragen der Kompetenzabgrenzung zum Sekretariat aufdrängen. Unabhängig von diesen organisatorischen Fragen ist eine professionelle Tätigkeit der Kartellbehörde unabdingbar. Der Beschäftigungsumfang der einzelnen Kommissionsmitglieder hat auf den angestrebten hohen Standard der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung keinen Einfluss.⁷⁹

Abkehr vom Milizsystem nicht gerechtfertigt

Eine Abkehr vom Milizsystem, etwa mit drei bis fünf vollamtlichen «Wettbewerbsrichtern», wirft ernsthafte Fragen der Abgrenzung der Kompetenzen und Aufgaben zwischen Entscheid- und Untersuchungsbehörde auf. Sie wird von der Evaluationskommission des Bundesrats nicht zuletzt aus Effizienzgründen vorgeschlagen. Diese Zusammenfassung von Untersuchung und Entscheidung *tangiert aber die Verteidigungsrechte*. Denn es besteht berechtigte Besorgnis darüber, dass entlastende Argumente in der Untersuchung kaum oder zu wenig gewichtet werden würden. Faktisch würde dies dazu führen, dass jeder Entscheid bei der Rechtsmittelinstanz angefochten werden müsste, um zu einer objektiven Beurteilung zu kommen. Die drohende Überlastung des – nicht auf die Beurteilung wettbewerbspolitischer Fragen spezialisierten – Bundesverwaltungsgerichts ist evident.

Das heutige Milizsystem mit seiner Zusammensetzung aus akademischen Mitgliedern und Wirtschaftsvertretern erlaubt es, die Fachkenntnisse aus Praxis und Wissenschaft unmittelbar in den Entscheidungsprozess einzubeziehen. Das trägt zu angemessenen Entscheiden bei. Ein reines Richter-gremium könnte zu einer zu starken Gewichtung juristischer Kriterien führen. Für ein rechtsstaatliches Verfahren entscheidender sind die Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion, die Ausgliederung aus der Verwaltung sowie die Einschränkung des politischen Einflusses.

Einführung eines Kartellgerichts nach dem Modell der Handelsgerichte ist zu prüfen

Aus Sicht der Wirtschaft ist die Etablierung eines Kartellgerichts nach dem Modell der heute in der Schweiz in vier Kantonen bestehenden Handelsgerichte zu prüfen. Mindestens zwei vollamtlich tätige Kartellrichter würden das Präsidium und das Vizepräsidium stellen. Nebenamtlich würden ungefähr acht Fachrichter amten, die ihre Fach- und Branchenkenntnisse einbringen. Die Zusammensetzung des (Fach-)Richtergremiums sollte

⁷⁸ Vergleichsweise wurde im Zusammenhang mit der Finanzmarktkrise immer wieder Kritik an der rein aus Experten zusammengesetzten Finanzmarktaufsicht (FINMA) laut. Die Akzeptanz der Entscheide wird so in Frage gestellt.

⁷⁹ Auch das neue Bundespatentgericht wird sich aus zwei vollamtlichen Richtern und etwa 20 nebenamtlichen Fachrichtern zusammensetzen und somit ebenfalls im Milizsystem funktionieren.

paritätisch aus Interessenvertretern und Unabhängigen bestehen, wobei wie bisher den Wirtschaftsverbänden ebenso wie den Konsumentenorganisationen und Gewerkschaften ein Vorschlagsrecht zuzugestehen ist. Auch ist die Einführung eines Kammersystems analog dem Modell des Zürcher Handelsgerichts zu prüfen. Wahlorgan der haupt- wie der nebenamtlichen Richter könnte das Parlament analog zur Wahl der Bundesrichter sein.⁸⁰ Eine derart unabhängige richterliche Behörde würde konsequenterweise eine gewisse administrative Unterstützung in Form eines eigenen Sekretariats benötigen. Ein solcher «Gerichtsschreiber» sollte von den heutigen «Sekretariatsfunktionen» des WEKO-Sekretariats wie Anklage- und Vollzugsbehörde organisatorisch und hierarchisch klar getrennt sein.

Empfehlung

Die WEKO-Mitglieder sollen ihre Tätigkeit weiterhin im Milizsystem wahrnehmen. Die von den Interessengruppen vorgeschlagenen Mitglieder sollen als Fachrichter auch künftig ihre Praxiskenntnisse einbringen. Die ökonomische Kompetenz soll in Kommission, Präsidium und Sekretariat verstärkt werden.

Die Trennung zwischen der Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion ist zu stärken. Die Kommission soll die Entscheide unabhängig vom Sekretariat beraten und fertigstellen.

Die Ausgestaltung der WEKO analog zu Handelsgerichten als eigentliches Kartellgericht, mit einem vollamtlichen Präsidium und im Nebenamt tätigen Fachrichtern aus der Wissenschaft und Vertretern der wichtigsten wirtschaftlichen Akteure (Spitzenverbände der Wirtschaft, Gewerkschaften und Konsumenten), ist zu prüfen.

Einführung eines «Staatsanwaltschaftsmodells» prüfen

2.3.2 Funktion des Sekretariats

Das Sekretariat hat die Funktion der *Ermittlungsbehörde*. Daher sollte es dem Sekretariat gestattet sein, Untersuchungen auch ohne Konsultation der WEKO – der entscheidenden Behörde – zu eröffnen. Diese Aufwertung sollte durch einen eigenständigeren Auftritt manifestiert werden. In die gleiche Richtung gehen Überlegungen, das Sekretariat noch stärker auf die Ermittlungs- und Antragsstellungsfunktion auszurichten und es von Vollzugs- und Unterstützungsaufgaben zu entbinden. Dazu führt auch die Erkenntnis, dass das Sekretariat verschiedene Rollen auszuüben hat. Es gelangt nicht nur mit einem auf ihre Ermittlungen gestützten Antrag an die Kommission, sondern ist auch für den Vollzug der – allenfalls von seinen Anträgen abweichenden – Entscheide zuständig. In diesem Zusammenhang wäre zu überprüfen, ob das Sekretariat weiterhin die gleichen Beratungsdienstleistungen anbieten soll. Aus Sicht der Unternehmen ist eine solche Beratung sehr erwünscht; sie steht aber unter Umständen im Konflikt mit den Untersuchungsaufgaben des Sekretariats. Diese Tätigkeit hat das Risiko, dass damit Kommissionsentscheide präjudiziert werden.

Deswegen schlägt *economiesuisse* vor, die Einführung eines «Staatsanwaltschaftsmodells» zu prüfen. Dabei hätte das heutige Sekretariat die Funktion einer Anklagebehörde und wäre nicht gleichzeitig unterstützendes Organ der WEKO. Es würde sich nur noch auf die Ermittlungs- und Antragsfunktion konzentrieren. Eine solche «Wettbewerbsstaatsanwaltschaft» hätte gleich lange Spiesse wie die von ihr angeklagte Partei. Um die Gewaltentrennung zu stärken, wäre ein eigenständiger organisatorischer Auftritt unabdingbar.

⁸⁰ Beim neu geschaffenen Bundespatentgericht sieht der Nationalrat vor, dass die beiden hauptamtlichen Mitglieder vom Parlament, die nebenamtlichen Richter hingegen durch die Gerichtskommission des Parlaments gewählt werden. Damit soll bei den nebenamtlichen Richtern eine «Verpolitisierung» vermieden werden.

Empfehlung

Das Sekretariat soll stärker auf seine Ermittlungs- und Antragsstellungsfunktion ausgerichtet werden («Staatsanwaltschaftsmodell»). Zu diesem Zweck erhält sie einen eigenständigen Auftritt, wirkt aber nicht direkt an der Beratung von Entscheiden mit.

Die Kommission soll für die Redaktion der Entscheide über eine vom untersuchenden Sekretariat unabhängige Stelle verfügen.

Preisüberwachung ist grundsätzlich ein wettbewerbsfremdes Instrument

2.3.4 Preisüberwachung

Die Preisüberwachung ist grundsätzlich ein wettbewerbsfremdes Instrument. In einer liberalen Marktordnung bilden sich die Preise durch Marktmechanismen automatisch. Bei partiellem *Marktversagen* – verursacht insbesondere durch administrierte Preise oder Monopole – kann die Preisüberwachung (Pü) Empfehlungen abgeben. Bei überhöhten Preisen marktmächtiger Unternehmen wäre allerdings denkbar, den Fall der WEKO zu überlassen, die ihn hinsichtlich des Missbrauchs einer marktmächtigen Stellung untersuchen kann. Es stellt sich die Frage, ob die Aufrechterhaltung von zwei sich teilweise konkurrenzierenden Instanzen (Pü und WEKO) nach wie vor sinnvoll ist. Eine Integration der Preisüberwachung in eine neue integrierte Wettbewerbsbehörde wäre unter diesem Aspekt ernsthaft zu befürworten. Eine integrierte Wettbewerbsbehörde scheint besser in der Lage zu sein, eine kohärente Wettbewerbspolitik zu verfolgen. Australien und die Niederlande haben sich für eine solche Organisation entschieden.

Verschmelzung aller Sektorbehörden und der WEKO zu einer einzigen Wettbewerbsbehörde ist zu prüfen

2.3.5 Verhältnis zu den Sektorbehörden

Wettbewerbspolitik soll sich für alle Unternehmen an den gleichen Grundsätzen orientieren. Branchenspezifische Ausnahmen sollen so selten wie möglich vorkommen. Wird einer Behörde die Kompetenz erteilt, im Rahmen einer sektorspezifischen Regulierung beispielsweise Preise festzusetzen, darf die Wettbewerbskommission keine konkurrierenden Kompetenzen haben. Denn das würde die Rechtssicherheit reduzieren und die Regulierungskosten erhöhen. Nach *australischem oder niederländischem Vorbild* schlägt *economiesuisse* vor, die Verschmelzung aller Sektorbehörden und der WEKO zu einer einzigen Wettbewerbsbehörde zu prüfen. Damit könnten die Ressourcen der Wettbewerbsbehörden effizienter eingesetzt werden. Um spezifisches Fachwissen aufbauen zu können, wäre eine Organisation in Fachkammern vorzusehen.

Beschaffungswesen ist ebenfalls wettbewerbspolitisch relevant

Die Kontrolle der *Machtkonzentration bei Beschaffungsstellen* ist besonders bei Beschaffungsk Kooperationen von Bedeutung. Der Revisionsentwurf des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) sieht in diesem Bereich ebenfalls eine Mitwirkung der WEKO vor. Daneben besteht bei Ausschreibungen, bei denen das BöB keinen Rechtsschutz vorsieht (beispielsweise bei Rüstungsgütern), nur durch das Kartellgesetz die Möglichkeit, das Verhalten der Beschaffungsbehörde zu prüfen. Der WEKO steht ausserdem das Recht zu, Beschwerde zu erheben, falls durch einen Beschaffungsentscheid der Marktzugang in unzulässiger Weise beschränkt wurde (Art. 9 Abs. 2bis BGBM).

Sektorregulierungen als wettbewerbspolitischer Knackpunkt

Ein besonderer Handlungsbedarf zeigt sich in der Koordination bei Sektorregulierungen vor allem in Bereichen, die sich (noch) im Liberalisierungsprozess befinden. Gleiches gilt auch für das Verhältnis zur Preisüberwachung. Hier ist eine Zusammenfassung von WEKO, Sektorbehörden und Preisüberwachung abzuklären und vorbehaltlos zu prüfen. Damit könnten auch institutionelle Fragen grundsätzlich abgeklärt werden. Zentral wäre dann auch die Thematisierung des Einbezugs von Praxisvertretern in eine Gesamtorganisation.

Neben der WEKO gibt es Regulationsbehörden, die sich mit Teilbereichen der Schweizer Wirtschaft befassen. Dazu gehören die Kommunikationskommission (ComCom), die Elektrizitätskommission (ElCom) sowie die Postregulationsbehörde (PostReg). Da sich

die Wettbewerbspolitik für alle Branchen und Unternehmen an den gleichen Grundsätzen orientieren soll, müssten die wettbewerbspolitischen Regeln konsequenterweise einheitlich im Kartellrecht und nicht zusätzlich in sektoriellen Gesetzen festgelegt werden. Von branchenspezifischen Abweichungen soll möglichst Abstand genommen werden.⁸¹

Sofern eine sektorspezifische Regulierung, die es der Regulierungsbehörde beispielsweise erlaubt, Preise festzusetzen, dennoch eingeführt wird, darf die Wettbewerbsbehörde aus Gründen der Rechtssicherheit und der Verwaltungsökonomie keine damit konkurrierende Kompetenz haben. Dies muss auch dann gelten, wenn die Regulierungsbehörde erst eingreifen kann, wenn sich die Marktteilnehmer nicht selbst einigen können. Eine «Behördenkonkurrenz» führt zu vermehrter Rechtsunsicherheit und zu zusätzlichen Verfahrenskosten und behindert damit den Wettbewerb.

Empfehlung

Die wettbewerbspolitischen Regeln müssen konsequent einheitlich im Kartellrecht und nicht zusätzlich in sektoriellen Gesetzen festgelegt werden. Auf branchenspezifische Abweichungen vom Kartellgesetz soll möglichst verzichtet werden.

Es ist zu prüfen, ob die Sektorbehörden und Preisüberwachung mit der WEKO zu einer einzigen (neuen) Wettbewerbsbehörde verschmolzen werden können. Alternativ müsste eine schärfere Trennung der Kompetenzen zwischen Sektorbehörden und WEKO festgelegt werden. Wird eine sektorspezifische Regulierungsbehörde mit umfassenden Kompetenzen ausgestattet, darf die WEKO keine damit konkurrierende Kompetenz haben.

2.4 Verhältnis zu Europa

International ausgerichtete Schweizer Wirtschaft

Die Schweiz ist eine der stärksten globalisierten Wirtschaftsnationen. Jedes fünfte Schweizer Unternehmen nimmt mit Tochtergesellschaften, Gemeinschaftsunternehmen oder Kooperationen im Ausland am globalen Wettbewerb teil. Ein Grossteil dieser Auslandsverflechtungen besteht mit der EU. Hier ist die Verbindung gerade auch durch die räumliche Nähe besonders stark. Deutlich wird dies an sogenannten Europakzepten (zum Beispiel einheitliche europäische Preispolitik), die viele europaweit tätige Unternehmen haben.

Spielraum für eigenständige Lösungen nutzen

Das Wettbewerbsrecht greift regulierend in den globalen Wettbewerb ein. Wirkt sich ein kartellrechtlich relevantes Verhalten sowohl in der Schweiz als auch in der EU aus, wird es von beiden Kartellrechtsbehörden auf seine Zulässigkeit überprüft. Um den Schweizer Unternehmen das Tätigwerden im weltweiten Wettbewerb zu erleichtern und gleichzeitig Rechtssicherheit zu gewährleisten, befürworten die Schweizer Unternehmen eine Politik der «europakompetitiven» Annäherung: Was in der EU erlaubt ist, soll auch in der Schweiz zulässig sein.⁸² In jenen wettbewerbsrechtlichen Belangen aber, in denen die EU überschüssend ist, soll und darf die Schweiz durchaus liberaler sein und ihren Spielraum für eigenständige Lösungen – etwa im Verfahrensbereich oder bei der Sanktionsbemessung – nutzen. Europakompetitivität geht vor Europakompatibilität.

⁸¹ Vgl. auch *economiesuisse*, Wettbewerbspolitische Grundsätze, Leitlinie (5).

⁸² So sollten sich die Unternehmen auf die Freistellungstatbestände der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen (zum Beispiel die Verordnung [EG] Nr. 2790/1999 für vertikale Vereinbarungen oder die Verordnung [EG] Nr. 358/2003 für Vereinbarungen der Versicherungsbranche) auch in der Schweiz berufen können.

**Bei Zusammenarbeitsabkommen
rechtsstaatliche Anliegen
berücksichtigen**

Die beiden in den letzten zwei Kartellgesetzrevisionen angestrebten Ziele der Europakompatibilität und des Schutzes des wirksamen Wettbewerbs gehen nicht immer Hand in Hand. Die Schweiz soll das EU-Wettbewerbsrecht in Bereichen, wo Europa überreguliert oder zu überschüssenden Interventionen anhält, bewusst nicht übernehmen. Die Schweiz ist nicht verpflichtet, festgestellte Mängel im EU-Wettbewerbsrecht nachzuvollziehen. Auch der Schutz des Wettbewerbs steht vor der Europakompatibilität.

Die EU-Kommissarin für Wettbewerb hat der Schweiz den Abschluss eines Zusammenarbeitsabkommens vorgeschlagen. Ein solches fordert auch der Präsident der WEKO öffentlich. Zurzeit finden Sondierungsgespräche auf Fachebene statt. Bereits heute ist der *fachliche Dialog* zwischen den Wettbewerbsbehörden *intensiv*. Eine konkrete Zusammenarbeit mit einem Informationsaustausch in Einzelfällen ist aber aufgrund der Rechtslage nicht möglich – ausser bei Fusionsfällen und Vorliegen einer Einwilligung der Parteien.

Eine Zusammenarbeit mit der EU soll aufgrund der engen wirtschaftlichen Verflechtung angemessen geprüft werden. Die Wirtschaft knüpft aber die Aufnahme solcher Verhandlungen an *klare Grundbedingungen*, die zuerst erfüllt sein müssen. Bevor über ein Zusammenarbeitsabkommen verhandelt wird, müssen bestehende rechtsstaatliche Bedenken (EMRK) ausgeräumt werden: Ein ungelöstes Problem besteht im Bereich der von der EU-Kommission für Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht verhängten Geldbussen. Diese müssten dem Bestimmtheitsgebot genügen und damit für die Unternehmen vorhersehbar sein. Des Weiteren müsste gewährleistet sein, dass eine Geldbusse nur dann verhängt werden kann, wenn die Verletzungshandlung fahrlässigem oder vorsätzlichem Verhalten einer Person zugeordnet werden kann, deren Verhalten dem beschuldigten Unternehmen auch klar zurechenbar ist. Zudem müssten Bemühungen von Unternehmen um rechtmässiges Verhalten, wie zum Beispiel durch «Compliance-Programme», bei der Haftung, mindestens aber bei der Festsetzung der Höhe einer Geldbusse berücksichtigt werden. Es sind sodann die grundsätzlichen Regeln für die Amts- und Rechtshilfe zu beachten. Das kritisierte Verhalten muss in beiden Rechtsräumen strafbar sein. Die Wirtschaft legt auch Wert auf das Spezialitätenprinzip: Die weitergegebenen Informationen sollen ausschliesslich für die vorbestimmten Zwecke Verwendung finden dürfen und nicht für weitere Verfahren, beispielsweise im Steuerbereich. Auch müssen die Vertraulichkeit und der Rechtsschutz jederzeit gewährt bleiben. Schliesslich ist der Schweizer Geheimnisschutz für Unternehmensjuristen zu sichern.

Empfehlung

In der Schweiz soll zulässig sein, was im Wettbewerbsrecht der EU zulässig ist.

Die Schweiz soll das EU-Wettbewerbsrecht in Bereichen, in denen Mängel festgestellt wurden, nicht übernehmen. Das Schweizer Recht soll und darf durchaus rechtsstaatlicher und liberaler sein. Die Schweiz soll den Spielraum für eigenständige Lösungen nutzen. Europakompetitivität geht vor Europakompatibilität.

Vor Verhandlungen über ein Zusammenarbeitsabkommen sind rechtsstaatliche Bedenken zu bereinigen. Sodann sind die grundsätzlichen Regeln für die Amts- und Rechtshilfe sowie der Geheimnisschutz für Unternehmensjuristen zu sichern.

3 Anforderungen an ein modernes Wettbewerbsrecht

Das schweizerische Wettbewerbsrecht wurde mit den Revisionen von 1995 und 2003 deutlich verschärft und den europäischen Regeln angenähert. Der eingeschlagene Weg wird von *economiesuisse* im Interesse einer liberalen Ordnungspolitik begrüsst. Das Kartellrecht zeigt in der Schweiz und der EU Wirkung. Die Schweizer Unternehmen haben in den vergangenen Jahren auf allen Stufen zusätzliche Anstrengungen unternommen, um die wettbewerbsrechtlichen Vorgaben strikte einzuhalten. Das geltende Wettbewerbsrecht hat somit positive Wirkungen. Die Erfahrungen der Unternehmen zeigen allerdings auch, dass das grundlegende Ziel der Wettbewerbspolitik, der Schutz des Wettbewerbs, mit dem geltenden Wettbewerbsrecht noch nicht optimal erreicht wird. Gewisse bestehende wettbewerbsrechtliche Regeln ziehen staatliche Eingriffe nach sich, die pro-kompetitive Praktiken der Unternehmen beschränken können. Solche überschüssenden Interventionen müssen im Interesse des Wettbewerbs verhindert werden. Auch die heutige Sanktions- und Bussenpraxis ist nicht unproblematisch: Auf der einen Seite wirkt das Sanktionssystem präventiv. Unternehmen haben den Anreiz, sich wettbewerbsrechtlich korrekt zu verhalten und Compliance-Programme einzuführen. Auf der anderen Seite führt ein hartes Abschreckungssystem dazu, dass Unternehmen und Mitarbeitende übervorsichtig werden, ihre Möglichkeiten am Markt nicht ausschöpfen und damit letztlich die Wirtschaft an Wettbewerbskraft verliert. Zur Vermeidung dieser negativen Aspekte sind die Unternehmen auf Rechtssicherheit und ein effizientes und berechenbares Handeln der WEKO angewiesen. Die hohen Sanktionen bedingen zudem wegen ihres Strafcharakters eine noch exaktere Beachtung der Verfahrensrechte und die Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit. Die Wettbewerbspolitik muss durch solche punktuellen Änderungen verbessert werden.

Die vorliegende, auf Konsultationen und Erfahrungsberichten der Unternehmen basierende Studie hat die Wirkung des Kartellgesetzes auf die Schweizer Unternehmen eingehend untersucht. Die Evaluation soll einen konstruktiven Beitrag zur Diskussion um die Weiterentwicklung des schweizerischen Wettbewerbsrechts leisten.⁸³ Aus Sicht der Unternehmen besteht Handlungsbedarf. Im Sinne eines konstruktiven Diskussionsbeitrags zur Weiterentwicklung des schweizerischen Wettbewerbsrechts hat die Wirtschaft 15 Empfehlungen formuliert:

⁸³ Vgl. auch die synoptische Übersicht zu den Empfehlungen der Evaluationsgruppe Kartellgesetz (Anhang 4.3).

Materielle Fragen

Horizontale Abreden

1. In Bezug auf die Bestimmungen betreffend der unzulässigen horizontalen Wettbewerbsabreden (Art. 5 Abs. 1 bis Abs. 3 KG) sind die Bekanntmachungen der WEKO analog dem EU-Kartellrecht zu vervollständigen. Sie sollen sich betreffend Schwellenwerte an den EU-Regeln orientieren.

Vertikalabreden

2. Das mit der Kartellgesetzrevision 2003 in Art. 5 Abs. 4 eingeführte faktische Per-se-Verbot bestimmter vertikaler Abreden ist im Lichte der neusten ökonomischen Theorien kritisch zu hinterfragen und abzuschaffen. Die heutige Regelung schafft Rechtsunsicherheit und die Gefahr von überschüssenden Interventionen. Auch die Vertikalbekanntmachung ist zu überarbeiten, konkret bei den Preisempfehlungen. Auf Einschränkungen, die weiter gehen als die EU-Regelungen, ist zu verzichten. Die direkte Sanktionierung von unzulässigen Mindest- und Festpreisen sowie Gebietsbeschränkungen wird nicht in Frage gestellt.

Marktbeherrschung

3. Die Beweislast für den Nachweis missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen soll immer bei den Behörden liegen. Dabei sind hohe Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Bestehende Rechtsunsicherheit muss sich in jedem Fall zugunsten eines beschuldigten Unternehmens strafmindernd auswirken.

Fusionskontrolle

4. Die Fusionskontrolle ist im Sinne der Rechtssicherheit beizubehalten, aber mit Fokus auf offenbare Marktmachtrisiken zu verwasentlichen. Die Fusionskontrolle ist zurückhaltend auszuüben, und auf Auflagen mit detaillierten Eingriffen in betriebswirtschaftliche Abläufe der Unternehmen ist möglichst zu verzichten. Auflagen sind anpassungsfähig zu gestalten und müssen separat überprüfbar sein. Mit differenzierten Schwellenwerten sollen internationale Fusionen, die den Schweizer Markt nur marginal betreffen, von der Meldepflicht ausgenommen werden.

Verfahren und Sanktionen

Kartellrechtliches Sanktionsverfahren

5. Das kartellrechtliche Sanktionsverfahren muss den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs, des Rechts auf Vermeidung der Selbstbelastung und der Waffengleichheit mit einer verstärkten Aufgabenteilung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde besser Rechnung tragen. Die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde ist mit einer Ausgliederung aus der Verwaltung und einer Verminderung des direkten Einflusses der politischen Exekutive zu stärken (analog Revisionsaufsichtsbehörde oder FINMA; Wahlkompetenz, eigenständiges Budget, keine Weisungen eines Departements).

Compliance

6. Die Bemühungen der Unternehmen, mit Hilfe von Compliance-Programmen und internen Risikoanalysen Wettbewerbsverstöße zu vermeiden, müssen gefördert werden. Dazu gehören bei fehlender direkter Verantwortung und angemessenen Compliance-Massnahmen der Unternehmen die Befreiung oder Milderung von Sanktionen. Die Sanktionierung von Mitarbeitenden, die sich unter Missachtung von Compliance-Programmen vorsätzlich an Kartellabsprachen beteiligen, ist im Zusammenhang mit der Einführung der Compliance Defence zu prüfen.

Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen

7. Ein allgemeines Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen soll gesetzlich verankert werden.

Sanktionierung

und Sanktionsausschluss

8. Wird ein Vorhaben gemeldet, bevor es Wirkung entfaltet, sollte eine spätere Sanktionierung nicht mehr möglich sein. Den Unternehmen sollte entweder die Möglichkeit gegeben werden, ein geplantes, aber noch nicht eingeführtes Vorhaben sanktionsbefreiend durch das Sekretariat prüfen zu lassen, oder, bei Beibehaltung der Umsetzungserfordernisse, eine Sanktionsbefreiung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens gewährt werden. Für den Fall, dass das Meldeverfahren nicht entsprechend den beschriebenen Erwägungen verbessert wird, ist ein gesetzlicher Anspruch auf Erlass von Feststellungsverfügungen nach dem Vorbild von Art. 25 VwVG einzuführen. Bei der Sanktionsbemessung gemäss Art. 49a KG von Tatbeständen nach Art. 7 KG sind die Gesamtumstände zu berücksichtigen. Dem Bestimmtheitsgebot, der schwierigen Vorhersehbarkeit und den Bemühungen des Unternehmens im konkreten Fall (zum Beispiel Einholen eines Rechtsgutachtens zur Abklärung der Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens) sind bei einer Fallbeurteilung gebührend Rechnung zu tragen. Kann ein Unternehmen im Voraus die Rechtswidrigkeit nicht oder nur sehr schwer erkennen, dann muss die fehlende oder eingeschränkte Vorhersehbarkeit und damit die begrenzte Vorwerfbarkeit des Verhaltens zu einer Sanktionsminderung, allenfalls zu einem Sanktionsausschluss führen.

Sanktionsbemessung

9. Bei der Sanktionsbemessung ist in erster Linie auf das Verschulden abzustellen. Unternehmen mit angemessenem Compliance-Programm sind bei fehlender direkter Verantwortung vollständig oder teilweise von Sanktionen zu entlasten («Compliance Defence»). Im Rahmen der Sanktionsbemessung sind zudem zwingend absehbare Schadenersatzzahlungen an Kunden und Wettbewerber sowie Geldbussen in gleicher Sache in anderen Jurisdiktionen zu berücksichtigen.

Institutionen

WEKO

10. Die WEKO-Mitglieder sollen ihre Tätigkeit weiterhin im Milizsystem wahrnehmen. Die von den Interessengruppen vorgeschlagenen Mitglieder sollen als Fachrichter auch künftig ihre Praxiskenntnisse einbringen. Die ökonomische Kompetenz soll in Kommission, Präsidium und Sekretariat verstärkt werden. Die Trennung zwischen der Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion ist zu stärken. Die Kommission soll die Entscheide unabhängig vom Sekretariat beraten und fertigstellen. Die Ausgestaltung der WEKO analog von Handelsgerichten als eigentliches Kartellgericht, zusammengesetzt aus einem vollamtlichen Präsidium und im Nebenamt tätigen Fachrichtern aus der Wissenschaft und Vertretern der wichtigsten wirtschaftlichen Akteure (Spitzenverbände der Wirtschaft, Gewerkschaften und Konsumenten), ist zu prüfen.

Sekretariat

11. Das Sekretariat soll stärker auf seine Ermittlungs- und Antragsstellungsfunktion ausgerichtet werden («Staatsanwaltschaftsmodell») und zu diesem Zweck einen eigenständigen Auftritt erhalten, aber nicht direkt an der Beratung von Entscheiden mitwirken. Die Kommission soll für die Redaktion der Entscheide über eine vom untersuchenden Sekretariat unabhängige Stelle verfügen.

Wettbewerbspolitische Regeln

12. Die wettbewerbspolitischen Regeln müssen konsequent einheitlich im Kartellrecht und nicht zusätzlich in sektoriellen Gesetzen festgelegt werden. Auf branchenspezifische Abweichungen vom Kartellgesetz soll möglichst verzichtet werden.

Neue Wettbewerbsbehörde

13. Es ist zu prüfen, ob Sektorbehörden und Preisüberwachung mit der WEKO zu einer einzigen (neuen) Wettbewerbsbehörde verschmolzen werden können. Alternativ müsste eine schärfere Trennung der Kompetenzen zwischen Sektorbehörden und WEKO festgelegt werden. Wird eine sektorspezifische Regulierungsbehörde mit umfassenden Kompetenzen ausgestattet, darf die WEKO keine damit konkurrierende Kompetenz haben.

Europa**Europakompetitivität**

14. Europakompetitivität geht vor Europakompatibilität. In der Schweiz soll zulässig sein, was im Wettbewerbsrecht der EU zulässig ist. Die Schweiz soll das EU-Wettbewerbsrecht in Bereichen, in denen Mängel festgestellt wurden, nicht übernehmen. Das Schweizer Recht soll und darf durchaus rechtsstaatlicher und liberaler sein. Die Schweiz soll den Spielraum für eigenständige Lösungen nutzen.

Bereinigung rechtsstaatlicher Bedenken

15. Vor Verhandlungen über ein Zusammenarbeitsabkommen sind rechtsstaatliche Bedenken zu bereinigen. Sodann sind die grundsätzlichen Regeln für die Amts- und Rechtshilfe sowie der Geheimnisschutz für Unternehmensjuristen zu sichern.

4 Anhang

4.1 Projektorganisation

Die Evaluation wurde von economiesuisse (Projektleitung) in Zusammenarbeit mit der zuständigen Kommission für Wettbewerbsfragen erarbeitet. Basis der Evaluation war eine Befragung der Mitgliedorganisationen von economiesuisse. Die Ergebnisse dieser Konsultationen wurden ausgewertet und prägen massgeblich die fachlichen Beiträge der Studie. Die Stossrichtung der Evaluation und der Empfehlungen hat der Vorstand von economiesuisse am 30. November 2008 festgelegt.

Projektleitung

Thomas Pletscher, economiesuisse

Projektbearbeitung

Silvan Lipp, economiesuisse

Caroline de Buman, economiesuisse

Mario Senn, economiesuisse

Schlussredaktion

Heike Scholten, economiesuisse

Dank

Die Verantwortung für die Ausarbeitung der Studie und ihrer Aussagen obliegt alleine economiesuisse. An dieser Stelle möchten wir all jenen für ihre wertvollen fachlichen Hinweise und Anregungen danken, ohne die diese Studie nicht hätte ausgearbeitet werden können. Besonders danken wir der Kommission für Wettbewerbsfragen von economiesuisse.

Mitglieder der Kommission für Wettbewerbsfragen

Vorsitz

Ulrich Jakob Looser Accenture AG

Mitglieder

Luca Albertoni	Camera di comm. dell'ind. & dell'artigianato di Cantone TI
Stefan Arnold	F. Hoffmann-La Roche AG
Hanspeter Berchtold	Swiss International Air Lines Ltd.
Urs Brogli	Hirslanden
Dr. Daniel Lucien Bühr*	Schindler Management Ltd.
Dr. Bernard Cloëtta	Schweizerischer Kosmetik- und Waschmittelverband
Beat Hagmann	hotelleriesuisse
Dagmar T. Jenni*	Swiss Retail Federation
Dr. Philip Kübler*	Swisscom AG
Christoph Leibenath	Nestlé S.A.
Stefanie Luckert	Vereinigung Schweizerischer Unternehmen in Deutschland
Urs Meier	Swissmem
Serge Oesch	Société Suisse des Entrepreneurs, Secrétariat Romand
Thomas Pletscher	economiesuisse
Michael Plüss	Novartis Schweiz
Clemens Roggen	SGCI Chemie Pharma Schweiz
Patrick Schäfli	VSIG Handel Schweiz
Dr. Patrick Sommer	CMS von Erlach Henrici
Mate Soso-Bucher	Schweizerischer Versicherungsverband
Christian Stiefel	SwissHoldings
Dr. iur. Iris-Claude Turck*	Credit Suisse
Claudia Wild	Thales Suisse SA
PD Dr. Christoph Winzeler	Schweizerische Bankiervereinigung

* Redaktionsausschuss für die Studie

4.2 Wettbewerbspolitische Grundsätze von economiesuisse

Rahmen für die Arbeiten der Kommission für Wettbewerbsfragen:⁸⁴

Ein funktionierender Wettbewerb ist Grundlage einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung. Deshalb gehört die Wettbewerbspolitik zu den Kernbereichen liberaler Wirtschaftspolitik und aller Bestrebungen zur Stärkung des Wirtschaftsstandorts Schweiz. Sie dient der Aufrechterhaltung und, wo nötig, Verbesserung unserer internationalen Wettbewerbsfähigkeit. Dies bedingt eine auf die Sicherung des freien Zugangs zu ausländischen Märkten ausgerichtete Aussenwirtschaftspolitik, eine aktive Forschungspolitik und generell die klare Orientierung aller standortrelevanten Politikbereiche an den Besten weltweit.

Insoweit orientiert sich economiesuisse für die Wettbewerbspolitik an den folgenden Leitlinien:

1 Wirksamer Wettbewerb als Fundament der Marktwirtschaft

Die Marktwirtschaft beruht auf einem funktionierenden und wirksamen Wettbewerb. Dieser führt zu Innovation und technischem Fortschritt, einem breiteren Angebot, einem kompetitiveren Preis-Leistungs-Verhältnis von Produkten und Dienstleistungen sowie zur Steigerung der Wohlfahrt insgesamt. Wettbewerbliche Lösungen sind aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht auch dann zu bevorzugen, wenn sie für einzelne Betroffene zu Umstellungen und Anpassungen führen. Sie verhindern Missbräuche dominierender Positionen. Marktmacht ist aber nicht per se missbräuchlich, sondern kann etwa auch die Folge einer speziellen Innovationskraft oder anderer überragender Leistungen sein.

2 Offenheit als Voraussetzung für Wachstum

Je offener eine Volkswirtschaft nach aussen ist, desto höher ist deren Wachstumspotenzial. Protektionismus an den Aussengrenzen hingegen reduziert den Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsakteuren und damit das Wirtschaftswachstum eines Landes. In einer kleinen Volkswirtschaft ist die Offenheit nach aussen von besonderer Bedeutung. Die Beseitigung von staatlichen Marktzutrittsbarrieren ist zentral. Bemühungen, den weltweiten Marktzugang für Waren, Dienstleistungen und Direktinvestitionen auf multi- und bilateraler Ebene zu verbessern, spielen volkswirtschaftlich eine zentrale Rolle. Wenn eine Marktöffnung in einer generellen Interessenabwägung einseitig erfolgt, darf dies nicht zu einer Diskriminierung von Produzenten oder Dienstleistern führen, welche ausschliesslich auf dem Schweizer Markt tätig sind. Auch sie müssen von der Beseitigung von Zutrittschranken profitieren können.

3 Keine verzerrenden Regulierungen

Regulierungen können – unabhängig von den direkten Belastungen für die Unternehmen – oft den Wettbewerb verzerren. Im Rahmen jeder Vorlage für ein Gesetz oder eine Verordnung sind die Auswirkungen auf den Wettbewerb darzulegen. Verzerrungen sind zu minimieren, alle Eingriffe müssen verhältnismässig sein (möglichst geringfügiger Eingriff in den Wettbewerb) und sind mit konkreten öffentlichen Interessen im Einzelfall zu rechtfertigen.

4 Orientierung an Realitäten statt an theoretischen Modellen

Das Wettbewerbsrecht muss sich an den Wirtschaftsrealitäten und nicht starr an theoretischen Modellen orientieren. Bei der Ausgestaltung und Auslegung des Wettbewerbsrechts sollen die internationalen Erfahrungen einbezogen und eine restrikt-

⁸⁴ Die Beurteilung der einzelnen Sachgeschäfte erfolgt jeweils im Einzelfall aufgrund der spezifischen Umstände und Fakten.

tivere Praxis (im Sinne von weiter gehenden Eingriffen) in der Schweiz als in vergleichbaren Ländern und Regionen, namentlich der EU und den USA, vermieden werden.

5 Horizontale Regelungen vor Sektorvorschriften

Die Wettbewerbspolitik soll sich für alle Branchen und Unternehmen an den gleichen Grundsätzen orientieren. Entsprechend sollen die wettbewerbspolitischen Regeln möglichst einheitlich im Kartellrecht und nicht in den sektoriellen Gesetzen festgelegt werden; von branchenspezifischen Abweichungen soll Abstand genommen werden.

6 Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit zentral

Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit sind für alle Wirtschaftsakteure besonders wichtig. Hier ist vor allem die WEKO gefordert, mit kohärenten Entscheiden über Meldungen von Unternehmen, mit praxisorientierten Bekanntmachungen und einer nachvollziehbaren Praxis (inklusive der Publikation von Entscheiden). Die Verfahren sind rasch und effizient durchzuführen, müssen jedoch die notwendigen Verteidigungsrechte für die Unternehmen wahren. Dazu ist das Verfahrensrecht entsprechend auszugestalten.

7 Wirkungsvolle interne Durchsetzung mit Geheimnisschutz für Unternehmensjuristen

Die interne Beratung der Unternehmen leistet einen wichtigen Beitrag zur wirkungsvollen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Dazu gehört unabdingbar auch ein Geheimnisschutz für Unternehmensjuristen bei der Beratung in wettbewerbliehen Angelegenheiten innerhalb der Unternehmensgruppe.

8 Eigentumsrechte schützen, Wettbewerb wahren

Das Immaterialgüterrecht fördert die Innovation und ist für die Schweiz als Land ohne natürliche Ressourcen mit einer wissensorientierten Wirtschaft zentral. Die geistigen Eigentumsrechte sind wie das physische Eigentum in vollem Umfang zu schützen. Entsprechend werden Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das Geistige Eigentum ergeben, vom Kartellgesetz nicht erfasst. Hingegen unterliegt das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens auch dann einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung, wenn sich die Marktbeherrschung aufgrund von Rechten des Geistigen Eigentums ergibt.

9 Öffentliche Ausschreibungen als Wettbewerbsinstrument

Öffentliche Ausschreibungen sind ein wirkungsvolles Instrument zur Herstellung von Wettbewerb. Die entsprechenden Verfahren sind straff und verhältnismässig so zu führen, dass sie nicht zu einer überschüssenden administrativen Belastung für die Beteiligten werden, dass die notwendigen Rechtsbehelfe die Projektrealisierung nicht gefährden und dass die Umschreibung der Ausschreibungskriterien nicht zur Abschottung missbraucht werden können.

10 Wettbewerb auch bei der Grundversorgung

Bei der Umschreibung und Sicherstellung der Grundversorgung steht die Schaffung und Wahrung von Wettbewerb im Vordergrund. Staatliche Eingriffe sind so auszugestalten, dass der Wettbewerb nicht verzerrt wird. Dazu gehören eine transparente Offenlegung der zu entgeltenden Kosten, die periodische Ausschreibung von Leistungsaufträgen und eine klare Abgrenzung von Aktivitäten der Grundversorgung von Tätigkeiten im kommerziellen Wettbewerb.

Diese Grundsätze hat der Vorstandsausschuss von economiesuisse am 22. Oktober 2007 verabschiedet.

4.3 Synoptische Übersicht zu den Empfehlungen der Evaluationsgruppe Kartellgesetz

Empfehlungen der Evaluationsgruppe des Bundes vom 5. Dezember 2008

Haltung *economiesuisse*

1. Festhalten am Konzept des Kartellgesetzes, keine grundlegende Überarbeitung der 2003 neu eingeführten Instrumente (direkte Sanktionen, Bonusregelung und Hausdurchsuchung)	<ul style="list-style-type: none"> – Kartellgesetz hat sich bewährt und zeigt Wirkung – Keine Änderung bei direkten Sanktionen für harte Kartelle, aber punktuelle Überprüfung bei Missbrauch einer marktmächtigen Stellung (Art. 7)
2. Wettbewerbsbehörden unabhängig von Politik und Wirtschaft strukturieren; Professionalisierung der Entscheidungsträger; Kommission und Sekretariat in einstufige Behörde überführen	<ul style="list-style-type: none"> – Wettbewerbsbehörde unabhängig von Politik und Verwaltung – Stärkung der Trennung von Untersuchung und Entscheid im Sinne der Rechtsstaatlichkeit («Staatsanwaltsmodell») – Entscheidbehörde aus vollamtlichem Präsidium und nebenamtlichen Fachrichtern (aus Wissenschaft und Wirtschaft), analog Handelsgerichten – Bildung einer neuen integrierten Wettbewerbsbehörde mit WEKO, Sektorregulatoren und Preisüberwachung prüfen
3. Abschluss Kooperationsabkommen mit ausländischen Behörden zum Austausch vertraulicher Informationen und Schaffung gesetzlicher Grundlage	<ul style="list-style-type: none"> – Vorbedingungen für einen Informationsaustausch sind die Gewährleistung des vollen Rechtsschutzes und der Verteidigungsrechte in den Verfahren sowie der üblichen Kriterien für die Amts- und Rechtshilfe (doppelte Strafbarkeit, Spezialitätenprinzip)
4. Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle mit derjenigen der EU unter Einführung des SIEC-Testes und der Effizienzeinrede sowie Anpassung der Aufgreifkriterien (Senkung der Schwellenwerte)	<ul style="list-style-type: none"> – Verwesentlichung der Fusionskontrolle vor allem bei Zusammenschlüssen mit überwiegendem Auslandsbezug – Zurückhaltende Ausübung der Fusionskontrolle und Verzicht auf detaillierte Eingriffe in betriebswirtschaftliche Abläufe
5. Bei vertikalen Restriktionen Verzicht auf Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung bei Festhalten an direkter Sanktionierbarkeit von Preis- und Gebietsbeschränkungen	<ul style="list-style-type: none"> – Prüfung der Abschaffung des faktischen Per-se-Verbots – Nicht restriktiver als EU-Regeln
6. Zivilrechtliche Durchsetzung verstärken und Durchsetzung verbessern bei Beweisführung, Aktivlegitimation und Schadenersatz	<ul style="list-style-type: none"> – Berücksichtigung von absehbaren Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung – Keine Umkehr der Beweislast

7. Verbesserung der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung mit Beweislastverschiebung, Massenverfahren und Vollstreckbarkeit; Ablehnung von Legal Privilege für Unternehmensjuristen und Sanktionsbefreiung bei Compliance-Programmen	<ul style="list-style-type: none"> – Sanktionsbemessung abgestimmt auf Verschulden – Entlastung von Sanktionen bei angemessenen Compliance-Programmen, sofern eine direkte Verantwortung fehlt – Einführung eines Legal Privilege für Unternehmensjuristen zur Stärkung der präventiv wirkenden internen Massnahmen («Compliance Defence»)
8. Bestätigung der direkten Sanktionierbarkeit harter Kartelle unabhängig von der Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung	<ul style="list-style-type: none"> – Unterstützung direkter Sanktionierbarkeit von harten Kartellen
9. Beim Widerspruch im Rahmen des Meldeverfahrens (Art. 49a II lit. a KG) restriktiveres Wiedererleben der direkten Sanktionierbarkeit und Verkürzung der Fristen	<ul style="list-style-type: none"> – Verstärkung des Meldeverfahrens – Verkürzung der Fristen
10. Einführung von Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen	<ul style="list-style-type: none"> – Sanktionen gegen natürliche Personen sind im Rahmen der Einführung der «Compliance Defence» zu prüfen
11. Anpassung der Vertikalbekanntmachung und Angleichung an die EU-Regeln	<ul style="list-style-type: none"> – Anpassung der Vertikalbekanntmachung und Angleichung an die EU-Regeln
12. Verbesserung der Arbeitsweise der Wettbewerbsbehörden	<ul style="list-style-type: none"> – Effiziente Arbeit der Wettbewerbsbehörden mit strikter Beachtung der rechtsstaatlichen Prinzipien zentral
13. Ergänzung des Präsidiums der WEKO mit einem unabhängigen Ökonomen	<ul style="list-style-type: none"> – Bessere Vertretung von Ökonomen in der WEKO und im Sekretariat
14. Verbesserung der finanziellen und personellen Ausstattung des Sekretariats der WEKO	<ul style="list-style-type: none"> – Eigenständiges Sekretariat für die entscheidende Behörde zur Gewährleistung der notwendigen Trennung von Untersuchung und Entscheid – Ausgliederung aus der Verwaltung mit eigenem Budget

4.4 Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1	Kartellgesetz im Umfeld weiterer wettbewerbsrelevanter Erlasse
Abbildung 2	Entwicklung der Bussenpraxis der EU-Kommission
Abbildung 3	Durchschnitt der verhängten Bussgelder pro Jahr und Unternehmen
Abbildung 4	Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen

4.5 Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGBM	Binnenmarktgesetz
BGer	Bundesgericht
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BV	Bundesverfassung
BVGer	Bundesverwaltungsgericht (bis 31. Dezember 2006 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen)
ComCom	Kommunikationskommission
CSDP-Test	Creation or Strengthening of Dominant Position-Test
DG Competition	Directorate General for Competition der EU-Kommission
E.	Erwägung
ECN	European Competition Network
EG	Europäische Gemeinschaften
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Elcom	Elektrizitätskommission
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
FINMA	Finanzmarktaufsichtsbehörde
FMG	Fernmeldegesetz
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
ICN	International Competition Network
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen
KMU	Klein- und Mittelunternehmen
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
PostReg	Postregulationsbehörde
Pü	Preisüberwacher
PüG	Preisüberwachungsgesetz
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (seit 1. Januar 2007 Bundesverwaltungsgericht)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs; Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden
Rz.	Randziffer
SLC-Test	Substantial lessening of competition-Test
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft

SIEC-Test	Significant Impediment to Effective Competition-Test
SSNIP-Test	Small but significant and non-transitory increase in price-Test
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StromVG	Stromversorgungsgesetz
SVKG	Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SR 251.4)
THG	Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VKK	Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission (seit 1. Januar 1997 RPW)
VKU	Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
WAK	Kommission für Wirtschaft und Abgaben
WEKO	Wettbewerbskommission
WEKO-GR	Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung

4.6 Literatur

Amstutz M., Keller S., Reinert M., «Si unus cum una...»: Vom Beweismass im Kartellrecht, in: Baurecht 3/2005, S. 114 ff.

Amstutz M., Reinert M., Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht? In: sic! 7/8/2005, S. 537 ff. und in: sic! 9/2005, S. 631 ff.

Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, April 2007.

Baumol W.J., Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure, in: American Economic Review, 72 (1) 1982, S. 1–15.

Bilger St., Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen; unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen kartellrechtlichem Sonderverfahrensrecht und allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht, Freiburg 2002.

Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, in: BBl 2002 I, S. 2022–2057.

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, Kartellgesetz) vom 23. November 1994, in: BBl 1995 I, S. 468–657.

Buccirossi P., Ciari L., Duso T., Fridolfsson S., Spagnolo G. und Vitale C., Ex-post merger review of merger control decisions, Dezember 2006.

Carlton D. W., Does Antitrust Need to be Modernized? in: Journal of Economic Perspectives 21/3 2007, S. 164.

Commission of the European Communities, Communication from the Commission: Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, Brüssel, 3. Dezember 2008.

DG Competition, discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Public consultation, Dezember 2005.

economiesuisse, Vernehmlassungsantwort Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, November 2008.

economiesuisse, Wettbewerbspolitische Grundsätze – Rahmen für die Arbeiten der Kommission für Wettbewerbsfragen, Positionspapier, Zürich 2008.

Emch D., Saurer M., Wettbewerber in der Zwangsjacke von Art. 5 Abs. 4 KG. Gefahr kontraproduktiver Wirkungen der Wettbewerbspolitik bei vertikalen Abreden, in: sic! 5/2008, S. 335 ff.

Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008.

Evenett S.J. & Meier M., Competition Law and Europe's Open Borders: The Case of Motor Vehicle Distribution in Switzerland. Discussion Paper no. 2008-19, St. Gallen 2008.

Freshfields Bruckhaus Deringer, European Commission priorities for action on dominant companies. Briefing, Dezember 2008.

Frowein J., Peukert W., Europäische Menschenrechtskonvention EMRK – Kommentar, Kehl am Rhein 2/1996.

Guyer, P., Marktdominanz. Grundbegriffe und Untersuchungsansatz. Mimeo, St. Gallen 2006.

Hangartner Y., Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Stoffel W., Zäch R. (Hg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich, Basel, Genf 2004, S. 275 ff.

Hayek F.A., Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Freiburger Studien, Tübingen 1969, S. 249–265.

Hirsbrunner M., Carte blanche für die Wettbewerbskommission? – Anmerkungen zu der vorgeschlagenen Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, in: SZW 2002, S. 91 ff.

Hoffet F., Seckler D., Vom Anwaltsgeheimnis zum «Legal Privilege», in: SJZ 101/2005, S. 333 ff.

Kobel P., Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, AJP 13 (2004), S. 1150 ff.

Krauskopf P., Pirlot Pittet C., La nouvelle Loi sur les Cartels: un Vade-Mecum pour les Entreprises, in: sic! 3/2004, S. 242 ff.

Lever J., Opinion, BDI Imprint No 406, 12. November 2007.

Lüscher Ch., Marktbeherrschung nach der KG-Revision – Symbolakt oder auch (erweiterter) Ansatz der Effektivierung (relativen) Machtgleichgewichts zwischen Unternehmen? in: Jusletter vom 14. Februar 2005.

Motta M., Competition Policy. Theory and Practice, Cambridge 2004.

Müller J.P., Rechtsgutachten vom 15. März 2007 betreffend Verfügung der schweizerischen Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007 in Sachen Terminierung Mobilfunk (32-0158), 2007.

Nordlander K., The Commission's Policy on Recidivism: Legal Certainty for Repeat Offenders, in: The Competition Law Review, Vol. 2, Issue 1, August 2005.

OECD, The Role of Competition Policy in Regulatory Reform. Regulatory Reform in Switzerland, OECD Reviews of Regulatory Reform, Paris 2006.

Rhinow R., Gurovits A. A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) vom 5. Juli 2001, in: RPW 2001/3.

Saurer M., Zur Schweizerischen Wettbewerbspolitik. Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber? Avenir-Suisse-Diskussionspapier 02/08, Zürich 2008.

Schmidtchen D., Der «more economic approach» in der Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 56, Heft 1 2006, S. 6–16.

Schwarze J., Bosch W., Bechtold R., Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft. Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, Stuttgart 2008.

Sommer P., Raemy A., Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizer Kartellrechts, in: sic! 10/2004, S. 758 ff.

Spitz Ph., Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, in: sic! 7/8/2004, S. 561 ff.

Stoffel W., Vertikalabsprachen und Marktabschottung. Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission. Vortrag gehalten an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung vom 22. Januar 2008 in Zürich sowie an der Geneva Conference «Economic Experts in Competition Law» vom 1. Februar 2008.

Waser A., Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002.

WEKO, Auflagen zum Zusammenschluss Migros/Denner (Auszug), 2007.

WEKO, Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung), Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2005.

WEKO, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007.

Zäch R., Schweizerisches Kartellrecht, Bern, 2. Auflage 2005.

economiesuisse
Verband der Schweizer Unternehmen
Hegibachstrasse 47
Postfach
CH-8032 Zürich

economiesuisse
Fédération des entreprises suisses
Carrefour de Rive 1
Case postale 3684
CH-1211 Genève 3

economiesuisse
Verband der Schweizer Unternehmen
Spitalgasse 4
Postfach
CH-3001 Bern

economiesuisse
Federazione delle imprese svizzere
Corso Elvezia 16
Casella postale 5563
CH-6901 Lugano

economiesuisse
Swiss Business Federation
Avenue de Cortenbergh 168
B-1000 Bruxelles

www.economiesuisse.ch