

Vernehmlassung Revision KG

I. Vorbemerkungen

Die Studienvereinigung Kartellrecht (Landesgruppe Schweiz) bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf für die Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG). Sie begrüsst die Initiative zur Änderung des Kartellgesetzes aufgrund des Evaluationsverfahrens und unterstützt in einem erheblichen Umfang die bundesrätliche Revisionsvorlage.

In der nachfolgenden Vernehmlassung geht die Studienvereinigung Kartellrecht auf die einzelnen Revisionschwerpunkte ein, würdigt diese kritisch und regt zu einzelnen Bestimmungen weitere Änderungen und Präzisierungen an.¹

Die Studienvereinigung Kartellrecht möchte betonen, dass sie insbesondere die Vorschläge im Bereich Institutionelles und Verfahren nachdrücklich unterstützt. Auch die übrigen Revisionschwerpunkte werden von der Stossrichtung her grundsätzlich unterstützt. Fragwürdig erscheint der Studienvereinigung Kartellrecht einzig die Stossrichtung im Bereich internationale Zusammenarbeit, welche - soweit politisch wünschbar - sachgerechterweise nur über entsprechende bilaterale Abkommen erreicht werden kann.

II. Institutionelles und Verfahren

Die Revisionsvorschläge des Bundesrats im Bereich Institutionen und Verfahren sind klar zu begrüssen und u.E. uneingeschränkt zu unterstützen. Aus Sicht der Praktiker sind die vorgeschlagenen Änderungen von zentraler Bedeutung, damit das Verfahren verbessert und beschleunigt und die Rechtsstaatlichkeit sichergestellt werden kann. Die Revisionsvorschläge im Bereich Institutionen und Verfahren dürften insgesamt zu einer beträchtlichen

¹ Diese Stellungnahme basiert auf einer internen Diskussion oder Gesetzesvorlage an einer Sitzung der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht und Entwürfen von Mitgliedern der Arbeitsgruppe zu einzelnen Kapiteln. Nur ein Teil der Mitglieder unserer Landesgruppe hat sich an der internen Meinungsbildung aktiv beteiligt. Zu einzelnen Themen (z.B. zur Fusionskontrolle) wurden teilweise abweichende Meinungen vertreten. Diese Vernehmlassung ist deshalb zwar repräsentativ, deckt aber nicht das ganze Meinungsspektrum unserer Mitglieder ab.

Verbesserung der Rechtsanwendung im Bereich des Kartellrechts führen. Nachfolgend wird dies zum einen begründet und weiter ausgeführt, und zum andern wird in einzelnen Punkten dennoch bestehendes Verbesserungspotential aufgezeigt.

A. Ausgangslage

Das schweizerische Wettbewerbsrecht hat sich seit dem ersten Kartellgesetz von 1962 tiefgreifend gewandelt, die institutionelle Struktur ist aber, abgesehen von geringfügigen Veränderungen, die Gleiche geblieben. Während die Wettbewerbsbehörde zu Beginn vor allem Branchenerhebungen machte und in ihren Erwägungen regelmässig auch das Gesamtinteresse mit berücksichtigen musste - was eine wirtschaftlich und politisch breit abgestützte Behörde rechtfertigte - änderten sich die Anforderungen an das Entscheidgremium spätestens mit der Totalrevision 1995 des Kartellgesetzes.

Die Berücksichtigung der Gesamtinteressen wurde richtigerweise dem Bundesrat übertragen und damit blieb der Wettbewerbsbehörde der Vollzug des Wettbewerbsrechts, das sich neu stark am EU-Wettbewerbsrecht mit seiner reichen Praxis orientierte.

Spätestens mit der Einführung der direkten Sanktionen, welche von ihrer Höhe her gewollt eine pönale Komponente aufweisen, kommen Institutionen und Verfahren immer mehr in die Kritik. Die häufigsten Vorwürfe, welche sich auch in der Evaluation bestätigen, sind:

- Die Wettbewerbskommission (Weko) ist als Entscheidorgan zu gross.
- Das Entscheidorgan als Milizorgan ist den Aufgaben eines modernen Wettbewerbsrechts nicht gewachsen.
- Professionelle Untersuchungsbehörde (Sekretariat) einerseits und teilzeitliche Entscheidbehörde (Kommission) führen zu einem Wissens- und Machtgefälle.
- Der Milizcharakter der Kommission führt zur Ausstandsproblematik, und zwar nicht nur bei Verbandsvertretern, sondern auch bei den unabhängigen Mitgliedern (z.B. VR-Mandate).
- Lückenhafte Präsenz der Entscheidbehörde bei Beweisaufnahmen und Kommissions-sitzungen.
- Die Einsitznahme von Verbandsvertretern ist generell problematisch aufgrund der sensiblen Daten, die während jeder Untersuchungstätigkeit anfallen.
- Intransparentes Wahlverfahren für Kommissionsmitglieder.
- Einflussnahme der Politik auf Untersuchungstätigkeit der Wettbewerbsbehörde, sei es durch Administration oder Parlament (z.B. Landwirtschaft).
- Kein selbständiges eigenes Budget bewirkt, dass jeder Franken für die Weko dem EVD entgeht. Budgethoheit ist Macht und über diese verfügt die Weko nicht.
- Das Zusammenwirken von Sekretariat und Weko, also von Untersuchungs- und Entscheidbehörde, widerspricht dem Prinzip der Waffengleichheit und dem Unmittelbarkeitsprinzip, wonach eine Behörde oder ein Gericht, das ein bestimmtes Verhalten aburteilt, verpflichtet ist, sich ein direktes und unmittelbares Bild von der Tat und dem Täter zu machen.
- Es ist unbefriedigend, dass die Wettbewerbsbehörde Beschwerdeführer im Zweifel auf den Zivilrechtsweg verweist. Auch Einzelfälle können praxisbildend für die Gesamt-

rechtsordnung sein.

- Kontraproduktiv ist die Tendenz der Wettbewerbsbehörde zu einvernehmlichen Regelungen. Diese sind zwar effizient, sollten aber nur da angestrebt werden, wo bereits rechtskräftige Leitentscheidungen bestehen. Problematisch sind einvernehmliche Regelungen speziell in Fällen, wo durch eine zusätzliche Sanktionsreduktion ein allfälliges Weiterziehen des Falles verhindert wird, oder wo eine Prüfung des Falles bis zur Entscheidung vermieden werden soll. Zudem sind einvernehmliche Regelungen des Sekretariats kaum öffentlich zugänglich.

Diesen Kritikpunkten wurde in der laufenden Revision weitgehend Rechnung getragen. Andere betreffen jedoch die Handhabung einzelner Instrumente des Vollzugs und sind dort zu thematisieren.

B. Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde

Zu begrüßen ist insbesondere die klare Trennung zwischen der Untersuchungs- und Anklagebehörde ("Wettbewerbsbehörde") und der Entscheidbehörde ("Bundeswettbewerbsgericht") im Bereich der Verhaltenskontrolle.

Die vorgeschlagene Behördenorganisation ist zum einen sachgerecht. Mit der Einrichtung eines erstinstanzlich urteilenden (unabhängigen) Bundeswettbewerbsgerichts wird sichergestellt, dass jeder Vorwurf eines kartellrechtswidrigen Verhaltens von einer unbefangenen Behörde umfassend und objektiv geprüft wird. Ein unabhängiges Gericht ist nicht der Versuchung ausgesetzt, den Aufwand des vorausgegangenen Untersuchungsverfahrens später mit der Feststellung eines Gesetzesverstosses zu legitimieren, da es diesen Untersuchungsaufwand ja nicht zu verantworten hat. Es verfällt auch nicht dem natürlichen Drang, einen zu Beginn der Untersuchung gehegten Verdacht im Nachhinein zu bestätigen ("confirmation bias"), da es sich mit diesem Verdacht gar nicht zu identifizieren braucht.

Die vorgeschlagene Behördenorganisation ist zum anderen auch rechtlich zwingend, dies zumindest im Bereich der Untersuchung von sanktionsbedrohten Verhaltensweisen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) muss nämlich der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht bei "strafrechtlichen Anklagen" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK - und damit auch im kartellgesetzlichen Sanktionsverfahren - grundsätzlich in *jeder* Instanz erfüllt sein, also auch schon in erster Instanz (vgl. EGMR-Entscheide *De Cubber gegen Belgien* vom 26.10.1984, *Findlay gegen das Vereinigte Königreich* vom 25.2.1997 und *Jussila gegen Finnland* vom 23.11.2006; vgl. auch BGE 112 Ia 290, 113 Ia 72 und 114 Ia 50). Nur in *einer* Instanz im ganzen Instanzenzug muss der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht demgegenüber erfüllt sein, wenn es um einen blossen Zivilfall geht (d.h. um "zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK; vgl. EGMR-Entscheid *Albert und Le Compte gegen Belgien* vom 10.2.1983) oder wenn es um geringfügige bzw. massenweise auftretende Bagatelldeliktsfälle (wie z.B. ein Strassenverkehrsdelikt) geht (vgl. EGMR-Entscheid *Öztürk gegen Deutschland* vom 21.2.1984; seither vielfach bestätigt in Fällen, in denen es um Geldbussen in der Höhe

von bis zu einigen hundert Franken ging; vgl. auch BGE 115 Ia 183). In einigen Entscheiden hat der EGMR auch Steuerstraf- und Zollstraffälle, in denen es um prozentuale Strafzuschläge auf nicht bezahlten Steuern und Zöllen ging, als "geringfügige Straffälle" in diesem Sinne behandelt (EGMR-Entscheide Bendenoun gegen Frankreich vom 24.2.1994, Janosevic gegen Schweden vom 23.7.2002 und Jussila gegen Finnland vom 23.11.2006). Dies war aus Effizienzüberlegungen bzw. durch den Umstand gerechtfertigt, dass solche schematisch bemessenen Steuer- und Zollbussen - genau wie z.B. Strassenverkehrsbussen - in grosser Zahl auftreten und dass bei ihrer Verhängung ein geringes Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen besteht. Kartellrechtliche Sanktionsverfahren sind indes klarerweise keine solchen "geringfügigen Straffälle", sondern unterscheiden sich von diesen wesentlich. Für sie bleibt es daher beim Grundsatz, dass die erstinstanzliche Entscheidbehörde ein unabhängiges Gericht sein muss.

Im Bereich der Fusionskontrolle (wo es nicht um "strafrechtliche Anklagen" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK geht, sondern um "zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen") ist die Einheit von Untersuchungs- und Entscheidbehörde demgegenüber rechtlich vertretbar.

C. Wettbewerbsbehörde

Die vorgeschlagene Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörde ist grundsätzlich zu begrüssen. In einzelnen Punkten kann sie jedoch noch verbessert werden:

1. Beurteilung von Strafsanktionen

Nach dem Revisionsentwurf wäre die Wettbewerbsbehörde bei Strafsanktionen gegen natürliche Personen verfolgende *und* beurteilende Behörde in einem (Art. 57 Abs. 2 revKG). Dies ist ein krasser Verstoss gegen den verfassungs- und konventionsrechtlichen Anspruch auf ein unabhängiges Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK). Gerade auch im Hinblick auf die mögliche Einführung direkter Sanktionen gegen natürliche Personen muss die erstinstanzliche Beurteilung solcher Verstösse einem unabhängigen Gericht übertragen werden. In Frage kommen hierfür grundsätzlich das Bundeswettbewerbsgericht und das Bundesstrafgericht. Aufgrund der grösseren Sachnähe sowie der möglichen Synergien mit einem parallel zu führenden Verwaltungssanktionsverfahren und der Vermeidung von widersprüchlichen Urteilen erscheint indes eine Zuweisung der Strafsanktionsfälle an das Bundeswettbewerbsgericht als sinnvoller.

2. Anordnung von Zwangsmassnahmen

Der Revisionsentwurf sieht vor, dass die Wettbewerbsbehörde Zwangsmassnahmen (wie namentlich Hausdurchsuchungen) anordnen kann (Art. 42 Abs. 2 revKG). Solche Zwangsmassnahmen sind für die betroffenen Unternehmen äusserst einschneidend. Ihre Anordnung sollte daher stets wohl überlegt sein. Dies kann grundsätzlich dadurch sichergestellt werden, dass am betreffenden Entscheid eine Mehrzahl von Personen mitwirken muss und dass sich darunter auch Personen befinden müssen, die für die betreffende Untersuchung weder direkt noch indirekt verantwortlich sind. Zwangs-

massnahmen sollten daher nur von der Leitung der Wettbewerbsbehörde als Kollegialorgan angeordnet werden können. Nach dem Revisionsentwurf ist dies indes nicht sichergestellt. Der Entwurf sieht vielmehr vor, dass die Leitung die Verfügungen der Wettbewerbsbehörde "nach Massgabe dieses Gesetzes und des Organisationsreglements" erlässt (Art. 21 Abs. 2 Bst. b revKG). Diese Formulierung ermöglicht es beispielsweise, im Organisationsreglement die Anordnung von Zwangsmassnahmen dem für die jeweilige Untersuchung zuständigen Vizedirektor allein zuzuweisen. Im Gesetzestext sollte deshalb klargestellt werden, dass Zwangsmassnahmen nur von der Leitung der Wettbewerbsbehörde als Kollegialorgan angeordnet werden können.

3. Einstellung von Untersuchungen

Nach dem Revisionsentwurf eröffnet die Leitung der Wettbewerbsbehörde die Untersuchungen (Art. 21 Abs. 2 Bst. c revKG). Offenbar soll die Einstellung der Untersuchungen aber dem Bundeswettbewerbsgericht vorbehalten sein (vgl. Art. 25b Bst. a revKG und Erläuternder Bericht, S. 36). Diese Lösung ist nicht sachgerecht. Sie dürfte die Wettbewerbsbehörde dazu veranlassen, im Zweifel auch aussichtslose Fälle weiterzuverfolgen, statt beim Bundeswettbewerbsgericht deren Einstellung zu beantragen. Mit einem solchen Antrag auf Einstellung müsste die Wettbewerbsbehörde nämlich gegenüber einer anderen Behörde (dem Bundeswettbewerbsgericht) eingestehen, dass sie ein Unternehmen zu Unrecht eines Kartellrechtsverstosses verdächtigt hätte. Ein solches Eingeständnis fällt naturgemäss schwer. Die Wettbewerbsbehörde sollte daher ihre Untersuchungen nicht nur eröffnen, sondern auch einstellen können. Schliesslich ist auch die Staatsanwaltschaft nach der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung befugt, Strafuntersuchungen nicht nur zu eröffnen, sondern auch wieder einzustellen.

D. Bundeswettbewerbsgericht

Die vorgeschlagene Ausgestaltung des Bundeswettbewerbsgerichts ist grundsätzlich zu begrüssen. In einzelnen Punkten kann sie jedoch noch verbessert werden:

1. Richterliche Kognition

Der Wert des neuen Bundeswettbewerbsgerichts misst sich am Umfang seiner Kognition. Räumt es der Wettbewerbsbehörde als Anklagebehörde (in der Verhaltenskontrolle) bzw. als Vorinstanz (in der Fusionskontrolle) einen weiten Ermessens- und Beurteilungsspielraum ein, so vermag es die verfassungs- und konventionsrechtlich gebotene Funktion eines unabhängigen Gerichts nicht zu erfüllen. Nach den bisherigen Erfahrungen neigen jedoch die eidgenössischen Gerichte gerade dazu, ihren Vorinstanzen in kartellrechtlichen Angelegenheiten ausgesprochen grosszügige Ermessensspielräume (so etwa unter dem Titel "technisches und wirtschaftliches Ermessen der Vorinstanz") einzuräumen. Das Gesetz sollte daher ausdrücklich vorsehen, dass das Bundeswettbewerbsgericht den Sachverhalt selbständig festzustellen, rechtlich umfassend zu würdigen und sein Ermessen eigenständig und umfassend auszuüben hat.

a) Erfahrung der Richter

Um auch faktisch die erforderliche volle Kognition ausüben zu können, muss das Bundeswettbewerbsgericht in der Lage sein, Beweiserhebungen zu tätigen, und es muss dies auch tatsächlich tun. Dies setzt jedoch voraus, dass dem Gericht auch Richter angehören, die aus einer früheren Tätigkeit im Bereich des Strafrechts Erfahrung in der Erhebung von Beweisen haben. Dieser Aspekt sollte bei der Regelung der Zusammensetzung des Gerichts (Art. 25c revKG) berücksichtigt werden.

b) Ausschluss von Interessenvertretern

Der Ausschluss von Angestellten wirtschaftlicher Interessenverbände vom Richteramt (Art. 25e Abs. 1 Bst. d revKG) ist nicht nur sachgerecht, sondern zur Wahrung der verfassungs- und konventionsrechtlich gebotenen Unabhängigkeit des Bundeswettbewerbsgerichts auch rechtlich zwingend. Er muss jedoch *a fortiori* auf die Organe solcher Verbände erstreckt werden.

E. Verfahren

Die neuen Verfahrensabläufe, die sich aus der Neugestaltung der Institutionen ergeben (wie z.B. das kontradiktorische Verfahren vor dem Bundeswettbewerbsgericht), sind aus den gleichen Gründen zu begrüßen wie die neuen Institutionen selbst. Der verfassungs- und konventionsrechtliche Anspruch auf ein unabhängiges Gericht wird dadurch im Verwaltungssanktionsverfahren verwirklicht.

In Bezug auf andere verfassungsrechtlich gewährleistete Verfahrensrechte weist der Revisionsentwurf aber gravierende Defizite auf. Es sind diesbezüglich verschiedene gesetzgeberische Klarstellungen erforderlich:

1. Beweismass

Die heutige Weko begnügt sich bisweilen auch in Sanktionsfällen mit einem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Gemäss Bundesverfassung und EMRK wird für eine Sanktionierung jedoch vorausgesetzt, dass der betreffende Verstoss *über jeden vernünftigen Zweifel* bewiesen worden ist. Dieses Beweismass sollte im Gesetz verankert werden, um den anwendbaren Standard klarzustellen.

2. Bestimmtheitsgebot

Nach dem Bestimmtheitsgebot gemäss Art. 7 EMRK ("*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*") darf eine Person nur dann für ein Verhalten bestraft werden, wenn für sie im Zeitpunkt ihres Verhaltens mit hinreichender Bestimmtheit erkennbar war, dass ihr Verhalten gegen das Gesetz versties und dass es zu einer solchen Strafe führen könnte. Dies wird beispielsweise bei harten Preis-, Mengen- und Gebietskartellen (Art. 5 Abs. 3 KG) regelmässig der Fall sein. Bei Marktmachtmissbrauchsfällen (Art. 7 KG) dürfte die

erforderliche Erkennbarkeit einer Tatbestandsmässigkeit dagegen oft nicht gegeben sein, zumindest solange keine einschlägige Praxis zu vergleichbaren Fallkonstellationen besteht. Das Bestimmtheitsgebot sollte daher ausdrücklich im KG verankert werden, zumal es im Zusammenhang mit den im KG enthaltenen unbestimmten Tatbeständen von erheblicher Bedeutung ist.

3. Verschuldensprinzip

Nach dem Verschuldensprinzip gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK ("*nulla poena sine culpa*") darf eine Person nur dann für ein Verhalten bestraft werden, wenn sie schuldhaft (d.h. vorsätzlich oder fahrlässig) gehandelt hat. Dieses Verschuldenserfordernis geht heute aus Art. 49a-52 KG nicht hervor und sollte anlässlich der vorliegenden Revision in diesen Bestimmungen verankert werden.

4. Schweigerecht

Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hat eine angeschuldigte Person im Rahmen einer "strafrechtlichen Anklage" das Recht, zu schweigen und insbesondere sich selbst nicht belasten zu müssen ("*nemo tenetur se ipsum accusare*"). Dieses Recht sollte anlässlich der vorliegenden Revision in Art. 40 KG ("Auskunftspflicht") verankert werden.

5. Legal Privilege

Der Schutz von Anwaltsdokumenten (sog. "*Legal Privilege*") vor Beschlagnahme unabhängig von ihrem Aufbewahrungsort ist ausdrücklich in der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung verankert (Art. 264 Abs. 1 Bst. c StPO). Der gleiche Schutz gilt sinnvollerweise auch im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren. Dieses unterscheidet sich nämlich nicht grundlegend von einem Strafprozess im engeren Sinn, sondern stellt auch eine "strafrechtliche Anklage" gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK dar. Die erwähnte Bestimmung aus der Schweizerischen Strafprozessordnung sollte daher zur Klarstellung in das neue KG (und in das VStrR bzw. das VwVG) übernommen werden.

F. Rechtsschutz

Durch die Einführung des Bundeswettbewerbsgerichts als erste Entscheidungsinstanz wird der Rechtsweg um eine Instanz verkürzt. Gegen Entscheide des Bundeswettbewerbsgerichts ist einzig noch die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegeben. Aufgrund des durch die Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsbehörde verbesserten erstinstanzlichen Verfahrens ist der Wegfall des Bundesverwaltungsgerichts als erste Beschwerdeinstanz grundsätzlich gerechtfertigt. Diese Verkürzung des Rechtsmittelweges bedingt aber, dass das Bundesgericht seine unbeschränkte Kognition auch wirklich ausübt und dem Wettbewerbsgericht kein sog. "technisches Ermessen" einräumt, sondern eine Ermessenskontrolle durchführt. Andernfalls würden die Rechtsunterworfenen in zahlreichen Fällen der Beschwerdemöglichkeit praktisch verlustig,

weil das Kartellgesetz den rechtsanwendenden Behörden bisweilen einen grossen Ermessensspielraum einräumt.

III. Melde- und Widerspruchsverfahren

A. Vorbemerkungen, Allgemeines

Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüsst die Revision der Bestimmungen zum Melde- bzw. Widerspruchsverfahren. Diese sind ein Schritt in die richtige Richtung. Die Studienvereinigung ist indessen der Ansicht, dass die vorgesehenen Vorschläge die im Evaluationsverfahren erkannten Schwächen des aktuellen Meldeverfahrens noch nicht hinreichend beseitigen. Als hauptsächliche Schwächen sind das Abstellen auf die Eröffnung einer bloss informellen Vorabklärung als Kriterium für das Wiederaufleben des Sanktionsrisikos und die daraus folgende ungenügende Rechts- und Investitionssicherheit für die Unternehmen sowie die bisher fünf Monate dauernde Widerspruchsfrist zu erwähnen. Darüber hinaus sieht die Studienvereinigung Kartellrecht die Gefahr, dass die vorgeschlagene Revision keine wesentliche Verbesserung der unbefriedigenden Situation bewirken wird, weil schon die Analyse im erläuternden Bericht ihres Erachtens den Kern des Problems nicht trifft. Aus diesem Grund greifen auch die Abhilfeschläge zu kurz.

B. Unzureichende Problemanalyse

Die Verkürzung der Widerspruchsfrist von fünf auf zwei Monate soll nach dem erläuternden Bericht unmittelbar zu einer Vergrösserung der Rechtssicherheit für die Unternehmen führen. Bei kartellrechtlich unbedenklichen Vorhaben oder solchen, die keinen direkt sanktionierbaren Tatbestand betreffen, erhalten die Unternehmen innert zwei Monaten die Gewissheit, diese ohne Sanktionsrisiko umsetzen zu können. Diese Begründung läuft auf einen Zirkelschluss hinaus, der das eigentliche Problem verfehlt. Denn die Unternehmen dürfen und werden nur solche Vorhaben melden, die eine grundsätzlich sanktionsbedrohte Wettbewerbsbeschränkung enthalten. Andernfalls sind sie nach Art. 49a Abs. 3 KG überhaupt nicht meldeberechtigt. Voraussetzung muss gesetzessystematisch eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG bzw. Art. 7 KG) sein, weil andernfalls gar keine Belastung aufgrund der Meldung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens entfallen könnte. Sachverhalte, die offensichtlich unbedenklich sind oder keinen sanktionierbaren Tatbestand enthalten, werden deshalb gar nicht gemeldet. In diesen Fällen besteht von vornherein kein Sanktionsrisiko, das durch das Widerspruchsverfahren zu klären wäre. Die Fristverkürzung ändert daran nichts.

Nach dem erläuternden Bericht soll die investitionshemmende Wirkung der Sanktionsdrohung durch die zweite vorgeschlagene Änderung verringert werden. Als entscheidend wird die Verlängerung des Zeitraums erachtet, während dessen das Vorhaben auf jeden Fall straflos umgesetzt werden kann. Reicht heute bereits die Eröffnung einer Vorabklärung aus, muss künftig eine formelle Untersuchung eröffnet werden, damit das Sanktionsrisiko trotz Meldung im Widerspruchsverfahren bestehen bleibt. Auch diese Einschätzung geht nach

Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht von einer falschen Prämisse aus. Die investitionshemmende Wirkung der Sanktionsdrohung wird nicht dadurch beseitigt, dass der Zeitraum der Ungewissheit verlängert wird. Solange das Damoklesschwert einer Sanktion weiterhin über den Unternehmen schwebt, werden sie keine Umsetzung vornehmen, auch wenn die Zeit einer straflosen Umsetzungsmöglichkeit verlängert wird (zwei Monate Widerspruchsverfahren plus Zeit der Vorabklärung bis zur Eröffnung einer Untersuchung). Gerade bei Vorhaben mit einer beträchtlichen Investitionssumme wäre jedes andere Verhalten der Unternehmen auch wirtschaftlich unvernünftig, da viel zu riskant. Erst wenn geklärt ist, dass ein bestimmtes Vorhaben trotz Vorliegens von Wettbewerbsbeschränkungen *prima facie* keinem direkten Sanktionsrisiko ausgesetzt ist, werden die Unternehmen das Investitionsrisiko auf sich nehmen. Dieses tragen sie in jedem Fall, weil die Wettbewerbsbehörde jederzeit, auch nach Ablauf der Widerspruchsfrist, eine Vorabklärung oder eine Untersuchung eröffnen kann, an deren Ende eine Untersagungs- oder Abstellverfügung steht.

Die weitere Annahme im erläuternden Bericht, wonach die Anforderungen für die Eröffnung einer Untersuchung höher sind als diejenigen für die Eröffnung einer Vorabklärung, mag theoretisch zutreffen. Praktisch dürfte sich das jedoch nicht als grössere Hürde erweisen. Wenn gesagt wird, für die Untersuchungseröffnung seien "Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung notwendig", so kommt darin erneut der bereits genannte Zirkelschluss zum Tragen. In allen entscheidenden Fällen einer Meldung nach Art. 49a Abs. 3 KG werden diese Anhaltspunkte letztlich immer vorliegen, weil andernfalls das Widerspruchsverfahren zur Vermeidung eines Sanktionsrisikos entbehrlich wäre.

Im Ergebnis besteht daher auch bei Umsetzung der Revisionsvorschläge die grosse Gefahr, dass in allen nicht eindeutigen Fällen in jedem Fall eine Vorabklärung während der Widerspruchsfrist eröffnet wird. Damit ist die investitionshemmende Wirkung nicht beseitigt, weil die Unternehmen nicht zusätzlich zum Investitionsrisiko auch noch das Sanktionsrisiko auf sich nehmen können, das jederzeit durch Eröffnung einer Untersuchung aufleben kann. Nach Ansicht der Studienvereinigung wird das Missbrauchspotenzial beim Widerspruchsverfahren zudem erheblich überschätzt. Bei Meldungen nach Art. 49a Abs. 3 KG spielen die beteiligten Unternehmen mit offenen Karten und legen die Vorhaben einschliesslich der zugehörigen Verträge auf den Tisch. Die Gefahr, dass auf diese Weise risikolos über Jahre ein Kartell praktiziert werden könnte (so der erläuternde Bericht), entbehrt einer empirisch belegten Grundlage. Im Übrigen ist bei der Revision des Widerspruchsverfahrens auch die geplante institutionelle Neuregelung zu beachten. Es ist daher naheliegend, das künftige Bundeswettbewerbsgericht in sinnvoller Weise in das Widerspruchsverfahren einzubinden. Es liegt nahe, das Gericht über die Begründetheit eines Widerspruchs und das damit verbundene Wiederaufleben der Sanktionsdrohung im Falle konkreter wettbewerbsrechtlicher Bedenken durch die Wettbewerbsbehörde entscheiden zu lassen.

C. Zu den problematischen Revisionspunkten

1. Fristgerechte Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung vor der Untersuchungseröffnung

Gemäss dem Revisionsvorschlag lebt das Sanktionsrisiko wieder auf, wenn die drei in Art. 49a Abs. 4 lit. a-c VE KG erwähnten Voraussetzungen kumulativ erfüllt werden, u.a. also wenn ein Unternehmen nach Eröffnung der Untersuchung nach Art. 27 an der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung festhält (lit. c). Der Umstand, wonach die Behörde das Unternehmen im Vorfeld auf die Untersuchungseröffnung hinweisen wird, wird im erläuternden Bericht (S. 50), nicht jedoch im Gesetzestext festgehalten. Dementsprechend wird auch keine diesbezüglich anzuwendende verbindliche "Vorwarn-"Frist definiert. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dieser Punkt nicht im Gesetz niedergelegt werden soll.

2. Zweimonatige Widerspruchsfrist

Diese kürzere Widerspruchsfrist ist grundsätzlich zu begrüssen. Per se wird diese Fristverkürzung jedoch nicht entscheidend sein, denn diese alleine vermag die Rechtssicherheit nicht zu erhöhen. Weiterhin kann die Frist nämlich wie unter dem bisherigen Regime mit der blossen Eröffnung einer Vorabklärung eingehalten werden, sofern - neu - irgendwann zeitlich darauf folgend eine formelle Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet wird.

3. Auflebenlassen des Sanktionsrisikos durch Untersuchung

Nach dem aktuellen Revisionsvorschlag reicht es für das Auflebenlassen des Sanktionsrisikos, dass innert zweier Monate nach Meldung eine Vorabklärung und irgendwann später eine Untersuchung eröffnet wird.

Bei Umsetzung dieses Revisionsvorschlags ist zu befürchten, dass die Wettbewerbsbehörde im Zweifelsfall weiterhin fristgerecht eine Vorabklärung eröffnen wird, womit zwar das Sanktionsrisiko noch nicht unmittelbar wieder auflebt, jedoch während einer nicht weiter festgelegten Frist in der Schwebe bleibt, um jederzeit wieder aufleben zu können. Dies stellt gegenüber der heutigen Rechtslage keine entscheidende Verbesserung dar. Die im Revisionsvorschlag vorgesehene Möglichkeit, jederzeit mit einer blossen Untersuchungseröffnung das volle Sanktionsrisiko wieder aufleben zu lassen, wird weiterhin viel Rechtsunsicherheit schaffen und in den meisten Fällen *de facto* wie eine Verbotsverfügung wirken. Rechtssicherheit muss vor der Umsetzung des gemeldeten Vorhabens geschaffen werden. Einige gemeldete Verhaltensweisen wie z.B. Joint Ventures sind mit Investitionen verbunden, die beim jederzeit drohenden Abbruch des Projekts unwiederbringlich verloren wären. Im Fall z.B. von Joint Ventures betreffend gemeinsame Produktion, Einkauf, Forschung & Entwicklung etc. wäre eine sofortige Rückabwicklung der Transaktion zudem auch praktisch kaum möglich. Viele gemeldete Verhaltensweisen sind ausserdem mit Änderungen von Verträgen mit Abnehmern oder Lieferanten verbunden. Die Änderung der entsprechenden Vertragswerke ist häufig mit hohem Administrativ- und Zeitaufwand

verbunden (v.a. wenn es sich um ein Massengeschäft handelt). Die mit einer jederzeit drohenden Untersuchungseröffnung verbundenen Nachteile wären deshalb derart schwerwiegend, dass die Unternehmen unter dem Revisionsvorschlag in aller Regel von einer Umsetzung der gemeldeten Verhaltensweisen absehen würden.

Es ist zudem fraglich, ob die Eröffnung einer formellen Untersuchung überhaupt eine höhere Hürde als die bisher relevante Eröffnung einer Vorabklärung darstellt. Es ist nicht damit zu rechnen, dass die Wettbewerbsbehörden in Zukunft besonders strenge Anforderungen an das Bestehen von "Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung" gemäss Art. 27 Abs. 1 KG stellen werden; die gesetzliche Regelung wurde nicht in diese Richtung verschärft.

Auch der Umstand, dass die Kompetenz zum Einstellen formeller Untersuchungen beim Bundeswettbewerbsgericht liegen würde (vgl. Art. 21 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 25b lit. a VE KG) dürfte keine höhere Hürde für die Eröffnung einer Untersuchung darstellen. Zwar könnte dies dazu führen, dass die Wettbewerbsbehörde kritischer als heute prüft, ob sie wenig aussichtsreiche Untersuchungen eröffnen will, um sie dann wieder vom Bundeswettbewerbsgericht einstellen zu lassen. Die Wettbewerbsbehörde will sich vermutlich nicht vor dem Bundeswettbewerbsgericht "blamieren". Zu bedenken ist aber, dass der Abschluss einer einmal formell eröffneten Untersuchung nicht an eine Frist gebunden ist. Die Wettbewerbsbehörde hat es deshalb in der Hand, eine Untersuchung faktisch abzuschliessen, indem sie sie über Jahre vor sich hindümpeln lässt. Sie ist nicht gezwungen, den Abschluss vor das Bundeswettbewerbsgericht zu bringen.

4. Alternativvorschlag: Einbezug des Bundeswettbewerbsgerichts in das Meldeverfahren

Der aktuelle Revisionsvorschlag zum Meldeverfahren basiert im Wesentlichen auf dem bisherigen Regime. In Anbetracht der im Vorentwurf zur KG-Revision angedachten wesentlichen institutionellen Änderungen muss allerdings gefragt werden, ob diese - sollten sie so Gesetz werden - in der Ausgestaltung des Meldeverfahrens genügend berücksichtigt worden sind. Insbesondere wäre es wünschenswert, wenn das über eine subsidiäre Allgemeinzuständigkeit im Bereich des KG verfügende Bundeswettbewerbsgericht in das Meldeverfahren einbezogen würde:

Die Wettbewerbsbehörde soll es nicht alleine in der Hand haben, durch Eröffnung einer Untersuchung die Sanktionsdrohung bestehen zu lassen. Es bietet sich vielmehr an, dass die Wettbewerbsbehörde im Fall einer Meldung nach Art. 49a innert zwei Monaten nicht bloss das meldende Unternehmen über Bedenken informieren muss, sondern einen Ausschluss der (generellen) sanktionsbefreienden Wirkung innert derselben Zweimonatsfrist beim Bundeswettbewerbsgericht beantragen muss, wenn sie von der schädlichen Wirkung überzeugt ist. Gelingt es der Wettbewerbsbehörde das Bundeswettbewerbsgericht von der Schädlichkeit des gemeldeten Verhaltens zu überzeugen, entfällt die sanktionsbefreiende Wirkung der Meldung. Auf diese Weise wird eine sachlich angemessene Hürde geschaffen, um nicht schon bei mindesten Bedenken der Wettbewerbsbehörde einen Verlust der sanktionsbefreienden Wirkung hinnehmen zu müssen. Das Bundeswettbewerbsgericht soll

seinen Entscheid über den Antrag zum Ausschluss der sanktionsbefreienden Wirkung innert einer weiteren Frist von zwei Monaten treffen.

In Bezug auf Rechtsmittel gegen einen entsprechenden Entscheid des Bundeswettbewerbsgericht wäre keine aufschiebende Wirkung vorzusehen (vgl. Art. 103 BGG).

Diese Variante würde im Übrigen die jederzeitige Möglichkeit der Wettbewerbsbehörde nicht beeinträchtigen, später eine Untersuchung zu eröffnen und das gemeldete Verhalten vom Bundeswettbewerbsgericht für unzulässig erklären zu lassen. Direkte Sanktionen würden diesfalls jedoch ausser Betracht fallen. Ein Verstoss gegen ein rechtskräftiges Verbot wäre jedoch immer noch nach Art. 50 KG sanktionierbar. Bei drohenden irreversiblen Veränderungen der Marktstruktur könnten zudem vorsorgliche Massnahmen erlassen werden, deren Verletzung ebenfalls nach Art. 50 KG sanktionierbar wäre.

D. Vorgeschlagener Gesetzestext

Die Studienvereinigung schlägt entsprechend dem vorstehend Erwähnten vor, Art. 49a VE KG wie folgt zu formulieren:

Art. 49a Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

[...]

³ Die Belastung entfällt, wenn:

a. *Aufgehoben*

[...]

⁴ Die Belastung entfällt auch, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor sie Wirkung entfaltet. Das Unternehmen wird trotzdem belastet, und zwar für den Zeitraum ab Eröffnung der Untersuchung nach Artikel 27, wenn:

- a. dem Unternehmen innerhalb von zwei Monaten nach der Meldung durch die Wettbewerbsbehörde mitgeteilt wird, dass wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen; und
- b. die Wettbewerbsbehörde innert derselben zweimonatigen Frist beim Bundeswettbewerbsgericht den Entzug der Sanktionsbefreiung beantragt; die Wettbewerbsbehörde hat dabei glaubhaft zu machen, dass die von Artikel 49a Absatz 1 erfasste Wettbewerbsbeschränkung unzulässig ist; und
- c. das Bundeswettbewerbsgericht diesem Antrag entspricht; wobei das Bundeswettbewerbsgericht innert einer Frist von weiteren zwei Monaten zu entscheiden hat, und
- d. das Unternehmen nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheids durch das Bundeswettbewerbsgericht an der Wettbewerbsbeschränkung festhält.

IV. Fusionskontrolle

A. Vorbemerkungen

Aus gesetzgeberischer und volkswirtschaftlicher Sicht stellt sich die grundsätzliche Frage, ob für die Schweiz angesichts der geringen Grösse ihrer Volkswirtschaft und ihrer starken Einbettung in internationale, insbesondere europäische Wirtschaftsbezüge eine Strukturkontrolle überhaupt notwendig und sinnvoll ist. Wird diese Frage bejaht, so ist eine

Effizienzsteigerung wünschbar, denn in ihrer bisherigen Ausgestaltung hat die schweizerische Fusionskontrolle wenig Wirkung gezeigt, aber erhebliche Kosten verursacht. Die Bestrebungen zur Effizienzsteigerung in der Fusionskontrolle sind in diesem Sinne zu begrüßen. Die schweizerische Fusionskontrolle in ihrer heutigen Ausgestaltung führt zwar für Behörden und Unternehmen zu einem erheblichen Aufwand, erreicht jedoch aufgrund des sogenannten "Doppeltests" in Art. 10 KG kaum je die gesetzgeberische Zielsetzung einer effektiven Strukturkontrolle. Mit wenigen Ausnahmen (zuletzt: Orange|Sunrise) wurden seit 1996 praktisch alle Zusammenschlussvorhaben in der ersten oder zweiten Prüfungsphase genehmigt oder aber mit zum Teil in der Lehre und Praxis hinsichtlich der Wirksamkeit kritisierten Auflagen frei gegeben.

Das schweizerische Fusionskontrollverfahren und der entsprechende materielle Test datieren aus dem Jahr 1996. Im europäischen Umfeld sind seither sowohl die Prüfungskriterien als auch die Verfahrensvorschriften angepasst worden. Es ist deshalb richtig, die Notwendigkeit einer Anpassung an diese europäischen Vorschriften im heutigen Zeitpunkt zu prüfen und gegebenenfalls die notwendigen Anpassungen vorzunehmen.

In zahlreichen Fällen müssen Zusammenschlussvorhaben sowohl der Europäischen Kommission als auch der Schweizerischen Wettbewerbskommission gemeldet werden. Soweit es sich dabei wirklich um nationale Märkte handelt (z.B. wegen dem regulatorischen Umfeld), ist eine derartige parallele Prüfung notwendig und sachgerecht. Sofern hingegen die betroffenen Produktmärkte grösser - nämlich mindestens EWR- und Schweiz-weit - abzugrenzen sind, ist die parallele Prüfung durch die europäischen und die schweizerischen Behörden für die Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs in den betroffenen Produktmärkten unnötig. Dies gilt umso mehr, als die Entscheidung der gleichzeitig befassten Europäischen Kommission auch für die Entscheidung der schweizerischen Wettbewerbsbehörde entscheidend ist. In der Praxis verzichtet nämlich die Weko in diesen Fällen auf eine eigene Entscheidung.

B. Art. 9 Abs. 1bis KG - Parallelmeldungen Schweiz | EU

Die in Art. 9 Abs. 1bis KG vorgeschlagene Lösung ist vom Grundsatz her zu begrüßen. Denn die dahinterliegende Bestrebung, Doppelspurigkeiten in Fusionskontrollverfahren mit grenzüberschreitendem Charakter zu verhindern, ist richtig. In den von der Regelung erfassten Fällen reicht sodann die Einreichung einer Kopie des Formblatts CO, und ein eigenes Zusammenschlusskontrollverfahren in der Schweiz kann vermieden werden. Dies führt für die Unternehmen, aber insbesondere auch für die Behörde, zu erheblichen Kosten- und Ressourcenersparnissen.

Allerdings dürfte die vom Entwurf in Art. 9 Abs. 1bis lit. a KG vorgesehene Anknüpfung an die geographische Marktabgrenzung in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten treffen. Die Abgrenzung der relevanten Märkte gehört regelmässig zu den zentralen und zumeist auch umstrittensten *materiell-rechtlichen* Fragen eines Fusionskontrollverfahrens. Die formelle Meldepflicht von der Marktabgrenzung in einem konkreten Fall abhängig zu machen, greift der eingehenden Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens vor.

Zudem gilt es zu bedenken, dass selbst die Europäische Kommission im Vorverfahren (Phase I) - insbesondere bei Freigaben nach Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO - oftmals die Marktabgrenzung offen lässt.

Der Gesetzeswortlaut des neuen Art. 9 Abs. lit. a sieht vor, dass die Meldepflicht nur dann entfällt, wenn *sämtliche* vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen sachlichen Märkte in räumlicher Hinsicht zumindest die Schweiz und den EWR umfassen. Es ist hier darauf hinzuweisen, dass in zahlreichen Zusammenschlussvorhaben zwar der grösste Teil der betroffenen Produktemärkte EWR- und Schweiz-weit abzugrenzen sein wird, aber möglicherweise einige wenige oder sogar lediglich ein Produktemarkt national abzugrenzen sein werden, beziehungsweise eine klare Fallpraxis zur Marktabgrenzung in einzelnen Produktemärkten fehlt. In diesen Fällen wird weiterhin eine Meldepflicht bestehen und entsprechend eine Ressourcen- und Kosteneinsparung nicht, beziehungsweise lediglich in begrenztem Umfang möglich sein.

Ein weiterer kritischer Punkt im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 1bis KG betrifft die Grundlage, auf welcher die geografische Marktabgrenzung zur Klärung der Meldepflicht vorzunehmen ist. Der Gesetzestext schweigt sich dazu aus. Wenn für die Frage der Marktabgrenzung lediglich auf die schweizerische Fallpraxis abgestellt würde, so wird dies in vielen Fällen nicht zielführend sein, da aufgrund der geringen Fallzahl in der Schweiz die entsprechende Praxis lediglich einen Bruchteil aller möglichen Produktemärkte erfasst. Zudem wurde in vielen Fällen auf eine verbindliche Marktabgrenzung verzichtet und auf der Basis der Hypothese eines engstmöglich abgegrenzten räumlichen Marktes entschieden. Eine breitere Grundlage für die räumliche Marktabgrenzung ergibt sich aus der europäischen Fallpraxis, welche eine erheblich grössere Fallzahl umfasst. Allerdings stellt sich auch dort wie erläutert das Problem, dass oftmals die Europäische Kommission die Abgrenzung des räumlichen Marktes offen gelassen hat und lediglich im Sinne einer Arbeitshypothese von einem eng abgegrenzten räumlichen Markt ausgegangen ist.

Aufgrund dieser Ausgangslage dürfte es in vielen Fällen unklar sein, wie die schweizerischen Wettbewerbsbehörden die betroffenen Produktemärkte räumlich abgrenzen. Diese Unklarheit könnte zwar auf dem Weg der Beratung ausgeräumt werden. Allerdings stellt sich hier die Schwierigkeit, dass die Beratung einen erheblichen Aufwand erfordert, um der Behörde die notwendigen Informationen zur Marktabgrenzung vorzulegen. Das Beratungsverfahren wird zudem zusätzlich Zeit in Anspruch nehmen, die im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben oftmals knapp ist. In zahlreichen Fällen werden deshalb die betroffenen Unternehmen auf eine Beratung verzichten und im Zweifel das Zusammenschlussvorhaben trotzdem melden, um nicht gegen das Vollzugsverbot zu verstossen.

Die Studienvereinigung Kartellrecht schlägt folgende Ergänzungen vor, um die beabsichtigte Wirkung der Gesetzesänderung zu gewährleisten und gröbere Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.

Um wenigstens eine gewisse Wirksamkeit der vorgeschlagenen Regelung sicherzustellen, müsste in der Verordnung über die Zusammenschlusskontrolle (VKU) klargestellt werden,

dass auch die europäische Fallpraxis im Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung als Rechtsquelle heranzuziehen ist. Dies wäre nur folgerichtig, da bereits der „Erläuternde Bericht“ die Marktabgrenzung der Europäischen Kommission für den Wegfall der Meldepflichtbefreiung nach Art. 9 Abs. 1bis KG als massgeblich bezeichnet (S. 31). Im Umkehrschluss muss den anmeldenden Unternehmen der verlässliche Rückgriff auf die europäische Kartellrechtspraxis ermöglicht werden. Zweitens müsste ergänzt werden, dass die Meldepflicht bei mehreren betroffenen Produktmärkten, wovon lediglich einer oder einige wenige national abzugrenzen sind, sich auf diese Märkte beschränkt und die Meldepflicht bei Doppelmeldungen im Sinne einer erleichterten Meldung für die EWR- und Schweiz-weiten betroffenen Produktmärkte entfällt.

Schliesslich sollte in Art. 9 Abs. 1bis lit. a KG das Wort „sachlichen“ durch "relevanten" ersetzt werden. Zwar wird in Verfahren oftmals zunächst der sachliche Markt definiert und erst im Anschluss die geographische Definition des Wettbewerbsgeschehens bestimmt. Ausweichreaktionen der Nachfrager in sachlicher und räumlicher Hinsicht sollten indessen stets im Zusammenspiel betrachtet werden. Betrachtet man sachliche und räumliche Marktabgrenzungen isoliert, besteht die Gefahr, dass diejenigen Märkte zu eng abgegrenzt werden, in denen erst das Zusammenspiel zwischen sachlichen und räumlichen Ausweichreaktionen einen weiteren relevanten Markt nahelegt.

C. Art. 10 KG - Neue Prüfungskriterien

Im Bereich von Art. 10 enthält die Revisionsvorlage zwei Alternativvorschläge: Variante 1 sieht im Sinne einer möglichst weitgehenden Angleichung an das europäische Wettbewerbsrecht eine Übernahme des Substantial Impediment of Effective Competition (SIEC)-Tests vor. Dieser ist kombiniert mit einer Effizienzprüfung. Variante 2 sieht demgegenüber einen einfachen Marktbeherrschungstest als Prüfungskriterium vor.

Wie bereits einleitend erwähnt, ist die Frage des Prüfungskriteriums im Wesentlichen eine wettbewerbspolitische Frage und hängt davon ab, ob eine wirksame Strukturkontrolle als wünschbar erachtet wird oder nicht.² Wird eine Strukturkontrolle wettbewerbspolitisch

²

Einige Mitglieder der Arbeitsgruppe bringen einen generellen Vorbehalt gegenüber der Änderung der Eingriffskriterien bei der Fusionskontrolle an. Die Fusionskontrolle mit den heutigen Eingriffskriterien ist seit rund 15 Jahren in Kraft. Wäre die Eingriffsschwelle tatsächlich zu hoch, so müssten nach dieser Dauer Fälle identifiziert werden können, die von der Weko wegen der hohen Eingriffsschwellen nicht untersagt werden konnten und die in ihrer Folge zu einer ernsthaften Beeinträchtigung des Wettbewerbs geführt haben. So weit ersichtlich werden aber weder in der Evaluation noch im erläuternden Bericht zur Vernehmlassung solche Fälle eindeutig identifiziert. Die Ausführungen begnügen sich im Wesentlichen mit dem Hinweis, dass die Eingriffsschwelle in der Schweiz im internationalen Vergleich aussergewöhnlich hoch sei und allgemeinen theoretischen Ausführungen.

Ohne empirische Daten, welche die negativen Folgen der hohen Eingriffsschwelle belegen, besteht nach Ansicht dieser Mitglieder kein Grund für eine Revision der Eingriffsschwelle. Eine präventive Absenkung der Eingriffsschwelle "ohne Not" widerspricht auch der in Art. 27 und 94 BV verankerten Wirtschaftsfreiheit, wonach

weiterhin als wünschbar erachtet, ist im Sinne des Bundesrates der Variante 2 der Vorzug zu geben. Der SIEC-Test ist in seiner Handhabung ausserordentlich aufwendig, da er bei einer richtigen Anwendung umfangreiche wettbewerbsökonomische Erhebungen erfordert. Angesichts der beschränkten Ressourcen der schweizerischen Wettbewerbsbehörden dürften die notwendigen Erhebungen oftmals schwer oder gar nicht durchzuführen sein. Zudem ist damit zu rechnen, dass bei Untersagungen aufgrund des SIEC-Tests die betroffenen Unternehmen an das Bundeswettbewerbsgericht und an das Bundesgericht gelangen würden, um mit umfangreichen wettbewerbsökonomischen Untersuchungen die Vereinbarkeit des Vorhabens mit der Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs nachzuweisen. Oftmals dürften die entsprechenden Beweisverfahren die Grenzen der Justiziabilität sprengen. Es besteht damit die Gefahr, dass das Ziel einer erhöhten Wirksamkeit der Strukturkontrolle gar nicht erreicht werden kann.

Demgegenüber dürfte der einfache Marktbeherrschungstest in seiner Handhabung praktikabler sein. Gestützt auf die Praxis zum Begriff der Marktbeherrschung in Art. 4 Abs. 2 KG erlaubt auch dieser Test zudem den Einbezug der Problematik kollektiver Marktbeherrschung. Dies übersieht der „Erläuternde Bericht“ (S. 32). Zwar findet mit dieser Lösung in der Tat keine Harmonisierung mit der EU statt, doch ist ohnehin zweifelhaft, ob eine solche mit der blossen Angleichung der materiellen Prüfungskriterien erreicht werden kann. Zudem haben die Erfahrungen mit dem der Variante 2 ähnlichen § 36 Abs. 1 GWB in Deutschland gezeigt, dass die im Zuge der EU-FKVO-Reform von 2004 viel diskutierte „Lücke“ zwischen SIEC-Test und Marktbeherrschungskriterium in der Praxis kaum wahrnehmbar ist und jedenfalls im Ergebnis zu keinen Problemen geführt hat.

Allerdings berücksichtigt Variante 2 der Vorlage nicht, dass auch beim einfachen Marktbeherrschungstest ein Zusammenschlussvorhaben möglicherweise aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz aus wettbewerbspolitischer Sicht wünschbar ist, da die Effizienzvorteile überwiegen. Es wird deshalb angeregt, Variante 2 um eine lit. b mit folgendem Wortlaut zu ergänzen:

"... keine spezifische, überprüfbare und zeitnahe Effizienzvorteile für die Nachfrager bewirkt, welche die Nachteile der Marktbeherrschung ausgleichen."

Auf den Wortlaut "von den beteiligten Unternehmen nachgewiesene" aus Variante 1 wird bewusst verzichtet, da die Effizienzvorteile nach der Officialmaxime von der Wettbewerbsbehörde selbst zu ermitteln wären.

der Staat (die Weko) nur dann in die Wirtschaft eingreifen darf, wenn der Wettbewerb mit grosser Wahrscheinlichkeit gefährdet ist.

D. Art. 32 | 33 KG - Fristen

Die vorgeschlagenen Regelungen zur Angleichung des Fristenlaufs im Verfahren vor den schweizerischen Wettbewerbsbehörden an ausländische Verfahren und im Falle von Verpflichtungszusagen (Auflagen und Bedingungen) sind grundsätzlich zu begrüßen. Positiv ist zu erwähnen, dass die maximale Verlängerungsfrist den Wettbewerbsbehörden und Unternehmen Flexibilität gibt und damit insbesondere eine Koordination der Verfahrensdauer mit dem europäischen Fusionskontrollverfahren ermöglicht. Dies ist von besonderer Bedeutung, da trotz der Regelung von Art. 9 Abs. 1bis KG weiterhin mit einer erheblichen Zahl von Doppelmeldungen in der EU und in der Schweiz zu rechnen ist.

Negativ ist zu erwähnen, dass die vorgeschlagene Regelung die Gefahr mit sich bringt, dass trotz dem Zustimmungserfordernis der betroffenen Unternehmen die Behörden *de facto* die Fristverlängerungen erzwingen können und werden. Es kann durchaus die Situation eintreten, in welcher die Behörde aus anderen Gründen als einer Anpassung an den Fristenlauf vor der Europäischen Kommission, zum Beispiel aufgrund interner Ressourcenknappheit, eine entsprechende Fristverlängerung vorschlagen wird. In dieser Situation dürfte es für die betroffenen Unternehmen kaum in Frage kommen, sich den ersuchenden Behörden zu widersetzen, da bei Zusammenschlussvorhaben Verzögerungen (z.B. Eröffnung einer zweiten Phase) grundsätzlich aus Sicht der Unternehmen zu vermeiden sind und entsprechende Risiken vermieden werden. Um die Gefahr zu beseitigen, dass die flexible Regelung zweckentfremdet wird, sollten in Art. 32 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 4 die Formulierungen "aus wichtigen Gründen" durch "*zur Angleichung des Fristenlaufs an ausländische Fusionskontrollverfahren*" ersetzt werden.

Hinsichtlich der neu vorgeschlagenen Ordnungsfrist für die Behandlung von Zusammenschlusskontrollfällen durch das Bundeswettbewerbsgericht bestehen Zweifel, ob die Ordnungsfrist ein wirksames Mittel ist. Zum einen ist diese Frist grundsätzlich nicht durchsetzbar und wird vom Bundeswettbewerbsgericht lediglich eingehalten werden, wenn die Geschäftslast dies erlaubt. Zum anderen wird es in komplexen Fällen für das Bundeswettbewerbsgericht gar nicht möglich sein, den Fall innert der Ordnungsfrist zur Entscheidung zu bringen. Auf jeden Fall darf die Ordnungsfrist vom Bundeswettbewerbsgericht nicht dahingehend interpretiert werden, dass es sich in Zusammenschlusskontrollfällen eine Beschränkung der grundsätzlich umfassenden Kognition auferlegt, bloss um einen Entscheid innerhalb der Ordnungsfrist vorlegen zu können.

Ebenfalls fraglich ist, ob die Ordnungsfrist einen erhöhten Anreiz für Unternehmen schaffen kann, Zusammenschlusskontrollfälle an das Bundeswettbewerbsgericht weiterzuziehen und damit eine Entscheidungspraxis zu fördern. Zusammenschlussvorhaben unterliegen sehr oft klaren zeitlichen Vorgaben und können nicht über mehrere Monate verzögert werden, da dies mit erheblichen Gefahren für die betroffenen Unternehmen, vor allem für die Zielgesellschaft, verbunden ist. Wie der Fall Orange|Sunrise zeigt, wird zum Schutz des Werts der Zielgesellschaft in solchen Fällen von entsprechenden Vorhaben Abstand

genommen. Ob sich die Ordnungsfrist in der Praxis bewähren wird, wird sich deshalb weisen müssen.

E. Art. 21 Abs. 2 lit. d KG - Entscheid-Zuständigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde

Im Rahmen der in der Vorlage vorgesehenen neuen institutionellen Organisation der Wettbewerbsbehörden und -gerichte in der Schweiz ist die Zuständigkeit für den Entscheid im Zusammenschlussverfahren durch die Wettbewerbsbehörde zu begrüssen. Angesichts der knappen zeitlichen Verhältnisse bei Zusammenschlussvorhaben wäre ein kontradiktorisches Verfahren vor dem Bundeswettbewerbsgericht kein tauglicher Ansatz. Die neue Regelung birgt allerdings die Gefahr, dass sie - mit der gleichzeitig vorgesehenen Verschärfung der Prüfkriterien - zu einer erheblich verschärften Zusammenschlusskontrollpraxis der Wettbewerbsbehörden führt, welche über die gesetzgeberisch vorgegebene Zielsetzung der Effizienzsteigerung hinausgeht. Dies ist besonders deshalb der Fall, weil der Weiterzug von Zusammenschlussentscheidungen an das Bundeswettbewerbsgericht in vielen Fällen aus Sicht der beteiligten Unternehmen nicht in Frage kommen dürfte. Umso wichtiger ist es, dass das Bundeswettbewerbsgericht bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlussfällen nicht nur mit einer vollen Kognition ausgestattet wird, sondern diese in der Praxis auch ausübt.

V. Differenzierte Behandlung vertikaler Abreden

A. Vorschlag des Bundesrates

Der Bundesrat schlägt in zwei Varianten eine differenziertere Beurteilung von Vertikalabreden vor:

Variante 1: Streichung der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG, aber Beibehaltung der Sanktionsdrohung für vertikale Preis- und Gebietsabreden; oder

Variante 2: Beibehaltung der Vermutung, aber Anpassung von Art. 6 KG mit dem Ziel, dass in einer Verordnung des Bundesrates oder in einer Bekanntmachung *safe harbours*, d.h. Marktanteilsschwellen für das Kriterium der Erheblichkeit umschrieben werden. Weiter soll bei Variante 2 eine Bestimmung in Art. 49a KG eingefügt werden, welche Straffreiheit für Vertikalabreden vorsieht, welche das Unternehmen unbehelligt im EWR praktiziert.

B. Beurteilung der Vorschläge

1. Grundsätzliche Stossrichtung

- a) Grundsätzliche Stossrichtung wird von der Studienvereinigung begrüsst

Die Ökonomie geht davon aus, dass Vertikalabreden bei wirksamem Interbrand-Wettbewerb im Regelfall prokompetitive und nicht antikompetitive Effekte haben³. Die Studienvereinigung begrüsst deshalb die grundsätzliche Stossrichtung des Bundesrates, vertikale Abreden künftig differenzierter zu beurteilen.

- b) Vorschläge des Bundesrates lösen das erkannte Problem nicht

Man muss sich aber die Frage stellen, ob die vom Bundesrat vorgeschlagenen Lösungsansätze hinreichend sind, um das erkannte Problem zu lösen. Die direkte Sanktionierbarkeit der in Art. 5 Abs. 4 KG umschriebenen Abredearten bleibt in beiden Varianten bestehen. Entsprechend wird das damit verbundene unerwünschte Abschreckungspotential nicht behoben. Es ist daher anzunehmen, dass viele Unternehmen auch künftig auf effiziente Vertriebsformen verzichten werden, nur weil ein Sanktionsrisiko zu befürchten ist (sog. *chilling*-Effekt).

Variante 1 kann das Problem des Sanktionsrisikos nicht lösen: Zwar wird die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufgehoben, die bisherige Praxis und auch die neue Vertikalbekanntmachung bringen aber zum Ausdruck, dass die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG durch die Unternehmen relativ leicht umgestossen werden kann und dementsprechend nicht der Grund für die aktuell unbefriedigende Situation darstellt⁴. Die Quelle der Rechtsunsicherheit und der Grund für die allzu restriktive Beurteilung vertikaler Abreden ist vielmehr in der Beurteilung der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu suchen. Entsprechend führt die Abschaffung der Vermutung weder zu mehr Rechtssicherheit noch zu einer differenzierteren Beurteilung von Vertikalabreden.

³ Vgl. hierzu etwas *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge University Press 2009, Chapter 6. Motta schlägt aus diesem Grunde auch vor, solche *safe harbours* für sämtliche Vertikalabredearten, d.h. auch für Preisbindungen und Gebietsabsprachen, einzuführen. Richtigerweise wird auch im erläuternden Bericht (S. 16) korrekt ausgeführt, dass als Daumenregel festgehalten werden könne, dass vertikale Restriktionen im Regelfall nur dann wettbewerbsbeeinträchtigende Auswirkungen haben, wenn die an den Abreden beteiligten Unternehmen eine starke Marktstellung innehaben.

⁴ Für die Widerlegung der Vermutung vgl. die Fälle *sécauteur et cisailles* (RPW 2009/2, S. 143 ff) und *Gaba* (RPW 2010/1, S. 65 ff.) sowie Ziffer 11 der Vertikalbekanntmachung vom 28. Juni 2010. Im Fall *Hors-Liste* (abrufbar unter <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>, vgl. Rz. 217) konnte die Vermutung hingegen trotz bestehendem Interbrand-Wettbewerb zwischen den drei Herstellern Bayer, Eli Lilly und Pfizer nicht widerlegt werden.

Variante 2 könnte grundsätzlich zu einer verbesserten Situation führen. Es käme aber darauf an, ob die Wettbewerbsbehörde oder der Bundesrat von den in Art. 6 Abs. 1 Bst. f E KG vorgesehenen Kompetenzen Gebrauch machen würden. Die aktuelle Praxis⁵ und die am 28. Juni 2010 erlassene Vertikalbekanntmachung der Weko⁶ deuten nicht darauf hin, dass die Behörde bereit wäre, die quantitative Erheblichkeit bei den in Art. 5 Abs. 4 KG umschriebenen Abredearten künftig grosszügiger zu handhaben. Entsprechend müsste der Bundesrat durch Verordnung zwingend geeignete Marktanteilsschwellen (*safe harbours*) definieren, unterhalb deren vertikale Preis- und Gebietsabsprechen generell als unerheblich gelten würden.

2. Zu Variante 1 im Einzelnen

Die Erfahrung mit Art. 5 Abs. 4 KG hat gezeigt, dass die Vermutung in der Regel umgestossen werden kann.⁷ Folglich war die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei vertikalen Abreden in der Praxis kaum relevant. Die vorgeschlagene Streichung stellt daher eine Kodifizierung der Praxis dar und ist zu begrüssen. Sie ändert an der geltenden Rechtslage aber zu wenig, um das vom Bundesrat erkannte Problem zu lösen.

Im Gegenzug zur Streichung schlägt der Bundesrat mit Variante 1 vor, die Strafbestimmung von Art. 49a Abs. 1 KG auszubauen, indem nicht mehr auf unzulässige Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG verwiesen wird, sondern die sanktionsbedrohten Abreden direkt in Art. 49a Abs. 1 E KG genannt werden. Dies ist aus zwei Gründen abzulehnen:

Erstens rechtfertigt sich die direkte Sanktionierung von vertikalen Abreden nicht, wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht aufrechterhalten wird. Die Vermutung ist Ausdruck davon, dass der Gesetzgeber gewisse Typen von Abreden als grundsätzlich volkswirtschaftlich schädlich betrachtet. Diese Haltung wird betreffend horizontalen harten Kartellen nicht in Frage gestellt. Hinsichtlich vertikaler Abreden hat die Praxis dagegen gezeigt, dass diese in der Regel den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, sondern im Gegenteil in den meisten Fällen effizient sind. Im Gegensatz zu

⁵ Im Fall *Sécateur et cisailles* (RPW 2009/2, S. 143 ff) ging es um eine Preisbindung zweiter Hand zwischen einem Gartenscherehersteller (Felco) mit einem Händler (Landi). Die Preisabsprache betraf nur einen engen Teilbereich des Sortiments von Felco, nämlich nur ein einziges Scherenmodell. Der von der Abrede betroffene Marktanteil lag offenbar unter 5%. Es fehlte dementsprechend an jeglicher quantitativer Erheblichkeit. Trotzdem hat die Weko diesen Sachverhalt in der einvernehmlichen Regelung als erheblich eingestuft und die beiden Unternehmen gebüsst. Diese strenge Handhabung der quantitativen Erheblichkeit bedeutet faktisch die Einführung eines *per se*-Verbotes für vertikale Preisbindungen.

⁶ Vgl. Präambel IX und Ziff. 12 (2) der Vertikalbekanntmachung, wonach die in Art. 5 Abs. 4 KG erwähnten Abredearten bereits bei sehr geringen Marktanteilen als erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG qualifiziert werden sollen.

⁷ *Graber*, Die neue Vertikalbekanntmachung 2010 der WEKO, in: Jusletter 23. August 2010, Rz. 8, vgl. oben Fn. 4.

Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG rechtfertigt sich somit eine direkte Sanktionierung von vertikalen Abreden nicht. Die präventive Wirkung von direkten Sanktionen richtet bei Abreden, welche nur zuweilen, nicht aber in der Regel volkswirtschaftlich schädlich sind, mehr Schaden an (*chilling*-Effekt) als dass sie förderlich ist. Dieser *chilling*-Effekt ist im Vergleich zu der ähnlichen Problematik von Art. 7 KG viel grösser, weil praktisch alle Unternehmen betroffen sind. Dies gilt beispielsweise auch für Vertriebspartner, die von Missbrauchsregeln von Art. 7 KG klarerweise nicht erfasst sind, weil sie von der Schwelle der Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG regelmässig weit entfernt sind.

Zweitens ist zu berücksichtigen, dass mit der vorgeschlagenen Änderung von Art. 49a Abs. 1 KG nicht nur die vertikalen, sondern auch die horizontalen Abreden betroffen sind. In der Lehre ist umstritten, ob bei einer Widerlegung der Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG trotzdem sanktioniert werden darf bzw. muss, wenn eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG nachgewiesen werden kann.⁸ Diese Frage wird mit der Variante 1 zur Anpassung von Art. 49a KG *en passant* bejahend gelöst, ohne dies transparent zu kommunizieren. Materiell ist die Änderung abzulehnen, weil bei Abreden, die den Wettbewerb nicht beseitigen und somit ambivalente Effekte nach sich ziehen, kein Sanktionsbedürfnis besteht.

Hinsichtlich Sanktionierung von vertikalen Abreden bringt die Variante 1 somit keine Erleichterung, sondern kodifiziert die umstrittene Praxis der Weko betreffend Sanktionierung trotz Widerlegung der Vermutung. Eine materielle Änderung bzw. eine differenzierte Betrachtungsweise könnte sich jedoch aus Variante 2 ergeben.

3. Zu Variante 2 im Einzelnen

Variante 2 stellt sichere Häfen ins Zentrum der Betrachtung. Zum einen soll die Kompetenz des Bundesrates und der Wettbewerbsbehörde gemäss Art. 6 Abs. 1 E KG ausgeweitet werden, um nicht erhebliche Arten von Wettbewerbsabreden zu definieren (a). Zum anderen soll mit Art. 49a Abs. 3 lit. d E KG eine Sanktionierung entfallen, wenn vertikale Abreden im EWR zulässig sind (b).

a) Marktanteilsschwelle

Die sicheren Häfen gemäss Ziff. 13 und Ziff. 16 Abs. 2 VertBek umfassen weder qualitativ schwerwiegende Abreden noch Klauseln des Vermutungstatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG. Neu soll es möglich sein, eine *de minimis*-Regel für alle Arten von vertikalen Abreden einzuführen. Dies ist grundsätzlich zu begrüssen.

⁸ Tagmann / Zirlick, BSK, N 6 zu Art. 49a KG.

Unklar bleibt jedoch, ob von dieser Kompetenz tatsächlich Gebrauch gemacht wird und wie die *de minimis*-Regel konkret ausgeformt würde. Daher ist zu fordern, dass der neue sichere Hafen bereits im Gesetz definiert wird. So könnte beispielsweise Art. 5 KG durch einen zusätzlichen Absatz ergänzt werden. Diesbezüglich wäre eine zweistufige Regelung möglich, weil im Gegensatz zur EU in der Schweiz zwei Arten von unzulässigen vertikalen Abreden bestehen: Unzulässige erhebliche Abreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG und direkt sanktionierbare Abredetypen gemäss Art. 5 Abs. 4 KG. Beispielsweise könnte eine *de minimis*-Regel mit einer Marktanteilsschwelle von 15% für alle Abredearten formuliert werden. Diese Marktanteilsschwelle würde sich an Ziff. 7 lit. b der *de minimis*-Bekanntmachung der Europäischen Kommission (2001/C 368/07) anlehnen. Für direkt-sanktionierbare vertikale Abredetypen könnte ergänzend dazu eine Marktanteilsschwelle von 30% definiert werden. Würde diese Schwelle nicht erreicht, könnte die Abrede zwar verboten, nicht aber direkt sanktioniert werden. Dies wäre insbesondere deshalb sachgerecht, weil erst ab einem Marktanteil von 30% in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, die nicht gerechtfertigt werden kann.⁹

b) EU-Kompatibilität

Auch der zweite vorgeschlagene sichere Hafen geht in die richtige Richtung. Jedoch ist die Formulierung missglückt und Art. 49a Abs. 3 lit. d E KG folglich praktisch nicht umsetzbar. Zum einen verlangt der vorgeschlagene sichere Hafen zu viel, weil der entsprechende Nachweis kaum erbracht werden kann. Zum anderen geht der Vorschlag zu weit, weil "dieselbe Abrede" unabhängig der eventuell unterschiedlichen Marktstruktur in der EU und der Schweiz gleich behandelt werden soll.

Unklar bleibt zudem, wie Unternehmen, welche die entsprechende Abrede nur in der Schweiz, nicht aber im EWR praktizieren, in den Genuss dieses "*safe harbour*" kommen sollen. Die vorgeschlagene Regelung führt zu einer Diskriminierung jener Unternehmen, die nur im Schweizer Markt tätig sind.

Das Unternehmen soll gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. d E KG zunächst nachweisen, dass dieselbe Abrede im EWR unbehelligt praktiziert wird. Unklar ist dabei, ob diesbezüglich der Nachweis genügt, dass die Europäische Kommission dieselbe Abrede nicht verboten hat. Denkbar wäre auch, dass dieselbe Abrede nicht Gegenstand eines laufenden Verfahrens vor der Europäischen Kommission sein dürfte. Aus dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 lit. d E KG könnte schliesslich auch gefolgert werden, dass keine Behörde eines Mitgliedstaates des EWR dieselbe Abrede zurzeit überprüft oder verboten hat. Falls für den Nachweis nur eine entsprechende Bestätigung der zuständigen Behörden genügen würde, könnte diese wohl

⁹ Motta et al., Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view, elektronisch erhältlich unter <<http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf>>

kaum je erbracht werden. Ausserdem soll das Unternehmen glaubhaft darlegen, dass die Abrede im EWR gemeinhin zulässig wäre. Ob beispielsweise mit einem Gutachten oder einer entsprechenden Kommentarstelle das Europäische Recht glaubhaft dargelegt werden kann, entscheidet letztlich das Wettbewerbsgericht und es ist kaum vorstellbar, dass das Wettbewerbsgericht die Beurteilung unter Europäischem Recht anders vornehmen würde als nach Schweizer Recht. Warum den Unternehmen auferlegt wird, das europäische Recht glaubhaft darzulegen, ist insbesondere unter Berücksichtigung von Ziff. VII der VertBek unklar, in der die analoge Geltung von europäischem Recht im Bereich von vertikalen Abreden statuiert wird.

Die Idee der Vermeidung des *Swiss-Finish* bei Vertriebssystemen wird mit Art. 49a Abs. 3 lit. d E KG verfehlt. Ein *Swiss-Finish* war bisher nötig, weil die Schweiz andere bzw. teilweise strengere Regeln als die EU für vertikale Abreden vorsah. Jedoch müssen die Regeln natürlich auf den Einzelfall und hinsichtlich der unterschiedlichen Strukturdaten von separaten räumlich relevanten Märkten angewandt werden, auch wenn innerhalb eines Rechtsraumes die gleichen Regeln gelten. Zu fordern ist deshalb nicht, dass dieselbe Abrede in einem andern räumlich relevanten Markt als zulässig erachtet wird, sondern dass in der Schweiz zumindest nicht strengere Regeln als in der EU gelten.

Daher wird die gewünschte Angleichung an das Europäische Recht besser mit einem Analogieschluss wie in Ziff. VII der VertBek erreicht, als mit einem komplizierten sicheren Hafen, bei welchem unklar ist, wie der Nachweis einer zulässigen Abrede erbracht werden kann.

C. Vorschläge der Studienvereinigung

Aus Sicht der Studienvereinigung sollten einzelne Ansätze aus den vorgeschlagenen Varianten 1 und 2 kombiniert und neu formuliert werden.

Die Streichung von Art. 5 Abs. 4 KG sollte, wie in *Variante 1 vorgeschlagen*, umgesetzt werden. Die Anpassung von Art. 49a Abs. 1 lit. a und b E KG sollte dagegen entweder unterlassen werden oder zumindest dahingehend präzisiert werden, dass nur "nach Art. 5 unzulässige Abreden zwischen Unternehmen [...], welche den wirksamen Wettbewerb beseitigen, über [...] sanktionsbedroht sind".

Variante 2 sollte sinngemäss umgesetzt werden, indem Art. 5 Abs. 4 wie folgt formuliert wird: Vertikale Wettbewerbsabreden gelten als unerheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet. Ausserdem sollte Art. 49a Abs. 3 lit. d E KG wie folgt formuliert werden: "es sich um eine Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen handelt, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 30 % überschreitet". Neu sollte Art. 49a Abs. 3 lit. e E KG eingefügt werden: "es sich um eine Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen handelt, und die Abrede gemäss den Regeln der europäischen Union zulässig ist".

VI. Zivilrechtliches Verfahren

1. Vorbemerkungen, Allgemeines

Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüsst die Revision der zivilrechtlichen Bestimmungen, zweifelt allerdings daran, dass allein mit den Punkten, für die eine Revision vorgesehen ist, das Ziel - Stärkung des Kartellzivilrechts - tatsächlich erreicht werden kann.

2. Zu den einzelnen Revisionspunkten

a) Art. 12

Dass neu auch Konsumentinnen und Konsumenten zu Kartellzivilklagen legitimiert sein sollen, ist grundsätzlich zu begrüssen und entspricht einem internationalen Trend. Allerdings darf die Wirkung dieser Änderung nicht überschätzt werden, da die einzelne Konsumentin oder der einzelne Konsument kaum je eine Klage führen werden. Es ist nicht zu erwarten, dass allein aufgrund der Aktivlegitimation der Konsumentinnen und Konsumenten die Zahl von Kartellzivilverfahren zunehmen wird.

Die weiteren zu Art. 12 KG vorgesehen Änderungen sind zu begrüssen, da damit bisher bestehende Unklarheiten und Widersprüche beseitigt werden.

b) Art. 12a

Die kurze Verjährungsfrist von einem Jahr gemäss Art. 60 Abs. 1 OR ist wohl das grösste Hindernis für Kartellzivilverfahren, da es nur in seltenen Fällen gelingen dürfte, innerhalb eines Jahres ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers Klage einzuleiten. Die mit der Revision angestrebte Änderung ist daher zu begrüssen.

Allerdings wäre es sinnvoller, wenn die Verjährungsfrist generell auf z.B. fünf Jahre verlängert würde, als lediglich einen Stillstand der Verjährung während der Dauer einer Untersuchung der Weko vorzusehen. Denn damit würde die Durchsetzbarkeit eines zivilrechtlichen Anspruchs häufig davon abhängen, ob und wann die Weko aktiv geworden ist. Dies widerspricht aber gerade dem Anliegen, das Zivilrecht zu einem eigenständigen - vom Verwaltungsverfahren unabhängigen - Instrumentarium zur Durchsetzung des Kartellrechts zu machen. Hinzu kommt, dass es in der Praxis häufig länger als ein Jahr dauert, bis die Weko eine Untersuchung eröffnet, so dass die Verjährung bei Untersuchungseröffnung bereits eingetreten ist.

Die Studienvereinigung schlägt deshalb vor, Art. 12a mit einem ersten Absatz zu ergänzen und den Text gemäss Entwurf als Absatz zwei zu belassen. Art. 12a würde dann wie folgt zu lauten:

Art. 12a (neu) Verjährung

¹Die Ansprüche gemäss Art. 12 Abs. 1 Bst. b und c KG verjähren in fünf Jahren von dem Tage hinweg, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet.

²Mit Eröffnung einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörde und bis zum rechtskräftigen Entscheid beginnt die Verjährung nicht und steht still, falls sie begonnen hat. Dies gilt entsprechend, wenn die Europäische Kommission auf der Grundlage von Artikel 11 Absatz 1 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft vom 21. Juni 1999 über den Luftverkehr ein Verfahren einleitet.

c) Art. 13

Die vorgeschlagenen Änderungen sind grundsätzlich zu begrüssen. Dies gilt insbesondere für die Revision von Bst. a, da damit die Frage des Zeitpunkts der Nichtigkeit (*ex tunc* oder *ex nunc*) auf Gesetzesstufe geklärt wird.

Die Studienvereinigung Kartellrecht möchte zudem anregen zu prüfen, ob Art. 13 KG nicht vollständig gestrichen werden könnte. Denn nach herrschender Lehre nennt dieser Artikel (auch in der neuen Formulierung) lediglich *mögliche* Inhalte von Beseitigungs- und Unterlassungsklagen. Art. 13 KG hat aber keinen eigenständigen materiellen Gehalt, so dass darauf verzichtet werden könnte.

d) Weitere im erläuternden Bericht angesprochene Punkte

Im Bericht (S. 33) wird drauf hingewiesen, dass das Prozesskostenrisiko die Kläger davon abhalten könnte, einen Prozess zu führen. Deshalb sei zu überlegen, ob für Kartellzivilprozesse eine Modifikation der üblichen Kostentragung vorzusehen sei. Die Studienvereinigung Kartellrecht lehnt eine solche Modifikation aus folgenden Gründen ab: Kartellzivilverfahren dienen primär den privaten Interessen des Klägers. Daher ist es richtig, dass der Kläger das mit seiner Klage verbundene Kostenrisiko trägt. Auch aus ökonomischer Sicht erscheint eine substantielle Reduktion des Kostenrisikos als fragwürdig, da dies einen Anreiz setzen würde, Klagen mit (zu) geringen Erfolgchancen zu führen. Nur wenn der Kläger im Falle des Unterliegens tatsächlich auch die durch das Verfahren verursachten Kosten tragen muss, wird er vor der Klageeinleitung eine sorgfältige Chancenbeurteilung vornehmen. Ein zu tiefes Kostenrisiko führt tendenziell zu unbegründeten Klagen. Zudem ist Art. 107 der neuen ZPO zu beachten, wonach in bestimmten Fällen die Prozesskosten nach Ermessen des Richters verteilt werden können. Damit besteht neu eine Grundlage, mit der stossende Ergebnisse im Einzelfall verhindert werden können.

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur neuen ZPO wurden auch Themen wie Sammelklagen, Beschaffung von Beweismitteln etc. diskutiert. Der Gesetzgeber hat sich in Bezug auf diese Themen gegen weitreichende Änderungen im Vergleich zu den bisherigen kantonalen Prozessordnungen entschieden. Vor diesem Hintergrund begrüsst es die

Studienvereinigung Kartellrecht, dass mit der Revision kein von der neuen ZPO abweichendes „Sonderprozessrecht“ für Kartellzivilverfahren geschaffen wird.

VII. Internationale Abkommen | Internationale Zusammenarbeit

A. Allgemeine Anmerkungen

Die Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht plädiert dafür, die Möglichkeiten einer internationalen Zusammenarbeit so auszugestalten, dass sie den tatsächlichen Bedürfnissen angepasst ist, die schweizerische Unternehmen und Personen nicht einer spekulativen Ausforschung durch ausländische Behörden ausgesetzt werden und der Rechtsschutz nicht ausgehöhlt wird.

Die Bestimmungen des Vernehmlassungsentwurfs zur internationalen Zusammenarbeit werden diesen Anforderungen nicht gerecht. Der Entwurf öffnet die schweizerische Wettbewerbsordnung einseitig für die Herausgabe vertraulicher Daten durch die schweizerische Wettbewerbsbehörde an ausländische Behörden, ohne gewährleisten zu können, dass ausländische Behörden überhaupt - und falls dies der Fall sein sollte auch in gleichem Umfang - ihrerseits zum Austausch vertraulicher Informationen mit der schweizerischen Wettbewerbsbehörde verpflichtet sind.

Der Vernehmlassungsentwurf benachteiligt dadurch schweizerische Unternehmen und solche, die in der Schweiz ansässig sind. Sie sind im Vergleich zu Unternehmen in anderer Jurisdiktion stärker exponiert und verfügen nicht über dieselben Verteidigungsmöglichkeiten wie ihre Wettbewerber in anderen Staaten. Wenn die Schweiz einseitig regelt, dass sie vertrauliche Informationen herausgibt, gewinnt sie damit nicht das Recht, von anderen Staaten Informationen heraus zu verlangen. Sie kann die Behörden anderer Staaten nicht einseitig von deren Amts-/Berufsgeheimnis entbinden und kann sie auch nicht zur Informationsherausgabe ermächtigen. Durch Art. 41 a und Art. 41 b E KG werden folglich lediglich den ausländischen Wettbewerbsbehörden Rechte gegenüber in der Schweiz ansässigen Unternehmen verschafft, ohne dass dies mit einem äquivalenten reziproken Anspruch der Schweiz einherginge. Dies bedeutet einen klaren Standortnachteil für Unternehmen in der Schweiz. Die bloße Zusicherung einer ausländischen Behörde, mit Bezug auf die Informationsbekanntgabe Gegenrecht zu halten, ist zur Sicherstellung eines tatsächlich und im gleichen Umfang gewährten Gegenrechts nicht ausreichend. Eine solche Zusicherung ist weder durchsetzbar noch im Hinblick auf deren tatsächliche Einhaltung von Seiten der schweizerischen Behörde überprüfbar.

Diese einseitige Öffnung des schweizerischen Rechts zu Lasten schweizerischer Unternehmen kann auch nicht, wie im Erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf („Vernehmlassungsbericht“) unternommen, mit der für die Schweiz besonders wichtigen effizienten Bekämpfung länderübergreifender Wettbewerbsbeschränkungen gerechtfertigt werden. Im Vernehmlassungsbericht heisst es, dass für kleine Volkswirtschaften offene Grenzen eine der wichtigsten Voraussetzungen für funktionierenden Wettbewerb seien und

dass die schweizerischen Wettbewerbsorgane im Nachteil seien (auf S. 23 des Vernehmlassungsberichts). Die Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende Koordination von Untersuchungen mit anderen Wettbewerbsbehörden fehlten weitgehend. Anschliessend werden dann aber trotzdem eine Reihe von Rechtsnormen aufgeführt, welche eine Kooperation in Wettbewerbsfragen ermöglichen. Im Kern geht es für den Bundesrat offenbar darum, dass keines der bestehenden Abkommen mit Ausnahme des bilateralen Luftverkehrsabkommens mit der EU den Austausch vertraulicher Informationen erlaubt. Interessanterweise sind sämtliche der angeführten Rechtsnormen Gegenstand internationaler Abkommen. Der Vernehmlassungsbericht führt hier das bilaterale Luftverkehrsabkommen sowie einige Freihandelsabkommen an. Diese internationalen Abkommen sind aber gerade nicht durch einseitige Zugeständnisse in Form einer einseitigen Öffnung gekennzeichnet, sondern von Gegenseitigkeit geprägt.

Die Arbeitsgruppe erkennt keine Benachteiligung schweizerischer Wettbewerbsorgane im Vergleich zu anderen vergleichbaren nationalen Wettbewerbsbehörden. Die Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht hätte es begrüsst, wenn der Bundesrat seine Annahme, dass die schweizerischen Wettbewerbsorgane im Nachteil seien, mit empirischen Daten und einer rechtsvergleichenden Studie untermauert hätte. Die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden der EU im sog. European Competition Network (ECN) darf dabei nicht als Vergleichsmassstab gelten. Denn diese Zusammenarbeit findet in einem quasi-föderalen System statt, beruht auf einer EU-Mitgliedschaft, ist dem Ziel der Integration verpflichtet und ist inhaltlich in besonderem Masse von Zuständigkeitsfragen und dem Bedürfnis nach einer einheitlichen Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts geleitet.

Ein Vergleich mit anderen Industrienationen, ausserhalb der EU, legt vielmehr den Schluss nahe, dass einseitige Regelungen über einen Austausch von vertraulichen Informationen die seltene Ausnahme sein dürften. Wenn souveräne Staaten einem Austausch von vertraulichen Informationen zustimmen, geschieht dies grundsätzlich nicht einseitig, sondern ist vielmehr das Ergebnis eines komplexen Interessenausgleichs in einer völkerrechtlichen Vereinbarung oder einem anderen internationalen Vertrag.

Nicht überzeugend ist die Feststellung auf S. 25 des Vernehmlassungsberichts, dass bilaterale Abkommen mit ausländischen Staaten „keine vollwertige Alternative“ darstellten. Ein Abkommen ist im Gegenteil die einzige Garantie dafür, dass die herausgegebenen Informationen im Empfängerstaat nur zu dem Zweck verwendet werden, zu dem sie herausgegeben worden sind und wie dies im bilateralen Abkommen auch geregelt ist. Wenn ein Staat die Rechte und Pflichten des Empfängerstaats nicht in einem Abkommen fixiert, hat er auch keine rechtliche Handhabe, um die Rechte und Pflichten zu konkretisieren oder gar durchzusetzen. Es gibt dann weder einen Rechtsschutz, auf den sich die betroffenen Unternehmen und Personen berufen können, noch einen Rechtsschutz für die nationale Wettbewerbsbehörde im Falle von Unstimmigkeiten mit dem Empfängerstaat. Im Gegenteil übernimmt die nationale Wettbewerbsbehörde durch die Herausgabe von Informationen das Risiko, dass diese Informationen im Empfängerstaat auch rechtmässig verwendet werden. Sie setzt sich damit Ansprüchen der in ihrem Staat ansässigen Unternehmen aus, wenn die Informationen im Empfängerstaat rechtswidrig verwendet werden und dies auf einer

mangelnden Rechtsgrundlage beruht. Überdies ist die Materie aufgrund der unterschiedlichen nationalen Gesetze und des komplexen Interessenausgleichs zwischen den einzelnen Ländern derart komplex, dass einzelne detaillierte Abkommen mit jedem einzelnen Land erforderlich sind, mit dem Informationen ausgetauscht werden sollen. Dies kann nur über den Abschluss bilateraler Abkommen erfolgen, wie dies bislang auch der Fall war, nicht aber durch einseitige, „symbolische“ Gesetzgebung wie durch Art. 41 a und Art. 41 b E KG.

B. Zum Inhalt und zur Systematik der Regelung im Vernehmlassungs-entwurf

Der Inhalt von Art. 41 a und Art. 41 b E KG und ihr Verhältnis zueinander sind unklar. Art. 41 a E KG scheint einen allgemeinen Grundsatz zu konstituieren, der aber sehr unscharf umschrieben ist und eher einer Absichtserklärung gleicht, wie die unklaren Begriffe „... zur Durchsetzung kartellrechtlicher Bestimmungen ... zusammenarbeiten“, „Informationen bekannt geben“, „Untersuchungshandlungen koordinieren“ zeigen. Diese als Grundsatz oder Absichtserklärung zu lesende Bestimmung wird von Art. 41 b E KG für den Austausch von vertraulichen Informationen konkretisiert. Keine weitere Erläuterung und Konkretisierung erfährt hingegen die Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden, die als erste Kooperationsform in Art. 41 a E KG aufgeführt wird. Offen ist im Hinblick auf den Informationsaustausch, ob es andere Informationen gibt, die nicht unter Art. 41 b E KG fallen und deshalb ohne Einschränkungen nach Art. 41 a E KG offen gelegt werden dürften und vor allem unter welchen Voraussetzungen die übrige Zusammenarbeit zulässig ist. Die general-klauselartige Formulierung des Art. 41 a E KG ist in Anbetracht der Interessen, die hier auf dem Spiel stehen, nicht angemessen. Als Rechtsgrundlage sind ihre Tatbestandsmerkmale zu unbestimmt.

C. Die Zusammenarbeit in der Praxis nach geltender Rechtslage und die nicht-justiziablen Bedingungen für die Weitergabe von vertraulichen Informationen nach Art. 41 b E KG

Die in Art. 41 b Abs. 1 E KG aufgeführten Voraussetzungen, die vor einer Weitergabe von vertraulichen Informationen erfüllt sein sollten, sind zu unbestimmt formuliert. Sie geben der Wettbewerbsbehörde neben ihrem durch die Bestimmung ohnehin eingeräumten Ermessen einen grossen Einschätzungsspielraum bei der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale. Dies sorgt nicht für Rechtsklarheit bei der Rechtsanwendung.

Art. 41 b Abs. 1 lit. b E KG sieht vor, dass die ausländische Behörde „Zusicherungen“ machen müsse. Diese Zusicherungen sind aber insgesamt sehr allgemein formuliert. Form, Inhalt, Ausgestaltung und Zeitpunkt dieser Zusicherung sind nicht festgelegt. Die Wettbewerbsbehörde kann offenbar nach eigener Einschätzung entscheiden, ob eine solche Zusicherung der Form sowie dem Inhalt nach ausreichend ist. Eine Beteiligung des geplanten Wettbewerbsgerichts ist offenbar nicht vorgesehen. Es sind keine Möglichkeiten aufgeführt, wie die schweizerische Wettbewerbsbehörde die Einhaltung der Zusicherung konkret überprüfen kann sowie ob und wie sie im Falle einer Nichteinhaltung sanktionierende

Massnahmen gegenüber dem Empfängerstaat ergreifen kann. Unklar ist ferner, in welcher Form die ausländische Behörde die Zusicherung abgeben darf, ob etwa eine mündliche Zusicherung ausreicht. Dies wäre im Hinblick auf den Rechtsschutz, sowohl für die betroffenen Unternehmen als auch für die schweizerische Wettbewerbsbehörde aus Beweisgründen nicht hinnehmbar. Es ist schliesslich völlig offen, ob die betroffenen Unternehmen und natürlichen Personen aus solchen Zusicherungen irgendwelche Ansprüche gegen die ausländischen Behörden oder die Wettbewerbsbehörde herleiten können. Selbst die Frage, ob die betroffenen Unternehmen oder natürlichen Personen überhaupt von einer solchen Zusicherung Kenntnis erhalten, ist nicht geregelt und völlig offen. Der Rechtsschutz ist ebenfalls nicht geregelt und geht bei einer fehlenden Kenntnis der betroffenen Unternehmen ins Leere.

Die einzelnen Zusicherungsmerkmale in Art. 41 b Abs. 1 lit. b Nrn. 1-6 E KG sind zudem zu vage formuliert. So ist beispielsweise unklar, welche Verfahrens- und Parteirechte nach Nr. 3 gewahrt werden müssen, nach welcher Rechtsordnung sich diese Verfahrens- und Parteirechte richten und ob darunter etwa das „*legal professional privilege*“ oder das Verbot der Verpflichtung zur Selbstbelastung (*nemo tenetur se ipsum accusare*) fallen. Nebulös ist auch, was unter einem „Gegenrecht“ nach Nr. 4 zu verstehen ist, ob es eine bestimmte Qualität aufweisen muss und wie es sowohl überprüft als auch durchgesetzt werden kann. Schliesslich ist paradox, dass die Informationen wohl in einem Strafverfahren, nicht aber in einem Zivilverfahren verwendet werden dürfen (Art. 41 Abs. 1 lit. b Nr. 5, 6 E KG).

Art. 41 b Abs. 2 E KG ist eine Klarstellung der bisherigen Praxis. Die Weko verfügt bereits heute über Möglichkeiten, mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zusammenzuarbeiten. In Fusionskontrollverfahren gewähren die anmeldenden Unternehmen regelmässig einen „Waiver“, der es der Weko erlaubt, mit der Europäischen Kommission zusammenzuarbeiten. Solche *waiver* können sich auch auf den Austausch von Informationen beziehen. Bemerkenswerterweise beschränkt sich dann aber die Zusammenarbeit der Weko mit der ausländischen Behörden meist doch nur auf den Austausch von allgemeinen Informationen hinsichtlich des Zeitplans, mögliche Verpflichtungen der Zusammenschlussbeteiligten zur Änderung des Zusammenschlussvorhaben oder z.B. Fragen der Marktabgrenzung. Die Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht begrüsst es, dass vertrauliche Angaben aus *leniency*-Anträgen auch weiterhin nur mit Zustimmung der Unternehmen bekannt gemacht werden dürfen, die ihr diese Informationen zur Kenntnis gebracht haben. Jedoch sieht sie es als klärungsbedürftig an, ob der Umkehrschluss gerechtfertigt ist, dass in den übrigen Fällen ein Einverständnis der Unternehmen vor Weitergabe vertraulicher Angaben nicht notwendig ist. Die Arbeitsgruppe möchte ferner darauf hinweisen, dass *leniency*-Anträge auch Informationen von und über Dritte enthalten können. Die Frage stellt sich, ob derartige Informationen ohne das Einverständnis des betroffenen Dritten weiter gegeben werden dürfen. Auf jeden Fall muss gerade in solchen Fällen besonders darauf geachtet werden, dass die Bedingungen des Art. 41 b Abs. 1 E KG erfüllt sind.

Im Vernehmlassungsbericht wird die Notwendigkeit einer Koordinierung von Hausdurchsuchungen hervorgehoben (auf S. 24). In der Praxis ist dies selten ein Problem. Hausdurchsuchungen werden in der Regel durch Selbstanzeigen von Unternehmen

ausgelöst, welche von einer Bonusregelung („*leniency*“) profitieren wollen. Es ist heutzutage üblich, dass die betroffenen Unternehmen darauf achten, in einer möglichst raschen Abfolge parallele Selbstanzeigen in allen relevanten Jurisdiktionen einzureichen. Somit wird auch die Weko, und in Zukunft auch die neu geschaffene Wettbewerbsbehörde, in Kenntnis gesetzt, wenn im Ausland ein Kartell mit Auswirkungen auf die Schweiz angezeigt wird. Jedenfalls ist in diesem Zusammenhang kein Austausch von Geschäftsgeheimnissen und anderen unternehmensinternen Informationen erforderlich. Es reicht aus, wenn sich die Behörden über die Namen der betroffenen Unternehmen und gegebenenfalls den Zeitpunkt der Durchsuchung abstimmen. Vertrauliche Informationen erhält die Wettbewerbsbehörde dann von den Unternehmen selbst, die den Verstoss anzeigen, und aus den Durchsuchungen in der Schweiz.

D. Überschiessende Befugnis

In Art. 41 a E KG heisst es, die Wettbewerbsbehörde könne zur Durchsetzung kartellrechtlicher Bestimmungen mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten, ihnen Informationen bekannt geben und Untersuchungshandlungen koordinieren.

Die Reichweite des Begriffs „Zusammenarbeit“ ist unklar. Umfasst sein könnte etwa das Ersuchen einer ausländischen Behörde, dass die Wettbewerbsbehörde in der Schweiz ein Verfahren eröffnet. Es sollte definiert werden, was unter einer solchen „Zusammenarbeit“ zu verstehen ist. Des Weiteren sollte klargelegt werden, dass die Wettbewerbsbehörde in diesen Fällen nur die Untersuchungsmassnahmen durchführen kann, die sich auch in rein nationalen Verfahren ergreifen könnte und sie sich insofern an das geltende nationale Recht halten muss. Im Gegensatz zur üblichen Praxis in bilateralen Kooperationsverträgen ist die pauschale Ermächtigung des Art. 41 a E KG mit keinen Einschränkungen verbunden. Insbesondere muss die ausländische Wettbewerbsbehörde nicht nachweisen, dass ein Grund zum Verdacht gegen das betroffene schweizerische Unternehmen besteht (kein „Anfangsverdacht“). Nach dem Entwurf könnte die ausländische Wettbewerbsbehörde ihr Ersuchen ebenso in einem laufenden Verfahren wie ausserhalb eines Verfahrens stellen. Die Formulierung in Art. 41 a E KG enthält keinen Schutz gegen ausforschende Untersuchungsbegehren („*Fishing Expeditions*“) und enthält keine Verpflichtung, den Untersuchungsgegenstand genau zu bezeichnen. Damit wird eine Überprüfung durch den nationalen Richter und damit effektiver Rechtsschutz praktisch unmöglich gemacht.

Eine derart pauschale Ermächtigung sucht im internationalen Vergleich ihresgleichen. Aufschlussreich ist ein Vergleich mit den Rechtsvorschriften, die in der EU die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission sowie den nationalen Wettbewerbsbehörden und den nationalen Wettbewerbsbehörden untereinander regeln. Dies ist weltweit die wohl weitestgehende integrierte Zusammenarbeit in Wettbewerbsfragen und einzig auf das Ziel der europäischen Integration zurückzuführen. Sie findet in einer einheitlichen supranationalen Rechtsordnung statt, unter einem einheitlichen Rechtsschutz und in einer klar geregelten Zuständigkeitsverteilung. Doch selbst in diesem engen supranationalen Verbund sind den Untersuchungshandlungen der Behörden Grenzen gesetzt. Die Verteidigungsrechte sind zu respektieren. Es müssen ferner einheitliche

Geheimhaltungsverpflichtungen und Verwertungsverbote beachtet werden. Darüber hinaus findet die Zusammenarbeit unter einem einheitlichen Rechtsschutz statt, der nationale Unterschiede weitgehend egalisiert.

Wenn entgegen den oben stehenden Ausführungen ein Austausch von vertraulichen Informationen als zwingend notwendig erachtet wird, dann sollte wenigstens im Entwurf definiert werden, unter welchen Umständen welche Informationen weitergegeben werden dürfen. Es sollte klargestellt werden, dass dies nur Informationen sein können, die wichtige Interessen des ausländischen Staates berühren. Empfehlenswert wäre hier die Aufstellung eines Beispielskatalogs, wie er sich in einigen bilateralen Verträgen, etwa jenem zwischen der EU und Kanada, findet.

E. Kein Rechtsschutz

Im Vernehmlassungsbericht wird die Notwendigkeit betont, den Rechtsschutz „hoch zu gewichten“. In den neuen Artikeln 41 a E und 41 b E KG fehlen jedoch Bestimmungen über das Verfahren vor der Wettbewerbsbehörde und Rechtsschutzmöglichkeiten. Es ist unklar, ob die Übermittlung von Informationen an ausländische Wettbewerbsbehörden eine Verfügung gegen die betroffenen Unternehmen voraussetzt, ob und wann sie gegebenenfalls den Unternehmen bekannt gegeben wird und in welcher Form dies geschieht. Anhörungsrechte sind ebenso wenig vorgesehen. Offen ist auch, ob die betroffenen Unternehmen oder Personen an ein Gericht gelangen könnten, und wenn ja, an welches, "die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts oder das Bundeswettbewerbsgericht". In diesem Zusammenhang ist auch die Rolle des geplanten Bundeswettbewerbsgerichts völlig unklar.

F. Informationsaustausch zu strafrechtlichen Zwecken

Nach Art. 41 b Abs. 1 lit. b Nr. 5 E KG können Informationen auch zur Verwendung in einem Strafverfahren im Empfängerstaat ausgetauscht werden. Damit geht der Vernehmlassungsentwurf deutlich weiter als die Kartellverfahrensverordnung Nr. 1/2003 (VO 1/2003) der Europäischen Union, wonach die ausgetauschten Informationen von der empfangenen Behörde nicht verwendet werden dürfen, um Haftstrafen zu verhängen (Art. 12 Abs. 3 2. Spiegelstrich VO 1/2003). Die neue Vereinbarung zwischen der Schweiz und Japan über den Freihandel und die wirtschaftliche Partnerschaft vom 19. Februar 2009 sieht im Implementing Agreement vor, dass nicht-öffentliche Informationen nur ausnahmsweise zu strafrechtlichen Zwecken herausgegeben werden dürfen; Gesuche für die Herausgabe von solchen Informationen müssen mittels der sonstigen rechtlich zulässigen Verfahren gestellt werden.

Nach Auffassung der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung ist es problematisch, Kooperation in strafrechtlichen Belangen zu erlauben, um eine effektive Wettbewerbspolitik zu ermöglichen. Die sanktions- und strafrechtlichen Bestimmungen sind in den einzelnen Ländern zu verschieden. Ohnehin sind diejenigen Staaten, die kartellrechtliche Verstöße strafrechtlich ahnden, weltweit in einer Minderheit. Eine generelle einseitige Öffnung ist

daher nicht notwendig. Unklar ist, wie sich der Entwurf in das Gefüge der Amts- und Rechtshilfe einfügt sowie auch das Verhältnis zu Spezialgesetzen, wie etwa dem Bundesgesetz über den Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden des Bundes und denjenigen der anderen Schengen-Staaten (SIAG). Es fehlt auch jeder Hinweis auf das IRSG und dessen Verhältnis zu Art. 41 b E KG. Im Übrigen ist fraglich, ob die Strafbehörden nicht besser platziert sind, um über die Weitergabe von strafrechtlich relevanten Informationen gegen natürliche Personen zu entscheiden. Wie oben ausgeführt sollte die Wettbewerbsbehörde auch in einem internationalen Kontext nur solche Untersuchungshandlungen durchführen, welche sie auch in nationalen Verfahren durchführen könnte. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Artikel der Bundesverfassung, welche gegenwärtig in der Präambel des KG aufgeführt werden, eine Amts- bzw. Rechtshilfe für strafrechtliche Zwecke abdecken.

G. Ergebnis

Die Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht empfiehlt aus den genannten Gründen mit Nachdruck, auf die Einführung der Art. 41 a und 41 b E KG in der geplanten Form zu verzichten. Die komplexe Materie der internationalen Zusammenarbeit und des Informationsaustauschs mit all den notwendig zu regelnden Details ist unseres Erachtens - soweit politisch erwünscht - in bilateralen Abkommen zu regeln, innerhalb deren auch der Partnerstaat und dessen Behörden rechtlich verbindlich verpflichtet werden können. Eine einseitige Öffnung des Schweizer Rechts ist zur Erreichung des gewünschten Zwecks nicht geeignet.

Wenn trotz dieser grundsätzlichen und schwer wiegenden Bedenken das Thema Internationale Zusammenarbeit und Informationsaustausch im Rahmen der KG-Revision weiterverfolgt werden sollte, müssten die entsprechenden Bestimmungen wie beispielhaft dargestellt weit ausführlicher und präziser gefasst werden. Wir raten von einer solchen einseitigen (Schein-)Lösung allerdings entschieden ab.