

An das  
Eidg. Volkswirtschaftsdepartement  
Generalsekretariat  
3003 Bern

15. Dezember 2003

**Stellungnahmen zur**

- **Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen**
- **Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; Änderung**
- **Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz; Änderung**

Sehr geehrter Herr Generalsekretär  
Sehr geehrte Damen und Herren

Das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement hat uns mit Schreiben vom 13. Oktober 2003 die Möglichkeit gegeben, uns zur neuen Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen sowie zu den Änderungen der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen und der Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz Stellung zu nehmen. Sowohl die neue Verordnung wie auch die Änderungen der zwei bisherigen wurden bedingt durch die Revision des Kartellgesetzes.

Wie üblich, haben wir auch unsere interessierten Mitglieder gebeten, sich zu den Entwürfen zu äussern. Gestützt auf die zahlreich eingetroffenen Antworten nehmen wir nachfolgend wie folgt Stellung:

## **Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen**

### **Art. 2 Basisbetrag**

Der neue Art. 49 a Abs. 1 KG setzt als Obergrenze der Sanktion 10% des in den letzten 3 Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes fest. Eine Untergrenze nennt das Gesetz nicht. Im Einklang mit unsern Mitgliedern erachten wir die Einführung einer Untergrenze von 7% auf Verordnungsstufe als nicht zulässig. Sie schränkt auch den Ermessensspielraum der Wettbewerbsbehörde unnötig ein. Der Hinweis auf eine OECD-Studie in den Erläuterungen ist insofern unerheblich, als es sich dort um reine Schätzungen und zusätzlich um Durchschnittswerte handelt. Damit wird aber der Situation des konkreten Falles nicht Rechnung getragen.

### **Wir beantragen deshalb, auf die Minimalgrenze von 7% zu verzichten.**

Ausdrücklich begrüssen wir dagegen die Bestimmung, dass für die Berechnung der Sanktion auf den **Umsatz der relevanten Märkte in der Schweiz** abgestellt wird.

### **Art. 3 Dauer**

Gemäss dem neuen Art. 49 a Abs. 3 lit. b KG entfällt die Belastung mit einer Sanktion, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als 5 Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist.

In den Erläuterungen zu Art. 3 wird ausgeführt, dass bei Eröffnung einer Untersuchung vor Ablauf dieser 5-jährigen Frist die gesamte Kartelldauer in der Sanktionsbemessung berücksichtigt werde.

Gleichzeitig muss aber Art. 5 Abs. 1 beachtet werden, wonach die Beendigung des Verstosses vor der Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 26-30 KG als mildernder Umstand gilt.

### **Art. 4 Erschwerende Umstände**

Unsere interne Umfrage hat eindeutig gezeigt, dass Art. 4 als zu vage formuliert betrachtet wird.

Das Vorliegen erschwerender Umstände kann zu einer massiv höheren Sanktion führen. Wir beantragen deshalb, dass die erschwerenden Umstände abschliessend aufgezählt werden und präzisiert wird, was unter einem "besonders hohen Gewinn" verstanden wird.

In Art. 4 Abs. 2 ist ebenfalls der Begriff "eine führende Rolle" unklar. Wir beantragen deshalb folgende Fassung von Art. 4 Abs. 2 lit. a:

"a. zur Wettbewerbsbeschränkung angestiftet oder dabei **die** führende Rolle gespielt hat".

#### **Art. 5 Mildernde Umstände**

Wir begrüssen den Hinweis in den Erläuterungen, dass die Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung im Regelfall die finanzielle Tragfähigkeit des betroffenen Unternehmens berücksichtigen. **Wir beantragen, diese Feststellung in die Verordnung selbst zu übernehmen.**

Es ist unklar, was mit „erstem Eingreifen des Sekretariates“, welches gemäss Wortlaut von Art. 5 **vor** einer Vorabklärung (Art. 26 KG) erfolgt, gemeint ist.

#### **Art. 6 Maximale Sanktion**

Wir beantragen, die Formulierung von Art. 6 derjenigen von Art. 2 anzupassen:

"Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10% des in den letzten 3 Geschäftsjahren **auf den relevanten Märkten** in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens" (Art. 49 a Abs. 1 KG).

#### **Art. 7 Voraussetzungen**

Abs. 1

Nach der vorgeschlagenen Bestimmung soll ein Unternehmen nur dann in den Genuss eines vollständigen Sanktionserlasses kommen, wenn es **als erstes** Informationen oder Beweismittel liefert. Diese Voraussetzung birgt die Gefahr, dass ein Unternehmen trotz Selbstanzeige sanktioniert wird, weil es nicht als erstes die Wettbewerbskommission informiert hat. Ein vollständiger Erlass sollte auch dann möglich sein, wenn ein Unternehmen zwar nicht als erstes handelt, aber nicht wissen konnte oder musste, dass der Wettbewerbskommission bereits von anderer Seite Informationen übermittelt worden sind.

Die Wettbewerbskommission würde sich mehr Flexibilität zugestehen, wenn der maximale Reduktionsbetrag für das zweite oder dritte Unternehmen, das eine Selbstanzeige erstattet, nicht auf 50% festgelegt würde (Art. 11 Abs. 2). Wir schlagen daher vor, den ersten Satz von Art. 11 Abs. 2 ersatzlos zu streichen. Das US amerikanische Recht kennt ebenfalls eine entsprechend flexible Regelung.

Gleichzeitig sollte die Sanktionsbefreiung auch dann möglich sein, wenn zwei oder mehrere Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung parallel zur Anzeige bringen.

Dies dürfte auch dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, damit sich Kartelle zur gemeinsamen Auflösung resp. Anzeige entschliessen.

Verschiedentlich wurde darauf hingewiesen, dass ein Unternehmen, das Informationen über eine Wettbewerbsbeschränkung liefert, nicht beurteilen kann, ob diese zur Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) oder zur Eröffnung einer Untersuchung (Art. 27) führen. Da das anzeigende Unternehmen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b ohnehin sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegen muss, damit es in den Genuss der Sanktionsbefreiung kommt, erachten wir die Unterscheidung in Art. 7 Abs. 1 lit. a als nicht berechtigt.

Art. 7 Abs. 1 unterscheidet zwischen "Informationen" (Abs. 1 lit. a) und "Beweismitteln" (Abs. 1 lit. b; Abs. 2 lit. b). Es dürfte für ein Unternehmen schwierig sein zu beurteilen, ob es sich um Informationen oder Beweismittel handelt. Wir beantragen deshalb, auch in Art. 7 Abs. 1 lit. b von "Informationen" zu sprechen. Dies umso mehr, als in der in Art. 7 Abs. 2 lit. b statuierten Mitwirkungspflicht Informationen und Beweismittel gleichgestellt werden.

Abs. 2 lit. a

Nicht in den Genuss der Sanktionsbefreiung kommen Unternehmen, welche eine anstiftende oder führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss eingenommen haben.

In vielen Fällen dürfte es unmöglich sein, festzustellen, wer in einem Kartell die anstiftende oder führende Rolle eingenommen hat. In Kartellen, die länger angedauert haben, kann die Rolle auch wechseln. Die Unternehmen sind sich deshalb oft nicht im Klaren, ob sie eine führende Rolle einnehmen oder nicht. Um den Anreiz zur Selbstanzeige, wie ihn der Gesetzgeber mit der Bundesregelung geschaffen hat, nicht zu mindern, sollte die entsprechende Einschränkung in lit. a gestrichen werden. Auch die EU kennt in ihrer Bonus-Regelung keine entsprechende Einschränkung.

Abs. 2 lit. b

Um zu vermeiden, dass sich die Berufung auf gesetzliche **Kundengeheimnisse** für ein fehlbares Unternehmen, das im Verfahren mit der Wettbewerbskommission zusammenarbeitet, nachteilig auswirkt, beantragen wir, Art. 7 Abs. 2 lit. b mit folgendem Satz zu ergänzen:

**"Vorbehalten bleiben die gesetzlichen Berufsgeheimnisse, soweit sie Kundendaten betreffen (Art. 321 StGB, Art. 47 BankG, Art. 43 BEHG)"**

## Abs. 3

Abs. 3 der Sanktionenverordnung beschränkt den Sanktionserlass auf Fälle, in denen die Wettbewerbskommission nicht schon selbst über **genügend Informationen** verfügt, um ein Verfahren zu eröffnen. Diese Voraussetzung des Erlasses scheint uns fragwürdig, denn es wird dem Unternehmen regelmässig nicht möglich sein, dies abzuschätzen, bevor es sich für eine Vorwärtsstrategie entscheidet. Auch im Nachhinein mag es für das kooperierende Unternehmen schwierig sein, den Einwand der Behörde zu überprüfen, sie hätte auch ohne die Kooperation genügend Material für ein Verfahren gehabt. Zudem sind Fälle denkbar, in denen die Wettbewerbskommission bereits einen Hinweis erhalten hat, jedoch diesem nie nachgegangen wäre, wenn nicht eine Selbstanzeige vorgelegen hätte. Die Bestimmung ist deshalb so zu ergänzen, dass ein Ausschluss des Sanktionserlasses nur eintritt, wenn die Wettbewerbskommission aufgrund der vorhandenen Informationen tatsächlich schon eine Vorabklärung eingeleitet oder eine Untersuchung eröffnet hat:

"<sup>3</sup>Der Erlass der Sanktion gemäss Abs. 1 lit. a wird nur gewährt, sofern die Wettbewerbsbehörde **gestützt auf ausreichende Informationen nicht bereits eine Vorabklärung (Art. 26 KG) eingeleitet oder eine Untersuchung (Art. 27 KG) eröffnet hat.**"

## Abs. 4 lit. a

Die Sanktionsbefreiung sollte auch dann Platz greifen, wenn sich mehrere Unternehmen **gemeinsam** zur Anzeige entschliessen (gleiche Bemerkung zu Art. 7 Abs. 1).

## Abs. 4 lit. b

Ein Unternehmen, das sich zur Selbstanzeige entschliesst, weiss in der Regel nicht, ob die Wettbewerbskommission bereits über Informationen verfügt oder nicht. Um den Anreiz zur Selbstanzeige nicht zu verringern, sollte Art. 7 Abs. 4 lit. b ergänzt werden:

**"..., und dies dem sich selbst anzeigenden Unternehmen bekannt war oder bekannt sein musste."**

**Art. 8 Form und Inhalt der Selbstanzeige**

**Art. 8 Abs. 3 lit. b** sollte hinsichtlich der **Eingangsbestätigung der Selbstanzeige** wie folgt präzisiert werden:

"<sup>3</sup>Das Sekretariat bestätigt den Eingang der Selbstanzeige unter Angabe der Eingangszeit. Es teilt dem anzeigenden Unternehmen im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums mit: ...

b. welche Informationen das anzeigende Unternehmen zusätzlich einzureichen hat, **insbesondere um die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 zu erfüllen ..."**

Entsprechend wären die **Erläuterungen zur Sanktionenverordnung** diesen Modifikationen anzupassen. Insbesondere könnten hier Klärungen zu den gesetzlichen Berufsgeheimnissen aufgenommen werden (Art. 321 StGB, Art. 47 BankG, Art. 43 BEHG, s. oben).

#### **Art. 10**

Gemäss Art. 8 Abs. 3 lit. a erteilt das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem Selbstanzeiger einen Vorbescheid hinsichtlich der Sanktionsbefreiung. Im Sinne der Rechtssicherheit und zur Förderung der Vertrauensbasis zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und dem Unternehmen, das mit ihm zusammenarbeiten will, schlagen wir vor, einem **Vorbescheid des Sekretariats** nach Art. 8 Abs. 3 lit. a der Sanktionenverordnung qualifizierte Wirkung zu verleihen, und zwar durch folgende Ergänzung von **Art. 10** der Sanktionenverordnung:

**"<sup>2</sup>Die Wettbewerbskommission kann von einer Bestätigung des Sekretariats gemäss Art. 8 Abs. 3 lit. a nur abweichen, wenn ihr nachträglich Tatsachen bekannt werden, die dem Erlass einer Sanktion gemäss Art. 49a des Gesetzes entgegenstehen."**

#### **Art. 11 Voraussetzungen**

##### Abs. 1

Gemäss Art. 11 Abs. 1 kann die Wettbewerbskommission die Sanktion reduzieren, wenn ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert in einer die gesetzlichen Verpflichtungen übersteigenden Weise mitgewirkt hat. Da keine gesetzliche Verpflichtung besteht, unaufgefordert in einem Verfahren mitzuwirken, ist diese Formulierung schon von der Sache her widersprüchlich. Zudem ist es schwer ermessbar, wie weit die gesetzlichen Verpflichtungen zur Mitwirkung gehen.

Wir beantragen deshalb, die Formulierung **"... in einer die gesetzlichen Verpflichtungen übersteigenden Weise..."** zu streichen.

##### Abs. 2

Die Wettbewerbskommission würde sich mehr Flexibilität zugestehen, wenn der maximale Reduktionsbetrag für das zweite oder dritte Unternehmen, das eine Selbstanzeige erstattet, nicht auf 50% festgelegt würde. Wir schlagen daher vor, den ersten Satz von Art. 11 Abs. 2 ersatzlos zu streichen. Das US amerikanische Recht kennt ebenfalls eine entsprechend flexible Regelung (vgl. Bemerkungen zu Art. 7, Abs. 1).

## Verordnung über die Gebühren im Kartellgesetz

### Art. 1 Abs. 1

Der Begriff der "**sonstigen Dienstleistungen**" der Wettbewerbskommission in **Art. 1 Abs. 1 lit. c** der Gebührenverordnung erscheint uns zu offen, um als Rechtsgrundlage für eine Gebührenbelastung zu genügen. Wo die Wettbewerbskommission z.B. um Erläuterung einer unklar formulierten Bekanntmachung gebeten wird, also die Anfrage letztlich selber zu vertreten hat, dürfte sie jedenfalls für ihre Antwort nicht eine Gebühr verlangen. Die legitimen Fälle einer Gebührenbelastung sollten unter Verfügungen (lit. a), Prüfungen (lit. b) und Gutachten (lit. c) ausreichend subsumierbar sein.

### Art. 2 Abs. 2

Eine **solidarische Haftung mehrerer Unternehmen** für Gebühren der Wettbewerbskommission entbehrt der gesetzlichen Grundlage. **Art. 2 Abs. 2** der Gebührenverordnung ist daher zu streichen.

### Art. 3 Abs. 2

**Art. 3 Abs. 2** der Gebührenverordnung sollte in dem Sinn ergänzt werden, dass ein Unternehmen, wenn es

- eine **Selbstanzeige** erstattet oder
- eine **vorläufige Prüfung im Rahmen der Fusionskontrolle** verlangt (Art. 32 KG), ohne dass sich daraus Anhaltspunkte der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben,

keine Gebühr entrichten muss. Dies würde den Anreiz zu diesen vom Gesetzeszweck her erwünschten Verhaltensweisen erhöhen.

### Art. 4 Abs. 2

Damit zusammenhängend, sollte die in **Art. 4 Abs. 3** der Gebührenverordnung stipulierte Pauschalgebühr für eine Vorprüfung bei der Fusionskontrolle nur erhoben werden, wenn sich Anhaltspunkte der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben und somit ein Hauptprüfungsverfahren eröffnet wird. Das läge zudem auf einer Linie mit anderen Gebührenbefreiungen (z.B. Art. 3 Abs. 2 lit. b und c der Gebührenverordnung).

**Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen**

Dieser Entwurf gibt uns zu keinen Bemerkungen Anlass.

\* \* \*

Verschiedene unserer Mitglieder haben Ihnen Ihre Stellungnahmen direkt zugestellt, so die schweizerische Bankiervereinigung, die Industrie-Holding, die PROMARCA und der Schweizerische Baumeisterverband. Wir haben darauf verzichtet, deren Anträge alle hier wieder aufzunehmen, unterstützen sie aber ausdrücklich.

Zu Ihrer Information legen wir Ihnen ferner die Eingabe der Solothurner Handelskammer vom 1. Dezember 2003, der Handelskammer beider Basel vom 1. Dezember 2003 sowie der Chambre Vaudoise du Commerce et de l'Industrie vom 2. Dezember 2003 bei.

Wir danken Ihnen, sehr geehrter Herr Generalsekretär, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Überlegungen und Anträge und verbleiben

mit freundlichen Grüßen  
economiesuisse

Dr. Rudolf Ramsauer  
Vorsitzender der Geschäftsleitung

Dr. Peter Hutzli  
Mitglied der Geschäftsleitung

Beilagen erwähnt