

Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)

Übersicht

Die Wettbewerbsgesetzgebung ist zentral für das Erreichen gesamtwirtschaftlicher Effizienz. Aus diesem Grund wurde das Kartellgesetz 1995 griffiger ausgestaltet und 2003 mit neuen Durchsetzungsinstrumenten ausgestattet. Namentlich wurden direkte Sanktionen gegen Unternehmen für besonders schwer wiegende Verstöße gegen das Kartellgesetz und eine Bonusregelung (Kronzeugenregelung) eingeführt. Die Evaluation des revidierten Erlasses nach Artikel 59a KG hat gezeigt, dass sich das Gesetz und die neuen Instrumente insgesamt bewährt haben. Die Evaluation hat aber auch in verschiedener Hinsicht Revisionsbedarf aufgezeigt. Dieser betrifft vor allem die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden. Zweitens erweisen sich eine Reihe materiell-rechtlicher Bestimmungen als revisionsbedürftig.

Nach dem heutigen Gesetz werden die wettbewerbsrechtlichen Entscheide durch eine unabhängige Entscheidkommission des Bundes – die Wettbewerbskommission – getroffen, die sich auf ein eigenes Sekretariat, das Sekretariat der Wettbewerbskommission, abstützen kann. Mit der Revision von 2003 haben die Entscheide der Wettbewerbskommission noch vermehrt quasi-strafrechtlichen Charakter angenommen. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten vermag nicht zu befriedigen, dass Verwaltungssanktionen in Millionenhöhe von einem Gremium gesprochen werden, in dem Vertreter von Wirtschaftsverbänden Einsitz nehmen. Die Reform zielt deshalb auf die Schaffung erstens einer unabhängigen Wettbewerbsbehörde, welche die Untersuchungen führt und Antrag stellt, sowie zweitens eines unabhängigen erstinstanzlichen Gerichts zur Beurteilung der Fälle. In diesem Bundeswettbewerbsgericht soll die wirtschaftliche Praxis durch Fachrichterinnen und Fachrichter vertreten sein. Alle Richterinnen und Richter haben dabei hohen Anforderungen an die Unabhängigkeit von wirtschaftlichen und politischen Interessen zu genügen.

In materiellrechtlicher Hinsicht ist erstens die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens dringlich. Dieses Verfahren soll es Unternehmen ermöglichen, sich im Licht der drohenden massiven Sanktionen frühzeitig Rechtssicherheit über kartellrechtlich heikle Verhaltensweisen zu verschaffen. Um die Funktionsfähigkeit des Widerspruchsverfahrens zu verbessern, soll das betreffende Unternehmen erst mit der Eröffnung einer förmlichen Untersuchung wieder sanktioniert werden können und nicht wie bisher bereits mit der Eröffnung einer informellen Vorabklärung.

Zweiter materiellrechtlicher Revisionspunkt ist die Behandlung vertikaler Abreden. Die 2003 vom Gesetzgeber beschlossene gesetzliche Ausgestaltung hat zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit geführt. Auch muss die Beurteilung solcher Abreden differenzierter erfolgen. Sachgerecht ist eine Einzelfallanalyse, die wettbewerbsshindernde und wettbewerbsfördernde Wirkungen solcher Abreden einander gegenüberstellt und auch gesamtwirtschaftliche Effizienzgewinne aufgrund einer besseren Koordination der Handelsstufen berücksichtigt.

Drittens soll die schweizerische Zusammenschlusskontrolle gestärkt und vereinfacht werden. Die heutige Zusammenschlusskontrolle in der Schweiz hat sich als wenig wirksam erwiesen. Auch nach jüngster Praxis der WEKO bleibt festzuhalten, dass die seit 1995 unveränderte Zusammenschlusskontrolle wenig Wirkung bei der Verhinderung von hohen Marktkonzentrationen erzielte. Um wirtschaftlichen Machtbalancen besser begegnen zu können, soll das Beurteilungskriterium deshalb neu geregelt werden. Zudem sollen Doppelspurigkeiten bei der Überprüfung von Zusammenschlüssen mit internationaler Marktabgrenzung reduziert werden.

Als vierter Revisionspunkt soll eine Rechtsgrundlage für die Kooperation unter den Wettbewerbsbehörden des In- und Auslandes geschaffen werden. Eine wirkungsvolle Bekämpfung von Kartellverstössen verlangt, dass die Wettbewerbsbehörden - gleich wie die Wirtschaft - international zusammen wirken können.

Der fünfte Revisionspunkt betrifft das kartellrechtliche Zivilverfahren. Hier sind heute nur jene Wirtschaftsteilnehmer zur Klage berechtigt, die in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Durch Ausweitung der Klagelegitimation auf die Endkunden soll die Unebenheit, dass diese ihren Schaden aus Kartellen nicht geltend machen können, korrigiert werden.

Die Institutionenreform würde auch Hindernisse abbauen im Hinblick auf eine im Parlament erwogene Erweiterung des kartellrechtlichen Instrumentariums um direkte Sanktionen gegen natürliche Personen, die an harten horizontalen Kartellabreden mitwirken.

Inhaltsverzeichnis

1	Grundzüge der Vorlage	5
1.1	Ausgangslage	5
1.1.1	Evaluation des Kartellgesetzes	5
1.1.2	Revisionsziele des Bundesrates	5
1.1.3	Anhörungen	6
1.1.4	Parlamentarische Vorstösse	7
1.1.6	Zu lösende Herausforderungen	8
1.2	Die beantragte Neuregelung	10
1.2.1	Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit	11
1.2.2	Differenzierte Behandlung vertikaler Vereinbarungen	15
1.2.3	Verbesserung des Widerspruchsverfahrens	19
1.2.4	Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle	21
1.2.5	Verbesserung der Möglichkeiten zur internationalen Zusammenarbeit	23
1.2.6	Stärkung des Kartellzivilrechts	25
1.2.7	Verfahrensrecht	27
2	Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln	27
2.1	Ingress	27
2.2	Redaktionelle Änderungen	28
2.3	Materiellrechtliche Bestimmungen (2. Kapitel)	28
2.3.1	Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen (1. Abschnitt)	28
2.3.2	Unternehmenszusammenschlüsse (2. Abschnitt)	30
2.4	Zivilrechtliches Verfahren (3. Kapitel)	32
2.5	Wettbewerbsbehörde und Bundeswettbewerbsgericht (4. Kapitel)	34
2.5.1	Wettbewerbsbehörde (1. Abschnitt)	34
2.5.2	Bundeswettbewerbsgericht (2. Abschnitt)	37
2.6	Verfahrensbestimmungen (5. Kapitel)	42
2.6.1	Wettbewerbsbeschränkungen (1. Abschnitt)	42
2.6.2	Unternehmenszusammenschlüsse (2. Abschnitt)	44
2.6.3	Weitere Verfahrensbestimmungen (3. Abschnitt)	46
2.7	Sanktionen (6. Kapitel)	50

2.7.1	Verwaltungssanktionen (1. Abschnitt)	50
2.8	Evaluation (8. Kapitel)	51
2.9	Gebühren (9. Kapitel)	51
2.10	Übergangs- und Schlussbestimmungen	52
3	Auswirkungen	52
3.1	Auswirkungen auf den Bund	52
3.2	Auswirkungen auf die Kantone	53
3.3	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	53
3.3.1	Notwendigkeit des staatlichen Handelns	53
3.3.2	Auswirkungen auf die einzelnen wirtschaftlichen Akteure	53
3.3.3	Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen	55
3.3.4	Alternative Regelungen	56
3.3.5	Vollzugstauglichkeit	56
3.4	Andere Auswirkungen	56
4	Verhältnis zur Legislaturplanung	56
	Abkürzungsverzeichnis	57
	Literaturverzeichnis	58

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Evaluation des Kartellgesetzes

Wettbewerb ist eine der Hauptbedingungen für die Erreichung gesamtwirtschaftlicher Effizienz und damit auch für das Erreichen des Wohlfahrtsziels gemäss Bundesverfassung. Einem fundierten und griffigen Kartellgesetz (KG) kommt daher hohe Bedeutung zu.

Im Rahmen der Teilrevision des KG von 2003 hatte das Parlament den Bundesrat mit der Evaluation der Wirksamkeit des KG beauftragt. Gemäss Artikel 59a KG war innerhalb von fünf Jahren nach Inkraftsetzung zu prüfen, ob der Zweck des KG, nämlich volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und andern Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, mit den gegenwärtigen Massnahmen erreicht wird.

Die für die Evaluation verantwortliche Evaluationsgruppe KG unterbreitete dem EVD am 5. Dezember 2008 ihren Synthesebericht. Der Bericht zieht das Fazit, dass sich das Konzept des KG insgesamt bewährt hat: Insbesondere die 2003 neu eingeführten Instrumente direkte Sanktionen, Bonusregelung (Kronzeugenregelung) und Hausdurchsuchungen erreichten das Ziel der erhöhten Präventivwirkung des Erlasses und seien beizubehalten.

Die Evaluationsgruppe ortete aber auch auf verschiedenen Ebenen Handlungsbedarf sowie Entwicklungspotenzial, welche eine Revision rechtfertigen. Prioritär seien mit Blick auf das Gesetz insbesondere die stärkere Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden und die Professionalisierung der Entscheidträger durch einen höheren Beschäftigungsgrad; eine formell-gesetzliche Grundlage, welche unter gewissen Voraussetzungen die engere Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden ermöglicht; die Harmonisierung der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle mit jener der EU; sowie bei vertikalen Restriktionen der Verzicht auf die heute verankerte Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung, wobei an der direkten Sanktionierbarkeit von unzulässigen Abreden festzuhalten sei.

Im Rahmen einer Gesetzesrevision seien auch weitere Verbesserungen anzustreben wie die Stärkung des Kartellzivilrechts, Verbesserungen im Verfahrensrecht, die Bestätigung der Sanktionierbarkeit unzulässiger harter Kartelle (unabhängig von der Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung), die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens und die Prüfung der Sanktionierung natürlicher Personen.

1.1.2 Revisionsziele des Bundesrates

Der Bundesrat hiess am 25. März 2009 seinen Bericht über die Evaluation des KG nach Artikel 59a gut und legte gleichzeitig seine Vorstellungen zum weiteren Vorgehen dar.

In seinem Bericht schloss sich der Bundesrat den Ergebnissen der Evaluation im Grundsatz an und schlug dem Gesetzgeber vor, am heutigen Konzept des KG sowie an den neuen Instrumenten grundsätzlich festzuhalten. Er erkannte ebenso wie die

Evaluationsgruppe KG Mängel am heutigen Gesetz und äusserte die Absicht, eine Vorlage für eine Teilrevision des KG in die Vernehmlassung zu geben. Das EVD wurde beauftragt, bis im Frühjahr 2010 eine mögliche Vernehmlassungsunterlage auszuarbeiten.

Der Bundesrat kündigte an, eine Anpassung des KG insbesondere in folgenden Punkten ins Auge zu fassen:

- Die **Wettbewerbskommission (WEKO) als unabhängige Institution** solle gestärkt werden. Das Entscheidgremium solle professionalisiert, d.h. auf weniger Mitglieder mit einem erhöhten Beschäftigungsgrad beschränkt werden. Zudem sei die heute gelegentlich unklare und von verschiedener Seite bemängelte Kompetenzzuordnung innerhalb der Wettbewerbsbehörden klarer zu gestalten.
- **Vertikale Abreden seien in Zukunft differenzierter zu beurteilen.** Es seien konkrete Vorschläge - namentlich zur Aufhebung des geltenden Vermutungstatbestands - auszuarbeiten. Folge einer solchen Anpassung solle sein, dass Vertikalabreden gleich wie Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen einer Einzelfallbeurteilung unterzogen würden.
- Die **Zusammenschlusskontrolle solle modernisiert werden** und sich in Zukunft stärker an den Standards der EU orientieren. Es sei ein Vorschlag insbesondere in Bezug auf die Aufgriffs- und Eingriffsschwellen auszuarbeiten.
- Ausserdem seien **Massnahmen zur Beschleunigung der Verfahren** zu prüfen und, wo nötig, Vorschläge für entsprechende gesetzliche Anpassungen auszuarbeiten. Diese sollten jedoch weder zu einer Beschränkung der Parteirechte noch zur Schaffung eines besonderen Kartellverfahrensrechts führen. Der Bundesrat kündigte auch an, die Unternehmen in materieller und administrativer Hinsicht wo möglich zu entlasten.

Die Wirtschafts- und Abgabenkommission des Nationalrats (WAK-N) nahm am 20. April 2009, diejenige des Ständerates (WAK-S) am 30. März 2010 vom Bericht des Bundesrates Kenntnis.

1.1.3 Anhörungen

Die im April 2009 vom EVD eingesetzte Projektgruppe zur Weiterentwicklung des KG erarbeitete ausgehend vom Bundesratsentscheid vom 25. März 2009 Lösungsvarianten für die in der KG-Evaluation identifizierten Herausforderungen. Diese stellte sie im August und September 2009 Interessengruppen und direkt betroffenen Behörden in Anhörungen zur Diskussion und nahm neue Varianten zur Prüfung auf. Angehört wurden diejenigen Interessengruppen, die heute Einsitz in der WEKO nehmen (economiesuisse, der Schweizerische Bauernverband, der Schweizerische Gewerbeverband, der Schweizerische Gewerkschaftsbund, die Konsumentenorganisationen (SKS, kf und FRC)), Organisationen, die sich besonders aktiv an der politischen Diskussion in Fragen des KG beteiligten (namentlich der Schweizerische Anwaltsverband, die IG Detailhandel, Promarca, Swissholdings) sowie die direkt

betroffenen Behörden (der Präsident der Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher). Einige Stossrichtungen der Reform gemäss Bundesratsauftrag fanden recht breite Unterstützung. Die Ansichten zum Revisionsbedarf und zu den Revisionsgegenständen waren aber teilweise auch kontrovers. Die geäusserten Anliegen wurden bei der Ausarbeitung dieser Vernehmlassungsunterlage konstruktiv aufgenommen. Wo möglich und sinnvoll, wurden Ideen der Angehörten berücksichtigt oder sie werden in Varianten zur Diskussion gestellt.

Im Einzelnen betonten insbesondere Wirtschaftsvertreter und Anwaltschaft den Bedarf zur institutionellen Reform: Die Trennung zwischen Untersuchungs-, Anklage- und sanktionierender Instanz sei heute ungenügend; die Kompetenzen seien klarer zuzuordnen und die Rechtsstaatlichkeit sei zu stärken. Hier bestehe dringender Handlungsbedarf. Es wurde angeregt, sich an alternativen Modellen wie den Handelsgerichten oder den gerichtlichen Lösungen in Österreich und Deutschland zu orientieren. Ein anderer Teil der Angehörten war der Ansicht, die gegenwärtige Struktur sei zufriedenstellend.

In materieller Hinsicht wurden erstens Erleichterungen für internationale Zusammenschlüsse und eine moderate Anpassung der Beurteilungskriterien von Zusammenschlüssen begrüsst. Eine weit gehende Annäherung an die EU bei der Zusammenschlusskontrolle wurde aufgrund des ausgelösten administrativen Aufwands aber eher kontrovers aufgenommen. Zweitens wurde in Bezug auf die vertikalen Abreden deutlich, dass das heutige Gesetz vielerlei Interpretationen zulässt. Handlungsbedarf wurde mehrfach eingeräumt, allerdings bestand keine Einigkeit über die einzelnen Reformansätze. Bei der Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit wurde gefordert, Gegenrecht von ausländischen Behörden zu verlangen und Vorkehrungen gegen ungebührliche Auskunftsbegehren vorzusehen. Bei der Stärkung des Kartellzivilrechts sei eine eigentliche "Amerikanisierung" im Sinne der Einführung des Instruments der Sammelklagen zu verhindern.

1.1.4 Parlamentarische Vorstösse

Parallel zur Evaluation und zu den Arbeiten an der vorliegenden Vernehmlassungsunterlage behandelte das Parlament die Mo. Schweiger (07.3856). Sie fordert erstens die sanktionsmindernde Berücksichtigung von Compliance-Programmen (Programme zur Beachtung der kartellrechtlichen Regelungen) und zweitens die Einführung strafrechtlicher Sanktionen gegen natürliche Personen im KG. Der Bundesrat beantragte die Ablehnung der Motion, da er insgesamt eine Schwächung der Durchsetzungskraft des KG befürchtete. Ursprünglich forderte die Motion, dass Compliance-Programme zur Sanktionsbefreiung führen sollten. Dem Nationalrat ging dies zu weit; er änderte die Motion in diesem Punkt und sah neu nur noch eine Milderung der Sanktion vor. In der Sommersession 2010 wies das Plenum des Ständerates die Behandlung des Vorstosses an seine Kommission zurück.

Eine Annahme dieses Vorstosses nähme den Entscheid vorweg, dass eine umfangreichere Revision des KG ansteht. Wohl bedeutet die Einführung einer Sanktionsminderung bei Vorliegen eines rechtsgenügenden Compliance-Programms keinen grossen Gesetzgebungsaufwand. Dies namentlich, weil solche Sanktionsminderungen schon nach geltendem Recht möglich sind. Anders verhält es sich mit der Ein-

führung strafrechtlicher Sanktionen gegen natürliche Personen: Die gegenwärtigen institutionellen und verfahrensrechtlichen Strukturen sind kaum tragfähig für die Einführung von Geld- und Freiheitsstrafen gegenüber Unternehmensangehörigen, die sich kartellrechtswidrig verhalten. Es stellt sich somit die Frage, ob und wie die neuen Sanktionen gegen natürliche Personen in den heutigen Verfahrensablauf mit Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen eingebettet werden könnten und dies, ohne die Wirksamkeit der bisherigen Instrumente zu gefährden. Dazu laufen gegenwärtig juristische Abklärungen. Im Falle einer Annahme der Motion wäre wegen der weiterreichenden institutionellen Implikationen relativ rasch eine zweite Vernehmlassung zum KG zu eröffnen.

In parlamentarischer Beratung befindet sich auch die Parlamentarische Initiative Kaufmann (08.443): „Existenzgefährdung infolge Kartellbussen verhindern“. Sie will bei Vorliegen von Compliance-Programmen die Sanktionsbefreiung ermöglichen und gleichzeitig Freiheitsstrafen einführen für fehlbare Mitarbeiter, die vorsätzlich Kartellabsprachen nach Artikel 5 Absatz 3 mit einem gemeinsamen Marktanteil von mehr als 30% tätigen. Mit der Forderung nach Sanktionsbefreiung geht sie weiter als die Mo. Schweizer in der Fassung des Nationalrates. Die WAK-S hat am 30. März 2010 beschlossen, der parlamentarischen Initiative keine Folge zu geben. Das Geschäft geht nun ins Plenum des Nationalrates.

Hängig ist zudem die Motion de Buman (10.3302): "Für echten Wettbewerb und tiefere Preise". Sie fordert eine stärkere Unabhängigkeit der Entscheidbehörde, eine stärkere Abschreckungswirkung des KG, eine Verschärfung der Zusammenschlusskontrolle, eine Sanktionierung natürlicher Personen ohne unerwünschte Nebenwirkungen auf andere Instrumente des Kartellrechts, eine Beschleunigung des Verfahrens sowie eine Verstärkung der internationalen Zusammenarbeit. Die Motion nimmt die wesentlichen Empfehlungen auf, die 2006 aus einem Examen der schweizerischen Wettbewerbspolitik durch das Wettbewerbskomitee der OECD hervorgegangen sind. Der Bundesrat hat die Motion am 04. Juni 2010 zur Annahme empfohlen.

Zu erwähnen ist schliesslich das Postulat WAK-N 08.3764 "Wirtschaftslage der Schweiz und Stabilisierungsmassnahmen", in dem auch eine rasche Umsetzung einer KG-Revision angeregt wurde.

1.1.6 Zu lösende Herausforderungen

Institutionelle Ausgestaltung

Die Erkenntnisse aus der Evaluation, die parlamentarischen Vorstösse und die Ergebnisse der Anhörungen zeigen, dass im institutionellen Bereich ein erheblicher Reformbedarf besteht: 1995 erfolgte mit der Festschreibung von Verhaltensweisen, die vermutungsweise Wettbewerb beseitigen und deshalb in der Regel zu untersagen sind, eine wesentliche Annäherung des Schweizer KG an internationale Vorbilder; 2003 wurden direkte Sanktionen eingeführt, deren Strafcharakter mittlerweile eindeutig geklärt ist. Trotz dieser weit gehenden materiellen Veränderungen wurde bisher an der institutionellen Struktur nichts Wesentliches geändert. Die WEKO als Entscheidkörper ist nach wie vor eine grosse Milizkommission, die von der Untersu-

chungsbehörde (ihrem Sekretariat) nicht eindeutig getrennt ist. Spätestens wenn man, wie von der hängigen Mo. Schweiger gewünscht, auch natürliche Personen als direkt sanktionierbar ins Recht fasst, ist die bestehende institutionelle Ausgestaltung rechtsstaatlich nicht mehr haltbar.

In den Anhörungen hat sich gezeigt, dass eine vollumfängliche Professionalisierung der Entscheidbehörde im Sinne eines Verzichts auf die heutigen Interessenvertreter in der WEKO auf bedeutenden Widerstand stossen würde. Der Bundesrat kommt diesen Bedenken entgegen, indem er ein neues Modell vorschlägt, das die Wahl von nicht interessengebundenen Fachexperten auch mit Praxiserfahrung als Richterinnen beziehungsweise Richter in ein unabhängiges Gericht vorsieht.

Schliesslich besteht die Forderung nach mehr Rechtsstaatlichkeit und nach der Beschleunigung der Verfahren. Letzteres steht in latenter Widerspruch zum Parlamentswillen, in Zukunft aufwändigere strafrechtliche Sanktionen einzuführen. Der Bundesrat will diesen Zielkonflikt auflösen, indem er die Aufgaben klarer auf die einzelnen Instanzen verteilt, die Verfahren dabei neu ordnet und den Instanzenzug vereinfacht.

Oberstes Ziel der Revision ist zusammengefasst, dass das KG mit allen neuen Instrumenten auf einem rechtlich einwandfreien Fundament steht, die erwünschte Präventivwirkung erzeugt sowie rasch und effektiv vollzogen werden kann.

Materielle Regelungen

- Bei der Behandlung vertikaler Abreden sind sehr unterschiedliche Auslegungen des heutigen Gesetzes und divergierende Erwartungen zu beobachten. In der vorliegenden Vernehmlassungsunterlage wird dem Rechnung getragen, indem zwei Varianten präsentiert werden, die beide für mehr Klarheit sorgen und die es ermöglichen, der Kritik am heutigen Gesetz zu begegnen.
- Der Überarbeitungsbedarf am Widerspruchsverfahren ist von allen Seiten unbestritten: Die heutige Lösung bietet zu wenig Sicherheit für die Unternehmen, die mit neuen Geschäftsmodellen in die Erschliessung eines Marktes investieren wollen.
- In der Zusammenschlusskontrolle kommt es heute bei internationalen Zusammenschlüssen unbestritten zu Doppelspurigkeiten unter den nationalen Wettbewerbsbehörden. Erleichterungen wurden hier von allen Angehörten gefordert. Darüber hinaus lässt das heutige Beurteilungskriterium aus volkswirtschaftlicher Sicht zu viele Zusammenschlüsse zu. Ein Festhalten an der heutigen Lösung, wie von Teilen der Wirtschaft gefordert, beinhaltet volkswirtschaftliche Risiken im Sinne einer zu starken Ballung von Marktmacht. In der vorliegenden Vernehmlassungsunterlage wird den geäusserten Bedenken Rechnung getragen, indem zwei unterschiedlich weit gehende Alternativen präsentiert werden.
- Der Bedarf zu vermehrter internationaler Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbsbehörden ist angesichts der Globalisierung kaum zu bestreiten. Der Abschluss von Kooperationsabkommen soll durch eine grundlegende Norm in diesem Gesetz ergänzt und inhaltlich vorbereitet werden. Wenn die Behörden in der EU beispielsweise bereits Hausdurchsuchungen durchgeführt

haben und die Schweizer Unternehmen dadurch vorgewarnt sind, machen nachträgliche Hausdurchsuchungen in der Schweiz keinen Sinn mehr. Deshalb sollen die schweizerischen und die ausländischen Wettbewerbsbehörden zukünftig ihre Untersuchungshandlungen koordinieren können.

- Im Kartellzivilrecht besteht heute die stossende Situation, dass ein Teil der von Kartellen Geschädigten grundsätzlich keine Möglichkeit hat, den ihnen erwachsenen Schaden gerichtlich einzufordern. Dies soll korrigiert werden. Die Bedenken, dass es bei einem Ausbau der Klagelegitimation zu einer Klageflut kommen könnte, können ausgeräumt werden, wenn man das Kartellzivilrecht - wie vorgeschlagen - nur zurückhaltend stärkt.

1.2 Die beantragte Neuregelung

Kapitel 1.1 hat aufgezeigt, dass die aus der Evaluation und Parlamentsaufträgen hervorgegangenen Überarbeitungsziele eine Vielzahl von Themenbereichen des KG betreffen. Die im Folgenden dargelegte Neuregelung legt grossen Wert auf die Konsistenz eines möglicherweise revidierten KG. Nachstehend werden deshalb die Zusammenhänge unter den einzelnen Reformvorschlägen erläutert.

In Kapitel 1.2.1 wird für die Umsetzung des KG eine Neuordnung der Institutionen angeregt. Die heutige institutionelle Struktur entstammt in ihren Ursprüngen letztlich immer noch den Anfängen der Kartellkommission in den 1960er Jahren, die rein verwaltungsrechtlich wirkte und als Milizgremium zum Ausgleich der Interessen diente. Dieses Modell ist heute ein internationales Unikum. Mit der Einführung von direkten Sanktionen für Kartellrechtsverstösse und der Qualifizierung der Sanktionen als EMRK-relevante Strafen ist das heutige Modell rechtsstaatlich nicht unumstritten. Angesichts des angesammelten Reformbedarfs ist ein Überdenken der Institutionen wichtig und dringend.

Die Kapitel 1.2.2 bis 1.2.6 betreffen materielle Reformvorschläge, die in der Evaluation des KG als wichtig und relevante Probleme betreffend identifiziert wurden, nämlich die Behandlung vertikaler Abreden, das Widerspruchsverfahren, die Zusammenschlusskontrolle, die internationale Zusammenarbeit und das Kartellzivilrecht. Diese materiellen Themen sind auch anlässlich der durchgeführten Anhörungen als bedeutend bestätigt worden und rechtfertigen eine Revision des KG. Die materiellen Reformvorschläge können an sich unabhängig von der institutionellen Reform einzeln betrachtet und umgesetzt werden.

Kapitel 1.2.7 befasst sich schliesslich mit den verfahrensrechtlichen Implikationen, die sich aus der hier vorgeschlagenen Revision ergeben. Im Verfahrensrecht hat sich wie bei der institutionellen Reform über lange Zeit ein bedeutender Reformbedarf angestaut. Die Einführung von direkten Sanktionen und die gleichzeitige Vorgabe, die Dauer der Verfahren möglichst zu kürzen, machen eine auf die Institutionenreform abgestimmte Revision einer Reihe von verfahrensrechtlichen Bestimmungen nötig. Weitere Bestimmungen würden sich ergeben, falls das Parlament die Einführung der strafrechtlichen Verfolgung von Personen im Kartellrecht wünscht. Die institutionelle Reform, die Sanktionsmöglichkeiten und das Verfahrensrecht sind

stets in ihrem Zusammenhang zu lesen und können nicht ohne wechselseitige Rückwirkungen reformiert werden.

Der Umfang des Reformvorhabens lässt es schliesslich als angezeigt erscheinen, auch eine gestaffelte Umsetzung der einzelnen Elemente dieser Vorlage ins Auge zu fassen.

1.2.1 Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit

Ziele

Angestrebt wird ein zeitgemässes institutionelles Modell der Wettbewerbsbehörden, das folgende Ziele erreicht:

- Die Stärkung der *Unabhängigkeit* der Entscheidungsinstanz;
- eine möglichst *klare Zuordnung* der Aufgaben Untersuchung und Entscheid;
- grundsätzliche Kompatibilität mit der Einführung von direkten *Sanktionen gegen natürliche Personen*;
- so weit wie möglich die *Beschleunigung der Verfahren* bis zum letztinstanzlichen Entscheid.

Angesichts der in 1.1.6 erläuterten Zielkonflikte scheint es kaum mehr möglich, diese Vorgaben ohne eine grundlegende Reform der heutigen institutionellen Struktur zu erreichen. Ein Festhalten am Mischmodell bestehend aus der WEKO und ihrem Sekretariat scheint nicht mehr zeitgemäss. Die OECD in ihrem Examen der Schweizer Wettbewerbspolitik von 2006 und Prof. Dr. Carl Baudenbacher u.a. in seinem Gutachten zur Evaluation des KG haben diese Ansicht mehrfach hervorgehoben. Die immer komplexer werdenden Fälle sind für ein reines Milizsystem eine zunehmende Belastung. Damit soll nicht gesagt werden, dass das heutige System nicht funktionieren würde; es funktioniert im Gegenteil im Rahmen des Möglichen gut. Verbesserungen sind aber notwendig, und sie sind mit vertretbarem Aufwand auch möglich.

Auf Ebene der Untersuchung soll eine unabhängige, effiziente, schlagkräftige Wettbewerbsbehörde tätig sein. Die Entscheide sollen bei sanktionsbedrohten Tatbeständen von einem von der Wettbewerbsbehörde und der Politik unabhängigen, professionalisierten, aber mit der notwendigen praktischen Erfahrung versehenen Spruchkörper getroffen werden. Vor diesem Spruchkörper soll ein faires und offenes Verfahren zwischen der Wettbewerbsbehörde als Klägerin und den Beschuldigten stattfinden.

Schliesslich sind die institutionellen Strukturen so auszugestalten, dass die Verfahren bis zum letztinstanzlichen Entscheid so rasch wie möglich abgewickelt werden können. Verfahren, die über viele Jahre vor den Rechtsmittelinstanzen hängig bleiben, wie dies zur Zeit teilweise beobachtet werden kann, stellen eine erhebliche Belastung für das Funktionieren des Marktes und der Wirtschaft dar. Heute besteht die Gefahr, dass die Marktverhältnisse bei Rechtskraft der Urteile nicht mehr der Situation zum Zeitpunkt der Untersuchung entsprechen.

Die Realisierung aller gesetzten Ziele bedeutet eine grosse Herausforderung. In der vorliegenden Vernehmlassungsunterlage wird als Lösung deshalb eine substantielle institutionelle Neuordnung vorgeschlagen.

Neues Modell

Erstens soll das heutige Sekretariat der WEKO zu einer **eigenständigen, vom Bundesrat und wirtschaftspolitischen Interessen unabhängigen Wettbewerbsbehörde aufgewertet werden**. Die neue Wettbewerbsbehörde soll in Fällen nach KG die Untersuchungen führen und vor dem Bundeswettbewerbsgericht (siehe nachfolgend) Antrag erheben. Weiterhin soll die Wettbewerbsbehörde die Unternehmen beraten und öffentlich für den Wettbewerb eintreten und in Vernehmlassungen Stellung nehmen können. Die Wettbewerbsbehörde soll darüber hinaus in der Zusammenschlusskontrolle die erstinstanzlichen Verwaltungsentscheide fällen, da Unternehmenszusammenschlüsse besonders zeitkritisch sind. Für die Organisationsform der Wettbewerbsbehörde wurden verschiedene Modelle geprüft. Wegen der besonderen Anforderungen an die Unabhängigkeit kann die Wettbewerbsbehörde nicht als reines Bundesamt ausgestaltet werden. Die Alternative, die Wettbewerbsbehörde ähnlich wie die FINMA als Anstalt mit eigenem Verwaltungsrat auszugestalten, überzeugt aus Gründen des Aufwands und der deutlich geringeren Grösse der Wettbewerbsbehörde im Vergleich zur FINMA nicht. Für die Wettbewerbsbehörde ist insgesamt eine Zwischenlösung gerechtfertigt, wie sie beispielsweise auch für den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten gewählt wurde: Die Wettbewerbsbehörde soll eine unabhängige und nicht weisungsgebundene Bundesstelle sein, welche nur rein administrativ dem EVD zugeordnet ist. Ihre Leitung, die durch den Bundesrat auf Amtsdauer gewählt werden soll, trägt die Gesamtverantwortung und die untersuchungsleitenden Mitarbeiter handeln nach Weisung der Leitung der Wettbewerbsbehörde.

Zweitens soll aus den Ressourcen der heutigen WEKO und den heute mit Kartellrechtsfragen befassten Richterinnen und Richtern des Bundesverwaltungsgerichts gemeinsam ein **neues, von der Wettbewerbsbehörde getrenntes Bundeswettbewerbsgericht** gebildet werden, welches bei Abreden und Fällen von Marktmachtmissbrauch die Entscheidfunktion und Sanktionsbemessung übernimmt. Vor dem Bundeswettbewerbsgericht soll ein vollwertiges Parteiverfahren stattfinden, d.h. die Wettbewerbsbehörde stellt dem Bundeswettbewerbsgericht Antrag, die betroffenen Unternehmen vertreten vor dem Bundeswettbewerbsgericht ihren Standpunkt, und dieses fällt seinen Entscheid. Das neue Bundeswettbewerbsgericht soll so schlank und effizient wie möglich ausgestaltet werden. Es soll deshalb dem Bundesverwaltungsgericht administrativ zugeordnet werden und so Rückgriff auf dessen Ressourcen nehmen können, analog zum Bundespatentgericht. In Anlehnung an die kantonalen Handelsgerichte und inspiriert vom Bundespatentgericht soll das Bundeswettbewerbsgericht neben wenigen hauptamtlichen Richterinnen und Richtern auch einen Pool aus nebenamtlichen Fachrichterinnen und Fachrichtern auch mit Praxiserfahrung umfassen. Bei der Zusammensetzung des Bundeswettbewerbsgerichts ist darauf zu achten, dass umfassende wettbewerbsrechtliche Kenntnisse, unternehmerische Erfahrung und industrieökonomisches Wissen angemessen berücksichtigt werden. Sowohl an haupt- wie nebenamtliche Richterinnen und Richter werden hohe Anforderungen bezüglich Unabhängigkeit gestellt. Der Spruchkörper

soll jeweils aus fünf Richterinnen beziehungsweise Richtern bestehen, die aus den hauptamtlichen Richterinnen und Richtern und dem Pool an Fachrichterinnen und Fachrichtern bestimmt werden.

Drittens soll der **Beschwerdeweg vom Bundeswettbewerbsgericht direkt zum Bundesgericht** gehen. Dies führt zu einer beträchtlichen Beschleunigung des Rechtsmittelwegs bis zum Vorliegen des letztinstanzlichen Entscheids. Gleichwohl kommt es im Vergleich zu heute nicht zu einer Verschlechterung, sondern eher zu einer Stärkung der Rechtsstaatlichkeit: Denn bereits heute werden Kartellrechtsfälle nur einmal von einem unabhängigen Gericht mit voller Kognition beurteilt, nämlich vom Bundesverwaltungsgericht. In Zukunft erfolgt die Beurteilung weiterhin einmal in voller Kognition und zwar durch das unabhängige Bundeswettbewerbsgericht. Sachgerecht ist dieses bereits auf erstinstanzlicher Stufe angesiedelt, im Gegensatz zum Bundesverwaltungsgericht, das historisch aus der Zusammenfassung von Rekursinstanzen hervorgegangen ist und weiterhin dort seine Hauptaufgaben hat. Im Vergleich zum Bundesverwaltungsgericht wird das Bundeswettbewerbsgericht auch auf mehr fachspezifisches Wissen und Ressourcen zurückgreifen können. Damit ist zu erwarten, dass bereits auf erstinstanzlicher Stufe eine hohe Entscheidungsqualität erreicht wird.

Die Schaffung eines neuen, unabhängigen Bundeswettbewerbsgerichts ermöglicht es, die für die Durchsetzung des KG vorhandenen Ressourcen optimal einzusetzen. Die Institution trägt dem besonderen Charakter des Kartellrechts - nämlich der hohen rechtsfortbildenden Komponente jedes Urteils - Rechnung: Dieses soll deshalb und wie bisher auf Basis des Verwaltungsverfahrensgesetzes umgesetzt werden. Das Verfahren wird aber aufgrund des pönalen Charakters der Sanktionen die rechtsstaatlichen Vorgaben der EMRK unbestritten berücksichtigen müssen. Die vorgeschlagene Trennung von Untersuchung und Antrag einerseits und Entscheid und Sanktionsbemessung andererseits erhöht die Rechtsstaatlichkeit wesentlich. Die neue Ausgestaltung setzt auch die Erkenntnis um, dass für eine konsistente und zweckgerechte Anwendung des KG spezifisches, fachliches Wissen aus der Wirtschaft unabdingbar ist.

Falls **Freiheits- und Geldstrafen gegen natürliche Personen** eingeführt werden sollten, können je nach Umsetzung weitere institutionelle Anpassungen notwendig werden.

Alternativen

Verschiedene Mischformen zwischen der hier vorgeschlagenen Lösung und der heutigen Ausgestaltung mit Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz sind denkbar.

- Von Wirtschaftsseite angeregt wurde die *Schaffung einer integrierten Behörde* oder allenfalls eines integrierten Gerichts zur Behandlung nicht nur von kartellrechtlichen Fragen, sondern auch von weiter gehenden regulatorischen Themen. Dies würde eine Verschmelzung mit Regulierungsbehörden wie der Comcom, ElCom, der Preisüberwachung und weiteren Sektoraufsichtsbehörden nach sich ziehen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt erscheint dieser Vorschlag als zu weit gehend. Die genannten, spezifisch kartellrechtlichen Herausforderungen sollen zeitgerecht angegangen werden. Die Zu-

sammenführung verschiedener Behörden ist dagegen für die Lösung der aktuellen Probleme nicht notwendig. Soweit es um die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbsbehörden und unabhängigen Regulatoren geht, sei auf die näheren Erläuterungen zu Artikel 30 E-KG im besonderen Teil der Vernehmlassungsunterlage hingewiesen.

- Als grundlegende Alternative könnte man auf die Einführung eines Bundeswettbewerbsgerichts verzichten und in kartellrechtlichen Verfahren, die Wettbewerbsbeschränkungen zum Gegenstand haben oder auf vorsorgliche Massnahmen zielen, das *Bundesverwaltungsgericht als erste Entscheidungsinstanz* bezeichnen. In der Tat wurden mit der Reform der Bundesrechtspflege eine Vielzahl von Rekursinstanzen zum Bundesverwaltungsgericht zusammengefasst und gleichzeitig auch Laienrichterinnen und Laienrichter aus dem Spruchkörper entfernt. Da vorliegend der quasi-strafrechtliche Aspekt der Sanktionen im Wettbewerbsrecht betont und gleichzeitig eine grosse Distanz der Wettbewerbsorgane zu Politik und Wirtschaftsverbänden angestrebt werden, wird hier einer Lösung, die bereits am Anfang des Verfahrens Untersuchung und Entscheid institutionell trennt, der Vorzug gegeben. Um ökonomisches Wissen einzubringen, wäre als Alternative zum in der Hauptvariante vorgeschlagenen Beizug nebenamtlicher Richterinnen und Richter auch die Zuwahl einer Chefökonomin oder eines Chefökonom an eine Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts denkbar.

Der Verzicht auf ein eigenes Bundeswettbewerbsgericht und die dargelegte Übertragung seiner vorgesehenen Rolle auf das Bundesverwaltungsgericht hätte den Vorteil, dass die institutionelle Reform organisatorisch einfacher und im Einklang mit der Reform der Bundesrechtspflege durchgeführt werden könnte.

Dem steht gegenüber, dass das Bundesverwaltungsgericht heute hauptsächlich als Beschwerdeinstanz konzipiert ist, die den Sachverhalt wohl frei überprüft, aber nicht unbedingt dazu ausgestattet ist, ihn durch grössere eigene Erhebungen zu vervollständigen. Eher wird es einen Entscheid kassieren, was der angestrebten Verfahrensbeschleunigung entgegenläuft. Ebenso wurde in Anhörungen explizit gewünscht, dass Vertreter mit Erfahrung im Wirtschaftsleben im Spruchkörper Einsitz nehmen sollen, was allein mit der Zuwahl einer oder mehrerer ökonomisch ausgebildeter Expertinnen und Experten noch nicht erreicht wäre.

- Denkbar wäre schliesslich auch eine *Reform, die das heutige Modell WEKO mit Sekretariat einerseits und Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz andererseits unberührt lässt*. Dieses alternative Modell ist allerdings aus rechtsstaatlicher Sicht nur akzeptabel, wenn für die diskutierte strafrechtliche Verfolgung natürlicher Personen ein zweites Verfahren vorgesehen wird, das vor ein unabhängiges Gericht führt.

Als Minimum gefordert ist im Modell WEKO im Vergleich zu heute aber erstens eine deutlichere Trennung zwischen den Aufgaben des Sekretariates (Führung der Untersuchung) und jenen der WEKO (Treffen des Entscheids), dies auch angesichts der beschränkten Untersuchungsmöglichkeiten der Re-

kursinstanz. Im WEKO-Sekretariat müsste neu zwischen den Mitarbeitenden unterschieden werden, die den Fall untersuchen, und jenen, die der Wettbewerbskommission zudienen und die Redaktion des Urteils besorgen. Zweitens wären in diesem Modell aus rechtsstaatlichen Gründen angesichts der hohen Bedeutung und Komplexität der Fälle auch die Unabhängigkeit der Entscheidungsinstanz von politischen Interessen und der Beschäftigungsgrad der dort tätigen Personen zu erhöhen. Der Instanzenzug bliebe bei dieser Lösung zwangsläufig vierstufig (Sekretariat, WEKO, BVGer, BGer). Die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht beizubehalten, wäre unumgänglich, da es - vorgeschaltet dem Bundesgericht, das nur noch rechtliche Überprüfungen macht, - ein Gericht mit umfassender Kognition braucht.

Der hauptsächliche Vorteil dieser Variante läge darin, dass sie nur eine sehr schlanke Gesetzesrevision verlangen würde, nämlich eine stärkere Betonung der Trennung von Untersuchung und Entscheid in Artikel 27 KG und allenfalls eine Reduktion der Anzahl der vorgesehenen WEKO-Mitglieder. Die ebenfalls geforderte Ersetzung von Verbandsvertretern durch Personen mit Erfahrung aus der Wirtschaft ohne Verbandsabhängigkeit in der Kommission ist schon unter geltendem Recht möglich und würde die Wettbewerbskommission einem Gericht annähern; ein Manko bliebe aber die Wahl der WEKO-Mitglieder durch die Exekutive.

Der hauptsächliche Nachteil ist indes, dass die auch in diesem Modell geforderte stärkere Trennung zwischen Untersuchung und Entscheid sowie der erhöhte Beschäftigungsgrad der Mitglieder der WEKO nach mehr Ressourcen verlangen. Da in diesem Modell die heutige Rekursinstanz identisch bestehen bleibt, sind keine ausgleichenden Einsparungen an Ressourcen möglich. Es ergibt sich auch keine Verkürzung der Verfahrensdauer bis zum Vorliegen letztinstanzlicher Entscheide. Eine vergleichbare Reform fand zudem in der Vernehmlassung zur Kartellgesetzrevision von 2003 keine Gnade.

1.2.2 Differenzierte Behandlung vertikaler Vereinbarungen

Ziele

Im heutigen KG wird für bestimmte horizontale (in Art. 5 Abs. 3) und vertikale (in Art. 5 Abs. 4) Typen von Abreden vermutet, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen.

Im Gegensatz zur unbestrittenen Schädlichkeit harter, horizontaler Kartelle, sind die Wirkungen von Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (kurz: vertikale Vereinbarungen) allerdings ambivalent. Aus wettbewerblicher Sicht können geographische Märkte wie die Schweiz einerseits zwar durch solche Abreden in bestimmten Fällen vor unerwünschter Konkurrenz abgeschottet werden; vertikale Vereinbarungen können auch zur Stabilisierung horizontaler Kartelle beitragen. Andererseits sind vertikale Vereinbarungen aber beispielsweise auch ein Mittel, um notwendige Investitionen in die Vertriebskette zu schützen. So ist die Einführung

neuer Produkte in der Regel mit hohen Investitionskosten und Risiken für Produzenten und Händler verbunden. Vertikale Vereinbarungen können dazu genutzt werden, den Händlern bessere Aussichten auf die Deckung der Kosten für die Neueinführung von Produkten zu bieten; sie wirken damit oft wettbewerbsfördernd. Und sie können auch notwendig sein, um im Wettbewerb mit vertikal integrierten Anbietern bestehen zu können. Denn Produzenten stehen heute zunehmend im Wettbewerb mit erfolgreichen vertikal integrierten Anbietern. Die Folge der Zulassung von vertikalen Abreden ist dann nicht etwa eine Minderung, sondern sogar eine Intensivierung des Wettbewerbs der Vertriebssysteme, genügend konkurrierende Marken vorausgesetzt. Entsprechend bedeutet die Möglichkeit, vertikale Abreden treffen zu können, auch eine Verringerung des Drucks, dass sich Unternehmen vertikal integrieren, d.h. dass Herstellung und Handel in einem Unternehmen vereint werden. Vertikale Abreden können zudem durch die Unternehmen flexibler gehandhabt werden als vertikale Integrationen, was aus wirtschaftlicher Sicht zu begrüssen ist.

Losgelöst von einer rein wettbewerblichen Sicht dienen vertikale Vereinbarungen aus volkswirtschaftlicher Perspektive auch dazu, die Vertriebskette von der Produktion über den Vertrieb bis zum Service zu optimieren. Sie reduzieren Koordinationsprobleme zwischen Produzenten und Händlern und steigern so die Effizienz.

Als Daumenregel kann festgehalten werden, dass vertikale Restriktionen nur wettbewerbsbeeinträchtigende Auswirkungen zeitigen können, falls die an den betreffenden Abreden beteiligten Unternehmen eine starke Marktstellung innehaben. Je intensiver dagegen der Wettbewerb zwischen einzelnen Produkten und Dienstleistungen ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass vertikale Abreden effizient und wohlfahrtssteigernd sind. So geht auch aus einer im Rahmen der Evaluation des KG erfolgten Analyse von 91 Geschäften der WEKO hervor, dass die meisten vertikalen Abreden, die an die Wettbewerbsbehörden herangetragen wurden, sich als zulässig erwiesen (oder Indizien für unzulässige Verhaltensweisen fehlten). Hauptgrund dafür ist, dass sich die Verhaltensweisen nicht erheblich auswirkten. Der gesetzlich verankerte Vermutungstatbestand sollte vor dem Stand der geltenden ökonomischen Theorie und Empirie als solcher nicht unverändert im Gesetz stehen gelassen werden.

Ziel der Neuregelung ist es, dass die volkswirtschaftlichen Zielsetzungen des KG im Bereich der vertikalen Vereinbarungen optimal erreicht werden. Den Nachteilen für den Wettbewerb, die vertikale Abreden wegen den verursachten Rigiditäten in den Vertriebsstrukturen ergeben, sollen die Effizienzgewinne auf Grund einer besseren Koordination der Handelsstufen gegenübergestellt werden können. Die heutige Regelung wirkt sich gemäss Evaluationsergebnissen dagegen faktisch wie ein per se-Verbot der beiden in Artikel 5 Absatz 4 genannten Formen vertikaler Abreden aus. Die angestrebte Revision der Behandlung vertikaler Vereinbarungen soll aber auch Rechtsunsicherheiten im Bereich der Sanktionierung auflösen und die Bemühungen des Bundesrates zur Öffnung der Märkte unterstützen.

Lösungsvarianten

Der Bundesrat unterbreitet zwei Varianten, die beide anstreben, dass das KG seine Ziele in Bezug auf vertikale Vereinbarungen in Zukunft besser erreicht:

- Variante 1 sieht vor, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung für bestimmte vertikale Vereinbarungen zu streichen. Diese Vermutung ist wie dargelegt in der Praxis unzutreffend und hat sich in Kombination mit der Vertikalbekanntmachung von 2007 als zu rigide erwiesen. Die Streichung sollte aber nicht als ungebührliche Aufweichung des KG verstanden werden. Denn parallel dazu würden die betreffenden beiden Typen von vertikalen Abreden ebenso wie die sanktionierbaren horizontalen Abreden neu unter Artikel 49a KG erwähnt. Die betreffenden Abreden könnten so weiterhin immer dann sanktioniert werden, wenn sie nach Artikel 5 unzulässig sind, das heisst, sofern sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden können. Die Sanktion stünde unbestreitbar am Ende einer Einzelfallbeurteilung. Durch die Nennung zweier Arten von Abreden, die in der Literatur und der Fallpraxis in Europa genügend genau umschrieben sind, wird dem Bestimmtheitsgebot (nulla poena sine lege certa) bereits heute hinreichend Genüge getan.

Da die Erheblichkeit und die Effizienzvorteile nicht im materiellrechtlichen Teil des Gesetzes genauer umschrieben werden sollen, wird diese **Verdeutlichung der Einzelfallbeurteilung** begleitet durch eine Verbesserung des Widerspruchsverfahrens (vgl. Kapitel 1.2.3), welches den Unternehmen erlaubt, rasch eine Einschätzung der Wettbewerbsbehörde über geplante, allfällig unzulässige Abreden zu erhalten.

Für die geforderte differenzierte Behandlung vertikaler Abreden soll weiterhin eine Bekanntmachung der Wettbewerbsbehörde sorgen. Diese verpflichtet das Gericht zwar nicht, wirkt aber im Sinne einer Selbstbindung der Untersuchungsbehörden. Eine Revision der Vertikalbekanntmachung befindet sich zum Zeitpunkt der Drucklegung in Vernehmlassung.

- In Variante 2 wird Artikel 5 Absatz 4 und damit die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung durch zwei Formen von Vertikalabreden beibehalten. Mit der Vermutung soll vorab das hohe potentielle Schadenspotential der beiden Formen von Abreden zum Ausdruck gebracht werden. Die misslungene Umstossung der Vermutung ist aber nicht Anknüpfungspunkt der Sanktionierbarkeit, und die Vermutung wirkt - nach Urteilen des Bundesgerichts - auch nur noch sehr begrenzt als Beweisregel. Die Sanktionierbarkeit ergibt sich aus Artikel 49a. Da für die sanktionsbedrohten Typen von vertikalen Abreden weiterhin auf Artikel 5 Absatz 4 KG verwiesen werden kann, bedarf Artikel 49a Absatz 1 KG keiner redaktionellen Anpassung wie in Variante 1. Vertikale Preisabreden und bestimmte Gebietsabreden können weiterhin immer dann sanktioniert werden, wenn sie nach Artikel 5 unzulässig sind, d.h., sofern sie den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigen und nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden können.

In Variante 2 erfolgt die differenzierte Beurteilung vertikaler Vereinbarungen durch eine Anpassung von Artikel 6 KG. Mit der Einführung der Kategorie der nicht erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen wird klargestellt, dass vertikale Vereinbarungen mit geringem Marktanteil i.d.R. den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen, sondern in diesem Fall vorab einer effizienten Lösung von Koordinationsproblemen zwischen nicht vertikal integ-

rierten Unternehmenseinheiten dienen. **Der Begriff des nur geringen Anteils am Markt wird in einer Verordnung oder Bekanntmachung zu präzisieren sein.** Ein Ausgangspunkt für die Ausgestaltung der Verordnung oder Bekanntmachung kann ein von namhaften Ökonomen eingebrachter Vorschlag an die Europäische Kommission sein, welchem die EU allerdings nicht folgte (vgl. Motta et al. 2009). Dieser rät unter anderem, vertikale Vereinbarungen - also auch diejenigen Typen, die in der EU als schwarze Klauseln gelten und kaum je zu rechtfertigen sind - unterhalb eines Marktanteils von 15% als unerheblich zu betrachten.

Zweitens soll in Variante 2 eine Sanktionsbefreiung eingeführt werden für vertikale Vereinbarungen, bei denen das Unternehmen (kumulativ) nachweist, dass es dieselbe Abrede im EWR unbehellig praktiziert, und darlegt, dass es die **Zulässigkeit der Abrede nach EU-Recht genügend abgeklärt** hat. Damit soll klargestellt werden, dass Abreden, die vor dem Hintergrund des EU-Rechts als zulässig erscheinen und in der EU in einer Mehrzahl von Mitgliedsländern tatsächlich auch in Kraft stehen, in der Schweiz nicht direkt sanktioniert werden sollen. Da nur eine Sanktionsbefreiung erreicht wird und keine Rechtsfortbildung, wäre eine Unterbindung solcher Abreden durch das Bundeswettbewerbsgericht für die Zukunft weiterhin möglich. Hauptmotiv dieser in Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe d festgeschriebenen Sanktionsbefreiung ist, dass international etablierte Vertriebssysteme im Interesse der internationalen Öffnung auch in der Schweiz unverändert angewendet werden können. Zur Verbesserung des Widerspruchsverfahrens soll es generell und damit auch in Variante 2 kommen.

Beide Varianten sind im Einklang mit den zunehmenden Tendenzen und Forderungen der Ökonomie, alle Arten von vertikalen Vereinbarungen nicht per se zu untersagen, sondern aufgrund ihrer Wirkung im Einzelfall zu beurteilen. Sie erlauben, dass effizienzsteigernde, möglicherweise sogar wettbewerbsfördernde Abreden zugelassen werden, und sie ermöglichen es gleichzeitig, gegen Marktabschottungsprobleme vorzugehen. Sie erreichen diese Ziele jeweils auf einem etwas anderen Weg: Kommt es bei Variante 1 auf die Ausgestaltung der revidierten Vertikalbekanntmachung an, wird in Variante 2 die Verordnung oder Bekanntmachung nach Artikel 6 massgebende Bedeutung haben. Letztere wird auch die Bestimmung zu internationalen Vertriebsverträgen konkretisieren. Der Praxis der Marktabgrenzung wird in beiden Varianten erhebliche Bedeutung zukommen. Die beiden Varianten 1 und 2 schliessen einander gegenseitig auch nicht aus und sind in verschiedener Weise miteinander kombinierbar.

Besser als in Variante 2, wo am Wortlaut von Artikel 49a festgehalten werden soll (aber nicht muss), wird in Variante 1 die bisherige Praxis verdeutlicht, wonach horizontale und vertikale Abreden der im Gesetz genannten Typen direkt sanktioniert werden können, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht zu rechtfertigen sind. Dies entspricht der heutigen Praxis der Wettbewerbsbehörden. Die Minderheitsmeinung, dass für die Sanktionierbarkeit eine Beseitigung des Wettbewerbs verlangt wird, ist aus der Sicht des Bundesrates abzulehnen. Das BGER hat die Hürde für die Annahme der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs sehr hoch angesetzt. Würde die Sanktionierbarkeit bei Umstossung der Vermutung ent-

fallen, käme es in der Praxis - gegeben der Massstab des Bundesgerichts - kaum je zu Sanktionen und dies möglicherweise auch bei den Horizontalabreden nach Artikel 5 Absatz 3.

Alternativen

Nach Auswertung der Vernehmlassung werden die bis dann voraussichtlich in bereinigter Form vorliegende revidierte Vertikalbekanntmachung der WEKO sowie weitere Entscheide der WEKO und der übergeordneten Gerichte zu berücksichtigen sein. Es ist denkbar, dass die weitere Entwicklung einen allfälligen Revisionsbedarf relativiert.

1.2.3 Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Ziele

Das Widerspruchsverfahren im KG (bisher Art. 49a Abs. 3 lit. a KG) sieht vor, dass ein Unternehmen geplante zukünftige Verhaltensweisen, die als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft werden könnten, vorab der Wettbewerbsbehörde melden kann. Die Verwaltungssanktion für die betreffende Verhaltensweise entfällt, wenn die Wettbewerbsbehörde nicht innert fünf Monaten ein Verfahren eröffnet. Das Verfahren dient dazu, dass die Unternehmen innert nützlicher Frist eine Einschätzung der Wettbewerbsbehörde darüber erhalten können, ob eine Verhaltensweise sanktionsbedroht sein könnte.

Das bisherige Verfahren wurde allerdings kritisiert: Als unbefriedigend beurteilt wurde von den befragten Marktteilnehmern die gesetzlich vorgesehene Widerspruchsfrist von fünf Monaten, welche gerade für dynamische Märkte als zu lang empfunden wird. Zum anderen stehen die Unternehmen vor folgendem Dilemma: Sie haben zwar die Möglichkeit, die den Wettbewerbsbehörden gemeldete Verhaltensweise sofort nach der Meldung umsetzen. Wollen die Unternehmen kein Sanktionsrisiko tragen, müssen sie ihr Verhalten jedoch bereits sofort nach der blossen Eröffnung einer Vorabklärung, welche die Wettbewerbsbehörde ohne weitere Voraussetzungen vornehmen kann, rückgängig machen, was u.a. zum Verlust von Investitionen in die geplante Markterschliessung führen kann. Diese Gefahr sei umso greifbarer, als die Wettbewerbsbehörde im Zweifelsfall wegen der fehlenden Begründungspflicht den Anreiz habe, eine Vorabklärung zu eröffnen, solange nicht sicher sei, dass wirklich kein kartellrechtliches Problem bestehe.

Die Revision des Widerspruchsverfahrens soll den Bedenken begegnen und sicherstellen, dass es die ihm vom Gesetzgeber zugedachte Rolle besser erfüllt. Bei der Überarbeitung des Verfahrens gilt es die Interessen der Unternehmen an möglichst viel Rechtssicherheit und Gestaltungsfreiheit gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Verhinderung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen sorgfältig abzuwägen.

Lösung

Der Bundesrat schlägt vor, erstens die Frist, innert welcher die Wettbewerbsbehörde tätig werden muss, damit ein Unternehmen für die gemeldete Verhaltensweise sanktioniert werden kann, **von fünf auf neu zwei Monate nach Eingang der Mel-**

dung zu verkürzen. Eröffnet die Wettbewerbsbehörde innert der Frist keine Vorabklärung oder Untersuchung, entfällt die Sanktionierbarkeit für das gemeldete Verhalten definitiv.

Zweitens soll neu **einzig die Eröffnung einer formellen Untersuchung** nach Artikel 27 dazu führen, dass das Sanktionsrisiko trotzdem besteht und nicht, wie bis anhin, bereits die Eröffnung einer informellen Vorabklärung nach Artikel 26. Die Anforderungen für die Eröffnung einer Untersuchung sind höher als diejenigen für die Eröffnung einer Vorabklärung: Für die Eröffnung einer Untersuchung sind Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung notwendig.

Die Verkürzung der Frist führt unmittelbar zu einer Vergrösserung der Rechtssicherheit für die Unternehmen. Bei aus kartellrechtlicher Sicht offensichtlich unbedenklichen Vorhaben oder solchen, die keinen direkt sanktionierbaren Tatbestand betreffen, erhalten die Unternehmen innert zwei Monaten die Gewissheit, dass sie bei der Umsetzung des Vorhabens keine Gefahr laufen, sanktioniert zu werden. Mit der zweiten Änderung soll insbesondere die investitionshemmende Wirkung der Sanktionsdrohung verringert werden. Da neu das Sanktionsrisiko erst bei Mitteilung der Eröffnung einer formellen Untersuchung trotzdem besteht, wird der Zeitraum, in welchem das Vorhaben auf jeden Fall straflos umgesetzt werden kann, im Vergleich zur gegenwärtigen Situation verlängert. Sowohl während der Dauer des zweimonatigen Widerspruchsverfahrens als auch noch während und nach der Vorabklärung (bis zur Eröffnung einer formellen Untersuchung) kann das Unternehmen die gemeldete Verhaltensweise ohne Sanktionsrisiko umsetzen.

Kommt die Wettbewerbsbehörde zum Schluss, dass nach der Umsetzung der gemeldeten Verhaltensweise (allenfalls in angepasster Form) tatsächlich aufgrund der Marktwirkungen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen, wird sie dem Unternehmen eine bevorstehende Untersuchungseröffnung mitteilen. Das Unternehmen hat bis zu diesem Zeitpunkt noch die Möglichkeit, innert angemessener Frist durch Aufgabe oder Änderung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens eine Sanktion zu verhindern.

Alternativen

Der ursprüngliche Entwurf des Bundesrates aus dem Jahr 2001 hatte für den Fall der Meldung noch in jedem Fall den Ausschluss der direkten Sanktionierbarkeit vorgesehen. Das Parlament verwarf schliesslich diesen Vorschlag: Im Rahmen der Parlamentsdebatte wurde die Möglichkeit der Sanktionierbarkeit einer gemeldeten Verhaltensweise eingeführt. Diese Anpassung war massgeblich motiviert durch die Einsicht, dass durch den ursprünglichen Vorschlag ein erhebliches Missbrauchspotenzial geschaffen würde: Den Unternehmen wäre ermöglicht worden, zunächst die geplante Wettbewerbsbeschränkung zu melden, sie anschliessend auf dem Markt umzusetzen und in der Folge ein von der WEKO verfügtes Verbot durch alle Instanzen anzufechten, womit das Unternehmen risikolos während mehrerer Jahre von einem Kartell hätte profitieren können, dessen Rechtswidrigkeit von Anfang an absehbar war. Auf die Alternative, dass eine Meldung immer zur Sanktionsbefreiung führt, soll deshalb nicht zurückgekommen werden.

1.2.4 Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle

Ziele

Unabhängig von der kürzlich erfolgten Untersagung des Zusammenschlusses Orange/Sunrise trägt die heutige Zusammenschlusskontrolle wettbewerbshemmenden Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen nur ungenügend Rechnung. Den Wettbewerbsbehörden sind bei Zusammenschlüssen, die volkswirtschaftlichen Schaden anrichten können, oftmals die Hände gebunden. Die Hürde zur Untersagung eines Zusammenschlusses ist in der Schweiz klar höher angesetzt als in den übrigen europäischen Ländern und anderen modernen Industriestaaten. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Fällen BZ/20 Minuten und Swissgrid, in denen die WEKO jeweils vor den Rechtsmittelinstanzen unterlag, kann ein Zusammenschluss heute selbst dann nicht untersagt werden, wenn dadurch eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Eine Untersagung ist erst dann möglich, wenn die marktbeherrschende Stellung geeignet ist, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

Eine solch permissive Zusammenschlusskontrolle erfüllt die Zwecke des KG nur ungenügend und wurde in konkreten Fällen u.a. von Konsumentinnen und Konsumenten sowie KMU kritisiert. Denn Unternehmenszusammenschlüsse können in konzentrierten Märkten ein so grosses Ausmass an Marktmacht schaffen, dass nicht nur die Marktgegenseite leidet (d.h. Konsumentinnen und Konsumenten, nachgelagerte kleine Unternehmen, Zulieferer ohne Marktmacht und Absatzalternativen), sondern die Wohlfahrt insgesamt gemindert wird.

Gleichzeitig bindet die heutige Zusammenschlusskontrolle unnötig viele Ressourcen. Grenzüberschreitende Zusammenschlüsse werden heute oft parallel in mehreren Staaten, darunter die Schweiz, gemeldet und geprüft. Dies verursacht einen Mehraufwand für Unternehmen und Wettbewerbsbehörde, oftmals ohne dass es wegen des Verfahrens in der Schweiz zu einem Mehrwert für den hiesigen Wettbewerb kommt.

Ziel der Revision ist erstens, dass die wettbewerbshemmenden Wirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen in Zukunft besser erfasst werden können und dass zweitens bei Zusammenschlüssen mit internationaler Marktabgrenzung administrative Erleichterungen erreicht werden.

Nicht erfasst wird im Rahmen des KG die so genannte "too big to fail"-Problematik, die durch den Zusammenschluss sehr grosser Unternehmen auftreten kann. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde wurde 1995 bewusst auf eine rein wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Wirtschaftsvorgängen beschränkt und soll auch weiterhin nicht mit anderen regulatorischen Fragen vermischt werden. Denn gerade bei den Unternehmen, bei denen sich die "too big to fail" - Problematik stellt, haben Geschäftsfelder, bei denen von einer internationalen Marktabgrenzung auszugehen ist, einen sehr grossen Stellenwert; wettbewerbsrechtliche Beurteilung und regulatorisches Anliegen laufen mithin regelmässig nicht parallel zueinander.

Lösung und Varianten

Der Bundesrat will **erstens die Doppelspurigkeiten bei internationalen Zusammenschlüssen** angehen. Zusammenschlüsse, die zumindest Schweiz- und EWR-

weite oder grössere Märkte betreffen, sollen in der Schweiz in Zukunft stark vereinfacht behandelt werden, da sie ohnehin bereits von den EU-Instanzen beurteilt werden. Damit werden finanzielle und personelle Ressourcen bei Wettbewerbsbehörde und Unternehmen gespart, die anderweitig besser eingesetzt werden können. Im Nachgang zu einer Gesetzesrevision würde auch die Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüsse entsprechend angepasst.

Der Bundesrat prüfte ergänzend auch eine generelle Senkung der Meldeschwellen für Unternehmenszusammenschlüsse, da die Schwellenwerte der Schweiz im internationalen Vergleich hoch sind. Durch die hohen Schwellenwerte besteht in einem kleinen Land die Gefahr, dass allenfalls volkswirtschaftlich schädliche Zusammenschlüsse nicht der Kontrolle durch die Wettbewerbsbehörde unterstehen (vor allem bei Zusammenschlüssen, die den Binnenmarkt betreffen). Der Bundesrat verzichtet auf einen Vorschlag zur Senkung, da tiefere Schwellenwerte mehr Meldungen an die Wettbewerbsbehörde und damit einen höheren Ressourcenaufwand nach sich ziehen. Es gilt auch zu beachten, dass das Parlament bereits heute in der Lage wäre, über eine Verordnung die Schwellenwerte rasch zu senken, falls ein entsprechender Handlungsbedarf ausgemacht würde.

Der Bundesrat unterbreitet **zweitens zwei Varianten zur Anpassung der Beurteilungskriterien**. Beide tragen dazu bei, dass in Zukunft volkswirtschaftlich schädliche Zusammenschlüsse besser angegangen werden können. Die bisherige Ansicht, dass problematische Zusammenschlüsse, die eine marktbeherrschende Stellung begründen, toleriert werden können, weil das fusionierte Unternehmen dann der kartellrechtlichen Kontrolle von Marktmissbrauch (Art. 7 KG) untersteht, muss revidiert werden. Denn sind auf ein Unternehmen die Bestimmungen zum Marktmissbrauch anwendbar, kommt es zu einer ordnungspolitisch fragwürdigen Dauerregulierung seines Verhaltens. Die zwei Varianten gestalten sich wie folgt:

- Variante 1: Die in der EU und den meisten modernen Industrienationen angewendeten Beurteilungskriterien werden übernommen (so genannter SIEC-Test). Damit können bereits Zusammenschlüsse, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen, untersagt werden. Im Gegenzug können von den Unternehmen Effizienzgründe, welche für den Zusammenschluss sprechen, ausgleichend vorgebracht werden. Die Variante hat den Vorteil, dass sie die negativen Auswirkungen von Zusammenschlüssen auf die Wirtschaft und die Konsumentinnen und Konsumenten vollumfänglich erfassen kann. Zudem erfährt die Zusammenschlusskontrolle eine Harmonisierung mit der EU. Auf der anderen Seite steigt wegen des Tests der Ressourcenbedarf bei der Wettbewerbsbehörde und den Unternehmen und es wird allenfalls vermehrt in Eigentumsrechte eingegriffen.
- In Variante 2 soll das relevante Beurteilungskriterium für einen Zusammenschluss nur noch die Marktbeherrschung sein, nicht auch noch eine durch die Marktbeherrschung ausgelöste Beseitigung des Wettbewerbs. Die Methoden zur Feststellung von Marktbeherrschung sind etabliert. Diese Variante ist deshalb einfach und braucht nicht mehr Ressourcen als heute. Allerdings können mit dieser Variante nicht alle wettbewerbschädlichen Effekte von Zusammenschlüssen angegangen werden und eine Angleichung an die EU

findet nicht statt. Angesichts des Mehrbedarfs an Ressourcen, den Variante 1 mit sich bringt, steht für den Bundesrat Variante 2 im Vordergrund.

Drittens werden Fristen und Verfahren soweit den Unternehmen dienlich mit der EU in Einklang gebracht. Die EU hat ihre Verfahrensfristen im Jahre 2004 überarbeitet. Dies führte zu unterschiedlichen Fristen für international tätige Unternehmen und damit zu höheren Abstimmungs- und Zusammenschlusskosten. Mit dem Vorschlag des Bundesrates werden diese Unstimmigkeiten beseitigt. Im Nachgang zu einer Gesetzesrevision würde auch diesbezüglich die Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüsse angepasst.

Viertens wird dem Bundeswettbewerbsgericht neu eine Ordnungsfrist von drei Monaten auferlegt, innert der es über allfällige Beschwerden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle entscheiden soll. Damit wird erstens dem Umstand Rechnung getragen, dass Unternehmenszusammenschlüsse oft sehr zeitkritisch vollzogen werden müssen. Zweitens wird es öfter zu einer Überprüfung von Bedingungen und Auflagen und damit zur Herausbildung einer gerichtlich abgesicherten Rechtspraxis in diesem Bereich kommen.

Insgesamt werden mit den Vorschlägen zur Zusammenschlusskontrolle die Zwecke des KG besser erreicht als heute. Die Vereinfachung bei internationalen Zusammenschlüssen und die Koordination der Verfahren und Fristen mit der EU sorgen für die Einsparung von Ressourcen bei den Unternehmen und der Wettbewerbsbehörde; sie kommen den grossen, internationalen Unternehmen entgegen. Gleichzeitig ist die Reform des Beurteilungskriteriums notwendig, um bekannte Schwachstellen der heutigen Zusammenschlusskontrolle zu beseitigen und in Zukunft schädliche Zusammenschlüsse tatsächlich zu verhindern. Dies nützt insbesondere jenen Wirtschaftseinheiten der Marktgegenseite, die keine Marktmacht haben, aber auch den direkten Konkurrenten. Eine Förderung bestimmter Unternehmensgrössenklassen ist allerdings nicht bezweckt. Kriterium bleibt die volkswirtschaftliche Schädlichkeit eines Zusammenschlusses.

1.2.5 Verbesserung der Möglichkeiten zur internationalen Zusammenarbeit

Ziele

Für kleine Volkswirtschaften wie die Schweiz sind offene Grenzen eine der wichtigsten Voraussetzungen für funktionierenden Wettbewerb. Daher ist eine effiziente Bekämpfung länderübergreifender Wettbewerbsbeschränkungen besonders wichtig. Dabei sind die schweizerischen Wettbewerbsorgane jedoch im Nachteil. Die Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende Koordination von Untersuchungen mit anderen Wettbewerbsbehörden fehlen weitgehend: Die schweizerische Rechtsordnung umfasst weder eine nationale gesetzliche Norm, noch ein vollständiges internationales Kooperationsabkommen, das den formellen Informationsaustausch zwischen Wettbewerbsbehörden regeln würde. Auf bilateraler Ebene enthält einzig das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU dem EG-Wettbewerbsrecht entnommene wettbewerbsrechtliche Vorschriften. Daneben beinhalten einige Freihandelsabkommen Bestimmungen zur

Kooperation in Wettbewerbsfragen. Allerdings schliesst keines der bestehenden Abkommen den Austausch vertraulicher Informationen ein - das oben erwähnte Luftverkehrsabkommen mit seinem sehr speziellen Anwendungsgebiet ausgeklammert.

Handlungsbedarf besteht beispielsweise aus folgendem Grund: Wenn ausländische Wettbewerbsbehörden ausserhalb der Schweiz eine Hausdurchsuchung gegen ein internationales Kartell durchführen, das auch die Schweiz abdeckt, erfahren die in der Schweiz beteiligten Unternehmen von solchen Aktionen in der Regel, bevor die Schweizer Wettbewerbsbehörde Kenntnisse über den Kartellverdacht und die Hausdurchsuchung erlangt. Damit sind die Unternehmen in der Schweiz gewarnt und können der Entdeckung von relevanten Informationen durch die Wettbewerbsbehörde vorbeugen; die Aufdeckung des Kartells wird damit in der Schweiz verunmöglichlicht.

Ziel der Revision ist es, die geltende Rechtslage bezüglich grenzüberschreitender Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe an ausländische Wettbewerbsbehörden der heutigen unternehmerischen Wirklichkeit anzupassen. Dadurch sollten internationale Kartelle mit Wirkung auf die Schweiz besser bekämpft werden und es wird sichergestellt, dass die Schweiz nicht zum Hort für internationale Kartelle wird.

Lösung

Die zuständige Wettbewerbsbehörde soll mit den nötigen Instrumenten ausgestattet werden, damit sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben mit der wachsenden internationalen Verflechtung der Wirtschaft Schritt halten kann. Sie soll **bei Untersuchungs-handlungen mit ausländischen Behörden zusammenarbeiten und mit ihnen vertrauliche Informationen austauschen** können.

Gleichzeitig soll der **Rechtsschutz hoch gewichtet** und einem Überschreiten der Informationsbegehren von ausländischen Behörden vorgebeugt werden. Hierzu werden die Möglichkeiten der Bekanntgabe von Daten an ausländische Behörden an klare Bedingungen geknüpft:

- Informationen sollen nur ausgetauscht werden können, wenn die im empfangenden Staat untersuchten Verhaltensweisen auch nach schweizerischem Recht unzulässig sind.
- Die schweizerische Wettbewerbsbehörde soll Informationen nur weitergeben können, wenn die ausländische Wettbewerbsbehörde zusichert, dass sie mit Bezug auf die Informationsbekanntgabe Gegenrecht hält.
- Informationen dürfen von ausländischen Wettbewerbsbehörden nur in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand als Beweismittel verwendet werden, für den sie die Wettbewerbsbehörden ursprünglich erhoben haben (Spezialitätsprinzip).
- Informationen dürfen nur dann weitergegeben werden, wenn die ausländischen Behörden zusichern, dass sie die Verfahrens- und Parteirechte in zur Schweiz vergleichbarer Weise wahren.

- Die Weitergabe ist an die Voraussetzung geknüpft, dass die ausländischen Behörden an das Amtsgeheimnis gebunden sind oder einer entsprechenden Verschwiegenheitspflicht unterliegen.
- Darüber hinaus entscheidet die Wettbewerbsbehörde im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz, ob die Rechtshilfe in Strafsachen wegen der Art der Tat ausgeschlossen ist oder nicht. Verstösse gegen kartellrechtliche Bestimmungen gelten dabei explizit nicht als währungs-, handels- oder wirtschaftspolitische Delikte im Sinn von Artikel 3 Absatz 3 des Rechtshilfegesetzes vom 20. März 1981
- Schliesslich sollen die ausgetauschten vertraulichen Informationen nicht in ausländischen Zivilverfahren verwendet werden dürfen.

In grundsätzlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass es um eine Kann-Bestimmung geht: Die Wettbewerbsbehörde ist nicht verpflichtet, Informationen an ausländische Behörden weiterzugeben.

Diejenigen Informationen, die der Wettbewerbsbehörde aufgrund der Bonusregel („Kronzeugenregel“) oder in Zusammenschlussverfahren freiwillig von den Unternehmen vorgelegt wurden, sollen nur mit Zustimmung der Unternehmen international ausgetauscht werden können. Damit wird verhindert, dass die Kooperationsbereitschaft mit der Wettbewerbsbehörde in diesen beiden Belangen abnimmt.

Alternativen

Grundsätzlich kann ein Ausbau der Möglichkeiten zur Koordination und zum Informationsaustausch mit ausländischen Wettbewerbsbehörden auch über bilaterale Abkommen mit ausländischen Staaten erreicht werden. Dieser Weg nimmt jedoch bedeutend mehr Zeit in Anspruch und stellt keine vollwertige Alternative dar. Die hier vorgelegte Gesetzesgrundlage schafft eine Basis, die auf alle ausländischen Staaten angewendet werden kann, welche die oben genannten Anforderungen erfüllen. In bilateralen Abkommen soll auch in Zukunft im Einzelfall geprüft werden können, ob weiter gehende Möglichkeiten zur Kooperation notwendig und sinnvoll sind.

1.2.6 Stärkung des Kartellzivilrechts

Ziele

Bei der praktischen Durchsetzung des KG steht heute das behördliche Verfahren im Vordergrund. Die Kartellrechtsdurchsetzung durch Private vor den Zivilgerichten ist demgegenüber von untergeordneter, ja bloss sporadischer Bedeutung. Die Gründe für diesen Befund sind vielfältig: Das geltende Recht verweigert gemäss vorherrschender Auslegung den Nachfragern (insbesondere den Konsumentinnen und Konsumenten) die Klagelegitimation. Die Frist für die Verjährung der kartellrechtlichen Ansprüche ist wie in anderen Bereichen des Zivilrechts zu knapp bemessen. Zudem steht das Verwaltungsverfahren zumindest teilweise in Konkurrenz zum Zivilrechtsweg: Auch wenn die Opfer einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung im verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht den Ersatz ihres Schadens erlangen

können, vermeidet der Weg über die WEKO die Kosten und Risiken eines Zivilprozesses.

Die Anreize zur zivilrechtlichen Klageerhebung können durch systemkonforme Änderungen deutlich vergrössert werden. Es geht hierbei nicht darum, das Zivilkartellrecht zu Lasten des Kartellverwaltungsrechts zu stärken. Es geht vielmehr um eine bessere Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt. Die Erfahrungen im europäischen Ausland zeigen, dass die Beseitigung systemwidriger Stolpersteine und die sachdienliche Anpassung des rechtlichen Rahmens die Attraktivität des zivilrechtlichen Wegs erhöhen können, ohne dass es zu einer exzessiven Klagekultur kommt. Ziel der Reform ist, dass diejenigen, die von Wettbewerbsbeschränkungen getroffen werden, in Zukunft vermehrt selbst entschädigt werden (via Folgeklagen), respektive in breiterem Sinn (z.B. Unterlassungsanspruch) die Initiative ergreifen können und damit nicht mehr von der Prioritätenordnung der Wettbewerbsbehörde abhängig sind.

Wenn es im Zuge der Gesetzesrevision zu einer Stärkung des Kartellzivilrechts kommt, kann vorgesehen werden, dass der Bundesrat in der KG-Sanktionsverordnung eine Regelung zur Koordination zwischen den Belastungen nach Artikel 49a KG und den zivilrechtlichen Klagen aufnimmt, um eine doppelte Belastung der Unternehmen auszuschliessen. Grundsätzlich gibt es schon heute die Möglichkeit zur Revision der Sanktion.

Lösung

Der Bundesrat schlägt erstens vor, dass die zivilrechtliche Klagemöglichkeit, die heute auf Wettbewerber beschränkt ist, auf alle von Kartellen Betroffene ausgedehnt wird. Dadurch werden in Zukunft insbesondere **die Konsumentinnen und Konsumenten sowie die öffentlichen Auftraggeber ihre Rechte zivilrechtlich geltend machen können.**

Zweitens soll die **Verjährungsfrist im Kartellzivilrecht** in Zukunft ab einer Untersuchungseröffnung der Wettbewerbsbehörde bis zum rechtskräftigen Entscheid still stehen. Damit wird verhindert, dass aufgrund langer verwaltungsrechtlicher Verfahren die Möglichkeit zur zivilrechtlichen Klage nicht wirksam wahrgenommen werden kann (betrifft v.a. die Folgeklagen, die auf den Erkenntnissen des verwaltungsrechtlichen Verfahrens aufbauen).

Alternativen

Die dargelegten Revisionsvorschläge entsprechen einem Auszug aus einem Gutachten von Prof. Andreas Heinemann, der weiter gehende und detailliertere Anpassungen des Kartellzivilrechts vorschlägt. Das vollständige Gutachten ist verfügbar unter <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02367/index.html>

1.2.7 Verfahrensrecht

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Entscheid im Fall „Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion“ vom 24. Februar 2010 festgestellt, dass den im heutigen KG vorgesehenen Sanktionen gegen Unternehmen Strafcharakter im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 EMRK zukommt. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber auch bestätigt, dass bei sanktionsbedrohten Sachverhalten ein Vorgehen nach VwVG mit Ergänzungen aus anderen Verfahrensrechten grundsätzlich möglich ist.

Die Vernehmlassungsunterlage verfolgt das Ziel, bei allen sanktionsbedrohten Verhaltensweisen ein klares, der EMRK genügendes, wirksames und möglichst rasches Verfahren zu ermöglichen. Eine vertretbare Mitwirkung der Unternehmen an der Sachverhaltsklärung soll auch dazu gehören. Auf eine Revision von Artikel 40 KG wird hier deshalb zumindest vorläufig verzichtet. Der Weg, um im Streitfall zu klären, was eine vertretbare Mitwirkung der Unternehmen beinhaltet, ist vom Bundesverwaltungsgericht im Terminierungsentscheid aufgezeigt worden. Wenn das Unternehmen eine Auskunft nicht erteilen will und die Wettbewerbsbehörde auf ihrem Auskunftsbegehren beharrt, steht gegen die von der Wettbewerbsbehörde hierzu erlassene bussenbewehrte Verfügung die Beschwerde ans Bundeswettbewerbsgericht offen. Mithin soll durch die Entwicklung einer Gerichtspraxis der inhaltliche Umfang der Auskunftspflicht geklärt werden.

Auf die Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechts (VStrR) wird weiterhin nur punktuell, so insbesondere in Artikel 42 Absatz 2 für gewisse Zwangsmassnahmen, zurückgegriffen. Auch von einem generellen Umschwenken auf das allgemein noch wenig erprobte Modell des Unternehmensstrafrechts des Strafgesetzbuchs soll abgesehen werden, zumindest solange allein die Unternehmen sanktionsbedroht sind.

Für die Behörden wie auch die Unternehmen und ihre Rechtsvertreter ergeben sich aus der generellen Anwendung des VwVG prozessökonomische Vorteile, kommt doch für Zusammenschlussverfahren nur das VwVG in Frage. Verbleibenden Bedenken gegen die Anwendung des VwVG wird durch die im institutionellen Teil vorgesehene verbesserte Trennung zwischen Untersuchung und Antragstellung einerseits und gerichtlichem Entscheid inklusive Sanktionierung andererseits begegnet.

2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

2.1 Ingress

Im Ingress des heutigen KG wird neben der Abstützung auf Artikel 27 Absatz 1 BV (Wirtschaftsfreiheit), Artikel 96 BV (Wettbewerbspolitik) und Artikel 122 BV (Zivilrecht) auch auf Artikel 97 Absatz 2 BV (Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten) verwiesen. Letzterer hält fest, dass der Bund Vorschriften über die Rechtsmittel erlasse, welche die Konsumentenorganisationen ergreifen können. Dies erscheint etwas irreführend, sieht doch das heutige KG keine Klagemöglichkeit der Konsumentenorganisationen vor.

Mit den in dieser Vorlage vorgeschlagenen Anpassungen in Artikel 12 E-KG wird die Klagemöglichkeit erweitert. Da die Klagemöglichkeit neu auch individuellen Konsumentinnen und Konsumenten offen stehen soll, soll der Verweis neu auf den gesamten Artikel 97 BV erfolgen. Mit diesen Anpassungen ist nicht gemeint, dass das KG ein eigentliches Konsumentenschutzgesetz werden soll (vergleiche auch die Ausführungen zu Art. 12). Das KG dient vorab der Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz; es trägt insbesondere dazu bei, die Wohlfahrt der Konsumentinnen und Konsumenten dynamisch, d.h. im Zeitablauf, zu steigern.

2.2 Redaktionelle Änderungen

Infolge der verstärkten Trennung und Neuordnung zwischen Untersuchung und Entscheid im Kartellrecht, die zu einem Umbau des bisherigen Sekretariats der WEKO zu einer eigentlichen Wettbewerbsbehörde und zur einer Aufwertung des Entscheidkörpers zu einem Bundeswettbewerbsgericht führt, kommt es zu einer Reihe von redaktionellen Änderungen im KG. Ebenfalls wurde neu auf eine geschlechterneutrale Formulierung geachtet.

Betroffen von solchen redaktionellen Änderungen sind die Artikel 3, 6, 9, 10, 15, 25, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 40, 42, 42a, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 57 und 58. Diese Änderungen werden untenstehend nicht näher erläutert.

Aufgrund des umfassenden Charakters der vorliegend zur Diskussion gestellten Revision wird bei der Erarbeitung der Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes eine Neu Nummerierung und Neustrukturierung mit dem Zweck der besseren Übersichtlichkeit des Gesetzes vorzunehmen sein.

2.3 Materiellrechtliche Bestimmungen (2. Kapitel)

2.3.1 Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen (1. Abschnitt)

Ziel der Neuregelung bei der Behandlung vertikaler Vereinbarungen ist, dass der volkswirtschaftliche Zweck des KG im Bereich der vertikalen Vereinbarungen optimal erreicht wird, d.h. es sollen dort, wo sie ausnahmsweise im Gegensatz zueinander stehen, Effizienz- und Konkurrenzgesichtspunkte bei der rechtlichen Würdigung in ein besseres Gleichgewicht gebracht werden. Rechtsunsicherheiten sollen aufgelöst werden. Dazu werden nachstehend 2 Varianten vorgestellt:

Variante 1 betreffend differenzierter Behandlung vertikaler Vereinbarungen

Artikel 5 Unzulässige Wettbewerbsabreden

Im heutigen KG wird für bestimmte horizontale (in Art. 5 Abs. 3) und vertikale (in Art. 5 Abs. 4) Typen von Abreden vermutet, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Dies hat zwei Konsequenzen: Erstens kann die Aufzählung dieser Typen als eine Definition besonders schädlicher Arten von Abreden angesehen werden; konsequenterweise können nur diese Arten von Abreden sanktioniert werden. Und zweitens sollten die Vermutungen dazu führen, dass die WEKO diese besonders

schädlichen Abreden einfacher und mit geringerem Begründungsaufwand untersagen kann.

In Variante 1 wird Artikel 5 Absatz 4 KG gestrichen, welcher die Vermutung aufstellt, dass der Wettbewerb beseitigt sei bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. In der Praxis der Wettbewerbsbehörden hat sich gezeigt, dass die entsprechende gesetzliche Vermutung in der Regel umgestossen wird, da vertikale Vertriebssysteme oft in Konkurrenz zu anderen Vertriebssystemen stehen (Interbrandwettbewerb), die sogar vertikal vollumfänglich integriert sein können. Die bisherige gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung stimmt nicht mit der Realität überein und schiesst damit über das Ziel hinaus. Zielführend ist es vielmehr, bei der Beurteilung vertikaler Vereinbarungen auf die konkrete Wirkung im Einzelfall abzustellen. Sanktioniert werden soll dann, wenn tatsächlich eine unzulässige, d.h. eine erhebliche und nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs erfolgt ist.

Die Streichung von Artikel 5 Absatz 4 in Variante 1 ist nicht als ungebührliche Aufweichung des Gesetzes zu verstehen. Denn parallel dazu werden die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen neu in Artikel 49a Absatz 1 E-KG aufgenommen. Damit ist sichergestellt, dass eine sachgerechte Einzelfallanalyse erfolgen kann, die es ermöglicht, Marktabschottungen zu verhindern und Effizienzargumente im Einzelnen zu prüfen.

Ergänzend sei auf die Erläuterungen betr. Artikel 49a Absatz 4 verwiesen, der das Widerspruchsverfahren derart verbessert, dass das Problem allfälliger Rechtsunsicherheit bestmöglich gelöst wird.

Artikel 49a Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

Absatz 1: In Artikel 49a Absatz 1 E-KG wird die heutige Praxis bestätigt, dass horizontale Abreden über Preise, Mengen oder Gebiete (lit. a) sowie vertikale Abreden über Preise und Gebiete (lit. b) immer sanktioniert werden, sofern sie unzulässig sind, also den Wettbewerb entweder beseitigen oder erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass das BGer die Hürde für die Annahme der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs sehr hoch angesetzt hat, kam die WEKO in der Vergangenheit praktisch nie zum Ergebnis, dass der Wettbewerb (vollständig) beseitigt war. Festgestellt wurden „lediglich“ erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen. Würde die Sanktionierbarkeit bei Umstossung der Vermutung entfallen, wären Sanktionen in der Praxis nur sehr selten möglich, was dem Willen des Gesetzgebers widersprechen würde.

Variante 2 betreffend differenzierter Behandlung vertikaler Vereinbarungen

Artikel 6 Nicht erhebliche sowie gerechtfertigte Arten von Wettbewerbsabreden

In der Ökonomie ist unbestritten, dass vertikale Abreden unter gewissen Voraussetzungen den Wettbewerb und die Effizienz nicht etwa beeinträchtigen, sondern sogar

fördern können. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn die an der Abrede beteiligten Unternehmen nur über einen geringen Marktanteil verfügen.

Um eine klarere gesetzliche Grundlage für die genauere Abgrenzung unerheblicher von erheblichen Abreden zu schaffen, soll in Variante 2 zur Behandlung vertikaler Abreden in Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f eine Bestimmung aufgenommen werden, die es ermöglicht, in einer Verordnung oder Bekanntmachung die Erheblichkeit von Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen genauer festzulegen. Hauptsächlicher Inhalt der Verordnung respektive Bekanntmachung wäre es, im Sinne einer „de minimis“-Regelung Marktanteils- und/oder Umsatzgrenzen festzulegen, unterhalb denen vertikale Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen als unerheblich für den Wettbewerb zu betrachten sind.

Eine solche Lösung würde vom heute geltenden EU-Recht abweichen, weil in der EU zumindest die „schwarze Klauseln“ unabhängig von Marktanteilen sanktionsbedroht sind.

Artikel 49a Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

Zusätzlich ist in dieser Variante eine Ergänzung in Artikel 49a Absatz 3 KG Buchstabe d vorgesehen. Sie bewirkt, dass vertikale Abreden, die im Europäischen Wirtschaftsraum unbehelligt praktiziert werden, im Fall ihrer Anwendung in der Schweiz nicht direkt sanktioniert werden können. Erforderlich ist nicht nur der Nachweis des Unternehmens, dass es dieselbe Abrede im EWR praktiziert und dort wegen dieser Abreden keine Verfahren laufen. Kumulativ dazu muss das Unternehmen auch nachweisen, dass es im nötigen Umfang Abklärungen vorgenommen hat, ob die entsprechende Abrede im EWR zulässig sei. Gemeint ist dabei aber nicht die Zulässigkeit in einem einzelnen Mitgliedsstaat und allenfalls noch nach nationalem Recht, sondern vielmehr, dass die betroffene Abrede gemeinhin als nach EU-Recht zulässig betrachtet werden kann. Damit erhalten international tätige Unternehmen die Sicherheit, ihre Vertriebssysteme auch in der Schweiz einsetzen zu können, ohne ein kartellrechtliches Sanktionsrisiko einzugehen.

Die vorgeschlagene Bestimmung bedeutet indes nicht, dass jede im EU-Raum praktizierte Vertriebsform automatisch auch in der Schweiz rechtlich für alle Zeit zulässig wird. Kommt die Wettbewerbsbehörde zum Schluss, dass das Verhalten aufgrund der schweizerischen gesetzlichen Grundlage und der hiesigen Marktverhältnisse unzulässig wäre, so hat sie dem Bundeswettbewerbsgericht Antrag auf Unterbindung der Abrede zu stellen. Ist die Zulässigkeit im EWR genügend erwiesen, entfällt nur die Sanktion.

2.3.2 Unternehmenszusammenschlüsse (2. Abschnitt)

Artikel 9 Meldung von Unternehmenszusammenschlüssen

Ein Teil der den Wettbewerbsbehörden gemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse betrifft Zusammenschlüsse von internationalen Unternehmen. Der grenzüberschreitende Charakter führt dazu, dass solche Zusammenschlüsse parallel von Wettbewerbsbehörden verschiedener Staaten zu beurteilen sind. Dies verursacht einen Mehrfachaufwand bei den betroffenen Unternehmen und Wettbewerbsbehörden.

Diese Mehrfachbelastung soll mit der vorgeschlagenen Anpassung in Artikel 9 Absatz 1^{bis} KG vermindert werden:

Die Meldepflicht für Zusammenschlüsse von Unternehmen, deren Produkte und Dienstleistungen kartellrechtlich gesehen zu Märkten gehören, die wenigstens die Schweiz und den EWR umfassen, soll in Zukunft deutlich vereinfacht werden. Denn soweit die EU-Instanzen in solchen Märkten Zusammenschlüsse untersagt oder mit Auflagen und Bedingungen zulassen, hat der Entscheid länderunabhängig auf den gesamten EWR und damit auch auf die Schweiz Wirkung. Es reicht, dass die Wettbewerbsbehörde vom laufenden Zusammenschlussverfahren Kenntnis erhält. Eine Beurteilung durch die Schweiz ist in solchen Fällen erfahrungsgemäss nicht nötig. Für den Fall, dass die Unternehmungen zum Zeitpunkt der Meldung irrtümlicherweise davon ausgegangen sind, die in Artikel 9 Absatz 1^{bis} KG enthaltenen Bedingungen seien erfüllt, sich aber im Verlaufe der Beurteilung des Zusammenschlusses durch die Europäische Kommission das Gegenteil zeigt (z.B. erweisen sich einige Märkte als national), haben die Unternehmen den Zusammenschluss nachträglich auch in der Schweiz zu melden.

Die Änderung in Artikel 9 Absatz 5 ist redaktioneller Natur: Seit der Neukonzeption der Erlassformen im Rahmen der Nachführung der Bundesverfassung gibt es den allgemeinverbindlichen nicht referendumpflichtigen Bundesbeschluss nicht mehr. Seine Funktion erfüllen heute Verordnungen, welche die Bundesversammlung erlässt.

Artikel 10 Beurteilung von Zusammenschlüssen

Insbesondere in Märkten, die konzentriert sind und in welchen einzelne Unternehmen hohe Marktanteile aufweisen, können Unternehmenszusammenschlüsse volkswirtschaftlich schädlich sein. Übersteigt die Marktkonzentration ein gewisses Mass oder entsteht durch ein Zusammenschlussvorhaben gar eine marktbeherrschende Stellung, können nach der ökonomischen Lehre und Forschung zwei Kategorien von schädlichen Effekten entstehen:

- Nicht-koordinierte (unilaterale) Effekte: Falls der Wettbewerbsdruck infolge eines Zusammenschlusses abnimmt oder gar eine marktbeherrschende Stellung entsteht, können für die sich zusammenschliessenden Unternehmen Anreize bestehen, die Marktkonditionen zu Lasten ihrer Kunden abzuändern, beispielsweise indem sie die Preise erhöhen.
- Koordinierte Effekte: Wenn nur noch wenige Unternehmen in einem Markt tätig sind, kann ein Unternehmenszusammenschluss auch dazu beitragen, dass die im Markt verbleibenden Akteure ihr Verhalten explizit oder stillschweigend zu Lasten ihrer Kunden aufeinander abstimmen.

Die geltende Zusammenschlusskontrolle trägt diesen wettbewerbshemmenden Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen ungenügend Rechnung. Der Bundesrat unterbreitet deshalb zwei Varianten zur Verbesserung:

Variante 1 bezüglich Zusammenschlusskontrolle:

Diese Variante erlaubt in Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe a eine vollumfängliche Prüfung der negativen und positiven Effekte eines Zusammenschlusses nach Vorbild des durch die EU-Behörden angewandten SIEC-Tests (*Significant Impediment to*

Effective Competition). Damit verbunden ist die Möglichkeit, Zusammenschlüsse zu untersagen oder mit Auflagen und Bedingungen zu belegen. Eine Untersagung würde damit in Einzelfällen auch dann möglich, wenn keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Ebenso können damit neu Effizienzvorteile eines Zusammenschlusses erfasst werden (Art. 10 Abs. 2 lit. b). Soweit die Effizienzvorteile für die Nachfrager die negativen Effekte des Zusammenschlusses ausgleichen, haben die Wettbewerbsbehörden den Zusammenschluss zu genehmigen.

Diese Variante beinhaltet eine weit gehende Annäherung der Schweizer Zusammenschlusskontrolle an jene der EU und der meisten Mitgliedsstaaten. Sie dürfte einiges ressourcenaufwändiger sein als die heutige Zusammenschlusskontrolle.

Variante 2 bezüglich Zusammenschlusskontrolle:

Diese Variante sieht eine nur leichte Anpassung der Schweizer Zusammenschlusskontrolle vor, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen würde, in Zukunft einen Zusammenschluss zu untersagen oder mit Auflagen und Bedingungen zu belegen, sofern dieser eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (Art. 10 Abs. 2 lit. a). Das problematische und umstrittene Kriterium der Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs entfällt. Diese Variante zieht einen geringeren administrativen Aufwand nach sich als Variante 1. Allerdings lässt diese Variante Zusammenschlüsse zu, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, aber keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Nur die nicht-koordinierten (unilateralen) Effekte, nicht aber die koordinierten Effekten werden mit dieser Variante erfasst. Auch können Effizienzgewinne dank Unternehmenszusammenschlüssen von der Wettbewerbsbehörde nicht berücksichtigt werden. Schliesslich findet keine Harmonisierung mit der EU statt.

2.4 Zivilrechtliches Verfahren (3. Kapitel)

Artikel 12 Ansprüche aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung

Aufgrund des bisherigen Wortlauts waren Konsumentinnen und Konsumenten im Fall einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nach ganz überwiegender Meinung von der Geltendmachung von Zivilrechtsansprüchen ausgeschlossen. Dies führte unter anderem zu einer untragbaren Haftungslücke, da der Kartelldelinquent niemandem gegenüber haftbar ist: Gegen Schadenersatzforderungen von Unternehmen kann er sich meist mit den Einwand verteidigen, diese hätten selber keinen Schaden im Rechtssinne erlitten, weil sie den aufgrund der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung zu viel bezahlten Preis an die nachgelagerte Marktstufe (zuletzt die Konsumentinnen und Konsumenten) überwälzen konnten. Die Ansprüche der aufgrund dieser Schadensabwälzung letztlich geschädigten Konsumentinnen und Konsumenten scheitern sodann an der genannten fehlenden gesetzlichen Aktivlegitimation. Durch die sachgerechte Ausdehnung der Aktivlegitimation auf all jene, die durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt werden, soll nun auch finanziell geschädigten Konsumentinnen und Konsumenten ein Klagerecht zustehen, womit die Haftungslücke beseitigt wird.

Falls Konsumentenorganisationen klagen möchten, werden sie sich erst die Forderungen von den Konsumentinnen und Konsumenten abtreten lassen müssen.

Da neu nicht mehr an einer Wettbewerbsbehinderung angeknüpft wird, bedingt dies eine Änderung im Wortlaut der Marginalie zu Artikel 12 sowie in der Formulierung der Bestimmungen von Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a. Aus demselben Grund wird die bisherige Bestimmung von Absatz 2, wonach als Wettbewerbsbehinderung „insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie Diskriminierungsmaßnahmen in Betracht“ fallen würden, als überflüssig gestrichen.

Im Rahmen der Neuregelung von Artikel 12 wird sodann in Anlehnung an Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe c UWG und Artikel 28a Absatz 1 Ziffer 3 ZGB und in Anknüpfung an das KG von 1985 in Absatz 1 Buchstabe b ein Anspruch auf Feststellung der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung aufgenommen.

Demgegenüber ist der bisherige Absatz 3 ersatzlos zu streichen, der besagte, dass die in Absatz 1 genannte Ansprüche auch habe, „wer durch eine zulässige Wettbewerbsbeschränkung über das Mass hinaus behindert wird, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist“. Diese Bestimmung, die noch aus dem KG von 1985 stammt, ist aus heutiger Sicht insoweit geradezu systemwidrig, als sie eine zivilrechtliche Haftung für eine kartellrechtlich zulässige Verhaltensweise begründet. Behinderungen, welche das für eine Rechtfertigung notwendige Mass übersteigen, sind Kartellverstösse und sollen den allgemeinen Regeln des Kartellrechts unterliegen. Einer Sonderregel im Zivilrecht bedarf es nicht.

Auch nach Einführung der Aktivlegitimation für Endkunden stellt das Prozesskostenrisiko eine hohe Hürde für potenzielle Kläger dar. Nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen hat die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, nämlich die Kosten des Verfahrens, die vom Streitwert abhängen, sowie diejenigen der Gegenpartei. Die allgemeine Kostenregel wirkt zwar im Prinzip symmetrisch für und gegen beide Parteien. Faktisch trifft das höhere Risiko aber denjenigen, der eine Verletzung des Kartellrechts geltend macht, da er mit dem im Gutachten Heinemann analysierten Beweisschwierigkeiten konfrontiert ist. Das Kostenrisiko kann selbst in begründeten Fällen vor einer Zivilklage abschrecken. Als Alternative wäre denkbar, dass in gewissen Fällen eine Partei die Kosten der anderen Seite nicht (vollständig) tragen muss. Der Richter oder die Richterin könnte dann die Kosten (soweit sie nicht von der beklagten Partei zu tragen sind) nach seinem Ermessen auf die klagende Partei und den oder die (tatsächlichen oder vermeintlichen) Verursacher einer Wettbewerbsbeschränkung verteilen, wenn die klagende Partei aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte. Eine Modifikation der Kostenverteilung in diesem Sinne wäre nicht systemfremd, sondern aus anderem Zusammenhang bereits bekannt (Art. 706a Abs. 3 OR und Art. 756 Abs. 2 OR).

Artikel 12a Verjährung

Die neue Bestimmung von Artikel 12a enthält eine Vorschrift über die Verjährung der Ansprüche gemäss Artikel 12 Absatz 1. Die Verjährung steht neu im Zeitraum zwischen Eröffnung einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörde und dem rechtskräftigen Entscheid in der Angelegenheit durch die gerichtlichen Instanzen still. Damit soll das Problem der nach überwiegender Auffassung anwendbaren

einjährigen relativen Verjährungsfrist nach Artikel 60 OR entschärft werden, welche die Opfer eines Kartellverstoßes zu frühzeitiger Klageerhebung mit allenfalls beeinträchtigten Erfolgsaussichten zwingt. Die neu geschaffene Möglichkeit, erst einmal das kartellbehördliche Verfahren abwarten zu können, erleichtert den Geschädigten im Einzelfall die Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Ansprüche und stärkt das Kartellzivilrecht insgesamt.

Das genannte Problem der Verjährung während eines Verfahrens ist nicht kartellrechtsspezifisch und tritt auch in anderen zivilrechtlichen Verfahren auf. Sobald eine Revision des allgemeinen Verjährungsrechts erfolgt, könnte auf eine spezialgesetzliche Regelung im KG verzichtet werden.

Artikel 13 Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs

Nach Buchstabe a stellt das Zivilgericht auf Antrag der Klägerin beziehungsweise des Klägers neu fest, „dass Verträge ganz oder teilweise ungültig sind“. Im Vergleich zur gegenwärtigen Fassung, gemäss welcher das Gericht die Ungültigkeit der Verträge "anordnet", wird durch die Neuformulierung jedoch keine materielle Rechtsänderung herbeigeführt. Der Gesetzestext wird einzig der herrschenden Rechtsmeinung angepasst, wonach Vertragsbestimmungen, die das KG verletzen, von Anfang an nichtig sind, dem Urteil des Gerichts somit keine Gestaltungswirkung zukommt.

Die sprachlichen Änderungen in Buchstabe b ergeben sich aufgrund der neuen Ausgestaltung der Klagelegitimation in Artikel 12. Die mögliche Anordnung des Gerichts, dass der Verursacher einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen habe, kommt dementsprechend nicht mehr einzig Teilnehmern im Wettbewerb, sondern potenziell jedem Kläger (auch Konsumentinnen und Konsumenten) zugute.

2.5 Wettbewerbsbehörde und Bundeswettbewerbsgericht (4. Kapitel)

2.5.1 Wettbewerbsbehörde (1. Abschnitt)

Artikel 18 Wettbewerbsbehörde

Mit Absatz 1 schafft der Bund zur Erfüllung der Zwecke des KG eine Wettbewerbsbehörde. Konkret übernimmt sie die Funktionen des heutigen Sekretariates der WEKO, gleichzeitig aber auch Aufgaben, die heute der WEKO selbst zufallen. Dies beginnt mit dem Entscheid über die Eröffnung einer Untersuchung bei Wettbewerbsbeschränkungen und reicht bis zur Beurteilung von meldepflichtigen Unternehmenszusammenschlüssen. Absatz 2 ist auch im Verhältnis zu Artikel 25 Buchstabe a zu sehen. Die Hauptaufgabe der Wettbewerbsbehörde wird unverändert in der Durchführung von Untersuchungsverfahren bestehen, die zu Entscheiden des Bundeswettbewerbsgerichts führen. Sie kann diese - auch im Bereich der verfahrensleitenden Verfügungen - selbständig durchführen. Eigentliche Entscheidkompetenzen müssen der Wettbewerbsbehörde durch das Gesetz zugewiesen sein. Namentlich ist die Wettbewerbsbehörde für die Bewilligung von Unternehmenszusammenschlüssen kompetent. Diese Kompetenzzuweisung ergibt

sich aufgrund der besonderen Dringlichkeit von Entscheiden für die an einem meldepflichtigen Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.

Neben der Untersuchungs- und fallweisen Entscheidfunktion nimmt die Wettbewerbsbehörde auch eine Beratungsfunktion wahr, d.h., ausgehend vom Zweckartikel des Gesetzes berät sie Amtsstellen und Unternehmen bei Fragen zum KG (Abs. 2). Den Beratungsaufgaben kommt eine nicht zu unterschätzende präventive Bedeutung zu. Denn die Wettbewerbsbehörde kann möglicherweise bereits in einem frühen Stadium den an einer Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten oder den durch eine solche Behindernden wichtige Informationen über die wettbewerbsrechtliche Beurteilung vermitteln.

Zu den Aufgaben der Wettbewerbsbehörde gehört zudem, dass sie dem Wettbewerb bei Behörden und in der Öffentlichkeit Gehör verschafft. Diese Kompetenz (sog. Advocacy-Rolle) ergibt sich indes vorab aus Artikel 45, der die Wettbewerbsbehörde ermächtigt, im Interesse des Wettbewerbs Empfehlungen gegenüber den Behörden abzugeben und sich in Vernehmlassungen zu äussern.

Artikel 19 Unabhängigkeit

Die Wettbewerbsbehörde muss eine von der Bundesverwaltung unabhängige Behörde sein. Sie ist dem EVD nur rein administrativ zugeordnet und untersteht in ihren Entscheiden keinen Weisungen des Bundesrates oder der Verwaltungsbehörden.

Artikel 20 Aufsicht

Die Wettbewerbsbehörde steht unter der administrativen Aufsicht der Exekutive (Abs. 1). Mit administrativer Aufsicht ist die Aufsicht über die Organisation und Führung der Wettbewerbsbehörde gemeint. Der Bundesrat erhält über diese Bestimmung explizit keine Möglichkeit, eine inhaltliche Aufsicht über die Entscheide der Wettbewerbsbehörde durchzuführen, welche letztlich ihre Unabhängigkeit gefährden würde. Die Aufsicht der Exekutive konzentriert sich auf Fragen des haushalterischen Ressourceneinsatzes und des guten Zusammenwirkens in der Leitung der Behörde. Diese eher technische Aufgabe wird in Absatz 1 dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement übertragen. Wie unten ausgeführt, obliegt die Kontrolle der Entscheidqualität einzig der Judikative, d.h. Gerichten; die inhaltliche Schwerpunktsetzung und allgemeine Wirkung der Arbeit der Wettbewerbsbehörde sollen aber ohne direkte Einflussnahme der Politik mittels periodischer interner und extern vergebener Evaluationen überprüft werden (vgl. die Erläuterungen zum erneuerten Art. 59a).

Die Ausübung der Oberaufsicht durch die eidgenössischen Räte erstreckt sich auf die gesamte Tätigkeit des Bundesrats und der von ihm beaufsichtigten zentralen und dezentralen Bundesverwaltung (Abs. 2). Adressat der Oberaufsicht ist der Bundesrat. Gestützt auf die Oberaufsicht können keine Entscheide aufgehoben oder geändert sowie Weisungen erteilt werden. Werden Mängel in der Geschäfts- oder Finanzhaushaltführung festgestellt, so können Empfehlungen für das künftige Verhalten abgegeben werden. Bei der Ausübung der Oberaufsicht verfügen die Aufsichtskommissionen über umfassende Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte. Folglich ist es den Aufsichtskommissionen unbenommen, auch mit der Wettbewerbsbehörde direkt in Kontakt zu treten und von ihr zweckdienliche Auskünfte und Unterlagen einzufordern.

Im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht über Anstalten und Unternehmungen des Bundes wird geprüft, ob der Bundesrat die Interessen des Eigners wahrgenommen hat. Diese Form der Prüfung gilt nur sinngemäss für die Wettbewerbsbehörde. Der Bundesrat muss vor allem Rechenschaft über alle Ereignisse ablegen, die das ordentliche Funktionieren dieser Einheit beeinträchtigen könnten. Dies ist gleichzeitig der Kern seiner Aufsichtsfunktion. Da die Tätigkeit der Wettbewerbsbehörde und insbesondere ihre Anträge und Entscheide einer gerichtlichen Überprüfung unterstehen, muss sich die Kontrolltätigkeit des Bundesrats auf den Gesichtspunkt beschränken, ob die Wettbewerbsbehörde korrekt funktioniert und ob sie die Mittel, über die sie verfügt, ordnungsgemäss verwaltet. Zum Punkt, dass sie sie auch wirksam einsetzt, vergleiche auch den Kommentar zu Artikel 21.

Artikel 21 Leitung

Die Wettbewerbsbehörde verfügt über eine Leitung, welche aus mindestens drei Mitgliedern besteht. Sie steht unter der Leitung eines Direktors oder einer Direktorin (Abs. 1). Die Leitung hat insbesondere die Aufgabe, in einem Reglement die organisatorischen Einzelheiten zu regeln. Das Organisationsreglement ist durch den Bundesrat zu genehmigen (Abs. 2 lit. a). Zu den nicht delegierbaren Aufgaben der Leitung gehören u.a. der Erlass von Verfügungen, insbesondere betreffend die Zusammenschlussverfahren, sowie die Eröffnung von Untersuchungen (lit. b und c). Die Delegation von andern Entscheidkompetenzen muss im Rahmen des Organisationsreglements geregelt werden. Da auf einen Verwaltungsrat verzichtet wurde, gleichzeitig die Wettbewerbsbehörde aber nicht weisungsgebunden agiert, ist es wichtig, dass eine Mehrheit von Personen, die nach Artikel 24 vom Bundesrat gewählt sind, die Weichen für die Aktivitäten der Wettbewerbsbehörde stellt.

Die Prioritätensetzung kann vom Departement nur marginal beeinflusst werden. Wie bisher kann das EVD nur die Eröffnung einer Untersuchung verlangen, es kann hingegen den Lauf eines eröffneten Verfahrens weder beeinflussen noch stoppen, auch nicht indirekt, um jede politische Einflussnahme in dieser Hinsicht auszuschliessen. Einzig das Bundeswettbewerbsgericht schliesst eröffnete Untersuchungen. Dem urteilenden Bundeswettbewerbsgericht steht das Recht, eine Untersuchungseröffnung zu verlangen, dagegen nicht zu, da die untersuchende Wettbewerbsbehörde vom urteilenden Bundeswettbewerbsgericht unabhängig sein muss.

Nach Absatz 2 lit d übernimmt die Leitung die Entscheidfunktion in Zusammenschlussverfahren. Hier wirkt das Bundeswettbewerbsgericht aufgrund der besonderen zeitlichen Dringlichkeit nur als Beschwerdeinstanz.

Gemäss Absatz 2 Buchstabe e übt die Leitung auch eine Kontrollfunktionen aus. Dazu dient unter anderem die Einrichtung einer internen Kontrolle, mit der die Leitung die Einhaltung des Organisationsreglements überprüfen, Missstände aufspüren und in der Folge deren Beseitigung anordnen kann. Als Revisionsstelle der Wettbewerbsbehörde wird die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) eingesetzt. Sie ist unabhängig und nur Verfassung und Gesetz verpflichtet.

Gemäss Absatz 2 Buchstabe f erstellt die Leitung den Geschäftsbericht und unterbreitet ihn vor der Veröffentlichung dem Bundesrat zur Genehmigung. Der Bundesrat könnte die Genehmigung verweigern, wenn er mit grundlegenden Punkten der

Berichterstattung nicht einverstanden ist. Der Geschäftsbericht enthält einerseits Angaben zur Praxis des abgelaufenen Geschäftsjahrs. Damit kommt ihm der Charakter eines Rechenschaftsberichts zu. Andererseits bilden statistische Angaben sowie die Jahresrechnung Bestandteile des Geschäftsberichts. Mit der Genehmigung des Geschäftsberichts durch den Bundesrat ist - analog dem Verwaltungsrat der FINMA - keine haftungsrechtliche Entlastung der Leitung für die darin bekannt gegebenen Tatsachen verbunden.

Artikel 24 Personal der Wettbewerbsbehörde

Nach der Regelung von Artikel 24 Absatz 1 wählt der Bundesrat die Direktorin oder den Direktor sowie deren Stellvertreterin oder Stellvertreter und mindestens ein zusätzliches Mitglied zur Vervollständigung der Leitung. Deren Stellung innerhalb der Behörde ist vergleichbar mit derjenigen des Datenschutzbeauftragten oder der in der Revision des Luftfahrtgesetzes angedachten Rolle der Geschäftsleitung des Büros für Flugunfalluntersuchungen innerhalb ihrer jeweiligen Organisationen. Denkt man an die kartellrechtliche Funktion, Unternehmenszusammenschlüsse zu beurteilen, erscheint der Vergleich der Leitung der Wettbewerbsbehörde mit Entscheidungskommissionen wie der Comcom angemessen. Anders als diese verfügt die Wettbewerbsbehörde aber über ihr eigenes Personal und ist damit von Leistungen der Ministerialverwaltung unabhängig.

Die Wahl der Leitung der Wettbewerbsbehörde erfolgt auf eine Amtsdauer von vier Jahren. Dies unterstützt ihre Unabhängigkeit. Das übrige Personal der Wettbewerbsbehörde wird durch die Leitung gewählt. Die Regelung des Dienstverhältnisses richtet sich gegenüber heute unverändert nach der Personalgesetzgebung des Bundes (Abs. 2).

Artikel 25 Amts- und Geschäftsgeheimnis

Artikel 25 regelt entsprechend der geltenden Bestimmung, dass die Wettbewerbsbehörde das Amtsgeheimnis zu wahren hat und in ihren Veröffentlichungen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben darf. Die explizite Regelung des Amtsgeheimnisses ist aufgrund der besonderen Funktion der Wettbewerbsbehörde angebracht, arbeitet sie doch regelmässig mit besonders sensiblen Daten von betroffenen Unternehmen.

Aus gesetzessystematischen Gründen wird die Amts- und Geschäftsgeheimnispflicht für das Bundeswettbewerbsgericht in Artikel 25g gesondert geregelt.

2.5.2 Bundeswettbewerbsgericht (2. Abschnitt)

Artikel 25a Grundsatz

Absatz 1 bezeichnet das Bundeswettbewerbsgericht als das erstinstanzliche Wettbewerbsgericht des Bundes, womit ein nationales Spezialgericht für den Rechtsschutz in Wettbewerbsstreitigkeiten konstituiert wird. Das Bundeswettbewerbsgericht ist bezüglich der Beurteilung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, der zu treffenden Massnahmen zu deren Beseitigung (bzw. allenfalls die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung) sowie in sanktionierbaren Fällen bezüglich der

Ausfällung einer Sanktion bzw. Strafe ausschliesslich zuständig und tritt an die Stelle der bisher zuständigen WEKO. Vorbehalten bleibt der zivilrechtliche Weg.

Absatz 2 nennt die zweite Hauptfunktion des Bundeswettbewerbsgerichts. Es fungiert nämlich nicht nur als erste Instanz in Fällen von Wettbewerbsbeschränkungen, sondern im Grundsatz auch als erste Beschwerdeinstanz in den Fällen, in denen die Wettbewerbsbehörde selber Verfügungen erlässt (die Ausnahme betreffend Zwangsmassnahmen findet sich in Art. 44 Abs. 1). Neben den neu in Artikel 20 Absatz 1 genannten verfahrensleitenden Verfügungen der Wettbewerbsbehörde (z.B. auch betreffend Auskunftspflicht) betrifft dies vor allem die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen, die von der Wettbewerbsbehörde erstinstanzlich beurteilt werden.

In Absatz 3 wird die Einordnung des Bundeswettbewerbsgericht ins Gesamtgefüge abgebildet und geregelt, dass es als Vorinstanz des Bundesgerichts urteilt. Der direkte Instanzenzug ans Bundesgericht soll dazu beitragen, die Verfahren bis zum letztinstanzlichen Entscheid so weit wie möglich zu beschleunigen.

Absatz 4 legt fest, dass die Bestimmungen des Bundesgesetz über das Bundespatentgericht vom 22. März 2009 (PatGG) auf das Bundeswettbewerbsgericht sinngemäss anwendbar sind, soweit das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen nichts anderes bestimmt. Als nicht sinngemäss anwendbar haben sich insb. die Artikel 1, 8, 9, 10, 21, 26 und 4 PatGG erwiesen. Sie werden durch die vorliegenden Artikel 25a bis 25h ersetzt.

In Abweichung vom PatGG finden für Verfahren vor dem Bundeswettbewerbsgericht grundsätzlich die um die nötigen Verfahrensgarantien ergänzten Bestimmungen des VwVG Anwendung.

Artikel 25b Zuständigkeiten

Buchstabe a der Bestimmung regelt, dass das Bundeswettbewerbsgericht ausschliesslich für Entscheide und Verfügungen gemäss dem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen zuständig ist, sofern nicht ausdrücklich die Zuständigkeit einer anderen Behörde vorbehalten ist. Das heisst, das Bundeswettbewerbsgericht ist zuständig für die Feststellung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen, die zu treffenden Massnahmen zu deren Beseitigung (bzw. allenfalls die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung) sowie in sanktionierbaren Fällen für deren Bemessung. Liegt keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor oder kann eine solche nicht nachgewiesen werden, so entscheidet das Bundeswettbewerbsgericht über die Einstellung der Untersuchung.

Gemäss Buchstabe b ist neu das Bundeswettbewerbsgericht für vorsorgliche Massnahmen zuständig. Im Vordergrund stehen vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren, welche nach heutiger Praxis bereits möglich sind.

Artikel 25c Zusammensetzung

Das Wettbewerbsgericht beurteilt Fälle an der Schnittstelle zwischen praktischer Ökonomie und Recht und erfordert von den mit Wettbewerbsstreitigkeiten befassten Richterinnen und Richtern grosses Fachwissen in beiden Bereichen. Die Besetzung mit juristisch sowie auch ökonomisch ausgebildeten bzw. erfahrenen Richterinnen und Richtern ist damit eine notwendige Voraussetzung für eine sachgerechte Rechts-

findung in erster Instanz. Die Richterinnen und Richter sollten sich über ausreichende Erfahrung in wettbewerbsrechtlichen wie wirtschaftlichen Fragestellungen ausweisen. Dies gilt einerseits für die juristisch ausgebildeten Richterinnen und Richter, andererseits aber auch für diejenigen, welche den Bezug des Spruchkörpers zur unternehmerischen Praxis und ökonomischen Lehre sicherstellen sollen. Sie müssen nicht so sehr an Unternehmensführung und Industrieökonomie (Wettbewerbsökonomie) selbst interessiert, sondern zur rechtlichen Umsetzung ihrer diesbezüglichen Erfahrungen und Kenntnisse fähig sein. Andernfalls würde es gerade an der notwendigen Verknüpfung von wirtschaftlich praktischem und juristischem Sachverstand fehlen. Die formellen Anforderungen sollen nicht Gegenstand einer detaillierten Regelung sein; die Wahlbehörde soll bei der Wahl der geeigneten Gerichtsmitglieder den notwendigen Ermessensspielraum haben und das Feld potenzieller Kandidatinnen und Kandidaten soll nicht unnötig eingeschränkt werden. Für die Mehrheit der nebenamtlichen Richterinnen und Richter bleiben aber die unternehmerische Erfahrung oder volkswirtschaftliche Kenntnisse, insbesondere im Bereich der Wettbewerbsökonomie, das wichtigste Kriterium. Eine gewisse Durchlässigkeit in den Funktionen der haupt- und nebenamtlichen Richterinnen und Richter soll allerdings gewährleistet sein.

Dem Bundeswettbewerbsgericht könnten etwa vier hauptamtliche Richterinnen bzw. Richter angehören, davon aus Kostengründen 1-2 mit Teilpensen. Das Bundeswettbewerbsgericht soll durch eine Präsidentin oder einen Präsidenten und eine Vizepräsidentin oder einen Vizepräsidenten geführt werden (vgl. Art. 18 PatGG). Die Aufgabenteilung zwischen den hauptamtlichen Gerichtsmitgliedern (die Präsidentin oder der Präsident soll die Instruktion regelmässig den andern hauptamtlichen Richterinnen und Richtern übertragen) vermeidet denkbare Risiken einer Konzentration zentraler Funktionen bei einer einzigen Person und gewährleistet die Kontinuität der Rechtsprechung. Insbesondere wird verhindert, dass die Rechtsprechung von einer einzelnen Person unvorteilhaft geprägt wird.

Bei der Zahl der nebenamtlichen Richterinnen und Richter wird an eine Anzahl von sechs bis neun gedacht. Ihr Beizug zu den einzelnen Verfahren wird von der Gerichtsleitung bestimmt, in der die nebenamtlichen Richterinnen und Richter mit mindestens einem Vertreter oder einer Vertreterin beteiligt sein sollen.

Artikel 25d Wahl

Absatz 1 überträgt der Bundesversammlung die Kompetenz zur Wahl der Richterinnen und Richter. Bei der Vorbereitung der Wahl wird die Gerichtskommission auf die angemessene Vertretung der Erfahrungen und Kenntnisse gemäss Artikel 25c zu achten haben. Zur Sicherstellung der Ernennung von Richterinnen und Richtern mit der erwähnten Erfahrung kann die Gerichtskommission im Vorfeld der Wahlen der nebenamtlichen Richterinnen und Richter interessierte Kreise anhören.

Absatz 2 legt die Wählbarkeitsvoraussetzungen fest. Die Wahl ans Bundeswettbewerbsgericht setzt die politische Stimmberechtigung im Sinne von Artikel 136 Absatz 1 BV voraus.

Artikel 25e Unvereinbarkeit in der Tätigkeit

Absatz 1: Buchstabe a ist Ausfluss des Gewaltenteilungsprinzips (vgl. Art. 144 Abs. 1 BV).

Buchstabe b orientiert sich an Artikel 6 Absatz 2 BGG und Artikel 6 Absatz 2 VGG. Die Bestimmung verbietet in Form einer Generalklausel die Ausübung von Tätigkeiten, welche die Erfüllung der Amtspflichten, die Unabhängigkeit oder das Ansehen des Bundeswettbewerbsgerichts beeinträchtigen könnten. Dieses Verbot wird vor allem – aber nicht nur – bei teilzeitlich sowie nebenamtlich tätigen Richterinnen und Richtern relevant werden.

Buchstabe c übernimmt für das Bundeswettbewerbsgericht in etwas liberalerer Form die Regelung von Artikel 6 Absatz 3 BGG und Artikel 6 Absatz 3 VGG, indem von einem generellen Ordnungsverbot abgesehen wird. Die Bestimmung schliesst Fachleute schweizerischer Staatsangehörigkeit vom Kreis potenzieller Gerichtsmitglieder nicht aus, die eine amtliche Funktion innerhalb einer internationalen Organisation bekleiden, zu deren Mitgliedsstaaten die Schweiz gehört.

Buchstabe d soll sicherstellen, dass nicht einzelne Interessenverbände Einfluss auf das nur dem Recht verpflichtete Gericht erlangen. Selbst wenn die Vertreter von Interessenorganisationen in der heutigen WEKO nicht häufiger in den Ausstand treten mussten als andere Kommissionsmitglieder, sollen sie im Wettbewerbsgericht nicht Einsitz nehmen können. Ein Arbeitnehmer unterliegt Treuepflichten. Verbandsvertreter werden deshalb immer dem Vorwurf ausgesetzt sein, die allgemeinen politischen Positionen ihres Arbeitgebers im Gericht zu vertreten. Dass Richterinnen und Richter mehr im Sinne eines Benevolats in Vereinen tätig sein können, soll nicht ausgeschlossen werden. Kriterium ist, dass der fragliche Verein nicht, wie typischerweise ein Verband, die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder zum Ziel hat.

Ergänzend zur der Generalklausel regelt Buchstabe e eine wichtige Inkompatibilität explizit: Die berufsmässige Vertretung Dritter vor Gerichten ist mit der Tätigkeit eines hauptamtlichen Richterinnen bzw. eines Richters nicht vereinbar. Die Aufnahme des Unvereinbarkeitsgrunds der berufsmässigen Vertretung Dritter in das Gesetz ist sachgerecht, da die hauptamtlichen Richterinnen und Richter auch in Teilzeit tätig sein können. Die damit verbundene Möglichkeit von Parallelbeschäftigungen erhöht das Risiko einer problematischen Vermischung von anwaltschaftlicher und richterlicher Tätigkeit. Das Verbot, neben einem hauptamtlichen Richteramt gleichzeitig als Anwältin oder Anwalt tätig zu sein, findet sich auch in kantonalen Gerichtsorganisationsgesetzen. Es gewährleistet den verfassungsmässigen Anspruch der Bürgerinnen und Bürger auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV). Bei den nebenamtlichen Richterinnen und Richtern ist im Gegensatz dazu denkbar, dass sie neben ihrer Rolle als Richterinnen beziehungsweise Richter als Anwalt tätig sind, allerdings aus Gründen der Unabhängigkeit nicht im Bereich des Wettbewerbsrechts und verwandten Bereichen (vgl. Art. 25f Abs. 4).

Buchstabe f erlangt nur mit Bezug auf die hauptamtlichen Richterinnen und Richter Relevanz. Die strengen Kriterien für hauptamtliche Richterinnen und Richter verhindern, dass zu grosse Wirtschaftsnähe die Unabhängigkeit des Bundeswettbewerbsgerichts in Frage stellt. Den nebenamtlichen Richterinnen und Richtern müssen angesichts ihres begrenzten Pensums indes genügende und auch hinreichend einträgliche Betätigungsmöglichkeiten verbleiben. Aber auch von ihnen wird ein hohes Mass an Unabhängigkeit erwartet: Es ist zwar denkbar, dass sie in einem Unternehmen eine Tätigkeit ausüben oder sogar ein kleines Unternehmen leiten.

Ausgeschlossen sein soll aber die Wahl von Verwaltungsräten oder Managern von grossen Unternehmen oder von Mitarbeitern von Unternehmen mit direkten kartellrechtlichen Interessen.

Absatz 2 unterstellt die Ausübung jeder Erwerbstätigkeit einer Meldepflicht. Die Meldepflicht dient der Transparenz. Sie gewährleistet die umfassende Offenlegung jeder Erwerbstätigkeit. Er orientiert sich auch an Artikel 7 VGG. Hauptamtliche Richterinnen und Richter mit Teilpensum bedürfen für die Ausübung von Erwerbstätigkeiten ausserhalb des Bundeswettbewerbsgerichts einer Bewilligung. Die Gerichtsleitung übt das Ermessen aus. Das um Bewilligung ersuchende Gerichtsmitglied hat in den Ausstand zu treten. Die nebenamtlichen Richterinnen und Richter bedürfen für die Ausübung ihrer Haupttätigkeiten keiner Bewilligung des Bundeswettbewerbsgerichts. In freiem Ermessen gefällte Entscheide der Gerichtsleitung könnten ihre Erwerbsmöglichkeiten zu stark einschränken. Da sie aus einem Pool von Experten rekrutiert werden, können Inkompatibilitäten von der Gerichtsleitung bei der Zusammensetzung des Spruchkörpers im einzelnen Fall vermieden werden.

Artikel 25f Spruchkörper

Absatz 1 regelt die Zusammensetzung der Gerichtsleitung, in der neben zwei hauptamtlichen auch eine nebenamtliche Richterin oder ein nebenamtlicher Richter vertreten sein sollen. Die Gerichtsleitung soll den Spruchkörper im Einzelfall bestimmen.

Das Bundeswettbewerbsgericht fällt seine Entscheide in Fünferbesetzung (Abs. 2). Für die Fünferbesetzung sprechen vorab das Gleichgewicht zwischen einer effizienten Rechtsprechung und einer breit abgestützten Entscheidungsfindung. Sodann entspricht ein Fünfergremium auch dem Interesse an der Rechtsfortbildung und der Einheit der Rechtsprechung. Dabei setzt sich der Spruchkörper aus mindestens zwei hauptamtlichen Richterinnen oder Richtern zusammen (Abs. 3). Die drei weiteren Mitglieder des Spruchkörpers bestehen aus haupt- und insbesondere nebenamtlichen Gerichtsmitgliedern. Diese Zusammensetzung gewährleistet die juristisch kompetente und fachkundige Rechtsprechung in Wettbewerbsachen.

Vorbehalten bleibt die einzelrichterliche Kompetenz im Sinne von Artikel 23 PatGG. Darüber hinaus wird die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen aus Praktikabilitäts- und Dringlichkeitsgründen der Präsidentin bzw. dem Präsidenten des Bundeswettbewerbsgerichts in einzelrichterlicher Kompetenz zugeordnet (Abs. 3).

Der Präsidentin bzw. dem Präsidenten obliegt nicht zwingend die Verfahrensleitung; deshalb erscheint der damit einhergehende Aufwand vertretbar (vgl. Art. 35 PatGG). Da dem Bundeswettbewerbsgericht idealerweise vier hauptamtliche Gerichtsmitglieder angehören, wird der Gerichtsbetrieb auch bei krankheits- oder ferienbedingten Absenzen nicht beeinträchtigt (vgl. Art. 25c).

Die Gerichtsleitung hat jeweils sicherzustellen, dass dem Spruchkörper keine Mitglieder mit wirtschaftlichen Interessen in der betreffenden Branche angehören (Abs. 5).

Artikel 25g Amts- und Geschäftsgeheimnis

Dieser Artikel enthält in drei Absätzen Vorschriften zur Wahrung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen für das Bundeswettbewerbsgericht. Die Regelung entspricht dabei weitgehend den bereits bisher für die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat und neu für die Wettbewerbsbehörde geltenden Vorschriften (Art. 25). Einzig Artikel 25 Absatz 3, der es der Wettbewerbsbehörde erlaubt, dem Preisüberwacher bestimmte Informationen weiterzugeben, findet sachlogischerweise keine Entsprechung in den Vorschriften betreffend das Bundeswettbewerbsgericht. Im Gegensatz zur Wettbewerbsbehörde (vgl. Art. 25 Abs. 4) muss es dem unabhängigen Bundeswettbewerbsgericht zudem überlassen werden, wie und in welchem Ausmass es etwa im Rahmen einer Urteilspublikationen dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse Nachachtung verschafft. Dieser Entscheid, der das Resultat einer Interessenabwägung im Einzelfall sein muss, kann ihm nicht abgenommen werden.

Artikel 25h *Finanzierung*

Die Finanzierung des Bundeswettbewerbsgerichts erfolgt primär durch Gerichtsgebühren (vgl. Art. 59c KG sowie Art. 31 und 33 PatGG). Das Bundeswettbewerbsgericht wird indes entsprechend etwa dem Bundesgericht oder dem Bundesverwaltungsgericht ergänzend auch aus den allgemeinen Mitteln des Bundes finanziert werden. Dort werden auch die Geldstrafen verbucht.

2.6 Verfahrensbestimmungen (5. Kapitel)

2.6.1 Wettbewerbsbeschränkungen (1. Abschnitt)

Artikel 27 *Eröffnung einer Untersuchung*

Titel: In Analogie zu Artikel 26 betrifft Artikel 27 nicht nur die Frage der Eröffnung, sondern äussert sich generell zum Verfahren der Untersuchung, weshalb der Titel des Artikels angepasst wird.

Absatz 1: Anstelle des bisherigen Sekretariats ist neu die Wettbewerbsbehörde allein sowohl für die selbständige Eröffnung als auch die selbständige Durchführung der Untersuchung zuständig.

Grundsätzlich hat die Wettbewerbsbehörde gemäss der Officialmaxime bei Vorliegen von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung von Amtes wegen eine Untersuchung zu eröffnen. Da die Wettbewerbsbehörde aufgrund begrenzter Kapazitäten indes nicht alle denkbaren (auch kleinen) Wettbewerbsbeschränkungen untersuchen kann, wird diese Pflicht aufgrund von Opportunitätsüberlegungen faktisch relativiert. Es ist eine Prioritätensetzung vorzunehmen, d.h., primär sind die Kartelle und anderen Wettbewerbsbeschränkungen mit den volkswirtschaftlich und sozial schädlichsten Auswirkungen zu untersuchen, insbesondere also die direktsanktionierbaren. Aber auch der Rechtsfortentwicklung durch Leitentscheide ist genügend Beachtung zu schenken. Der Geschäftsbericht macht die Prioritätensetzung transparent. Der Überprüfung der Prioritätensetzung dienen periodische Evaluationen (vgl. Art. 59a).

Wie bisher soll das EVD die Eröffnung einer Untersuchung verlangen können, beispielsweise wenn das Departement zu Informationen gelangt, die auf eine mögliche unzulässige Wettbewerbsbeschränkung hindeuten. Die Wettbewerbsbehörde ist

aber in der Untersuchung und ihren Ergebnissen vollkommen frei. Aus der Bestimmung sollten bei seltener Nutzung der Möglichkeit durch das EVD folglich keine Probleme betreffend Unabhängigkeit entstehen.

Absatz 2: Im Gesetz wird der Grundsatz explizit verankert, dass die Wettbewerbsbehörde (früher das Sekretariat) die Untersuchung nicht nur eröffnet, sondern auch selbständig und unabhängig durchführt.

Artikel 29 Einvernehmliche Regelung

Absatz 1: Wie bisher können die am Verfahren beteiligten Unternehmen mit der Wettbewerbsbehörde eine einvernehmliche Regelung vereinbaren, in welcher sie sich über die Art und Weise der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung einigen. Die Sanktionierbarkeit des in der Vergangenheit praktizierten unzulässigen Verhaltens entfällt mit einer solchen Vereinbarung indes nicht. Vielmehr regelt sie ausschliesslich das Verhalten der beteiligten Unternehmen in der Zukunft. Verbindliche Vereinbarungen über die auszufällende Sanktion sind dagegen zwischen Unternehmen und Wettbewerbsbehörde nicht möglich, da der Sanktionsentscheid letztlich dem Bundeswettbewerbsgericht obliegt. Hingegen kann die Wettbewerbsbehörde den Parteien mitteilen, welche Sanktion sie beim Bundeswettbewerbsgericht beantragen wird. Sind sich Wettbewerbsbehörde und Parteien über die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung einig, so kann die Wettbewerbsbehörde aus Gründen der Verfahrensökonomie von zusätzlichen Untersuchungsmaßnahmen absehen und den Fall mit einem Antrag an das Bundeswettbewerbsgericht überweisen.

Absatz 2: Die zwischen der Wettbewerbsbehörde und den Parteien vereinbarte einvernehmliche Regelung steht stets unter der Bedingung der Genehmigung durch das Bundeswettbewerbsgericht. Dieses kann entweder die Regelung genehmigen oder aber ablehnen, jedoch nicht einseitig abändern. Bei Ablehnung der einvernehmlichen Regelung und/oder bei Überschreiten des den Unternehmen von der Wettbewerbsbehörde in Aussicht gestellten Sanktionsrahmens obliegt es dem Bundeswettbewerbsgericht, selber einen Entscheid über die zu treffenden Massnahmen und die Sanktion zu fällen, allenfalls gestützt auf eigene ergänzende Beweiserhebungen. Gegebenenfalls kann es die Sache auch an die Wettbewerbsbehörde zurückweisen mit dem Auftrag, den Sachverhalt vertiefter zu prüfen und erneut Antrag zu stellen.

Artikel 30 Antrag und Entscheid

Absatz 1: Konsequenter als heute wird zwischen dem Untersuchungs- und dem Entscheidstadium unterschieden: Die Wettbewerbsbehörde nimmt untersuchende und antragstellende Funktion wahr (worunter auch verfahrensleitende bzw. Zwischenverfügungen fallen können); das Bundeswettbewerbsgericht soll im Verfahren der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen die Entscheide mit allfälligen Sanktionen treffen.

Absatz 1bis: Infolge der institutionellen Umgestaltung und des Wegfalls der Wettbewerbskommission kann der Preisüberwacher nicht mehr mit beratender Stimme an deren Sitzungen teilnehmen (Art. 5 Abs. 2 PüG). Eine Einsitznahme im neuen Bundeswettbewerbsgericht ist aufgrund dessen ungenügender Unabhängigkeit vom EVD ausgeschlossen. Die Zusammenarbeit zwischen der Wettbewerbsbehörde und der Preisüberwachung ist gemäss Artikel 5 Abs. 2, 3 und 4 PüG trotzdem weiterhin

gewährleistet. Zusätzlich muss die Wettbewerbsbehörde neu den Preisüberwacher in Analogie zu Artikel 5 Absatz 4 PüG (Konsultationspflicht der Wettbewerbsbehörde in ausgewählten Fragen) in Verfahren betreffend Preismissbrauch und gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Preisunterbietung konsultieren.

Gepprüft wurde, ob die Zusammenarbeit mit den Sektorregulatoren (insbesondere mit der Comcom, der Elcom und dem Postregulator) analog dem Vorgehen bezgl. Preisüberwachung gesetzlich institutionalisiert werden soll. Eine zu starke Rolle der Sektorregulatoren im kartellrechtlichen Verfahren könnte allerdings dazu führen, dass die Durchsetzung des KG indirekt geschwächt würde, indem die Wettbewerbsbehörde nicht mehr nur wettbewerbliche, sondern auch noch weiter gehende regulatorische Fragen abwägen müsste. Der Bundesrat hat bereits heute die Möglichkeit, nach Artikel 8 und Artikel 11 kartellgesetzliche Ausnahmen zuzulassen, sofern dies aus öffentlichen Interessen notwendig ist. Ein Koordinationsmechanismus fehlt also nur für die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörde mit unabhängigen, nicht an Weisungen des Bundesrats gebundenen Sektorregulierungsbehörden. Für diese unabhängigen Regulatoren soll, soweit Interdependenzen mit der Arbeit der Wettbewerbsbehörde bestehen, eine andere, institutionalisierte Form der Zusammenarbeit gefunden werden, die im Laufe der Vernehmlassung in Kooperation mit den betroffenen Instanzen zu erörtern sein wird.

Absatz 2: Das rechtliche Gehör der Parteien in Verfahren der Wettbewerbsbehörde ergibt sich in Zukunft insbesondere direkt aus Artikel 29 ff. VwVG. Eine eigentliche kartellrechtliche Sonderregelung für das Gehör vor Wettbewerbsbehörde und Bundeswettbewerbsgericht ist nicht notwendig. Namentlich eine Stellungnahme an die Wettbewerbsbehörde zu ihrem Entwurf des Antrags wäre verfahrensverzögernd. Die Parteien erhalten in Zukunft ab dem Zeitpunkt der Antragstellung durch die Wettbewerbsbehörde direkten Zugang zum Entscheidgremium (dem Bundeswettbewerbsgericht), und dies im Rahmen eines fairen Gerichtsverfahrens.

Das Bundeswettbewerbsgericht kann - wie bisher die Wettbewerbskommission - Anhörungen beschliessen; erachtet es zusätzliche Untersuchungsmaßnahmen als angezeigt, so kann es diese aufgrund der Trennung von Untersuchungs- und Entscheidstadium selber durchführen. Nur in Ausnahmefällen soll eine Rücküberweisung an die Wettbewerbsbehörde zur Ergänzung des Sachverhalts erfolgen. Eine separate Nennung dieser Befugnisse ist nicht mehr notwendig.

2.6.2 Unternehmenszusammenschlüsse (2. Abschnitt)

Artikel 32 Einleitung des Prüfungsverfahrens

Die unterschiedlichen Verfahrensregeln der Schweiz und der EU stellen sowohl die Unternehmen als auch die Wettbewerbsbehörden vor Abstimmungsprobleme, die administrative Kosten verursachen. Zum einen sind die Fristen der EU länger, zum anderen besteht in der EU die Möglichkeit, die Fristen zu verlängern (z. B. bei Prüfung von Auflagen und Bedingungen oder auf Antrag der Unternehmen). Die Unternehmen wollen es in der Regel vermeiden, dass die schweizerische Wettbewerbsbehörde vor der EU entscheidet. Mit den vorgeschlagenen Änderung wird an der Hauptfrist festgehalten, aber die Möglichkeit geschaffen, die von den Unterneh-

men und Behörden unerwünschten Fristenunterschiede zwischen der Schweiz und der EU durch Fristverlängerungen auszugleichen. Damit die Wettbewerbsbehörde nicht von sich aus die Frist verlängern kann, bildet die Zustimmung der meldenden Unternehmen eine Voraussetzung zur Fristerstreckung (aus verfahrensökonomischen Gründen soll die Zustimmung zur Fristerstreckung durch die meldenden Unternehmen erfolgen). Die vom Gesetz geforderten „wichtigen“ Gründe für die Fristerstreckung (insb. Prüfung von Bedingungen und Auflagen, Abstimmung auf EU-Zusammenschlussverfahren) sind im Nachgang zu dieser Teilrevision in der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) festzuhalten.

Die maximale Dauer der Fristerstreckung berechnet sich wie folgt: Die Frist in der EU beträgt für die vorläufige Prüfung 25 Arbeitstage, was rund fünf Wochen oder 35 Tagen entspricht (zwischen 4-7 Tagen bzw. bis eine Woche länger als in der Schweiz). Die Frist kann in der EU um 10 Arbeitstage verlängert werden, was rund zwei Wochen oder 14 Tagen entspricht. Folglich soll die Fristerstreckungsmöglichkeit in der Schweiz maximal drei Wochen bzw. 21 Tage betragen.

Artikel 33 Prüfungsverfahren

Absatz 2: Der Zusatz „auf Antrag der beteiligten Unternehmen“ stellt in Analogie zum geltenden Artikel 32 Absatz 2 KG sicher, dass der Anstoss für einen vorzeitigen Vollzug (vor dem Entscheid der Wettbewerbsbehörde) von Seiten der Unternehmen zu kommen hat. Dies entspricht auch der heutigen Praxis.

Absatz 3 und 4: Für die vertiefte Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen erfolgt analog zu Artikel 32 und aus den gleichen Gründen die Möglichkeit zur Fristerstreckung. Die einzelnen Gründe für die Fristerstreckung (Prüfung von Bedingungen und Auflagen, auf Antrag der meldenden Unternehmen, Abstimmung auf EU-Zusammenschlussverfahren) sind im Nachgang zur Teilrevision in der VKU zu regeln. Die maximale Dauer der Fristerstreckung berechnet sich wie folgt: Die Frist in der EU beträgt für die vertiefte Prüfung 90 Arbeitstage, was rund 18 Wochen oder 126 Tagen entspricht (zwischen 3-6 Tagen länger als in der Schweiz). Die Frist kann in der EU um 35 Arbeitstage verlängert werden, was rund sieben Wochen oder 49 Tagen entspricht. Ferner sind die Feiertage der EU ansatzweise zu kompensieren, in welchen die ordentliche Frist in der EU aussetzt. Folglich soll die Fristerstreckungsmöglichkeit in der Schweiz maximal etwas mehr als acht Wochen bzw. zwei Monate betragen.

Absatz 5: Zusammenschlüsse erfolgen unter hohem Zeitdruck. Im Wettbewerb stehende Unternehmen benötigen klare und innert kurzer Zeit erfolgende Entscheide. Aus diesem Grunde ist die Prüfung von Zusammenschlüssen durch die Wettbewerbsbehörde an Fristen geknüpft. Sind die Unternehmen mit einem Entscheid der Wettbewerbsbehörde nicht einverstanden (im Falle einer Untersagung oder Zulassung unter Auflagen und Bedingungen), sind sie auf eine rasche gerichtliche Überprüfung angewiesen. Dauert ein Beschwerdeverfahren zu lange, sehen die Unternehmen unter Umständen von einer Beschwerde ab. Aus diesem Grunde soll für die Beurteilung einer Beschwerde durch das Bundeswettbewerbsgericht neu eine dreimonatige Ordnungsfrist eingeführt werden, die ab Eingang der Beschwerde zu laufen beginnt.

2.6.3 Weitere Verfahrensbestimmungen (3. Abschnitt)

Artikel 39 Grundsatz

Die neue Formulierung führt zu keiner materiellen Rechtsänderung. Vor dem Hintergrund der vorgeschlagenen klaren Trennung von Untersuchungsbehörde (neu die Wettbewerbsbehörde) und Entscheidungsinstanz (neu das Bundeswettbewerbsgericht) sowie der Tatsache, dass der Antrag der Wettbewerbsbehörde (Art. 30 Abs. 1), mit welchem das Untersuchungsstadium vor der Behörde abgeschlossen wird, keine Verfügung im Sinne des VwVG darstellt, führt die Neuformulierung einzig zu einer Klarstellung der Rechtslage: Wie bisher richtet sich – unter Vorbehalt abweichender Regelungen im KG – das gesamte Verfahren von der Untersuchungseröffnung bis zum erstinstanzlichen Entscheid nach demselben Verfahrensrecht, dem VwVG. So besteht insbesondere das Recht auf Akteneinsicht weiterhin schon während der Untersuchung der Wettbewerbsbehörde (vgl. Art. 27 VwVG).

Die Vorabklärung nach Artikel 26 KG als weitgehend „informelles“ (Vor-) Verfahren hingegen dient bloss der möglichst raschen und formlosen Vorprüfung und Triage von möglichen Wettbewerbsbeschränkungen durch die Wettbewerbsbehörde im Hinblick auf eine formelle Untersuchung. Das VwVG ist nach der Rechtsprechung nicht direkt auf die Vorabklärung anwendbar, weshalb letztere vom Verweis in Artikel 39 auch nicht umfasst wird.

Artikel 41a Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden

Der neue Artikel 41a sieht eine Regelung vor, die es der schweizerischen Wettbewerbsbehörde zum Zweck der Anwendung kartellrechtlicher Bestimmungen erlaubt, mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zusammenzuarbeiten, das heisst insbesondere ihnen Informationen bekannt zu geben sowie Untersuchungshandlungen mit ausländischen Behörden zu koordinieren. Unter den Informationsaustausch fallen einerseits die Mitteilung tatsächlicher und rechtlicher Umstände einschliesslich vertraulicher Angaben, wozu insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu zählen sind, sowie die Übermittlung entsprechender Dokumente und Daten. Andererseits umfasst der Informationsaustausch auch den umgekehrten Fall: nämlich dass die schweizerische Wettbewerbsbehörde ausländische Wettbewerbsbehörden um solche Angaben ersucht, diese empfängt und als Beweismittel verwendet. In Artikel 41b sind die Bedingungen für die Bekanntgabe von Informationen spezifiziert.

Artikel 41b Bekanntgabe von Daten an ausländische Wettbewerbsbehörden

Absatz 1 nennt die Voraussetzungen für die Bekanntgabe von vertraulichen Daten, insbesondere von Geschäftsgeheimnissen, an ausländische Wettbewerbsbehörden. Gemäss dem Kriterium der beidseitigen Widerrechtlichkeit ist eine Informationsbekanntgabe im Sinne der Bestimmung nur möglich, die im empfangenden Staat untersuchten Verhaltensweisen auch nach schweizerischem Recht unzulässig sind. Zudem müssen Zusicherungen der ausländischen Behörde bezüglich ihrer Bindung ans Amtsgeheimnis beziehungsweise an eine entsprechende Verschwiegenheitspflicht (lit. b, Ziffer 1) vorliegen. Dann setzt die Informationsbekanntgabe die Zusicherung des Spezialitätsprinzips voraus, wonach die Informationen nur für Zwecke der Anwendung kartellrechtlicher Bestimmungen sowie in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand als Beweismittel verwendet werden dürfen, für den das Aus-

kunftsbegehren gestellt wurde (lit. b, Ziffer 2). Die ausländische Wettbewerbsbehörde muss sodann zusichern, dass sie die Verfahrens- und Parteirechte in zur Schweiz vergleichbarer Weise wahrt (lit. b Ziffer 3). Weiter dürfen Informationen ausländischen Behörden nur bekannt gegeben werden, wenn sie mit Bezug auf die Informationsbekanntgabe Gegenrecht halten (lit. b Ziffer 4). Zudem setzt eine allfällige Zusammenarbeit die Zusicherung der ausländischen Behörde voraus, dass die Informationen nur dann in einem Strafverfahren verwendet werden, wenn die Rechtshilfe in Strafsachen wegen der Art der Tat nicht ausgeschlossen wäre (lit. b, Ziffer 5). Gemäss Absatz 1, Buchstabe b, Ziffer 6 muss schliesslich eine Zusicherung vorliegen, dass die übermittelten Informationen nicht in allfälligen Zivilverfahren verwendet werden.

Absatz 2 regelt die Bekanntgabe von Informationen, welche die schweizerische Wettbewerbsbehörde in Verfahren über Unternehmenszusammenschlüsse oder durch die Mitwirkung von Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung (Art. 49a Abs. 2 KG) erlangte. Diese Informationen dürfen ausländischen Behörden nur mit Zustimmung des Unternehmens bekannt gegeben werden, das sie vorgelegt hat. Die Regelung verhindert zunächst, dass Meldungen von Zusammenschlussvorhaben im Ausland durch den behördlichen Informationsaustausch vorgegriffen wird. Dann stellt sie bezüglich der Kronzeugenregelung sicher, dass Unternehmen auch im Ausland an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirken können. Schliesslich beugt die Bestimmung auch einem allfälligen Missbrauch vor, indem die Informationsbekanntgabe nicht dadurch blockiert werden kann, dass Unternehmen der schweizerischen Wettbewerbsbehörde bereits bekannte Informationen andienen. Denn unzulässig ist die Bekanntgabe nur bezüglich solcher Informationen, welche der Wettbewerbsbehörde durch die Mitwirkung von Unternehmen im vorliegenden Sinne zur Kenntnis gebracht wurden.

Einer eingehenden gesetzlichen Klärung bedarf, ob die Rechtshilfe in Strafsachen möglich ist (Abs. 3). Den Entscheid, ob die Rechtshilfe ausgeschlossen ist oder nicht, trifft wie oben bereits erwähnt die Wettbewerbsbehörde im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz. Weiter hält Absatz 3 fest, dass Verstösse gegen kartellrechtliche Bestimmungen nicht als währungs-, handels- oder wirtschaftspolitische Delikte im Sinn von Artikel 3 Absatz 3 des Rechtshilfegesetzes vom 20. März 1981, welche von der Rechtshilfe in Strafsachen ausgeschlossen sind, gelten.

Schliesslich ist mit Bezug auf die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden Artikel 6 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) zu erwähnen. Danach muss die Wettbewerbsbehörde darüber hinaus auch die Voraussetzungen dieser Bestimmung beachten, wobei Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c DSG einen Ausnahmetatbestand definiert. Insbesondere bei einer Datenübermittlung an eine ausländische Wettbewerbsbehörde in ein Land ohne angemessenen Datenschutz muss die Wettbewerbsbehörde Artikel 6 Absatz 2 DSG beachten (i.e. zusätzliche Voraussetzungen müssen erfüllt sein).

Artikel 42 Untersuchungsmassnahmen

Bis anhin wurden Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmung auf Antrag des Sekretariats von einem Mitglied des Präsidiums der WEKO angeordnet. Als Folge

der institutionellen Reorganisation wird die Kompetenz zur Anordnung von Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen von Beweisgegenständen im Rahmen einer Untersuchung neu vollständig der Untersuchungsbehörde übertragen. Dies entspricht auch der Kompetenzverteilung in der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung.

Die der Wettbewerbsbehörde gemäss Artikel 42 Absatz 2 KG zur Verfügung stehenden Zwangsmassnahmen entsprechen weitgehend der heutigen Situation. Es erfolgt einzig eine massvolle Erweiterung auf die Anordnung von Personendurchsuchungen. Diese ist notwendig, da es sich in der Praxis gezeigt hat, dass Angehörige eines von einer Hausdurchsuchung betroffenen Unternehmens versucht sein können, mögliche Beweismittel an sich zu nehmen und auf der eigenen Person zu verstecken. Ohne Rechtsgrundlage für die Vornahme einer Personendurchsuchung könnten diese Gegenstände (und auch weitere mögliche Beweismittel, die die Personen im Normalfall auf sich tragen, wie z.B. Mobiltelefone) den Wettbewerbsbehörden einfach entzogen werden. Daneben wird mit der expliziten Erwähnung von Sachdurchsuchungen klargestellt, dass auch Gegenstände eines Unternehmens, die nicht klar den Geschäftsräumlichkeiten zugeordnet werden können, wie z.B. Fahrzeuge, von der Wettbewerbsbehörde durchsucht werden können.

Artikel 44 Rechtsschutz

In Artikel 44 wird der bisherige Instanzenzug neu geregelt.

Absatz 1 regelt den Instanzenzug betreffend Verfügungen der Wettbewerbsbehörde. Satz 1 legt den Grundsatz fest: Ordentliche Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen der Wettbewerbsbehörde ist das Bundeswettbewerbsgericht. Gemeint sind in erster Linie Verfügungen in Unternehmenszusammenschlussverfahren nach Artikel 32 ff. (z.B. Genehmigung des Zusammenschlusses nur unter Auflagen oder Untersagung des Zusammenschlusses) sowie (verfahrensleitende) Zwischenverfügungen in Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 26 ff. (z.B. über Ausstand, Fristverlängerungen etc.) und Verfügungen über gewisse Zwangsmassnahmen nach Artikel 40 (z.B. Auskunfts- und Editionspflicht).

In Ausnahme vom genannten Grundsatz sind nach Satz 2 von Absatz 1 Beschwerden gegen Verfügungen über Zwangsmassnahmen nach Artikel 42 Absatz 2 (Haus-, Sach- und Personendurchsuchungen sowie Beschlagnahmen), welche die Wettbewerbsbehörde angeordnet hat, an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgericht zu richten. Indem das Bundeswettbewerbsgericht nicht bereits im Rahmen der Überprüfung der Zulässigkeit bestimmter Zwangsmassnahmen (insbesondere betreffend die Prüfung der Voraussetzung des hinreichenden Tatverdachts) im Untersuchungsstadium einbezogen wird, kann das Problem einer allenfalls rechtstaatlich problematischen Vorbefassung vermieden werden. Auf das Verfahren der Beschwerde vor dem Bundesstrafgericht sollen dabei die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht anwendbar erklärt werden. Die Beschwerdeentscheide des Bundesstrafgerichts können ans Bundesgericht weitergezogen werden.

Nach Absatz 2 kann gegen Entscheide des Bundeswettbewerbsgerichts Beschwerde beim Bundesgericht erhoben werden. Dies gilt unabhängig davon, ob das Bundeswettbewerbsgericht als erste Instanz oder als zweite Instanz (d.h. als erste Rechtsmittelinstanz nach Abs. 1) geurteilt hat.

Absatz 3 legitimiert die Wettbewerbsbehörde zur Beschwerde ans Bundesgericht. Gemäss dem früheren Artikel 103 Buchstabe c OG („jede andere Person, Organisation oder Behörde, die das Bundesrecht zur Beschwerde ermächtigt“) reichte eine Rechtsgrundlage auf Verordnungsstufe zur Begründung der Beschwerdelegitimation der Weko ans Bundesgericht aus. Der heute geltende Artikel 89 Absatz 2 Buchstabe d BGG (BGG, SR 173.110) verlangt indes eine entsprechende Rechtsgrundlage auf formell-gesetzlicher Ebene. Die vorliegende Regelung trägt sowohl den Anforderungen des Bundesgerichts nach einer Rechtsgrundlage auf formell-gesetzlicher Stufe als auch dem Willen des Bundesrats auf Wahrung der Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde in bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahren Rechnung. Mit dieser Lösung kann – neben den Verfahrensparteien – auch die Wettbewerbsbehörde fortan unabhängig und in eigener Verantwortung, d.h. ohne auf die Mitwirkung des EVD durch Einreichung einer Behördenbeschwerde im Sinne von Artikel 89 Absatz 2 Buchstabe a des Bundesgerichtsgesetzes angewiesen zu sein, über den Weiterzug eines Entscheide des Bundeswettbewerbsgerichts oder eines die Wettbewerbsbehörde betreffenden Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts ans Bundesgericht entscheiden.

Artikel 44a Öffentlichkeitsprinzip

Das zu schaffende Bundeswettbewerbsgericht wird – wie die anderen Eidgenössischen Gerichte auch – nicht vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes erfasst (Art. 2 BGÖ), welches primär auf die Tätigkeit der Bundesverwaltung fokussiert, sondern untersteht den für die Judikative geltenden Öffentlichkeitsgrundsätzen. Analog zu bestehenden Regelungen der Bundesrechtspflege betreffend die weiteren Eidgenössischen Gerichte (Art. 28 BGG, Art. 30 VGG, Art. 64 StBOG) erklärt Artikel 44a die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes sinngemäss teilweise für anwendbar: Dem Öffentlichkeitsprinzip unterstehen jedoch nur Dokumente, welche die Verwaltung des Bundeswettbewerbsgerichts betreffen, z.B. interne Weisungen, Evaluationen bezüglich administrativer Belange oder Dokumente betreffend Informatikprojekte. Die Entscheide und Urteile sowie die Verfahrensakten, die einem Entscheid oder Urteil zugrunde liegen, werden davon nicht erfasst.

Für die Wettbewerbsbehörde soll das BGÖ hingegen grundsätzlich gelten. Explizit auszunehmen sind aber die Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Artikeln 26 bis 30 KG. Denn es wäre wenig konsequent, zwar nicht die Verfahrensakten des urteilenden Gerichts, dessen ungeachtet aber die grösstenteils identischen Akten der untersuchenden und antragstellenden Wettbewerbsbehörde, welche das Justizverfahren vorbereitet, den Grundsätzen des BGÖ zu unterstellen. Darüber hinaus haben die von Verfahren nach den Artikeln 26 bis 30 KG betroffenen Unternehmen ein erhebliches Schutzbedürfnis, das durchaus mit demjenigen in einem Strafverfahren – welche ihrerseits auch nicht dem BGÖ unterstehen (so Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 2) – vergleichbar ist. Die entsprechende Ausnahme wird über die neue Ziffer 7 in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a BGÖ umgesetzt.

2.7 Sanktionen (6. Kapitel)

2.7.1 Verwaltungssanktionen (1. Abschnitt)

Artikel 49a Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

Absatz 1: Siehe die Erläuterungen zu Artikel 5 Absatz 4 E-KG.

Absatz 1bis: Der erste, zweite und vierte Satz wurden unverändert aus dem bisherigen Absatz 1 übernommen und aus systematischen Gründen in den neuen Absatz 1bis verschoben.

Absatz 3: Siehe die Erläuterungen zu Artikel 6 E-KG.

Absatz 4: Mit der vorliegenden Revision wird an der 2003 vom Gesetzgeber verabschiedeten Grundkonzeption – Sanktionierung trotz Meldung, aber nur unter bestimmten Voraussetzungen – festgehalten. Zwei Änderungen sollen in der Praxis indes zu einer erheblichen Verbesserung der Funktionsweise des Widerspruchsverfahrens für die Unternehmen wie die Wettbewerbsbehörde führen:

Erstens wird die Frist, innert welcher die Wettbewerbsbehörde tätig werden muss, von fünf auf neu zwei Monate verkürzt. Die Sanktionierbarkeit für das gemeldete Vorhaben entfällt somit definitiv, sofern die Wettbewerbsbehörde nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Meldung eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet. Sollte sich das Verhalten im Nachhinein doch als kartellgesetzwidrig herausstellen, so könnten es die Gerichte einzig für die Zukunft untersagen.

Zweitens führt neu einzig die Eröffnung einer formellen Untersuchung nach Artikel 27 KG dazu, dass das Sanktionsrisiko trotzdem besteht. Bis anhin war dies bereits ab der Eröffnung einer informellen Vorabklärung nach Artikel 26 KG der Fall. Dem Unternehmen steht es somit neu frei, sein Vorhaben „auf Zusehen hin“ (d.h. bis zur allfälligen Eröffnung einer formellen Untersuchung und damit auch über die Periode von zwei Monaten hinaus) ohne drohende Konsequenzen umzusetzen. Zweck ist, dass in heiklen Fällen (d.h. die Meldung löst nicht unmittelbar eine Untersuchung aus, resp. auf die Eröffnung der Vorabklärung folgt nicht rasch die Untersuchungseröffnung) anhand der Marktergebnisse beurteilt werden kann, ob das Vorhaben tatsächlich keinen schädlichen Einfluss auf die Wettbewerbssituation hat.

Kommt die Wettbewerbsbehörde am Ende einer Vorabklärung aufgrund der konkreten Marktwirkungen zum Schluss, dass bei der gemeldeten Verhaltensweise (allenfalls in angepasster Form) tatsächlich Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen, wird sie dem Unternehmen eine bevorstehende Untersuchungseröffnung vorab mitteilen. Das Unternehmen hat bis zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, das wettbewerbsbeschränkende Verhalten noch aufzugeben oder im Einvernehmen mit der Wettbewerbsbehörde anzupassen. Nur wenn das Unternehmen auch nach der Eröffnung einer formellen Untersuchung unverändert an der Wettbewerbsbeschränkung festhält und sich diese in der Folge effektiv als KG-widrig erweist, riskiert es, sanktioniert zu werden.

2.8 Evaluation (8. Kapitel)

Artikel 59a Evaluation

Nach der Publikation des Berichts des Bundesrates zur Evaluation des KG und zum weiteren Vorgehen ist der heutige Evaluationsartikel erfüllt. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass sich das bisherige Vorgehen bewährt hat, und schlägt vor, in periodischen Abständen eine Evaluation der Wirksamkeit und der Massnahmen des KG zu Händen des Parlaments vorzusehen. Durch die periodische Evaluation erhalten Bundesrat und Parlament eine wiederkehrende Gelegenheit, sich zur Arbeit der unabhängigen und nicht weisungsgebundenen Wettbewerbsbehörde sowie der übergeordneten Instanzen zu äussern.

2.9 Gebühren (9. Kapitel)

Artikel 59b Gebühren der Wettbewerbsbehörde

Die Regelung der Gebührenpflicht für Verfahren und Dienstleistungen nach KG, die bis anhin bereits in einem eigenen Abschnitt des vierten Kapitels unter Artikel 53a geregelt wurde, wird aus systematischen Gründen in ein neugeschaffenes neuntes Kapitel verschoben.

Aufgrund der institutionellen Anpassungen ist im Ingress von Absatz 1 klarzustellen, dass Artikel 59b die Erhebung von Gebühren durch die Wettbewerbsbehörde regelt.

Mit der Streichung des Satzteils „Verfügungen über“ zu Beginn von Buchstabe a in Absatz 1 wird klargestellt, dass Unternehmen gebührenpflichtig werden können, wenn eine Vorabklärung gegen sie Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt, die Vorabklärung jedoch einzig aufgrund der Anpassung bzw. Aufgabe des betreffenden Verhaltens durch die Unternehmen eingestellt wird. Diese von Verursacher- und Unterliegerprinzip geprägte Regelung ergibt sich gegenwärtig e contrario bereits aus Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Gebührenverordnung KG, bedarf jedoch der Klarstellung im KG (und neu aus Abs. 3 lit. b), da Vorabklärungen nach Artikel 26 – obwohl vom bisherigen Verweis in Absatz 1 Buchstabe a explizit erfasst – nicht durch „Verfügung“ geschlossen werden.

Gleichzeitig wird mit der Ergänzung von Buchstabe c die bestehende Praxis der Wettbewerbsbehörden in einer expliziten gesetzlichen Grundlage festgehalten, wonach sowohl für die Inanspruchnahme von Beratungen als auch für die Prüfung von Meldungen im Widerspruchsverfahren Gebühren erhoben werden. Solche Gebühren werden aktuell gestützt auf Absatz 1 Buchstabe c als „sonstige Dienstleistungen“ und gestützt auf Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b der Gebührenverordnung KG erhoben. Diese Gebührenpflicht, welche nie bestritten wurde, ergibt sich aus dem Verursacherprinzip. Sie führt - analog zur Gebührenpflicht für Gutachten - zu einer einheitlichen Regelung der Gebührenpflicht in Fällen, in denen die Wettbewerbsbehörde von Unternehmen zur Klärung einer kartellrechtlichen Fragestellung in Anspruch genommen wird.

Absatz 2 legt fest, dass in Fällen, in denen es zu einer Entscheidung des Bundeswettbewerbsgericht nach Artikel 30 Absatz 1 KG kommt, die Gebühren der Wettbe-

werbsbehörde bezüglich der von ihr geführten Verfahren nach den Artikel 26–30 nicht von der Wettbewerbsbehörde selber, sondern vom Bundeswettbewerbsgericht in seinem Endentscheid auferlegt werden. Dies dient der Berücksichtigung des Unterliegerprinzips, wie es in Absatz 3 Buchstabe c festgeschrieben ist. Bis zum Entscheid des Gerichts steht offen, ob sich die Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erhärtet haben oder nicht.

Absatz 3: Hier wird die bisher durch die Artikel 2 und 3 der Gebührenverordnung KG konkretisierte Rechtslage neu auf Gesetzesstufe verankert. Im KG findet sich damit neu eine klare Regelung sowohl bezüglich der vom Verursacherprinzip geprägten Gebührenpflicht (Satz 1) als auch bezüglich derjenigen Fälle, in denen insbesondere ausgehend vom Unterliegerprinzip keine Gebühren erhoben werden (Satz 2). Die in den Buchstaben a bis c aufgeführten Fälle von Gebührenfreiheit entsprechen inhaltlich der bereits bestehenden Regelung der Gebührenverordnung zum KG (vgl. Artikel 3 Absatz 2 Gebührenverordnung KG).

Absatz 5: Aufgrund der expliziten Nennung der bisher in der Gebührenverordnung (Art. 3 Abs. 2) geregelten Fälle der Gebührenfreiheit im KG, wird die Verordnungskompetenz des Bundesrates auf die Regelung der Gebührenpflicht von Behörden des Bundes, von Kantonen, Gemeinden und interkantonale Organen eingeschränkt. Dadurch wird eine gesetzliche Grundlage für die Regelung von Artikel 3 Absatz 1 Gebührenverordnung KG geschaffen.

Der Bundesrat wird die Gebührenverordnung KG im Sinne der genannten Änderungen anzupassen haben.

Artikel 59c Gebühren des Wettbewerbsgerichts

Gemäss Absatz 1 gilt bezüglich Gebühren Artikel 63 VwVG sinngemäss, d.h. er ist sinngemäss auf die erstinstanzlichen Verfahren vor dem Bundeswettbewerbsgericht anzuwenden. Die Gebühr gemäss Artikel 59b Absatz 2 E-KG bleibt dabei vorbehalten. Absatz 2 sieht vor, dass das Bundeswettbewerbsgericht ein Reglement über die Gerichtsgebühren sowie die Entschädigungen an Parteien, amtliche Vertreter und Vertreterinnen, Sachverständige sowie Zeugen und Zeuginnen erlässt (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. a VGG).

2.10 Übergangs- und Schlussbestimmungen

Im Falle einer Gesetzesrevision, die eine neue institutionelle Ausgestaltung und materielle Änderungen vorsieht, werden für die Botschaft Übergangs- und Schlussbestimmungen erarbeitet werden. Diese müssen sich insbesondere auf die hängigen Verfahren und allfällige Übergangsfristen sowie auf die Übernahme des Personals der heutigen Wettbewerbsbehörden beziehen.

3 Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

Durch die Schaffung eines Bundeswettbewerbsgerichts entstehen im Vergleich zur geltenden Organisation zusätzliche Kosten. Die personellen und finanziellen Ressourcen des Wettbewerbsgerichts können aus zwei Quellen stammen: Erstens sind mehrere Richterstellen am Bundesverwaltungsgericht schon heute weitgehend mit

Fragen des Wettbewerbsrechts befasst, inkl. der dazugehörigen Zahl an Gerichtsschreibern und Sekretariatspersonal. Da gemäss Entwurf das Bundesverwaltungsgericht als Rekursinstanz entfällt, können diese Stellen dem Wettbewerbsgericht zugewiesen werden. Zweitens stehen die finanziellen Mittel der heutigen Entscheidungskommission, der WEKO, von rund CHF 705'000.- zur Verfügung.

Ein gewisser Mehraufwand für die volkswirtschaftlich wichtige Umsetzung der Wettbewerbspolitik ist aber nicht auszuschliessen und kann zu einer höheren Qualität der Schweizer Wettbewerbspolitik beitragen. Mit zu knappen Ressourcen geführte Verfahren schlagen sich dagegen in langwierigen Rechtsmittelverfahren nieder und in einem erhöhten Risiko, dass beschuldigte Unternehmen sich letztlich wegen Verfahrensmängeln den vorgesehenen Massnahmen und insbesondere finanziellen Belastungen entziehen können.

3.2 Auswirkungen auf die Kantone

Die Durchsetzung des Kartellrechts erfolgt heute weitgehend auf dem öffentlich-rechtlichen Weg. Da hierfür Organe des Bundes zuständig sind, ändert die Reform an der Belastung der Kantone wenig. Die Erweiterung der zivilrechtlichen Klagelegitimation könnte zu einer vermehrten Beanspruchung der kantonalen Zivilgerichte führen. Es ist im Falle von Folgeklagen allerdings zu erwarten, dass diese entsprechend dem Ergebnis des verwaltungsrechtlichen Verfahrens durch Vergleich geregelt werden und nur gelegentlich zu einem Zivilprozess führen. Die Unterbindung regionaler Kartelle, die die Wettbewerbsbehörde nicht aufgreift, dafür aber geschädigte Endkunden, liegt im Interesse der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Kantons.

3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

3.3.1 Notwendigkeit des staatlichen Handelns

Die institutionelle und verfahrensrechtliche Entwicklung im Kartellrecht ist der materiell-rechtlichen Entwicklung bisher nur ungenügend gefolgt. Zudem will der Bundesrat den Erkenntnissen der Evaluation des KG zeitgerecht Rechnung tragen.

3.3.2 Auswirkungen auf die einzelnen wirtschaftlichen Akteure

Abreden

Bei den kartellrechtlichen Abreden ergibt sich für die Unternehmen in Zukunft mehr Klarheit und Rechtssicherheit in Bezug auf ihre unternehmerische Handlungsfreiheit. Gemäss Evaluation des KG hatte sich die aktuelle Regelung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung in Artikel 5 Absatz 4 KG bezüglich zweier Formen von vertikalen Abreden wie ein per se-Verbot für solche Abreden ausgewirkt. Die Rechtsberatung musste - auch wegen fehlender Gerichtspraxis - von solchen Abreden abraten, selbst wenn sie sich wirtschaftlich effizienzsteigernd ausgewirkt hätten. Variante 1 klärt den Handlungsspielraum der Unternehmen über eine Klärung des

Sanktionsrisikos. Variante 2 schafft für die Unternehmen einen sicheren Hafen. Die verbleibende Unsicherheit bezüglich der Sanktionsmöglichkeit ist nicht grösser als bei andern Gesetzesnormen und lässt sich durch das Widerspruchsverfahren auslösen.

Nachteilige Auswirkungen auf die Konsumentinnen und Konsumenten sind wegen der Reform nicht zu erwarten. Zum einen erlauben es sowohl Variante 1 als auch Variante 2 bezüglich der Behandlung vertikaler Abreden weiterhin, gegen problematische Abreden vorzugehen. Zum anderen werden effiziente vertikale Abreden mit diesen Lösungen umgesetzt werden können, was auch den Konsumentinnen und Konsumenten zu Gute kommt. In Variante 2 ist vorgesehen, dass präzisierende Klarstellungen in einer Bekanntmachung oder Verordnung gemacht werden.

Zusammenschlusskontrolle

Die Revision der Meldekriterien (Aufgreifkriterien) bedeutet bei internationalen Zusammenschlüssen eine administrative Erleichterung für die Unternehmen und die Wettbewerbsbehörde. Zusammenschlüsse, die EWR-weite oder grössere Märkte betreffen und die Schweiz einschliessen, sind nicht mehr zu melden.

Die Revision der Beurteilungskriterien (Eingreifkriterien) führt in beiden Varianten zu mehr Wettbewerb in den Märkten, in Variante 1 stärker als in Variante 2. Die Realisierung der Variante 1 führt zu einer Mehrbelastung der fusionierenden Unternehmen, gilt doch der Test nach EU-Vorbild (SIEC-Test) als vergleichsweise aufwändig. Auf der anderen Seite können die Unternehmen in dieser Variante unter bestimmten Bedingungen Effizienzvorteile als ausgleichend geltend machen. Würden vermehrt Zusammenschlüsse unterbunden, wären die Abnehmer und Zulieferer durch eine geringere Konzentration auf dem fraglichen Markt bessergestellt. Zu bedenken gilt es allerdings auch die verstärkte Einschränkung der Eigentumsrechte an Unternehmen, falls Zusammenschlüsse vermehrt unterbunden würden.

Variante 2 der Revision der Beurteilungskriterien verhindert den administrativen Zusatzaufwand der Variante 1. Die Zusammenschlusskontrolle würde im Vergleich zu heute nur noch in einem volkswirtschaftlich minimal erforderlichen Mass verschärft. Allerdings werden mit Variante 2 nicht alle negativen Wettbewerbsbeeinträchtigungen von Zusammenschlüssen erfasst. Zudem können Effizienzgewinne in Variante 2 nicht berücksichtigt werden. Zu mehr Eingriffen in die Eigentumsrechte käme es auch hier, wenn auch weniger häufig als in Variante 1.

Internationale Zusammenarbeit

Die erweiterten Möglichkeiten der internationalen Zusammenarbeit sollen es den Wettbewerbsorganen ermöglichen, besser gegen zunehmend globalisierte Absprachen vorzugehen. Dies liegt im Interesse der Nachfrager und der Unternehmen, die sich kartellrechtskonform verhalten.

Kartellzivilrecht

Der vorgeschlagene moderate Ausbau des Kartellzivilrechts erlaubt es denjenigen, die von Wettbewerbsbeschränkungen betroffen sind, verbessert selbst ihr Recht einzuklagen, losgelöst von der behördlichen Prioritätenordnung, und sich den Schaden entgelten zu lassen.

3.3.3 Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen

Materiellrechtliche Anpassungen

Die in 3.3.2 bereits behandelten materiellrechtlichen Anpassungen tragen gemeinsam dazu bei, dass der Wettbewerb im Sinne einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung gefördert wird. Volkswirtschaftliche Untersuchungen, die im Rahmen der Evaluation des KG bei Dritten in Auftrag gegeben wurden (u.a. Hüschelrath, Kai et al. (2009)), haben die gesamtwirtschaftlichen Vorteile nachgewiesen, die mit der Erweiterung des kartellrechtlichen Instrumentariums im Jahr 2003 verbunden sind. Indem sie kritische, in der Evaluation zu Tage getretenen Punkte aufgreifen, verbessern die hier vorgeschlagenen Änderungen den volkswirtschaftlichen Nutzen des Erlasses weiter.

Institutionenreform

Die grundlegenden Absichten des Bundesrates gemäss seinem Evaluationsbericht in Erfüllung von Artikel 59a bleiben gültig, nämlich Stärkung der Unabhängigkeit, Verfahrensbeschleunigung, Klärung der Rolle von Sekretariat und WEKO sei es durch die Schaffung einer Einheitsbehörde, sei es durch institutionelle Trennung und schliesslich Prüfung der Offenheit der institutionellen Regelungen für den Einbau von Sanktionen gegen natürliche Personen. Mit den hier vorgelegten Vorschlägen zur Umsetzung dieser Zielsetzungen wird eine höhere Rechtsstaatlichkeit erreicht, ein zentraler Aspekt im Wirtschaftsleben.

Insbesondere wird aber sichergestellt, dass die relevanten Entscheide in der schweizerischen Wettbewerbspolitik möglichst unabhängig, aber mit dem notwendigen Einbezug von Wissen und Erfahrungen aus dem praktischen Wirtschaftsleben fallen. Die gestärkte Unabhängigkeit in Kombination mit dem höheren Beschäftigungsgrad der Richterinnen beziehungsweise Richter erlaubt es, eine optimale Entscheidungsqualität zu erreichen. Damit kann die volkswirtschaftliche Wirkung des Kartellgesetzes verbessert werden.

Darüber hinaus kann die Kürzung des Instanzenzuges von heute vier (untersuchendes Sekretariat, entscheidende WEKO, Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht) auf drei (untersuchende Wettbewerbsbehörde, entscheidendes Bundeswettbewerbsgericht, Bundesgericht) Instanzen dazu beitragen, dass die Verfahren bis zum Vorliegen letztinstanzlich geprüfter Entscheide möglichst kurz gehalten werden. Kurze Verfahren bis zum Vorliegen letztinstanzlicher Entscheide dienen den Interessen aller wirtschaftlichen Akteure und letztlich auch der Investitionssicherheit.

Die Vorlage geht aber auch über reine Wirtschaftsordnungspolitik hinaus. Dank einer zeitgerechten Reform wird auch das Risiko, dass das gegenwärtige kartellrechtliche Instrumentarium bei einem ungünstigen Ausgang heute noch hängiger Gerichtsentscheide plötzlich stumpf werden könnte, klar gemildert. Der Verlust der Präventivwirkung des Kartellgesetzes während der Jahre, die der Gesetzgeber bräuchte, um auf solche Urteile zu reagieren, hätte für die Gesamtwirtschaft nachteilige Folgen.

3.3.4 Alternative Regelungen

In materiellrechtlicher Hinsicht sind an zwei Stellen Varianten in der Vernehmlassungsunterlage aufgenommen worden. Im allgemeinen Teil wird verschiedentlich auf alternative Regelungen hingewiesen, auch in institutioneller Hinsicht.

3.3.5 Vollzugstauglichkeit

Eine der Zielsetzungen des Bundesrates für diese Reform ist die Verfahrensbeschleunigung. Sie wird im Wesentlichen durch die Ersetzung der ersten Rekursinstanz durch ein Spezialgericht erreicht unter gleichzeitiger Schaffung einer Einheitsbehörde, die bei sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nur noch die Anklagefunktion wahrnimmt. Lange vor WEKO und Verwaltungsgericht pendente bleibende Fälle sollten dank der Spezialisierung der Behörden weniger häufig vorkommen. Dies gilt auch, weil die Revision die Klärung von Rechtsfragen bringt, die mit Defiziten im bestehenden institutionellen Modell zu tun haben, und die deshalb Anlass zu langwierigen Rekursen gaben, die erst zum Teil von den Rechtsmittelinstanzen entschieden wurden.

Mit dieser Feststellung ist auch gesagt, dass die Revision eine Verbesserung bei der Eignung der Behörden ergibt. Der einzige diesbezügliche Nachteil besteht darin, dass es zu keiner gerichtlichen Überprüfung der Sachverhaltsfeststellungen des Bundeswettbewerbgerichts kommt. Eine entsprechende Ausweitung der Kognition des Bundesgerichts hat das Parlament bei der Behandlung des Strafbehördenorganisationsgesetzes abgelehnt und soll entsprechend hier nicht neu vorgeschlagen werden.

3.4 Andere Auswirkungen

Es gibt keine anderen namhaften Auswirkungen (wie Auswirkungen auf die Außenpolitik, die Umwelt und Landschaft, die Raumplanung, die Regionalpolitik, die Agglomerationen, die künftigen Generationen, die Gleichstellung von Frau und Mann, die Behinderten). Die Unterlage berücksichtigt den Datenschutz.

4 Verhältnis zur Legislaturplanung

Das Revisionsvorhaben ist in der Legislaturplanung nicht angekündigt. Die Evaluationsergebnisse lagen erst nach Beschluss der Ziele der laufenden Legislatur vor.

Für eine rasche Umsetzung der Revisionsvorlage spricht, dass die Institutionenreform sicherstellen sollte, dass wegen möglicher Leitentscheide nicht ein schlagartiger Umbau der Institutionen nötig wird. Hinzu kommt der Zugewinn an wirtschaftlicher Effizienz aufgrund der materiellrechtlichen Reformen.

Abkürzungsverzeichnis

EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten („Europäische Menschenrechtskonvention“)
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
GebV-KG	Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum KG (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2)
GR	Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (Geschäftsreglement, GR; SR 251.1)
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251)
PatGG	Bundesgesetz vom 20. März 2009 über das Bundespatentgericht (Patentgerichtsgesetz, PatGG; SR 173.41)
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20)
VKU	Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4)
VStrR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0)
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021)
SIEC	Significant Impediment to Effective Competition: der in der EU übliche Test zur Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung
SVKG	Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5)
VGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG)
WAK-N	Wirtschafts- und Abgabenkommission des Nationalrats
WAK-S	Wirtschafts- und Abgabenkommission des Ständerats
WEKO	Wettbewerbskommission

Literaturverzeichnis

- Baudenbacher, Carl (2009): Evaluation Kartellgesetz - Institutionelles Setting / Vertikale Abreden / Sanktionierung von Einzelpersonen / Zivilrechtliche Verfahren, Bern
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02365/index.html>
- Der Schweizerische Bundesrat (2009): Bericht des Bundesrates gestützt auf Artikel 59a Kartellgesetz über die Evaluation des Kartellgesetzes und Vorschläge zum weiteren Vorgehen, Bern
<http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/15254.pdf>
- Evaluationsgruppe Kartellgesetz (2008): Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss 59a KG, Bern, 2008
<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html>
- Heinemann, Andreas (2009): Evaluation Kartellgesetz - Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Bern
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02367/index.html>
- Hüschelrath, Kai et al. (2009): Evaluation Kartellgesetz - Fallstudien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes, Bern
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02363/index.html>
- Motta, Massimo et al. (2009): Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view
http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BE_R.pdf
- OECD (2005): Switzerland - The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, Paris
<http://www.oecd.org/dataoecd/53/12/36488752.pdf>
- Worm, Heike et al. (2009): Evaluation Kartellgesetz - Volkswirtschaftliche Outcome-Analyse, Bern
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02361/index.html>