

Schweizer Kartellrecht vor Paradigmenwechsel dossierpolitik

4. Juni 2012

Nummer 12

Revision des Kartellgesetzes. Mit der Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes vom 22. Februar 2012 schlägt der Bundesrat einen eigentlichen Paradigmenwechsel im Wettbewerbsrecht vor: drei horizontale und zwei vertikale Arten von Abreden sollen grundsätzlich verboten sein, ausser sie können durch Effizienzsteigerungen gerechtfertigt werden (Einführung eines «Teilkartellverbots»). Auch sollen die Institutionen mit einer Wettbewerbsbehörde in Form einer selbstständigen Anstalt und eines neuen Wettbewerbsgerichts beim Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich neu gestaltet werden. Damit würde das Gewicht von einem Administrativverfahren zu einem Justizverfahren verlagert. Weitere wichtige Änderungen sind vor allem die Einführung einer «Compliance Defence» und die Berücksichtigung von Zivilentschädigungen bei der Sanktionsbemessung. economisesuisse steht einer Modernisierung des Kartellrechts offen gegenüber, allerdings genügt die Vorlage den ökonomischen Kriterien und den Praxisanforderungen noch nicht.

Position economisesuisse

- ▶ Die Revision muss ökonomischen Zielsetzungen und Kriterien entsprechen. Sie darf nicht einem kurzfristig orientierten Populismus verfallen.
- ▶ Für eine verlässliche ökonomische Einschätzung muss zwingend die Verordnung zu den Rechtfertigungsgründen beim vorgesehenen Teilkartellverbot vorliegen.
- ▶ Die Einführung einer Compliance Defence unterstützt Unternehmen dabei, ihre vorbeugenden Investitionen gegen Verletzungen des Kartellrechts zu verstärken.
- ▶ Die Reform der Institutionen nimmt ein wichtiges Anliegen nach einer stärkeren Trennung von Untersuchung und Entscheidungsfindung auf.
- ▶ Für eine Sanktion müssen die Behörden den Kartellverstoss beweisen; nicht die Unternehmen ihre Unschuld.

Von der Saldomethode zum modernen Wettbewerbsrecht

► Das Schweizer Wettbewerbsrecht seit 1962: grundlegender Wandel und Anpassung an andere Industriestaaten.

1962 wurde das erste schweizerische Kartellgesetz erlassen. Damals war der Gesetzgeber noch relativ weit entfernt von einer modernen Wettbewerbsauffassung. Zu Beginn beurteilte die Kartellkommission als zuständige Behörde lediglich die Vor- und Nachteile von Kartellen («Saldomethode»).

Seither hat sich das Gesetz stark verändert. 1995 erfuhr das Wettbewerbsrecht eine grundlegende Neuorientierung. Die «Saldomethode» wurde abgeschafft. Ziel des neuen Gesetzes war – und ist es noch heute – der Schutz des wirksamen Wettbewerbs. Als institutionelle Neuerung wurde die Verfügungskompetenz vom EVD auf die Wettbewerbskommission übertragen. 2003 wurden insbesondere die Instrumente der Wettbewerbskommission und deren Sekretariat verstärkt: Durch die Einführung der direkten Sanktionen können gravierende Wettbewerbsbeschränkungen bereits bei deren Feststellung und nicht erst im Wiederholungsfall geahndet werden.

► Evaluationsgruppe befand Konzept des Kartellrechts im Jahr 2009 nach wie vor für bewährt, ortete aber Verbesserungspotenzial.

Revisionsbedarf in drei Bereichen

In das teilrevidierte Kartellgesetz wurde 2003 eine Bestimmung zur Evaluation der Wirksamkeit des Gesetzes aufgenommen. Die für die Prüfung zuständige Evaluationsgruppe des Bundes publizierte Anfang 2009 ihren Synthesebericht mit konkreten Empfehlungen.¹ *economiesuisse* führte zur selben Zeit eine eigene Evaluation durch. Die Ergebnisse wurden in der Studie «Unternehmen im Wettbewerb» publiziert.² Die Expertengruppe des Bundes kam wie *economiesuisse* zum Schluss, dass sich das 1995 eingeführte Konzept des Kartellgesetzes bewährt hat. In folgenden Punkten wurde aber Verbesserungspotenzial geortet:

- **Institutionen und Verfahren:** Zur Verbesserung von Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit der Verfahren sollen Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion besser voneinander getrennt werden, aber auch die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde soll gewährleistet bleiben.
- **Inhaltliche Änderungen:** Bei vertikalen Restriktionen soll im Sinne einer klaren Einzelfallprüfung auf die im Gesetz verankerte Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung verzichtet werden. Unzulässige Mindest- und Festpreise sowie Gebietsbeschränkungen sollen jedoch weiterhin sanktioniert werden.
- **Fusionen:** Die Fusionskontrolle ist im Sinne der Rechtssicherheit beizubehalten, aber mit Fokus auf offenbare Marktmachtrisiken zu beschränken. Die Expertengruppe des Bundes empfiehlt eine Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle mit der EU, insbesondere im Hinblick auf die Untersagungskriterien.

Im Weiteren regte die Evaluationsgruppe des Bundes an, für den formellen Austausch vertraulicher Informationen zwischen den schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden mit den wichtigsten Handelspartnern Kooperationsabkommen abzuschliessen.

¹ Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.

² *economiesuisse*, Unternehmen im Wettbewerb. Evaluation des Kartellgesetzes, Zürich, 2009.

Drei Teilschritte zur Vorbereitung der Revision

▶ Erster Teil der KG-Revision: sechs Massnahmen zur Modernisierung der Institutionen.

Reform der Institutionen

Gestützt auf die Evaluation des bestehenden Gesetzes hatte der Bundesrat im Frühjahr 2010 eine erste Vernehmlassungsvorlage ausgearbeitet. Sie umfasste sechs Punkte:

- ▶ Trennung der Institutionen – Reform der Wettbewerbsbehörde
- ▶ Verbesserung des Widerspruchsverfahrens
- ▶ Revision der Behandlung vertikaler Abreden
- ▶ Vereinfachung der Fusionskontrolle
- ▶ Bessere Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden
- ▶ Stärkung des kartellrechtlichen Zivilverfahrens

Der Bundesrat wollte damit materielle und institutionelle Verbesserungsvorschläge der Evaluationsgruppe umsetzen.

economiesuisse beurteilte die Stossrichtung der Vorlage konstruktiv kritisch und unterbreitete zusätzliche Verbesserungsvorschläge – insbesondere zu den Institutionen.

▶ Zweiter Teil der KG-Revision: Berücksichtigung von Compliance-Programmen und Einführung der persönlichen Strafbarkeit.

Strafmildernde Compliance-Programme und Sanktionen gegen natürliche Personen gefordert (Motion Schweiger)

Unabhängig vom ersten Teil der Revision des Kartellgesetzes hat das Parlament Ende 2010 die Motion Schweiger überwiesen. Diese sieht vor, dass Compliance-Programme bei der Sanktionsbemessung zu einer Sanktionsminderung führen. Zudem sollen Manager und Mitarbeitende, die gegen Unternehmensweisungen horizontale Absprachen treffen, persönlich strafrechtlich verfolgt werden können. Der Bundesrat unterstützte den ersten Teil des Anliegens, lehnte jedoch die Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen ab.

economiesuisse begrüsst die Einführung der Compliance Defence als wichtige Stärkung der Prävention. Hingegen liessen die beiden vorgeschlagenen Varianten zur Strafbarkeit von natürlichen Personen zu viele Fragen offen und wurden in der vorgelegten Form zurückgewiesen.

▶ Dritter Teil der KG-Revision: Verbesserungen bei der Weitergabe der Währungsvorteile.

Kartellrecht als Massnahme gegen die Folgen des starken Frankens?

Als Folge des starken Frankens verlangen seit Frühjahr 2011 verschiedene Kreise zusätzliche Massnahmen, die dafür sorgen, dass Währungsvorteile letztlich an die Konsumentinnen und Konsumenten in der Schweiz weitergegeben werden. Dazu schlug der Bundesrat, entgegen der ersten Vernehmlassungsvorlage, einen Ausbau der Vermutungstatbestände für die Unzulässigkeit gewisser horizontaler und vertikaler Abreden vor.

economiesuisse zeigte sich für eine Prüfung einer solchen Änderung offen, sofern die Vermutungstatbestände ökonomisch begründet und mit angemessenen Rechtfertigungsmöglichkeiten ausgestaltet werden. Allerdings müssten die Folgen der Frankenstärke mit anderen Mitteln bekämpft werden. Die Funktion des Kartellrechts liegt in der Sicherung des Wettbewerbs und nicht in einer Preiskontrolle.

Aktuelle Vorlage des Bundesrats

Die drei Vernehmlassungsvorlagen wurden zu einer einzigen Revision zusammengefasst. Der Bundesrat hat am 22. Februar 2012 die Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes (KG) verabschiedet und dem Parlament zur Genehmigung unterbreitet. Durch diese Revision sollen die Wettbewerbsentscheide rechtsstaatlich besser verankert und besonders schädliche Formen von Kartellabreden verboten werden. Zudem sollen Fusionen untersagt oder mit Auflagen und Bedingungen belegt werden können, wenn sie zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führen, die nicht durch Effizienzgewinne kompensiert wird (heute steht die Marktstellung im Vordergrund). Ziel der KG-Revision ist auch die Beschleunigung und Verbesserung der Verfahren, was den Wettbewerb in der Schweiz intensivieren und den Wirtschaftsstandort langfristig stärken soll.

► Eine Reform der Institutionen, ein grundsätzliches Verbot von fünf Arten von Abreden, eine Verstärkung des Kartellzivilrechts, eine modernere Fusionskontrolle, die Einführung der Compliance Defence und eine Verbesserung des Widerspruchsverfahrens sind die wichtigen vorgeschlagenen Neuerungen.

Gemäss Beschluss des Bundesrats vom 16. November 2011 zum weiteren Vorgehen nach den drei Vernehmlassungsverfahren schlägt die Botschaft folgende sechs Elemente zur Revision vor:

- Institutionenreform mit der Schaffung einer Wettbewerbsbehörde als rechtlich selbstständige Anstalt innerhalb der Bundesverwaltung und der Einsetzung einer neu zu schaffenden Kammer des Bundesverwaltungsgerichts (bisher erste Beschwerdeinstanz) als Wettbewerbsgericht. Damit bliebe einerseits die Wettbewerbsbehörde unabhängig und wäre andererseits das Wettbewerbsgericht erste Entscheidungsinstanz bei unzulässigen Wettbewerbsabreden und bei Missbräuchen marktbeherrschender Stellungen im Sinne der Art. 5 und 7 KG, gestützt auf einen entsprechenden Antrag der Wettbewerbsbehörde. Der Praxisbezug sowie die Berücksichtigung ökonomischer Expertise sind durch die Zuwahl und angemessene Beteiligung von Richterinnen und Richtern mit wirtschaftlichen Kenntnissen, insbesondere unternehmerischen Erfahrungen und wettbewerbsökonomischen Kenntnissen, zu gewährleisten;
- Revision von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, wobei für jene fünf Arten von Abreden, die heute bereits direkt sanktionierbar sind, ein Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeiten für die Unternehmen vorgesehen ist. Diese Rechtfertigungsmöglichkeiten werden auf Verordnungsstufe geregelt;
- Stärkung des Kartellzivilrechts mit der Ausweitung der Klagelegitimation auf die privaten und öffentlichen Haushalte als Endkunden und Unterbrechung von Verjährungsfristen bei Untersuchungen der Wettbewerbsbehörde;
- Änderung der Beurteilungskriterien bei Unternehmenszusammenschlüssen durch die Einführung des in der EU weitverbreiteten SIEC-Tests (SIEC = Significant Impediment to Efficient Competition/Wesentliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs) sowie durch die Vereinfachung der Kontrolle von Zusammenschlüssen international tätiger Unternehmen;
- gesetzliche Regelung, die eine Sanktionsminderung erlaubt, wenn ein Unternehmen das Bestehen eines wirksamen Programms zur Verhinderung kartellrechtlicher Verstösse (Compliance-Programm) nachweisen kann;
- Verbesserung des Widerspruchsverfahrens.

► Bundesrat lehnt Sanktionierung natürlicher Personen ab.

Im Einklang mit seinem Beschluss vom 16. November 2011, die Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen abzulehnen, unterbreitet der Bundesrat dem Parlament gleichzeitig den Bericht zur Abschreibung der Motion Schweiger (07.3856): «Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht.» Darin schlägt der Bundesrat vor, das erste Anliegen der Motion, d. h. eine sanktionsmindernde Berücksichtigung von Compliance-Programmen, umzusetzen. Dagegen bleibt der Bundesrat bei seiner ablehnenden Haltung gegenüber dem zweiten Anliegen der Motion – der Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen bei Kartellrechtsverstössen – und beantragt vor dem Parlament die Abschreibung der Motion.

Ein effektiver Wettbewerb ist für den Wirtschaftsstandort zentral

► economiesuisse setzt sich klar für den Wettbewerb und gegen Abschottung ein.

Eine wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ist für eine glaubwürdige Ordnungspolitik notwendig. Dazu hat sich economiesuisse in der eigenen Evaluation des Kartellgesetzes³ und in den darin enthaltenen «Wettbewerbspolitischen Leitsätzen» bekannt. economiesuisse setzt sich klar für einen effektiven Wettbewerb und gegen Abschottungen, aber auch verzerrende staatliche Interventionen ein. Vor diesem Hintergrund wird eine Modernisierung des Kartellrechts im Grundsatz befürwortet.

Der Bundesrat nimmt wichtige Anliegen auf, die economiesuisse im Rahmen der drei Vernehmlassungen einbrachte.

Trennung der Kompetenzen verbessert Rechtsstaatlichkeit und Beurteilung der Fälle

► Mit einem ergänzenden Bericht müssen die Folgen für die Praxis aufgezeigt werden.

Die institutionelle Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde entspricht der Forderung von economiesuisse nach einer Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit. Es ist offensichtlich, dass die Fälle kritischer beurteilt werden, wenn eine Entscheidbehörde die Untersuchung eigenständig kritisch hinterfragt. Angesichts der hohen Bussandrohungen ist der Wechsel von einem Administrativ- zu einem Justizverfahren richtig, auch wenn dies den Aufwand erhöhen kann. Die Umsetzung in der Vorlage lässt jedoch wichtige Fragen offen. Hier ist ein ergänzender Bericht notwendig, mit dem die Folgen der Änderungen der Praxis aufgezeigt und geprüft werden.

³ economiesuisse, Unternehmen im Wettbewerb. Evaluation des Kartellgesetzes, Zürich, 2009 (einsehbar auf www.economiesuisse.ch).

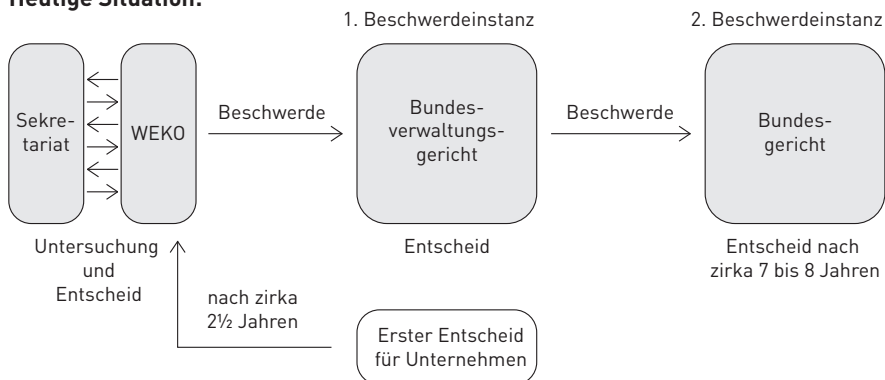
Grafik 1

► Durch die Schaffung eines Wettbewerbsgerichts als erste Instanz kann eine Rekursinstanz entfallen. Dadurch wird die ganze Verfahrensdauer verkürzt. Die Frist bis zu einem Entscheid des Wettbewerbsgerichts muss aber viel kürzer als prognostiziert sein.

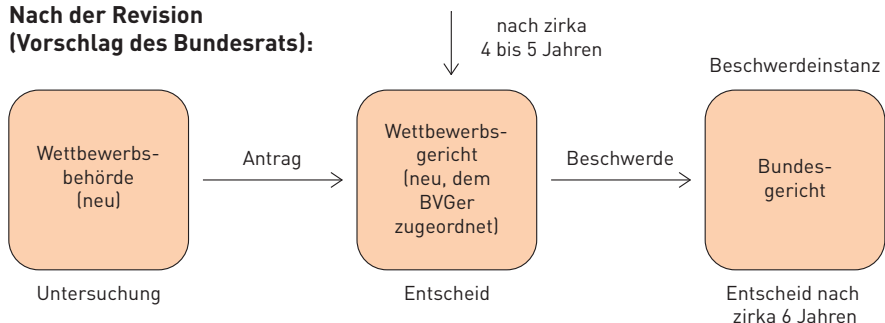
Neugestaltung der Institutionen

Heutige Situation und Vorschlag des Bundesrats im Vergleich

Heutige Situation:



Nach der Revision (Vorschlag des Bundesrats):



Quelle: eigene Darstellung.

► Die Wettbewerbsbehörde bestimmt alleine, in welchen Fällen Untersuchungen aufgenommen werden.

Grosse Bedeutung kommt der Wettbewerbsbehörde zu. Sie bestimmt, wo überhaupt Untersuchungen aufgenommen werden. Über Fusionen entscheidet sie de facto gar alleine. Zudem bringt sie die wettbewerbspolitischen Anliegen in die politische Diskussion ein. Sie ist die «Stimme des Wettbewerbs» und setzt die Signale. Es ist daher zweckmässig, die Wettbewerbsbehörde als selbstständige und unabhängige Anstalt auszugestalten. Dies stärkt die Unabhängigkeit der Behörde für Untersuchungen nicht nur gegenüber privaten Akteuren, sondern auch gegenüber staatlichen Stellen. Die Aufsicht über die gestärkte Wettbewerbsbehörde soll richtigerweise durch einen unabhängigen Aufsichtsrat erfolgen. Dessen Aufgaben und Verantwortung sind nicht zu unterschätzen, wählt er doch die verantwortlichen Personen der Wettbewerbsbehörde und bestimmt auch die Schwerpunktsetzung. Er muss daher im Sinne eines «policy shapings» die generelle Stossrichtung der Wettbewerbspolitik in der Schweiz im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben bestimmen, mischt sich aber nicht in konkrete Einzelgeschäfte ein.

Im Aufsichtsrat der Wettbewerbsbehörde müssen vor diesem Hintergrund die Wirtschaftskreise und Sozialpartner einbezogen werden. Eine Besetzung mit einer reinen Justiz- und Verwaltungsorientierung würde den Aufsichtsrat zu einem Administrativorgan reduzieren und die entscheidende Schwerpunktsetzung alleine in die Hände der Geschäftsleitung der Wettbewerbsbehörde legen. Eine effektive Kontrolle fände nicht statt. Daher müsste er mehr Mitglieder als die vorgesehenen fünf aufweisen, hingegen wird er wesentlich weniger häufig tagen müssen als die heutige WEKO. Dieser Praxisbezug muss durch den Bundesrat als Wahlbehörde gewährleistet, aber von der Politik vorgegeben werden.

► Das Wettbewerbsgericht ermöglicht einen erstinstanzlichen Entscheid durch ein unabhängiges Gericht und den Wegfall einer Instanz.

► Richterinnen und Richter müssen Erfahrung aus der Unternehmenspraxis mitbringen.

Die vorgeschlagene Errichtung eines Wettbewerbsgerichts als separate Abteilung beim Bundesverwaltungsgericht ermöglicht einen erstinstanzlichen Entscheid durch ein unabhängiges Gericht und ist zwingend für den Wegfall einer Instanz.⁴ Allerdings ist fragwürdig, ob die volle Integration dieser ersten Instanz in das Bundesverwaltungsgericht angesichts der Wichtigkeit eines Einbezugs der Praxis und der bereits starken Belastung dieses Gerichts Sinn macht. Prüfwert ist vielmehr eine schlanke, eigenständige Instanz, die Richterinnen und Richter mit Wirtschaftsbezug im Teilpensum beschäftigt (ähnlich wie seinerzeit bei der Schaffung des Bundespatentgerichts). Das neue Wettbewerbsgericht ist eine grundsätzlich neue Instanz und unterscheidet sich fundamental von der Ausrichtung des Bundesverwaltungsgerichts. Letzteres ist eine Rekursinstanz, das Wettbewerbsgericht ist dagegen ein ersturteilendes Gericht. Eine kosmetische Ergänzung der heutigen Kammer⁵ genügt nicht. Daher müssen alle Mitglieder separat gewählt werden und dürfen nicht für Verfahren bei den anderen Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts eingesetzt werden. Die Eingliederung des Wettbewerbsgerichts in das Bundesverwaltungsgericht darf jedenfalls nur im administrativen Sinne verstanden werden. Es muss gewährleistet sein, dass die Richterinnen und Richter des Wettbewerbsgerichts sich ausschliesslich wettbewerbsrechtlichen Fällen widmen können, ohne in anderen Rechtssachen eingebunden zu sein, damit ein effizientes und zeitlich kurzes Verfahren gewährleistet werden kann.

Wettbewerbsentscheide haben stets eine entscheidende ökonomische Dimension. Es ist daher zwingend, dass bei den Urteilen Personen mit Erfahrung in der Unternehmenspraxis und wettbewerbsökonomischen Kenntnissen mitwirken. Dadurch wird auch gewährleistet, dass ökonomische Kenntnisse nicht nur aufseiten der Wettbewerbsbehörde vorhanden sind, sondern auch aufseiten des Wettbewerbsgerichts. Notwendig wird der Einbezug von Richterinnen und Richtern mit wettbewerbsökonomischen Kenntnissen und mit unternehmerischer Erfahrung vor allem auch vor dem Hintergrund, dass das neue Wettbewerbsgericht nicht mehr als Beschwerdeinstanz, sondern in erster Instanz tätig sein wird und seine Sachverhaltsfeststellungen bei einer Beschwerde an das Bundesgericht keiner freien Prüfung mehr unterliegen. Die volle Ausübung der richterlichen Kognition durch die Richterinnen und Richter des Wettbewerbsgerichts ist deshalb unerlässlich. Das blosse Recht des Wettbewerbsgerichts zur Ausübung einer vollen Kognition genügt daher nicht. Die Richterinnen und Richter müssen diese Kognition durch eigene Expertise und entsprechende Kenntnisse auch der Ökonomie tatsächlich ausüben können.⁶ Nur so kann auch die Untersuchung der Wettbewerbsbehörde nachvollzogen und richtig eingeordnet werden. Den Fachrichterinnen und Fachrichtern darf dabei keine Zweitklassenrolle zukommen, was wohl ein substanzielles Pensum bedingt.

⁴ Im Entscheid Menarini Diagnostics/Italien, EGMR-Urteil vom 27. September 2011, 43509/08 – Menarini, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgehalten, dass eine Rekursinstanz mit einer vollen Überprüfungsmöglichkeit genügt. Die Änderung ist daher nicht durch die EMRK erzwungen, sondern fusst auf eigenen Abwägungen.

⁵ In der Botschaft heisst es zur Zusammensetzung des Bundeswettbewerbsgerichts auf Seite 58: «Dieses [das Bundeswettbewerbsgericht] sollte sich aus den heute mit Kartellrechtsfragen befassten Richterinnen und Richtern des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) sowie unabhängigen Experten zusammensetzen, die (...) den Bezug zum wirtschaftlichen Alltag und zur Wirtschaftslehre im Gebiet des Wettbewerbs gewährleisten.» Auf den Seiten 58/59 der Botschaft werden zur Besetzung des Bundeswettbewerbsgerichts im Hinblick auf die derzeit mit Kartellrechtsfragen befassten Richterinnen und Richter des BVGer keine weiteren Ausführungen mehr gemacht.

⁶ Dies ist beispielsweise auch bei der UK Competition Commission der Fall. Hier üben Ökonomen einen entscheidenden Einfluss auf den Entscheid und dessen Vorbereitung aus. Sie sind in einem Teilzeitpensum angestellt und haben praktische Erfahrung aus der Wirtschaft.

► Kürzere, verbindliche Fristen für Wettbewerbsverfahren sollten gesetzlich verankert werden.

Nicht zu akzeptieren sind die prognostizierten längeren Verfahren bis zu einem erstinstanzlichen Entscheid (siehe Grafik, Seite 5). Bei der WEKO dauern die Verfahren nach Abschluss einer Untersuchung heute sechs bis acht Monate. Diese Fristen sollten eigentlich kürzer statt länger werden. Im Sinne der Rechtssicherheit muss jedenfalls ein erster Entscheid innert weniger als zwölf Monaten nach Abschluss einer Untersuchung vorliegen. Eine längere Dauer müsste im jeweiligen Entscheid offengelegt und speziell vom Wettbewerbsgericht begründet werden. Eine verbindliche kurze Frist ist notwendig und sollte im Gesetz im Sinne einer Ordnungsvorschrift verankert werden. Vor diesem Hintergrund erweist sich die personelle und organisatorische Unabhängigkeit des Wettbewerbsgerichts von den Verfahren des Bundesverwaltungsgerichts als unerlässlich.

Die zu lange Verfahrensdauer hängt auch vom aktuellen Verfahrensrecht ab. Hier wurde die Chance verpasst, komplexe Wirtschaftsverfahren⁷ insgesamt anzupassen. Anstatt einer Mischung von Verweisen auf Verwaltungs- und Strafverfahren müssen auf die Dauer spezifische Regeln gefunden werden, die einen zeitgerechten Entscheid unter Wahrung der Rechte der Betroffenen gewährleisten. Sinnvoll wäre hier die Regelung in einem speziellen Verfahrensgesetz. So werden der Charakter der Verfahren als «Kartellsanktionsverfahren» angemessen berücksichtigt und die Verteidigungsrechte entsprechend festgeschrieben und gewahrt.

Wechsel zu Teilkartellverbot muss ökonomisch begründet werden

► Das Teilkartellverbot bringt eine Vereinfachung und eine Annäherung an europäisches Recht, mindestens auf den ersten Blick.

Wichtigste materielle Änderung ist der Wechsel zu einem «Teilkartellverbot»⁸ mit Rechtfertigungsmöglichkeiten. Auf der einen Seite führt der Wechsel zu einer Vereinfachung und – auf den ersten Blick – zu einer Annäherung an Regeln des EU-Kartellrechts. Voraussetzung ist, dass die Fälle weiterhin in der konkreten Abwägung und nicht schematisch beurteilt werden. Auf der anderen Seite widerspricht das Teilkartellverbot einem liberalen Ansatz. Zuerst wird alles verboten und dann über die (erst angekündigte) Verordnung selektiv wieder erlaubt. Ein Teilkartellverbot steht auch in einem gewissen Widerspruch zum verfassungsmässig verankerten Missbrauchsprinzip, selbst wenn Bundesgericht und Botschaft zur neuen Verfassung beschränkte Verbote für zulässig halten. Allerdings standen damals explizit horizontale und nicht vertikale Absprachen zur Debatte.

⁷ Die analoge Problematik besteht neben dem Kartellrecht auch in anderen Gebieten wie der Geldwäschereibekämpfung oder Finanzmarktfällen. Dies zeigen auch kürzlich publizierte Medienberichte.

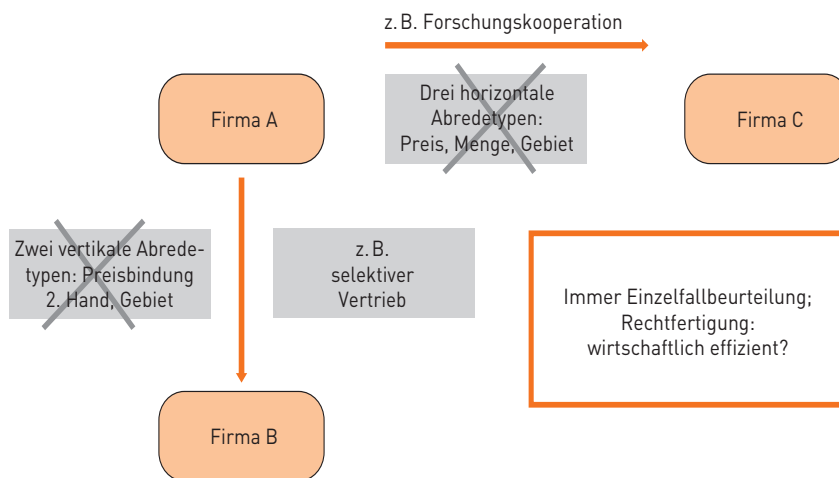
⁸ Richtigerweise müsste von einem Kartellteilverbot gesprochen werden. Aus Gründen der Vergleichbarkeit wird aber die Terminologie der Botschaft verwendet.

Grafik 2

► Das Teilkartellverbot betrifft nur abschliessend aufgezählte Abredearten, zu Recht aber etwa nicht den selektiven Vertrieb. Die Einzelfallprüfung mit genauem Blick auf die Rechtfertigungsgründe ist beim Teilkartellverbot zentral.

Teilkartellverbot als wichtigste Neuerung

Teilkartellverbot untersagt fünf Arten von Abreden



Quelle: eigene Darstellung.

Die Schädlichkeitsvermutung ist zwar bei horizontalen Abreden in der Ökonomie breit anerkannt, bei vertikalen Vereinbarungen jedoch sehr umstritten.⁹ In der Botschaft fehlt es an einer transparenten ökonomischen Begründung des neuen Vorgehens. Hier muss das Parlament einen Zusatzbericht verlangen. Der in der Botschaft postulierte Zusammenhang mit der Weitergabe von Währungsvorteilen lässt sich wohl kaum ökonomisch, sondern eher politisch erklären.

► Was in der EU zulässig ist, soll auch in der Schweiz möglich bleiben. Doch darf die Schweiz in begründeten Fällen auch liberaler sein.

Grundsätzlich ist eine Annäherung an das EU-Recht zur Vermeidung von Nachteilen für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz und das Abstellen auf das Kriterium der Effizienz als Rechtfertigung zu begrüssen. Was in der EU zulässig ist, soll auch in der Schweiz zulässig sein. Aber das Schweizer Recht darf auch liberaler als das EU-Recht sein. Ohne Zwang muss in der Schweiz nicht alles verboten werden, was in der EU verboten ist.

Wie der Nachweis von Effizienzen zu führen ist und welche Kriterien als «Effizienzen» herangezogen werden können, ist derzeit noch nicht geregelt. Dies einer Verordnung zu überlassen, erscheint wenig glücklich, da die Effizienzen bzw. deren Fehlen die Tatbestandsmässigkeit des Kartellverbots begründen. Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz müssen die Rechtfertigungsmöglichkeiten und die geeigneten Effizienzeinwände hinreichend klar umschrieben sein. Nach dem Legalitätsprinzip sollte dies in den Grundzügen bereits auf gesetzlicher Ebene erfolgen und nicht erst in einer Verordnung, zumal die Folgen bei Verstössen dem Sanktionsrecht zuzuordnen sind. Die Effizienzgründe sollten daher im Rahmen der KG-Revision konkret umschrieben werden und dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Ein Vorgehen, nach dem zunächst in einem ersten Schritt über die Einführung eines Teilkartellverbots beraten wird und erst in einem zweiten Schritt über die Effizienzen, die zur Rechtfertigung eines Verhaltens führen, ist wenig ausgegoren. Die Beurteilung der Konsequenzen der Vorlage kann erst nach Vorliegen der Verordnung erfolgen. Entsprechend muss diese für die parlamentarischen Beratungen bereits – mindestens im Entwurf – vorliegen.

⁹ Aber selbst harte horizontale Abreden, etwa die Bildung einer Einkaufsgenossenschaft als Gegengewicht zu mächtigen Anbietern, Versicherungspools oder (befristete) Preisabreden zur Sicherung von Investitionen beim Infrastrukturbau (z. B. Glasfaserbau), können aus volkswirtschaftlicher Sicht durchaus gerechtfertigt sein.

► Rechtfertigungsgründe müssen genügend unternehmerischen Spielraum zulassen.

Wird der auf einem (Teil)verbot basierende Ansatz weiterverfolgt, ist es im Sinne einer modernen Wettbewerbsgesetzgebung zwingend, dass mit den Rechtfertigungen genügend unternehmerischer Handlungsspielraum besteht. Nur das verhindert volkswirtschaftlich schädlichen Interventionismus. Allerdings kann dies erst nach Vorliegen der Verordnung richtig beurteilt werden. Sollten sich die Rechtfertigungsmöglichkeiten richtigerweise am Recht der EU ausrichten, dürften die faktischen Auswirkungen des Wechsels eher gering ausfallen. Die WEKO orientiert sich bereits heute mit ihren jüngsten Entscheiden an der Rechtslage des EU-Kartellrechts. Allerdings sind diese Entscheide noch nicht rechtskräftig. Eine baldige Bestätigung würde gerade in der Frage von Absprachen mit grenzüberschreitenden Wirkungen rascher Rechtssicherheit schaffen als der anvisierte Systemwechsel.

Die geplante Annäherung an das EU-Kartellrecht lässt noch weitere Fragen offen. So ist unklar, ob die Fallpraxis der EU-Kommission und die Rechtsprechung der EU-Gerichte zur Auslegung der Tatbestände des Teilkartellverbots als Anhaltspunkt herangezogen werden könnten – entsprechend dem Motto «was in der EU erlaubt ist, ist in der Schweiz nicht verboten». In diesem Fall stellt sich auch die Frage, ob die EU-Gruppenfreistellungsverordnungen – und hier insbesondere die Vertikal-GVO – als Rechtfertigung bzw. Effizienzeinwand herangezogen werden können. In der EU besteht ebenfalls ein Verbot für Vereinbarungen, die unter das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen und die nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. einer Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt werden können. Auch in der EU bestehen Fragen der Rechtssicherheit im Rahmen der Selbsteinschätzung. Hier jedoch bieten zumindest die Gruppenfreistellungsverordnungen einen «safe harbour». Solche «safe harbours» sowie entsprechende Fallpraxis fehlen aber (noch) in der Schweiz.

► Die faktische Beweislastumkehr für die Rechtfertigungsgründe zulasten der Unternehmen widerspricht dem Prinzip «in dubio pro reo» und führt zu ökonomisch überschüssenden Eingriffen.

Die faktische Beweislastumkehr für die Rechtfertigungsgründe ist nicht akzeptabel, trotz der vorgenommenen marginalen Änderungen. Im Vorentwurf wollte der Bundesrat noch, dass die Unternehmen das Vorliegen rechtfertigender Tatsachen nachweisen müssen. Dieser Vollbeweis wäre kaum zu führen. Und er widerspricht der bis anhin geltenden «Unschuldsvermutung»: Nicht mehr die Behörde, sondern das Unternehmen hätte die Auswirkungen auf die Volkswirtschaft beweisen müssen, obschon die Unternehmen etwa Marktdaten von Konkurrenten gar nicht erheben dürfen. Dies führt in der Praxis zu einer Informationsasymmetrie zulasten der Unternehmen. In der Botschaft wurde dies korrigiert. Klärungsbedarf besteht aber bei den Folgen der Beweislosigkeit. Es darf nicht sein, dass im Zweifel zulasten der Unternehmen entschieden wird und diese mit Millionenbussen sanktioniert werden. Das ist rechtsstaatlich bedenklich und schafft Unsicherheit. Diese Unsicherheit kann dazu führen, dass volkswirtschaftlich nützliche Absprachen und Handlungen unterbleiben. Die Wirtschaft fordert darum, dass am Prinzip «in dubio pro reo» auch im Kartellrecht festgehalten wird, zumal inzwischen höchstrichterlich geklärt ist, dass es sich beim Kartellbussenrecht materiell um Strafrecht handelt. Es geht nicht an, dass unter dem Motto der Arbeitserleichterung für die Behörden fundamentale Rechtsgrundsätze ausgehebelt werden. Letztlich muss eben auch bei einem sogenannten Teilkartellverbot eine Einzelfallprüfung erfolgen. Einzig der Start einer Untersuchung würde erleichtert. Im Zweifelsfall müsste mindestens auf die Sanktion verzichtet werden.

Gefährlich wäre es, in populistischer Absicht in den materiellen Regeln von den internationalen Standards in diesem Bereich abzuweichen. Dies wäre etwa der Fall, wenn kaum durchsetzbare weltweite Lieferverpflichtungen mit einem von der Schweiz aus zu kontrollierenden Preisdiktat aufgestellt würden, wie es die Motion Birrer-Heimo verlangt. Der Bundesrat ist zu Recht nicht auf diesen Irrweg eingeschwenkt.

Verfetzter Kontrahierungszwang der Motion Birrer-Heimo

Der Nationalrat hat im Rahmen der Diskussionen um Massnahmen gegen die Frankenstärke eine Motion von Nationalrätin Prisca Birrer-Heimo (SP)¹⁰ angenommen, die die Verpflichtung einführen will, Schweizer Anfragen im Ausland zu den dort geltenden Bedingungen zu beliefern. Mit einer solchen «Lex Nivea» solle der Situation entgegengetreten werden, dass schweizerische Käufer auf den Kauf bei einem Importeur oder einer Tochtergesellschaft in der Schweiz angewiesen sind und höhere Preise als ausländische Käufer bezahlen müssten. Den Unternehmen soll aber weiterhin die Möglichkeit zur Preisdifferenzierung offen stehen. Der Bundesrat lehnt die Motion ab, der Ständerat wird den Vorstoss zusammen mit der Kartellgesetzrevision behandeln.

Die politisch verführerische Motion erweckt den Eindruck, dass damit eine «Gleichberechtigung» erreicht und die Preise in der Schweiz gesenkt würden. Sie hat aber entscheidende Pferdefüsse und würde in die Irre führen: Die verlangte Änderung würde zu einem planwirtschaftlichen Kontrahierungszwang auf der ganzen Welt führen (die Motion sieht keine Einschränkung auf unsere europäischen Nachbarländer vor), auch wenn dieser formal weiterhin eine Preisdifferenzierung zuzulassen scheint. Rechtfertigungen sieht die Motion keine vor. Dies wäre ein massiver Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und einmalig in der Wettbewerbspolitik.¹¹ Lieferverpflichtungen kennen die Wettbewerbsrechte – auch das geltende Kartellgesetz (Art. 7) – nur im Zusammenhang mit missbräuchlichem Verhalten marktmächtiger Unternehmen, nicht aber flächendeckend. Das Anliegen wäre auch kaum umzusetzen, müssten doch die Schweizer Behörden im Ausland «die dort geltenden Preise und Geschäftsbedingungen» feststellen. Gegen solche Handlungen schweizerischer Beamter würde sich das Ausland gleich zur Wehr setzen, wie es die Schweiz im umgekehrten Fall auch tut. Weiter wären auch Schweizer Produzenten betroffen, die gerade beim Erschliessen neuer Märkte ihre Preise nach den dortigen Möglichkeiten differenzieren müssen. Ein Eingreifen «ohne Nachweis einer Absprache oder einer Marktbeherrschung», wie es die Motion mit Hinweis auf Beweisschwierigkeiten fordert, führt faktisch zu einem überschüssenden staatlichen Eingriff in die unternehmerische Freiheit und wäre somit ein Angriff auf die Marktwirtschaft.

¹⁰ Wortlaut der Motion: Der Bundesrat wird beauftragt, das Kartellgesetz mit einem Artikel zu unzulässigen Preisdifferenzierungen zu ergänzen. Dabei soll der Grundsatz definiert werden, dass Unternehmen, die ihre Markenprodukte im Ausland zu tieferen Preisen vertreiben als in der Schweiz, sich unzulässig verhalten, wenn sie sich weigern, Unternehmen oder Konsumentinnen und Konsumenten aus der Schweiz über die im Ausland gelegenen Vertriebsstellen zu den dort geltenden Preisen und Geschäftsbedingungen zu beliefern, oder wenn sie Massnahmen treffen, um zu verhindern, dass Dritte auf Nachfrage hin in die Schweiz liefern können.

¹¹ Die EU-Kommission hält in ihren Richtlinien über das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen ausdrücklich fest: Bei der Festlegung ihrer Durchsetzungsprioritäten geht die Kommission davon aus, dass generell jedes Unternehmen – ob marktbeherrschend oder nicht – das Recht haben sollte, seine Handelspartner frei zu wählen und frei über sein Eigentum zu entscheiden. Jedes Eingreifen aus wettbewerbsrechtlichen Gründen muss daher sorgfältig erwogen werden, wenn die Anwendung von Art. 82 dazu führen würde, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen eine Lieferpflicht auferlegt wird (EU-Mitteilung zum Behinderungsmissbrauch; 2009/C 45/02).

Ökonomisch muss man sich vor Augen halten, dass Preise das Resultat von Angebot und Nachfrage sind. Entscheidend ist, dass das Spiel von Angebot und Nachfrage effektiv funktionieren kann. Behinderungen durch Absprachen und Abschottungen muss entgegengetreten werden. Gegen Absprachen und Abschottungen kann bereits mit den heutigen Bestimmungen des Kartellgesetzes eingeschritten werden. Diese Instrumente würden mit den vorgeschlagenen Änderungen zu Art. 5 (Teilkartellverbot) zusätzlich verschärft. Nach Art. 4 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es sich im wesentlichen Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann. Das dürfte auch der Fall sein, wenn ein einzelnes Unternehmen seine Konditionen einseitig gegenüber den Geschäftspartnern durchsetzen kann und keine Ausweichmöglichkeiten bestehen. Allenfalls müsste hier eine Präzisierung analog den Bestimmungen in der EU geprüft werden. Ein solcher Weg ist mit den ökonomischen Grundsätzen besser vereinbar als ein gesetzgeberischer Alleingang. Der Bundesrat kommt in der Begründung der Ablehnung der Motion zu den gleichen Schlussfolgerungen.

Compliance Defence als wichtiger positiver Schritt

► Die Compliance Defence entspricht dem Verschuldensprinzip und unterstützt vorbeugende Massnahmen gegen Verletzungen des Kartellrechts.

Die Einführung einer Compliance Defence im Kartellbussenrecht ist ein wichtiger positiver Schritt und kann als Vorbild für andere Rechtsordnungen dienen. So werden Compliance-Bemühungen im europäischen Kartellrecht derzeit – zu Unrecht – faktisch sogar verschärfend (im Rahmen der Konzernmutterhaftung) berücksichtigt. Zu einer wirksamen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts gehören aber konsequenterweise neben repressiven und kurativen vor allem auch präventive Elemente. Letztere können nur mit dem Verschuldensprinzip wirklich aufgenommen werden, da nur dieses das künftige Verhalten angemessen beeinflussen kann. Bei Unternehmen steht dabei vor allem das Organisationsverschulden im Vordergrund. Entsprechend muss den präventiven Vorkehrungen der Unternehmen gewichtig Rechnung getragen werden. Eine Überbetonung rein repressiver Elemente führt zu überschüssenden Eingriffen und zu über vorsichtigem Verhalten der Unternehmen mit negativen ökonomischen Wirkungen («business chilling»). In den USA werden mit den «sentencing guidelines» auch Compliance-Bemühungen seit Langem erheblich berücksichtigt. In Frankreich und im Vereinigten Königreich sieht das Kartellrecht seit Neuestem ebenfalls ausdrücklich eine positive Berücksichtigung von Compliance-Anstrengungen vor.

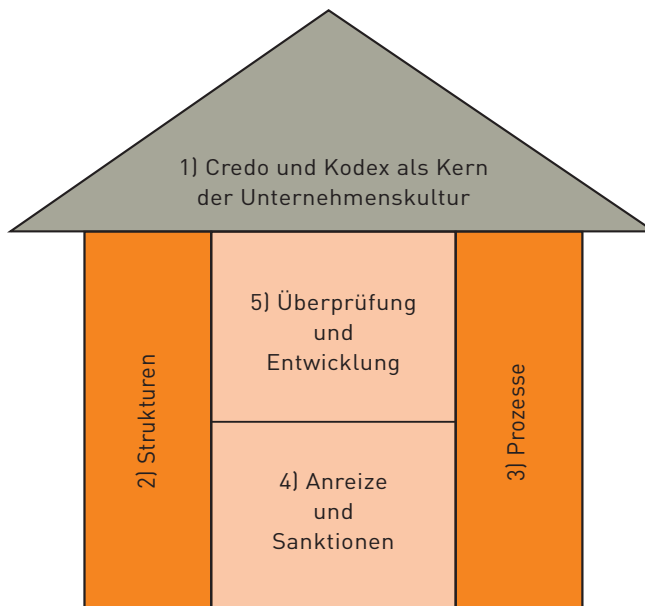
In Anlehnung an die Regelungen in den genannten Ländern sollte das schweizerische Kartellrecht der Wettbewerbsbehörde – über die Botschaft hinausgehend – auch konkrete Vorgaben für die positive Berücksichtigung ernsthafter Compliance-Bemühungen machen. Denn eindeutige, transparente Regelungen sind Voraussetzung dafür, dass die Unternehmen künftig optimale Anreize für Präventionsbemühungen erhalten.

Grafik 3

Ein Ansatz für wirkungsvolle Compliance ist das aus fünf Grundelementen errichtete «Compliance-Haus» (mehr dazu im dossierpolitik Nr. 7 2010: «Grundzüge eines wirksamen Compliance-Managements»). Neu sollen Compliance-Bemühungen der Unternehmen in Wettbewerbsverfahren berücksichtigt werden.

Wirkungsvolle Compliance beinhaltet fünf Pfeiler

Compliance-Bemühungen sollen in Wettbewerbsverfahren berücksichtigt werden



Quelle: eigene Darstellung.

Hingegen hat der Bundesrat den zweiten Teil der Motion Schweiger nicht angenommen, der individuelle Sanktionen für verantwortliche Mitarbeitende eines fehlbaren Unternehmens forderte. Eine mit der Motion angestrebte zusätzliche Verstärkung von Compliance-Bemühungen der Unternehmen und eine weitere Stützung der Prävention bleiben damit offen. Die Haltung der Wirtschaft zu dieser Frage ist geteilt. Einerseits ist das Anliegen der Motion, verantwortliche Personen für absichtliche Verstöße gegen das Kartellrecht bei horizontalen Absprachen ins Recht zu fassen, nachvollziehbar und berechtigt. Andererseits werden erhebliche Probleme bei der praktischen Umsetzung befürchtet. economiesuisse verfolgt diese Problematik weiter im Rahmen der eigenen Kommission für Wettbewerbsfragen auch mit Blick auf internationale Entwicklungen.

Positive Berücksichtigung von Zahlungen im Rahmen von Zivilverfahren

Mit der Ausdehnung von zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten besteht die Gefahr einer «Sammelklagen-Kultur» nach amerikanischem Muster.

Die vorgeschlagenen Änderungen zum Kartellzivilrecht und die Einführung von Klagerechten für Konsumentinnen und Konsumenten bergen die Gefahr, unserem Rechtssystem fremde Instrumente und Verfahren wie Sammelklagen zu importieren und letztlich den Standort Schweiz zu schwächen. So werden Begehrlichkeiten bei (oft selbst ernannten) Vertretern Geschädigter geschürt, wie dies verschiedene Reaktionen auf den Vorschlag vermuten lassen. Entgegen den Ausführungen zum Entwurf liegen im europäischen Ausland noch keine flächendeckenden Instrumente vor, die die Attraktivität des zivilrechtlichen Weges erhöhen, ohne dass es zu einer exzessiven Klagekultur kommt. Die EU befindet sich hier noch in einer Suchphase. Auch wenn Einigkeit darüber herrscht, dass

«keine amerikanischen Verhältnisse eingeführt werden sollen», kann eine solche Entwicklung nicht ausgeschlossen werden. Entsprechend sind auch in unseren Nachbarländern alle erwogenen Lösungen aber noch sehr strittig.¹²

Neben der geltenden spezialgesetzlichen Regelung des Kartellzivilrechts steht zur Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund erlittenen Schadens bereits heute auch Art. 41 OR zur Verfügung. 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.

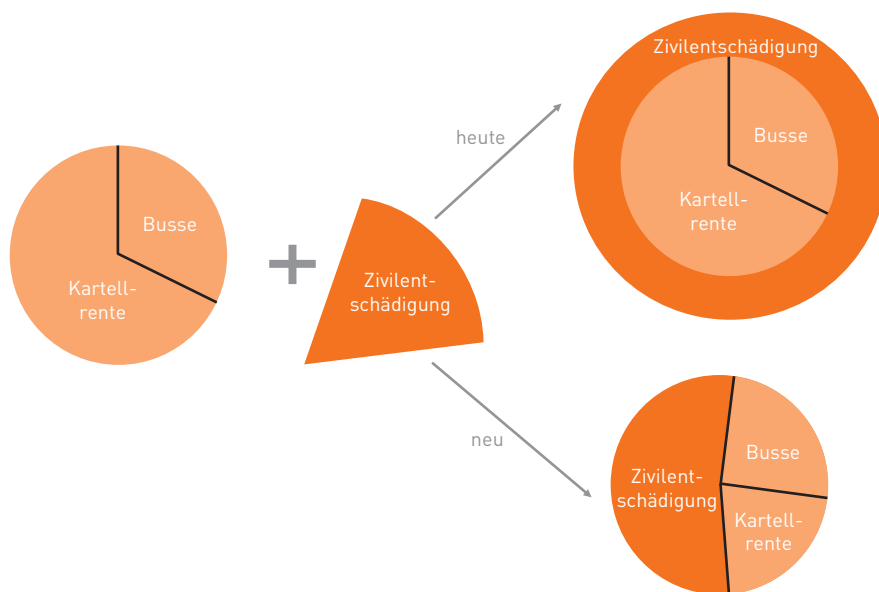
Immerhin wird neu sichergestellt, dass die staatlichen Bussen, soweit sie de facto eine Kartellrente abschöpfen, bei zivilrechtlichen Schadenersatzklagen entsprechend reduziert werden. Es ist wirtschaftlich verfehlt, wenn sich der Staat an Sanktionen bereichert, tatsächlich Geschädigte aber leer ausgingen oder die Kartellrente bei den Unternehmen doppelt eingezogen würde. Mit dem Etablieren von entsprechenden «kommunizierenden Röhren» zeigt sich hier der Schweizer Gesetzgeber als sehr fortschrittlich, gerade auch gegenüber der EU. Die Kompensationsmöglichkeiten sollen allerdings auch bei formellen einvernehmlichen Lösungen gelten. Sonst würden Kartellgeschädigte praktisch gezwungen, den Klageweg zu beschreiten und die Zivilgerichte unnötig belasten.

Grafik 4

► Bisher führten Zivilentschädigungen zu höheren Sanktionssummen für die Unternehmen, soweit solche überhaupt ausgerichtet werden. Der Staat kassierte die ganze Kartellrente, und die Geschädigten allenfalls eine Zivilentschädigung. Neu wird die Zivilentschädigung bei der Sanktionierung berücksichtigt. Diese Kompensationsmöglichkeit verhindert Doppelbelastungen.

Sanktionsminderung bei Zivilklagen

Kompensationsmöglichkeit von Zivilentschädigung und Kartellrente verhindert Doppelbelastungen



Quelle: eigene Darstellung.

¹² Neue Tendenz in der EU ist das folgende Geschäftsmodell: Ein Unternehmen «kauft» mögliche Forderungen von möglichen Geschädigten ein und klagt diese im eigenen Namen an geeignet erscheinenden Orten ein. Ein Beispiel hierfür ist das von einem deutschen Anwalt in Belgien gegründete Unternehmen «Cartel Damage Cases», das bereits Forderungen in Deutschland eingeklagt hat. Vgl. hierzu den Fall im Bleichmittelkartell und die Klage beim OLG Dortmund [die Sache war auch Gegenstand einer Klage auf Akteneinsicht beim Europäischen Gericht, Urteil vom 15. Dezember 2011 – T-437/08, noch nicht in der amtl. Slg., BeckRS 2011, 81909 – CDC Hydrogene Peroxide/Kommission].

Weitere Änderungen

► Die Einführung des SIEC-Tests entspricht der Entwicklung in vergleichbaren Industriestaaten und erlaubt eine differenziertere Beurteilung.

Die Annäherung der Zusammenschlusskontrolle an die Beurteilungskriterien für Unternehmenszusammenschlüsse nach der europäischen Fusionskontrolle mit der Einführung des SIEC-Tests ist zu begrüssen. Dieser entspricht dem Standard in sämtlichen EU-Staaten und den USA sowie Kanada und wird in immer mehr Ländern eingeführt.¹³ Dieser Test ist direkt auf die Wettbewerbswirkungen ausgerichtet und macht es möglich, auch Effizienzvorteile besser zu berücksichtigen. Insofern bildet sich hier ein breit akzeptierter Prüfstandard für Unternehmenszusammenschlüsse auf internationaler Ebene heraus. Eine Übernahme des SIEC-Tests durch die Schweiz ist daher konsequent und vermeidet in Zukunft unterschiedliche Prüfungsmassstäbe und allfällige divergierende Entscheide der Wettbewerbsbehörden. Immerhin ist zuzugestehen, dass ein SIEC-Test zu mehr Aufwand führen kann. Da jedoch die Schwellenwerte richtigerweise unverändert belassen werden, dürfte dieser Mehraufwand verkraftbar sein. Zu wichtigen Erleichterungen und einer bürokratischen Entlastung führt hingegen erfreulicherweise die Befreiung bei internationalen Fusionen mit einem marginalen Bezug zur Schweiz.

► Das heutige Widerspruchsverfahren schafft zu wenig Rechtssicherheit.

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 und auch *economiesuisse* in den Evaluationsberichten deutlich festgestellt haben. Eine Revision ist hier dringend und wichtig.

► Die vorgeschlagenen Änderungen gehen in die richtige Richtung, genügen aber möglicherweise nicht.

Die vorgeschlagene Verkürzung der Fristen für einen Entscheid der Wettbewerbsbehörde auf zwei Monate wird von uns klar unterstützt. Neu soll auch nicht bereits die Eröffnung einer Vorabklärung, sondern erst die Eröffnung einer formellen Untersuchung – mit einer entsprechend höheren Schwelle – das Sanktionsrisiko wieder aufleben lassen. 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 bleibt das Investitionsrisiko der Unternehmen bestehen. Der Bundesrat hat 2001 in seiner Botschaft zur letzten Revision richtigerweise vorgeschlagen, einer Meldung eine sanktionsbefreiende Wirkung zuzumessen. 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 ein Untersuchungsverfahren zu vermeiden, wird das Unternehmen in solchen Fällen meist die von der Wettbewerbskommission verlangten Zugeständnisse machen. Im Lichte der praktischen Erfahrungen müssen hier somit allenfalls noch weitere Verbesserungen geprüft werden, unter Umständen verbunden mit einer Missbrauchsregelung.

¹³ Dies zeigt auch eine vergleichende Analyse der OECD. Alle Länder, die in den letzten Jahren zum SIEC-Test statt der bisherigen Fokussierung auf Marktanteile und eine marktbeherrschende Stellung gewechselt haben, sehen darin eine Verbesserung.

Fazit: Chance für Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit nutzen

► Wirksamer Wettbewerb ist die Grundlage einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung.

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. 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 Kundinnen und Kunden, ein breites Angebot. Dies liegt im gesamtwirtschaftlichen Interesse. Wettbewerb ist dabei eine wichtige Voraussetzung für diese positiven Effekte der marktwirtschaftlichen Ordnung.

► Nur mit einer ökonomischen Abstützung und korrekten Verfahren sind sachgerechte Entscheide gewährleistet und haben die Akteure Vertrauen in das Wettbewerbsrecht.

Wettbewerbsentscheide müssen ökonomisch fundiert abgestützt sein. Sonst schaden sie letztlich der Wohlfahrt. Im Zweifelsfall muss die unternehmerische Freiheit, auch bei der Ausgestaltung der Verträge mit Geschäftspartnern, Vorrang haben. 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 der Evaluationsstudie aus dem Jahr 2009 auf die Bedeutung dieser Faktoren hingewiesen und Empfehlungen unterbreitet.

economiesuisse fordert daher eine Verstärkung der ökonomischen Analyse der vorgeschlagenen Änderungen und eine konsequente Umsetzung der vorgeschlagenen institutionellen Neuerungen im Kartellgesetz. Diese strikte Trennung sowie die weiteren in diesem Positionspapier behandelten Aspekte werden umso wichtiger, je umfassender der vom Bundesrat angekündigte Paradigmenwechsel im Kartellrecht umgesetzt wird.

Rückfragen:

thomas.pletscher@economiesuisse.ch

Impressum

economiesuisse, Verband der Schweizer Unternehmen
Hegibachstrasse 47, Postfach, CH-8032 Zürich
www.economiesuisse.ch