

Unternehmen im Wettbewerb: Evaluation des Kartellgesetzes

economisesuisse hat parallel zum Bundesrat eine eigenständige Evaluation des Kartellgesetzes von 2003 vorgenommen. Die Studie basiert auf Konsultationen und Erfahrungsberichten von Schweizer Unternehmen. Die Ergebnisse der Studie sind Gegenstand dieses dossierpolitik.

Position economisesuisse

Das Schweizer Kartellgesetz zeigt Wirkung. Die Unternehmen haben ihre Bemühungen zur Einhaltung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen weiter verstärkt. Die Studie zeigt allerdings auch, dass gewisse Wettbewerbsregeln zu Rechtsunsicherheit führen und überschüssende wettbewerbspolitische Massnahmen zur Folge haben können. Werden die Unternehmen aus Unsicherheit übervorsichtig, leidet die Marktdynamik. Es sind deshalb im Interesse des Wettbewerbs punktuelle Änderungen sowohl beim materiellen Recht als auch bei dessen Anwendung notwendig. Zudem sind die Verfahrensrechte noch exakter als bisher zu beachten. Im Sinne einer ganzheitlichen Wettbewerbspolitik ist auch die Schaffung einer neuen, umfassenden Behörde zu prüfen.

16. März 2009

Nummer 7

dossierpolitik

Evaluation des Kartellgesetzes

Wettbewerb als elementarer Pfeiler einer Marktwirtschaft	<p>1 Schutz des Wettbewerbs als zentrale ordnungspolitische Aufgabe</p> <p>economiesuisse setzt sich für eine offene Marktwirtschaft ein. Die marktwirtschaftliche Ordnung gewährleistet den Wirtschaftssubjekten nicht nur umfassende Handlungs-, Entscheidungs- und Innovationsfreiheit, sondern ist auch punkto Effizienz, Produktivität, Wohlstand und Beschäftigung anderen Wirtschaftssystemen überlegen. Voraussetzung für die positiven Effekte der marktwirtschaftlichen Ordnung ist funktionierender Wettbewerb. Diesen zu schützen und zu fördern ist Aufgabe der Wettbewerbspolitik. Die Stärkung des Wettbewerbs ist jedoch nicht nur über das Wettbewerbsrecht zu erreichen, sondern vor allem auch durch</p> <ul style="list-style-type: none"> – eine liberale, am Freihandel orientierte Aussenwirtschaftspolitik, – eine Binnenmarktpolitik, die Marktzutrittsbarrieren konsequent beseitigt, – eine nachhaltige Öffnungspolitik im Bereich der Infrastrukturmärkte, – ein transparentes und flexibles öffentliches Beschaffungswesen und generell – eine Politik, die die wettbewerbshemmenden Regulierungen wie staatliche Sondervorschriften oder Sektorregulierungen beseitigt.
economiesuisse mit eigenständiger Evaluation	<p>Für die Unternehmen ist das Wettbewerbsrecht von essenzieller Bedeutung. Die mit den beiden Kartellgesetzrevisionen von 1995 und 2003 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. 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 Evaluation¹ konstruktiv in die laufende Diskussion² um die Weiterentwicklung des Wettbewerbsrechts einzubringen und auf den Handlungsbedarf hinzuweisen.</p>
Kartellgesetz weiterentwickeln	<p>2 Evaluation des Kartellgesetzes</p> <p>Die schweizerische Wettbewerbspolitik der letzten Jahre hat den Wettbewerb auf dem Schweizer Markt dynamisiert. Der eingeschlagene Weg der Wettbewerbspolitik, der sich dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs verpflichtet, hat sich grundsätzlich bewährt. Die erheblich gestiegenen Aufwendungen für die 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. 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.</p>

¹ Vgl. economiesuisse, Unternehmen im Wettbewerb. Evaluation des Kartellgesetzes, Zürich 2009: http://www.economiesuisse.ch/web/de/PDF%20Download%20Files/studie_evaluation-kartellgesetz_20090316.pdf

² Der Gesetzgeber hielt im Kartellgesetz von 2003 in Art. 59a 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, vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008.

„Chilling effect of competition law“
vermeiden

Begriffe

Interbrand-Wettbewerb

Verschiedene gleichartige Produkte unterschiedlicher Hersteller stehen im Wettbewerb (Beispiel: verschiedene Automarken im Wettbewerb).

Intrabrand-Wettbewerb

Verschiedene Vertrieber des gleichen Produkts stehen miteinander im Wettbewerb (Beispiel: unterschiedliche Vertriebskanäle bzw. Garagen für eine einzige Automarke).

Vertikale Integration

Zusammenschluss von Unternehmen verschiedener Produktions- und Handelsstufen eines Produkts (Beispiel: Eigenmarken von Grossdetailisten).

Gefahr von Rechtsunsicherheit

Empfehlung

2.1 Materielle Anforderungen an ein modernes Wettbewerbsrecht

Wettbewerb gilt gemeinhin als bestes „Entdeckungsverfahren“. Wettbewerb ist dynamisch, spontan, mehrdimensional und findet oft zwischen wenigen Anbietern statt. Ein modernes Wettbewerbsrecht hat diesen Aspekten Rechnung zu tragen. Ebenso zentral ist die Gewährleistung von Rechtssicherheit. Sie ist Voraussetzung, dass die Unternehmen ungehindert am Wettbewerb teilnehmen können. Unsicherheit hingegen bewirkt eine mangelnde Ausnützung von Opportunitäten („chilling effect of competition law“).

Vertikalabreden

Während sich die Bestimmungen betreffend der unzulässigen horizontalen Wettbewerbsabreden (Art. 5 Abs. 1 bis 3 KG) grundsätzlich bewährt haben, sind die Regelung zu den Vertikalabreden (Art. 5 Abs. 4) und die WEKO-Bekanntmachung zu Vertikalabreden³ in mehrfacher Hinsicht nicht zufriedenstellend. Dies stellt auch die Evaluationsgruppe des Bundes fest. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann nicht durch den blossen Nachweis von Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden, sondern nur, wenn zudem Intra-brand-Wettbewerb oder besondere Effizienzvorteile bestehen. Mögliche pro-kompetitive Wirkungen von Vertikalabreden werden ausgeblendet. Damit wird – aus ökonomischer Sicht – die Schädlichkeit der Vertikalabreden überschätzt.⁴ Mindestens dem Wortlaut nach entsteht auch eine verunsichernde Differenz zum Recht der Europäischen Union (EU),⁵ selbst wenn der Präsident der WEKO erklärt, dass in der EU zulässige Vertikalabreden auch in der Schweiz zulässig sein sollen.⁶

Vertikalabreden haben für einen effizienten Vertrieb eine grosse Bedeutung. Daher sollten Vertikalabreden nicht per se verboten, sondern einer Einzelfallanalyse unterzogen werden. Problematisch können Vertikalabreden vor allem dann sein, wenn sie mit einer marktmächtigen Stellung zusammenfallen. Eine allzu restriktive Haltung gegenüber Vertikalabreden zwingt hingegen Hersteller zu vertikaler Integration oder allenfalls zur Verwirklichung von Agency-Modellen, welche den Handlungsspielraum der Vertriebspartner wesentlich einschränken. Aus Sicht der Unternehmen ist die Bestimmung des Kartellgesetzes zu den Vertikalabreden (Art. 5 Abs. 4 KG) konzeptionell verunglückt. Die WEKO hat mit ihrer Vertikalbekanntmachung die Situation nicht entschärft, sondern vielmehr verschärft.

Im Gegensatz zum EU- und US-Kartellrecht stehen Preisempfehlungen mit Ziff. 11 der Bekanntmachung in der Schweiz unter „Generalverdacht“.⁷ 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.

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.

³ Vgl. WEKO, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007.

⁴ Vgl. Saurer M., Zur Schweizerischen Wettbewerbspolitik. Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber? Avenir-Suisse-Diskussionspapier 02/08, Zürich 2008.

⁵ Vgl. Rz. 6 EU-Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

⁶ 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.

⁷ Vgl. dazu Rz. 225 der Leitlinien der EU-Kommission für vertikale Beschränkungen, in: ABI 2000 C 291/1.

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist untersagt	<p>Marktbeherrschung</p> <p>Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, etwa durch Erzwingen unangemessener Geschäftsbedingungen, ist verboten und mit direkten Sanktionen 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 über 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.</p>
Schwierig vorzusehen, ob Verhalten zulässig ist	<p>Unternehmen können beispielsweise 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. Hinzu kommt, dass sich durch Verengung der Marktabgrenzung (in sachlicher oder örtlicher Hinsicht) die Marktstellung eines Unternehmens radikal ändern kann. Diese Unsicherheit ist eng mit dem System des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren verbunden.</p>
Rechtsunsicherheit nicht zum Nachteil des Wettbewerbers	<p>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. Dabei geht es vor allem um die enorme Sanktionsdrohung, nicht um die Möglichkeit eines Eingriffs der Behörden an sich.</p>
Übervorsichtige Marktteilnehmer beeinträchtigen Marktdynamik	<p>Heute veranlassen drohende Sanktionen die Unternehmen, über alle Masse vorsichtig zu sein. Eine angemessene Regelung muss jedoch in jedem Fall verhindern, dass sich Unternehmen am Markt übervorsichtig verhalten und es dadurch zu einer volkswirtschaftlich schädlichen Beeinträchtigung der Marktdynamik kommt. Wettbewerb lebt von aktiven, nicht von passiven Unternehmen. Bei der Überprüfung des Schweizer Kartellrechts ist daher auch dieser Aspekt zu bedenken.</p>
Empfehlung	<p>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.</p> <p>Den Unternehmen sollte die Möglichkeit gegeben werden, ein geplantes, aber noch nicht eingeführtes Vorhaben sanktionsbefreiend zu melden. Bei Beibehaltung des Umsetzungserfordernisses im Meldeverfahren⁸ 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.</p> <p>Bei der Sanktionsbemessung von Tatbeständen nach Art. 7 KG 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.</p>

⁸ 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.

Fusionskontrolle wirft Fragen auf

Fusionskontrolle

Das Schweizer Recht stellt an eine Intervention bei Fusionen höhere Anforderungen als das EU-Recht und ist damit permissiver. Die Mehrzahl der geprüften Fälle betrifft internationale Fusionen, welche den Schweizer Markt nur am Rande betreffen, aber aufgrund der Schwellenwerte doch gemeldet werden müssen. Es wurde noch keine Fusion in der Schweiz rechtsgültig untersagt. Dies ist in einer kleinen, nach aussen offenen Volkswirtschaft auch gerechtfertigt, denn die Unternehmen stehen überwiegend im internationalen Wettbewerb. Nicht zuletzt im Sinne einer raschen Abwicklung mussten die betroffenen Unternehmen allerdings teilweise weitgehende Auflagen akzeptieren, die erheblich in die betriebswirtschaftlichen Abläufe eingreifen. Die Fusionskontrolle in der heutigen Form wirft in dieser Beziehung erhebliche Fragen auf. Bei einem Verzicht auf eine Fusionskontrolle bestünde aber das Risiko weitergehender Eingriffe unter dem Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.

Empfehlung

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.

Rechtsstaatliche Bedenken bei der Sanktionspraxis

2.2 Verfahren und Sanktionen

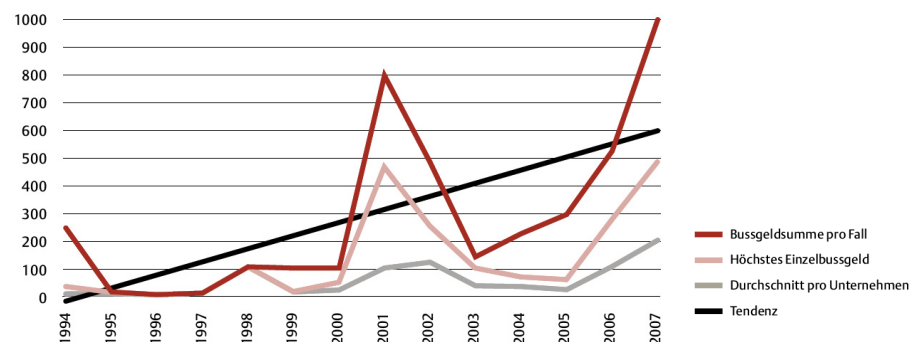
Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht werden in der Schweiz und in der EU mit hohen Sanktionen geahndet. Zweifellos haben diese Bussen zu einer besseren Durchsetzung des Wettbewerbsrechts beigetragen. Die Unternehmen leisten denn auch grosse Anstrengungen, um die Bestimmungen einzuhalten.

Enormer Anstieg der ausgesprochenen Bussen

Der Gesamtbetrag der ausgesprochenen Bussen ist in den letzten Jahren in der EU enorm gewachsen.⁹ 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.

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 Millionen Euro**



Quelle: Schwarze et al. (2008)

⁹ Schwarze J., Bosch W., Bechtold R., Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft. Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, Stuttgart 2008.

Fehlende Gewaltenteilung ist unbefriedigend

Rechtsstaatliche Gewaltenteilung auch in der Wettbewerbspolitik

Aus Sicht der Unternehmen ist von zentraler Bedeutung, dass die Verfahren nach rechtsstaatlichen Kriterien durchgeführt werden. 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 sowie 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. Die fehlende Gewaltentrennung ist unbefriedigend, auch wenn in der EU die Verhältnisse ähnlich liegen. Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar eine volle Überprüfungskompetenz, doch fehlen bisher noch Erfahrungen zur Wirksamkeit dieses Rechtsschutzes. In der EU schöpft das analoge Gericht erster Instanz die Überprüfungsbefugnis sehr zurückhaltend aus.

WEKO handelt nicht unabhängig

Darüber hinaus ist festzustellen, dass weder die WEKO noch die EU-Kommission unabhängig von der Verwaltung und Politik handeln. Sie sind vielmehr in die Verwaltung eingegliedert und die politischen Behörden haben erhebliche Einflussmöglichkeiten.¹⁰ 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. Das Bundesverwaltungsgericht verfügt grundsätzlich über die nötigen institutionellen Voraussetzungen, um als Korrektiv wirken zu können.¹¹

Schaffung eines spezifischen Verfahrensrechts

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.

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-Programme dienen der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts

Compliance-Bemühungen der Unternehmen berücksichtigen

Compliance-Bemühungen der Unternehmen dienen 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 SR Rolf Schweizer eingereichte Motion.¹² Kartellsanktionen dürfen nicht ohne vorherige Prüfung der Verschul-

¹⁰ So etwa Wahl der Kommissionsmitglieder, Ernennung der Direktion, Budget, Weisungen zur Eröffnung eines Verfahrens und Möglichkeit zur Überstimmung eines Entscheids.

¹¹ 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 Entscheidgrundlagen 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.

¹² Vgl. 07.3856 – Motion „Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht“.

densfrage verhängt werden. Wird nachgewiesen, dass das Unternehmen seinen Sorgfaltpflichten (Betreiben eines effektiven Compliance-Programms) nachkommt, soll sich das Unternehmen exkulpieren können.

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.

Fehlendes Berufsgeheimnis ist ein Nachteil für die Schweiz

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.¹³ Die laufenden Bestrebungen zur gesetzlichen Verankerung eines Berufsgeheimnisses von Unternehmensjuristen im Rahmen der angekündigten Vernehmlassung zum Unternehmensjuristengesetz werden von den Unternehmen klar unterstützt.

Berufsgeheimnisschutz stärkt die Compliance

Wichtig ist der Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristen 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 eingesehen werden können.

Empfehlung

Ein allgemeines Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen soll gesetzlich verankert werden.

Verfahren sind zu optimieren

Rechtssicherheit bei den Verfahren

Der Gesetzgeber hat in Art. 49a Abs. 3 des Kartellgesetzes eine Bestimmung aufgenommen, die in der Praxis zu zahlreichen Fragen geführt hat. 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.¹⁴ Damit sollte sichergestellt werden, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selbst tragen müssten.¹⁵ 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.¹⁶ 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:

¹³ Vgl. 07.3281 – Motion „Pflichten und Rechte von rechtsberatend oder forensisch tätigen Angestellten. Gleichstellung mit freiberuflichen Anwältinnen und Anwälten“.

¹⁴ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, in: BBl 2002 I, S. 2022–2057.

¹⁵ Vgl. ebd., S. 2039.

¹⁶ 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.

- 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.¹⁷ 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.

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.

Sanktionen sind strafrechtlicher Natur und brauchen klare gesetzliche Grundlagen

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 Vorkehren 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).

¹⁷ Vgl. RPW 2008/2, S. 361 ff.

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.

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 ausserdem zwingend absehbare Schadenersatzzahlungen an Kunden und Wettbewerber sowie Geldbussen in gleicher Sache in anderen Jurisdiktionen zu berücksichtigen.

Zusammensetzung der WEKO

2.3 Institutionen

Zurzeit besteht die WEKO aus zwölf durch den Bundesrat gewählten Mitgliedern. Darunter befinden sich sieben Professoren. 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-Berichten¹⁸ 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. 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.¹⁹

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. 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.

Zweistufige Behörde beibehalten

Von der Evaluationskommission des Bundesrats wird nicht zuletzt aus Effizienzgründen eine einstufige Behörde 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. Die drohende Überlastung des – nicht auf die Beurteilung wettbewerbspolitischer Fragen spezialisierten – Bundesverwaltungsgerichts ist evident.

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 Fachrichter amten, die ihre Fach- und Branchenkenntnisse einbringen. Eine derart unabhängige richterliche Behörde würde konsequenterweise eine gewisse administrative Unterstützung in Form eines eigenen Sekretariats benötigen.

¹⁸ Vgl. OECD, The Role of Competition Policy in Regulatory Reform. Regulatory Reform in Switzerland, OECD Reviews of Regulatory Reform, Paris 2006.

¹⁹ 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.

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.

Funktion des Sekretariats

Einführung eines „Staatsanwaltschaftsmodells“ ist zu prüfen

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. 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.

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.

Verhältnis zu den Sektorbehörden

Bildung einer neuen Wettbewerbsbehörde

Wettbewerbspolitik soll sich für alle Unternehmen an den gleichen Grundsätzen orientieren. Branchenspezifische Ausnahmen sollen so selten wie möglich vorkommen. 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 Wettbewerbshüter effizienter eingesetzt werden. Um spezifisches Fachwissen aufbauen zu können, wäre eine Organisation in Fachkammern vorzusehen.

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

Schweiz soll 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 „europakompativen“ Annäherung: Was in der EU erlaubt ist, soll auch in der Schweiz

Zusammenarbeitsabkommen mit der EU	<p>zulässig sein.²⁰ In jenen wettbewerbsrechtlichen Belangen aber, in denen die EU überschüssig ist, soll und darf die Schweiz durchaus liberaler sein und ihren Spielraum für eigenständige Lösungen – etwa im Verfahrensbereich oder bei der Sanktionsbemessung – nutzen.</p> <p>Die EU-Kommissarin für Wettbewerb hat der Schweiz den Abschluss eines Zusammenarbeitsabkommens vorgeschlagen. Ein solches fordert auch der Präsident der WEKO. 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. Es sind sodann die grundsätzlichen Regeln für die Amts- und Rechtshilfe zu beachten. Die Wirtschaft legt auch Wert auf das Spezialitätenprinzip. Auch müssen die Vertraulichkeit und der Rechtsschutz jederzeit gewährt bleiben.</p>
Empfehlung	<p>In der Schweiz soll zulässig sein, was im Wettbewerbsrecht der EU zulässig ist.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
Kartellgesetz im Interesse des Wettbewerbs weiterentwickeln	<p>3 Schlussfolgerung</p> <p>Das schweizerische Wettbewerbsrecht wurde mit den Revisionen von 1995 und 2003 deutlich verschärft und den europäischen Regeln angenähert. Der eingeschlagene Weg wird von <i>economiesuisse</i> im Interesse einer liberalen Ordnungspolitik klar unterstützt. 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 punktuelle Verbesserungen notwendig sind. 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.</p>
	<p>Rückfragen: thomas.pletscher@economiesuisse.ch silvan.lipp@economiesuisse.ch</p>

²⁰ 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.