



economiesuisse

Herr Bundesrat J. Schneider-Ammann
Vorsteher des Eidg.
Volkswirtschaftsdepartementes
Bundeshaus Ost
3000 Bern

26. November 2010

Vernehmlassung Revision Kartellgesetz

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Sie haben uns eingeladen, zur Vorlage für die Revision des Kartellgesetzes Stellung zu nehmen. Mit der Revision sollen Anliegen aus dem Evaluationsbericht aufgenommen werden. Im Vordergrund stehen verfahrensrechtliche Fragen mit einer grundsätzlichen Neugestaltung der Institutionen, der Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden und der Erweiterung von Zivilverfahren sowie materiellrechtliche Änderungen beim Widerspruchsverfahren, den vertikalen Abreden und der Zusammenschlusskontrolle. Wir haben diese Punkte gestützt auf die Eingaben unserer Mitgliedorganisationen eingehend in unserer Kommission für Wettbewerbsfragen, in unserem Vorstandsausschuss und abschliessend am 22. November 2010 in unserem Vorstand diskutiert. Gerne nehmen wir gestützt auf diese internen Abklärungen nachstehend zur Revision Stellung.

Zusammenfassung

economiesuisse begrüsst die vorgeschlagene Revision des Kartellgesetzes, verlangt aber eine noch konsequentere Umsetzung. Der Vorschlag des Bundesrates nimmt wichtige Anliegen der Wirtschaft auf. Mit einer klaren Trennung von Untersuchung und Entscheid trägt er Bedenken an der Rechtsstaatlichkeit des heutigen Systems Rechnung. Im Sinne einer konsequenten Umsetzung sind jedoch noch Verbesserungen notwendig.

Insbesondere ist die Unabhängigkeit der neuen Wettbewerbsbehörde von der Verwaltung zu stärken. Sie ist der Schlüssel für die entschlossene Durchsetzung des Wettbewerbsrechtes in der Schweiz und muss sich auch gegen Wettbewerbsverzerrungen durch den Staat zur Wehr setzen können. Der sachgerechte Einbezug der Praxis muss auf allen Stufen gewährleistet sein.

Die vorgeschlagenen materiellrechtlichen Änderungen gehen in die richtige Richtung. Hingegen soll die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden nicht einseitig im Schweizer Gesetz, sondern bilateral in entsprechenden Abkommen mit Gewährleistung der Gegenseitigkeit und des Rechtsschutzes geregelt werden.

Abgelehnt wird eine Ausdehnung der Klageberechtigungen für zivilrechtliche Ansprüche. Anstelle dieses spezialgesetzlichen Sonderzuges sind vielmehr die bestehenden Möglichkeiten von Art. 41 OR besser auszunutzen.

1 Generelle Bemerkungen

Für economiesuisse hat die Wettbewerbspolitik einen hohen Stellenwert. Wirksamer Wettbewerb ist die Grundlage einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung. Diesen zu schützen und zu fördern ist eine zentrale ordnungspolitische Aufgabe, die von der Wirtschaft klar unterstützt wird. Aufgrund der Tragweite der Wettbewerbspolitik für die marktwirtschaftliche Ordnung der Schweiz hat economiesuisse 2009 eine Evaluation zum Kartellgesetz vorgelegt. Ausgangspunkt für diese Evaluation wie auch die vorliegende Stellungnahme sind die „wettbewerbspolitischen Grundsätze“, die economiesuisse 2007 verabschiedet hat. 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.

Rechtssicherheit und rechtsstaatlich korrekte Verfahren sind Schlüsselfaktoren für einen funktionierenden Wettbewerb. Nur so sind sachgerechte Entscheide gewährleistet und kann das notwendige Vertrauen aller Akteure errungen werden. economiesuisse hat in ihrer Evaluationsstudie auf die Bedeutung dieser Faktoren hingewiesen und Empfehlungen unterbreitet. Der Bundesrat hat diese Anliegen in seiner Revisionsvorlage aufgenommen.

2 Institutionen

Während das materielle Kartellrecht in der Schweiz in verschiedenen Etappen modernisiert und auf einen im internationalen Quervergleich hohen Stand gehoben wurde, blieben die institutionellen Strukturen wenig verändert. Sie tragen heute wohl der „advocacy role“ der Wettbewerbsinstitutionen Rechnung, nicht aber dem strafrechtlichen Charakter der 2003 eingeführten Sanktionen zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechtes.

Aus Sicht der Wirtschaft sind im Kartellrecht institutionelle Verbesserungen dringend angezeigt. Dazu zählen vorab die beabsichtigte Trennung zwischen Anklage- und Entscheidbehörde, die Beschleunigung der Verfahren und der Einbezug von Praktikern im vorgesehenen Wettbewerbsgerichts (Fachrichterpool). economiesuisse hat bereits in der eigenen Evaluationsstudie darauf hingewiesen, dass rechtsstaatlich korrekte Verfahren einen zentralen Faktor für ein gut funktionierendes Wettbewerbsrecht darstellen. Die Rechtsstaatlichkeit der Verfahren, die Rechtssicherheit und auch der Rechtsschutz werden markant verbessert, wenn die Wettbewerbsbehörde als untersuchende Behörde und das den Entscheid fällende unabhängige Gericht klar und strikte von einander getrennt werden. Diese Frage ist wichtiger als diejenigen der Grösse oder der „Professionalisierung“ der Behörde (hier fehlt eine Evidenz für behauptete Mängel). Der Bundesrat hat das Anliegen in seiner Revisionsvorlage aufgenommen. Mit dem Wegfall einer Instanz (sofern die Arbeit der heutigen WEKO als zweistufig erkannt wird), verspricht man sich auch eine – notwendige – Verkürzung der Gesamtverfahren.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Neustrukturierung der Behörden im Kartellrecht geht in die richtige Richtung. Sie setzt aber auch die Bereitstellung der entsprechenden Mittel voraus. Die Schaffung dieser neuen Institutionen wird erhebliche Zeit beanspruchen und muss daher zügig angegangen werden. Sie soll aber nicht daran hindern, Verbesserungen im Rahmen des geltenden Rechts bereits heute einzuführen, auch wenn solche Schritte nur eine Teillösung darstellen. Wir denken hier etwa an

eine klarere Trennung der Aufgaben der WEKO und ihres Sekretariates, beispielsweise mit einer von der Untersuchung völlig unabhängigen Redaktion des Entscheides.

Antrag zu den Institutionen

Zustimmung zur Trennung von Untersuchung und Entscheid sowie der Neugestaltung der Institutionen mit einer noch konsequenteren Umsetzung

2.1 Wettbewerbsgericht

2.1.1 Zusammensetzung

Die Zusammensetzung des Wettbewerbsgerichtes muss den umfassenden Anforderungen in der Entscheidfindung auf hohem Stand Rechnung tragen. Dies gilt bereits heute. Mit einer allfälligen Einführung von Sanktionen gegen natürlich Personen gemäss der überwiesenen Motion Schweiger wachsen die Anforderungen nochmals zusätzlich. Es ist entscheidend, dass das Gremium in seiner Gesamtheit über fundierte Kenntnisse und Erfahrungen im Wettbewerbsrecht, in der Ökonomie, im Strafprozess und in der Unternehmenspraxis verfügt. Dies zu gewährleisten wird Aufgabe des Parlamentes als Wahlbehörde sein. Entsprechend wäre es sinnvoll, die Aufzählung in Art. 25c Abs. 1 zu ergänzen (übrigens wird in Art. 25d Abs. 3 fälschlicherweise auf Art. 25b statt 25c verwiesen). Es wird nicht einfach sein, die geeigneten Personen für diese Aufgaben zu rekrutieren. Die Sachanforderungen werden über parteipolitischen und anderen Erwägungen stehen müssen. Die Anhörung interessierter Kreise gemäss Art. 25d Abs. 4 kann hier unterstützend wirken und ist ein positives Element des Vorschlages.

Das Wettbewerbsgericht muss im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention unabhängig sein. Der Vorschlag des Bundesrates, dass die Mitglieder des Wettbewerbsgerichts durch das Parlament gewählt werden sollen, ist deshalb richtig. Am künftigen Wettbewerbsgericht müssen aus Sicht der Wirtschaft zwingend Praktiker als Fachrichter vertreten sein. Wettbewerbsentscheide dürfen sich nicht akademisch auf eine vorwiegend theoretische Beurteilung beschränken. So können zur Beurteilung von konkreten Fällen unternehmerische Erfahrung und volkswirtschaftliche Kenntnisse herangezogen werden. Wichtig ist, dass am Wettbewerbsgericht nicht eine Zwei-Klassen-Politik betrieben wird sondern haupt- und nebenamtliche Richter gleichwertig erachtet werden. In diesem Sinne ist es richtig, dass eine Spruchkammer auch aus einer Mehrheit an nebenamtlichen Richtern bestehen kann (Art. 25f Abs. 4).

Aus historischer Sicht kann nachvollzogen werden, dass keine Verbandsangestellte als Fachrichter amten können sollen. Damit soll der vor allem aus Kreisen der Wissenschaft begegneten Kritik Rechnung getragen und ein klarer Bruch gegenüber den Vorläuferorganisationen gewährleistet werden. Allerdings ist festzuhalten, dass gemäss geltendem Recht die (Spitzen)verbände keineswegs ein Anrecht auf einen Sitz in der WEKO und schon gar nicht ein Weisungsrecht gegenüber von ihnen vorgeschlagenen Personen haben. In diesem Sinne ist der Begriff der „Interessenvertreter“ falsch und polemisch. Entscheidend ist, dass die Wahlbehörde (bisher der Bundesrat, neu richtigerweise das Parlament) in ihrem Entscheid frei ist und vor allem auf die Qualifikation abstellt. Diese kann bei einem Verbandsangestellten genau so gegeben sein, wie bei jemandem in einer anderen beruflichen Funktion. In den Beratungen der Vorlage ist aber darauf hinzuweisen, dass es in keinem Fall um eine Geltendmachung von spezifischen Interessen gehen kann, sondern eine Person eben wegen der persönlichen Qualifikation für die Aufgabe des Wettbewerbsgerichtes gewählt wird. Die üblichen Ausstandskriterien sind offensichtlich in jedem Fall zu beachten.

In diesem Sinne ist Art. 25e Abs. 1 lit. d eine unnötige Einschränkung der Wahlfreiheit des Parlamentes. Die Bestimmung wäre allenfalls auch irreführend, indem je nach Interpretation der ausschlaggebenden „Geltendmachung wirtschaftlicher Interessen“ nur Angestellte von Wirtschaftsverbänden nicht aber etwa von Gewerkschaften oder Konsumentenorganisationen ausgeschlossen sein könnten, Wenn schon, müssten gleich lange Spiesse bestehen und der Nachsatz gestrichen werden.

Andererseits ist die Bestimmung von Art. 25e Abs.1 lit. e (Verbot der berufsmässigen Vertretung vor Gericht für hauptamtliche Richter) zu wenig auf das Wettbewerbsrecht ausgerichtet. Entscheidend ist, dass diesbezüglich keine Aktivität erfolgt, aber auch nicht in Beratungsfunktion (z.B. als ökonomischer Gutachter).

Antrag zu Art. 25e Abs. 1

Lit. d
streichen

Lit. e
... dürfen nicht berufsmässig Dritte in Wettbewerbssachen vor Gericht vertreten oder anderweitig beraten.

2.1.2 Zuständigkeit

Teilweise wird die Auslastung und auch die Attraktivität des Wettbewerbsgerichtes gerade im Hinblick auf die hohen Anforderungen an die Mitglieder etwas in Frage gestellt. Im Sinne einer kohärenten Rechtsprechung und der Schaffung eines eigentlichen „wettbewerblichen“ Kompetenzpools ist zu prüfen, ob nicht auch Kartellzivilverfahren diesem Gericht anstelle der kantonalen Gerichte anvertraut werden sollten. Damit würden die heutigen Begutachtungen nach Art. 15 KG entfallen und auch in den Zivilverfahren eine Beschleunigung erreicht.

Darüber hinaus wäre es sachgerecht, dem Wettbewerbsgericht auch die stark wettbewerblich orientierten Entscheide in Fragen der Telekommunikation, der Energie, des Verkehrs und vor allem dem öffentlichen Beschaffungswesen zu übertragen. Dies würde eine gesamtheitliche Wettbewerbspolitik in der Schweiz stärken, wie dies *economiesuisse* bereits in ihrer Evaluation des Kartellgesetzes (Publikation „Unternehmen im Wettbewerb“) gefordert hat.

Antrag

Die Zuständigkeit des Wettbewerbsgerichtes ist auf Zivilverfahren und allenfalls auch auf die wettbewerblich orientierten Entscheide in Infrastrukturfragen (Telekommunikation, Energie, Verkehr) sowie das öffentliche Beschaffungsverfahren auszudehnen.

2.2 Wettbewerbsbehörde

Der neuen Wettbewerbsbehörde kommt in der vorgeschlagenen Konstellation der Institutionen eine Schlüsselrolle zu. Es handelt sich dabei keineswegs um ein blosses „Aufwertung“ des heutigen Sekretariates. Es geht hier nicht nur um die Untersuchungsaufgabe, sondern auch um die Entscheide bei Zusammenschlüssen und vor allem auch Empfehlungen an den Bundesrat. Fälle, welche von der Wettbewerbsbehörde nicht aufgegriffen werden, gelangen auch nie an das Wettbewerbsgericht. Dies ist insbesondere bei der immer wichtigeren kritischen Beurteilung des wettbewerbspolitischen

Verhaltens der öffentlichen Hand von grosser Bedeutung. Gerade die Milizzusammensetzung der heutigen WEKO gewährleistet eine Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden gegenüber der Politik. Mit der künftigen „Professionalisierung“ ist dies weniger gewährleistet, da die beruflichen Karrieren der verantwortlichen Personen stärker von den Wahlbehörden abhängen werden.

Der Vernehmlassungsvorschlag gewährleistet die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde nicht. Wohl soll sie in ihren Entscheiden keinen Weisungen des Bundesrates oder von Verwaltungsbehörden unterstehen und dem EVD nur administrativ zugeordnet sein. Mit der periodischen Wahl und der administrativen Aufsicht durch den Bundesrat besteht aber eine erhebliche Einflussnahme und grosse individuelle Abhängigkeit. Zudem könnten Departementswechsel in dieser Konstellation auch zu einer Neubesetzung der Leitung der Wettbewerbsbehörde führen. So kann die Wettbewerbsbehörde nicht die notwendige kritische Haltung gegenüber einer allenfalls wettbewerbsverzerrenden Exekutive und Verwaltung einnehmen.

Die Wahl der Wettbewerbsbehörde sollte sich vielmehr am kürzlich verabschiedeten Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden (StBOG) orientieren. Dies würde eine Wahl durch das Parlament bedeuten und auch ein eigenes Budget bedingen, letzteres allenfalls zusammengefasst mit dem Wettbewerbsgericht.

Angesichts der Bedeutung der Wettbewerbsbehörde muss auch auf dieser Stufe der Einbezug der Praxis gewährleistet werden, allerdings nicht in Einzelfällen, sondern für die generelle Ausrichtung. Dies könnte etwa durch ein Beratergremium (so in Österreich mit einer analogen Ausgestaltung der Institutionen) oder auch durch den Einbezug in ein Aufsichtsgremium (analog StBOG Art. 23) erfolgen. Diese Ausgestaltung wird bei der weiteren Bearbeitung der Vorlage noch zu vertiefen sein.

Antrag zu Art. 18 ff

Die Wettbewerbsbehörde ist von Verwaltung und Exekutive unabhängiger und mit eigenem Budget auszugestalten.

Eine kritische Beurteilung des Verhältnisses von Öffentlicher Hand und Wettbewerb ist zu gewährleisten.

Die Praxis und die Wirtschaft sind insbesondere in die wettbewerbliche Beratungsfunktion in geeigneter Weise einzubeziehen (Schaffung eines Beirates oder einer Aufsichtskommission).

2.3 Verfahrensfragen

Nicht behandelt sind in der Revisionsvorlage Verfahrensfragen. Gerade hier liegen die Gründe, aber auch die Lösungen für eine rasche und doch faire Verfahrenserledigung. Mit dem blossen Verweis auf das Verwaltungsverfahren (das den strafrechtlichen Aspekten grundsätzlich nicht Rechnung trägt) ist dies nicht genügend gelöst. Im Rahmen der notwendigen weiteren Bearbeitung müssen daher auch die Verfahrensfragen untersucht und geklärt werden. Dabei sind auch die Parteirechte und insbesondere der Geheimnisschutz für die anwaltschaftliche Beratung – ob durch externe oder interne Stellen – gebührend zu regeln. Gerade für die Durchsetzung der in Kartellfragen entscheidenden Compliance ist dies zentral.

Von grosser Wichtigkeit sind kurze Verfahrensdauern und zwar einschliesslich der Rechtsmittelverfahren. Nur so kann wirksam Rechtssicherheit für die direkt betroffenen Parteien aber

auch alle anderen Wirtschaftsteilnehmer geschaffen werden. Schwellende Wettbewerbsverfahren belasten zudem die operationelle Tätigkeit von Unternehmen, wie auch deren Wert an sich erheblich. Auch aus diesem Grund muss die Verfahrensdauer verkürzt werden. Dass die Schweiz im internationalen Vergleich hier nicht weit abfällt, genügt nicht. Der Schlüssel zu Lösungen liegt beispielsweise in der Vorgabe von Fristen für Parteien wie Behörden, in einer entschlossenen Verfahrensführung mit Prioritätensetzung sowie der Bereitstellung genügender Ressourcen.

Antrag zu Verfahrensfragen

Das Verfahren vor der Wettbewerbsbehörde und dem Wettbewerbsgericht ist zu überprüfen und zu regeln inklusive der Parteirechte und der vollumfänglichen Gewährung des „Legal Privilege“ (für externe wie interne Beratungstätigkeit).

3 Vertikale Abreden (Art. 5 Abs. 4)

In der erwähnten Evaluation des Kartellgesetzes hat economiesuisse übereinstimmend mit der Evaluationsgruppe des Bundes festgestellt, dass im Falle der Beurteilung vertikaler Abreden eine Einzelfallbeurteilung notwendig ist. Eine zu restriktive Regelung führt dazu, dass die Unternehmen rechtlich zulässige Opportunitäten nicht ausschöpfen. Ein solcher „business chilling effect“ ist volkswirtschaftlich schädlich. Der Anforderung einer Einzelfallbeurteilung entspricht die Variante 1 (Streichung von Art. 5 Abs. 4 mit Beibehaltung einer direkten Sanktionierbarkeit) weitgehend. Dies hat economiesuisse bereits in der Evaluation auch so gefordert.

Der erläuternde Bericht macht klar, dass mit der Variante 1 die faktische per se Erheblichkeit bestimmter vertikaler Vereinbarungen aufgegeben und stattdessen – richtigerweise – auf die Wirkung der vertikalen Vereinbarung im konkreten Fall abgestellt werden soll. Unter dieser Variante dürfen einzelne Vertikalabredetypen nicht mehr per se als qualitativ erheblich erachtet werden. Der Fokus muss auf die quantitative Betrachtung im konkreten Fall gerichtet werden. Aus Rechtssicherheitsgründen würden wir es daher begrüßen, wenn gleichzeitig (bevorzugterweise) auf Verordnungsstufe oder (eventualiter) im Rahmen einer Bekanntmachung festgehalten würde, dass Abreden unter einem gewissen – noch zu bestimmenden – Marktanteil der Parteien unbedenklich sind. Zur Verbesserung der Rechtssicherheit müsste diese Regelung daher noch mit einer „de minimis-Regelung“ für Fälle mit kleinen Marktanteilen verbunden werden.

Der Nachteil von Variante 2 besteht darin, dass grundsätzlich nach wie vor eine Vermutung zugunsten der qualitativen Erheblichkeit von bestimmten Abredetypen gilt. Sodann erscheint uns die vorgesehene Einrede, dass die Zulässigkeit einer Abrede nach EU-Recht hinreichend geprüft wurde, systemisch nicht stimmig. Eine Abrede, die im EWR erlaubt ist, sollte auch unter Schweizer Recht grundsätzlich per se zulässig sein und nicht erst auf Einrede hin von der Sanktion befreit werden. Es ist denkbar, dass das vorgeschlagene Konzept (grundsätzliche Unzulässigkeit, Sanktionsbefreiung erst auf Einrede hin) auch in zivilrechtlicher Hinsicht unerwünschte negative Folgen haben könnte.

Ein Teil unserer Mitgliedschaft, insbesondere der Handel, verweist allerdings darauf, dass die WEKO mit der Revision der Vertikalbekanntmachung bereits heute eine Einzelfallbeurteilung von vertikalen Abreden praktiziert und dass eine Beibehaltung von Art. 5 Abs. 4 eine erwünschte präventive Wirkung habe.

Antrag zu den vertikalen Abreden (Art. 5 Abs. 4)

In Übereinstimmung mit den ökonomischen Theorien muss die Einzelfallbeurteilung im Vordergrund stehen. Mehrheitlich wird die Streichung von Art. 5 Abs.4 befürwortet.

4 Zusammenschlussregelung

economiesuisse hat sich bereits in der Evaluation klar für eine auf das Wesentliche ausgerichtete Zusammenschlusskontrolle ausgesprochen. In diesem Sinne begrüßen wir die vorgesehenen Erleichterungen für Zusammenschlüsse, welche vor allem internationalen Märkte betreffen. Auch die Ansetzung einer Frist für das Wettbewerbsgericht zur Behandlung von Beschwerden ist richtig und notwendig.

Betreffend der Beurteilungskriterien wird mehrheitlich die Variante 1 mit der Einführung eines SIEC-Tests („Significant Impediment of Competition“) befürwortet. Dieser Test ist direkt auf die Wettbewerbswirkungen ausgerichtet und ermöglicht auch Effizienzvorteile besser zu berücksichtigen. Mit der Einführung des international gebräuchlichen SIEC-Tests wird eine bessere Abstimmung mit dem Kontrollmassstab der EU erreicht. Damit können sich Behörden und Unternehmen auch an der entsprechenden Praxis der EU-Kommission und der EU-Rechtsprechung orientieren, was die Vorhersehbarkeit der Entscheidung und somit die Rechtssicherheit bereits im Vorfeld einer Anmeldung stärkt. Allerdings würde sich ein reiner Marktbeherrschungstest (Variante 2) besser in die bisherige Regelung einfügen und wäre weniger aufwendig.

Antrag zu Art. 9 und 10

Klare Unterstützung der Erleichterung für internationale Zusammenschlüsse und der neuen Verfahrensbestimmungen

Im Sinne einer internationalen Harmonisierung stimmen wir mehrheitlich der Einführung des SIEC-Tests (Variante 1) zu.

5 Widerspruchsverfahren (Meldung von neuem Verhalten eines Unternehmens bevor es umgesetzt wird, um Sanktion zu vermeiden)

Das Widerspruchsverfahren ist ein unentbehrliches Gegenstück zur Einführung direkter Sanktionen. Nur so können die Unternehmen Rechtssicherheit über konformes Verhalten sowie hinreichend Rechtsschutz erlangen. Ansonsten werden sie zu einem innovationsfeindlichen defensiven Verhalten gezwungen, was zu einem volkswirtschaftlich schädlichen „business chilling effect“ führt. Gleiches gilt aber auch für eine lang andauernde Unsicherheit über den Verfahrensausgang durch eine lange Dauer des Widerspruchsverfahrens. In seinem Entscheid 135 II 60 hat es das Bundesgericht zudem leider abgelehnt, die Wettbewerbskommission zu verpflichten, nach einer Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 KG im Rahmen einer Feststellungsverfügung über die Zulässigkeit des gemeldeten Vorhabens zu entscheiden. Die heutige Situation befriedigt in keiner Weise, was die Expertengruppe des Bundes wie auch economiesuisse in den Evaluationsberichten deutlich festgestellt haben. Eine Revision ist hier dringend und wichtig.

Die vorgeschlagene Verkürzung der Fristen geht in die richtige Richtung und wird von uns klar unterstützt. Neu soll auch nicht die Eröffnung einer Vorabklärung, sondern erst die Eröffnung einer formellen Untersuchung das Sanktionsrisiko wieder aufleben lassen; damit wird das Sanktionsrisiko der Unternehmen verringert und den Unternehmen immerhin auch die Möglichkeit gegeben, innerhalb der Vorabklärungsfrist auf mögliche Vorbehalte der Wettbewerbsbehörden einzugehen und Geschäftsvorhaben entsprechend anzupassen.

Allerdings wird durch den Vorschlag das Investitionsrisiko für die Unternehmen nicht beseitigt und ein „business chilling effect“ kann so weiter wirken. Innerhalb der zweimonatigen Widerspruchsfrist kann die Wettbewerbsbehörde eine Vorabklärung mit anschliessender Untersuchung eröffnen, für deren Durchführung keine weitere Frist besteht. Dementsprechend wird das Investitionsrisiko der Unternehmen durch den Vorschlag nicht beseitigt. Ein Unternehmen, das während der Vorabklärung Investitionen tätigt, läuft zudem Gefahr, dass es – um seine Investitionen zu retten - faktisch zu Zugeständnissen gegenüber der Wettbewerbsbehörde gezwungen ist. Um seine Investitionen zu retten, wird das Unternehmen meist die von der Wettbewerbskommission verlangten Zugeständnisse machen und es nicht auf ein Untersuchungsverfahren ankommen lassen. Im Lichte der praktischen Erfahrungen müssen hier somit allenfalls noch weitere Verbesserungen geprüft werden, unter Umständen verbunden mit einer Missbrauchsregelung.

Antrag zu Art. 49a Abs. 4

Unterstützung der Verkürzung der Fristen auch wenn damit das Investitionsrisiko für die Unternehmen nicht genügend gemildert wird und somit ein „chilling effect“ weiterbesteht. Weitere Verbesserungen sind im Lichte der Erfahrungen zu prüfen.

6 Kartellzivilrecht (Klagerecht für Konsumenten)

Die vorgeschlagenen Änderungen zum Kartellzivilrecht und die Einführung von Klagerechten für Konsumenten bergen die Gefahr, unserem Rechtssystem fremde Instrumente und Verfahren wie Sammelklagen zu importieren und letztlich den Standort Schweiz zu schwächen. So werden nur Begehrlichkeiten bei (oft selbst ernannten) Vertretern (vermeintlich) Geschädigter geschürt, wie dies verschiedene Reaktionen auf den Vorschlag vermuten lassen. Entgegen den Ausführungen zum Entwurf liegen im europäischen Ausland noch nicht flächendeckende Instrumente vor, welche die Attraktivität des zivilrechtlichen Weges erhöhen ohne dass es zu einer exzessiven Klagekultur kommt. Die EU befindet sich hier noch in einer Suchphase. Einigkeit herrscht wohl darüber, dass „keine amerikanischen Verhältnisse eingeführt werden sollen“, erwogene Lösungen sind aber noch sehr strittig.

Neben der geltenden spezialgesetzlichen Regelung des Kartellzivilrechts steht zur Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund erlittenen Schadens bereits heute auch Art. 41 OR zu Verfügung. Leider finden sich dazu im Begleitbericht zur Vernehmlassungsvorlage keine Ausführungen. Es ist entgegen einem Teil der Lehre schwer nachvollziehbar, weshalb kartellrechtswidriges Verhalten nicht eine genügende Widerrechtlichkeit begründen sollte um unter diesem Titel Schadensansprüche geltend zu machen. Allenfalls müsste die Praxis von Art. 41 der neueren Entwicklung angepasst werden, etwa betreffend des Beginns der Verjährung.

Immerhin muss auch sichergestellt sein, dass die staatlichen Bussen, soweit sie de facto eine Kartellrente abschöpfen, bei zivilrechtlichen Schadenersatzklagen entsprechend reduziert werden. Es

ist wirtschaftlich verfehlt, wenn sich der Staat an Sanktionen bereichert, tatsächlich Geschädigte aber leer ausgingen oder die Kartellrente bei den Unternehmen doppelt eingezogen würde. Dafür braucht es jedoch keine neuen Instrumente sondern eine bessere Nutzung der bestehenden. Die notwendige Vermeidung einer Doppelbelastung anerkennt auch der Vernehmlassungsbericht.

Der Weg über Art. 41 OR stellt sicher, dass Schadenersatzklagen nicht verfehlt werden bereits bei einer (im Vorschlag nicht einmal qualifizierten!) Bedrohung der wirtschaftlichen Interessen möglich werden. Klageberechtigt darf nur sein, wer effektiv einen finanziellen Schaden erlitten hat und diesen auch nachweist.

Antrag zu Art. 12

Die Erweiterung der Klageberechtigung zur Durchsetzung von Schadensansprüchen im Kartellgesetz (neue Klageberechtigung von Konsumenten) wird abgelehnt. Vielmehr sind hier die Möglichkeiten von Art. 41 OR zu nutzen. Für eine erweiterte spezialgesetzliche Regelung besteht kein Bedarf.

Vorbedingung für die Klageberechtigung muss in jedem Fall ein (finanzieller) Schaden sein. Die Einführung neuer prozessualer Instrumente wie beispielsweise eine asymmetrische Verteilung von Prozesskosten wird entschieden abgelehnt.

7 Zusammenarbeitsmöglichkeit mit ausländischen Behörden

economiesuisse unterstützt eine wirkungsvolle Durchsetzung des Kartellrechtes. Angesichts der internationalen Verflechtung der Unternehmen ist das Begehren nach einer Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden nachvollziehbar. Aus Schweizer Sicht steht dabei grundsätzlich der Informationsbezug im Vordergrund, nicht das Liefern von Informationen. Die Zusammenarbeit in Wettbewerbsfragen kann jedoch aufgrund des sanktionsrechtlichen Charakters der Verfahren nicht einfach mit einer Zusammenarbeit bei anderen Rechtsgebieten gleichgesetzt werden. Einerseits geht es bei Kartellverfahren immer um ganz besonders sensible Unternehmensinformationen, die in falschen Händen viel Schaden – für die betroffenen Unternehmen aber auch den Wettbewerb als solches – anrichten können. Kartellverfahren werden vielfach von Wettbewerbern angestrengt und diese können Einblick in vertrauliche Informationen ihrer Konkurrenten erhalten. Die Informationen können auch für andere Zwecke genutzt werden, etwa im Rahmen von Zivilstreitigkeiten. Nicht auszuschliessen sind auch Fälle, in denen mit Hilfe von Kartellverfahren (inkl. Informationsaustausch) staatlicher Protektionismus betrieben wird, um ausländische Wettbewerber im Verhältnis zu inländischen Anbietern zu schwächen. Oder die Informationen könnten gar der Industriespionage dienen. Daher ist der Rechtsschutz besonders stark auszugestalten und die üblichen Kriterien für Amts- und Rechtshilfe (doppelte Strafbarkeit, Reziprozität, Spezifität etc.) sind gegenseitig spezifisch zu regeln und restriktiv auszulegen. Ein „ordre public“-Vorbehalt ist in jedem Fall nötig.

Vorgeschlagen wird ein Kompetenzartikel zur Lieferung von Informationen ins Ausland generell und weltweit (also nicht nur im Hinblick auf die EU, sondern beispielsweise auch in die USA, China, Japan, etc.), sofern die Gegenseitigkeit und der Rechtsschutz gewährleistet seien. Die Anforderungen an die Gegenseitigkeit sind jedoch nicht festgelegt und die Ausgestaltung der Rechtsschutzmöglichkeiten fehlt ganz. Die Formulierungen von Art. 41a und Art. 41b sind teilweise unklar und sehr breit. Die in Art. 41b vorgesehene „Zusicherung“ der ausländischen Behörde bietet keine genügende Sicherheit. Einerseits können solche Behörden aufgrund anderer nationaler Bestimmungen zur Weitergabe von Informationen gezwungen werden (sicher so etwa in den USA), zum anderen fehlt jeglicher

verlässliche Durchsetzungsmechanismus für solche Zusicherungen. Zudem kann eine einseitige Regelung im Schweizer Gesetz einer ausländischen Behörde keine Rechtsgrundlage bieten, die diese ermächtigt, ihrerseits auch Informationen auszutauschen. Des Weiteren ist eine nicht eingehaltene Zusicherung nicht justiziabel und es besteht kein Rechtsschutz im Hinblick auf deren Einhaltung.

Eine Regelung über den internationalen Informationsaustausch und der Zusammenarbeit kann und darf somit nur im Rahmen von bilateralen Abkommen erfolgen. Bei einem ausschliesslich bilateralen Ansatz kann der Informationsaustausch auf solche Staaten / Staatengemeinschaften beschränkt werden, mit denen man – basierend auf einem bilateralen Abkommen – in eine vertiefte Zusammenarbeit treten möchte, in denen rechtsstaatlichen Verfahren gegeben sind und wo auch genügend Mechanismen zur Durchsetzung der Schutzklauseln sowie hinreichend Rechtsschutz bestehen. Auch bei einem bilateralen Vorgehen ist aber für die nötigen Kautelen in dem Sinne zu sorgen, dass ein Informationsaustausch nur dann erfolgen darf, wenn der informationsempfangende Staat grundsätzliche Rechtsstaatsgarantien einhält. Hier ist ein „ordre public“-Vorbehalt notwendig.

Von einem Austausch von vertraulichen Informationen ist allenfalls der Austausch von rudimentären Verfahrensinformationen wie beteiligte Parteien, Stand des Verfahrens oder Anklagepunkte zu unterscheiden. Ein derartiger Austausch kann bereits die Verfahrensführung erleichtern und birgt nicht die Gefahr zu Offenlegung vertraulicher Informationen in sich. Gemessen an den geltend gemachten Motiven für die Zusammenarbeit könnte mit einer solchen Regelung, ebenfalls selbstverständlich nur auf Gegenrechtsbasis, bereits eine Erleichterung erreicht werden.

Antrag zu Art. 41a und 41b

streichen

Die internationale Zusammenarbeit ist in bilateralen Abkommen und nicht unilateral sowie unter Beachtung der restriktiv auszulegenden üblichen Kriterien zu regeln.

8 Weitere Themen

Als notwendig erscheint es, im Gesetz nochmals auf das Verschuldensprinzip hinzuweisen, wie es bereits schon in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankert ist und aufgrund der Geltung der EMRK ohnehin zu beachten ist. Auf jeden Fall ist die sog. „Compliance–Defence“ explizit zu verankern, wie dies auch von der von beiden Räten überwiesenen Motion Schweizer gefordert wird. Dies sollte umso unproblematischer sein, als bei deren Beratung und bei anderer Gelegenheit vom früheren Präsidenten der WEKO stets betont wurde, dass eine solche Berücksichtigung bereits heute möglich sei. Dann sollte dies im Sinne der Rechtssicherheit auch aus den geschriebenen Regeln explizit hervorgehen. Zur Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen als zweiter Teil der Motion Schweizer werden wir uns zu gegebener Zeit äussern, wenn dazu die Vernehmlassung über einen konkreten Vorschlag eröffnet wird. Eine breite Diskussion über eine solche Änderung ist erwünscht und notwendig. Dabei werden verschiedene Fragen zu analysieren sein, etwa Auswirkungen auf die Unternehmen, die Verfahren, die Instanzen oder die zu verbessernde Bestimmtheit von Wettbewerbsvorschriften. Verschiedene unserer Mitglieder haben sich bereits heute skeptisch bis ablehnend geäussert. Voraussetzung für eine derartige Neuerung ist in jedem Fall eine Umsetzung der neuen Institutionen mit einer Trennung von Untersuchung und Entscheid sowie einem unabhängigen Wettbewerbsgericht wie oben umschrieben.

Zur Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit der Verfahren ist eine Gesetzesänderung notwendig. Die Schaffung neuer Institutionen wird jedoch noch vertiefende Diskussionen auslösen und möglicherweise erhebliche Zeit beanspruchen. Immerhin bietet bereits das geltende Recht einen gewissen Spielraum, um die Rechtssicherheit zu stärken und die Verfahren zu beschleunigen. Dies hat auch die WEKO mit der Änderung ihrer Bekanntmachung zu vertikalen Vereinbarungen gezeigt und die Kritik aus Ökonomenkreisen berücksichtigt. Zwar genügen solch punktuelle Schritte nicht und sind keine Alternative zu einer Revision. Doch sind Möglichkeiten und Spielräume des Gesetzes umgehend besser auszuschöpfen (z.B. eigenständige Schlussredaktion der Entscheide durch die WEKO statt durch das Sekretariat im Sinne einer besseren Aufgabentrennung) und auch die entsprechenden Ressourcen frei zu machen.

Gerade die Ausgestaltung der Institutionen und Verfahren wird noch eine Verfeinerung bedingen. Für die weitere Behandlung stehen wir Ihnen mit unseren Experten gerne zu Verfügung. Für die gebotene Gelegenheit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse

economiesuisse



Dr. Pascal Gentinetta
Vorsitzender der Geschäftsleitung



Thomas Pletscher
Mitglied der Geschäftsleitung

Kopie z K an: SECO, Prof. Dr. Aymo Brunetti, Direktion für Wirtschaftspolitik