

## **Vernehmlassung des Schweizerischen Anwaltsverbands zur Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen und zu den Änderungen der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen bzw. der Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz**

Der Schweizerische Anwaltsverband bedankt sich für die Gelegenheit zur Vernehmlassung zu den im Titel erwähnten Verordnungen zum Kartellgesetz. Die Verordnungen enthalten in einem erheblichen Ausmass verfahrenstechnische Bestimmungen. Der Schweizerische Anwaltsverband geht deshalb davon aus, dass er besonders in diesem rechtlich-technischen Bereich einen Beitrag im Hinblick auf eine wirkungsvolle Umsetzung des revidierten Kartellgesetzes auf der Verordnungsstufe leisten kann.

Die vorliegende Vernehmlassung wurde von Mitgliedern des ständigen Fachausschusses Kartellrecht des Schweizerischen Anwaltsverbands ausgearbeitet und vom Vorstand genehmigt.<sup>1</sup>

### **I. Allgemeines**

Die nachfolgende Vernehmlassung gliedert sich in Stellungnahmen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG; nachfolgend II), Bemerkungen zur Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; nachfolgend III) sowie zur Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; nachfolgend IV).

In allgemeiner Hinsicht sind die folgenden Vorbemerkungen angezeigt:

<sup>1</sup> Der Entwurf für die vorliegende Vernehmlassung wurde von Dr. Franz Hoffet, Zürich, gestützt auf Beiträge von Rechtsanwalt Pierre Kobel, Genf, Rechtsanwalt Mani Reinert, Zürich und Rechtsanwalt Dr. Philipp Zurkinden, Bern|Zürich erarbeitet. Zudem fand am 19. November 2003 eine Veranstaltung der Fachgruppe Wettbewerbsrecht des Zürcher Anwaltsverbandes zu den Entwürfen für die Verordnungen zum Kartellgesetz statt, an welcher über 30 Zürcher Rechtsanwälte teilnahmen und weitere wertvolle Beiträge lieferten. Die vorliegende Vernehmlassung wurde sodann auf dem Zirkularweg durch eine dem ständigen Fachausschuss Kartellrecht des Schweizerischen Anwaltsverbands angehörende Gruppe von Anwälten genehmigt (Prof. Christian Bovet, Genf, Dr. Franz Hoffet, Zürich, Dr. Hans Nater, Zürich, Dr. Dominique Dreyer, Freiburg, Dr. Philipp Zurkinden, Bern|Zürich, Dr. Jürg Borer, Zürich).

## 1. KG-Sanktionsverordnung

Die KG-Sanktionsverordnung regelt neben der Sanktionsbemessung die Bonusregelung und das Meldeverfahren. In keinem dieser Gebiete besteht in der Schweiz eine nennenswerte Praxis, auf welche bei der Verordnungsgebung hätte zurückgegriffen werden können. Die Verordnung regelt damit antizipatorisch neue Gebiete, in denen weder die Behörde noch der Verordnungsgeber über praktische Erfahrungen verfügt. Aus diesem Grund hat sich der Verordnungsgeber offensichtlich an ausländischen Mustern, insbesondere an europäischen, orientiert. Dies ist grundsätzlich zu begrüssen.

Erfahrungen in den USA und in der Europäischen Union haben gezeigt, dass Sanktionsverordnungen und insbesondere Bonusprogramme jeweils nach relativ kurzer Zeit den Anforderungen der Praxis angepasst werden müssen. Insbesondere hat sich auch gezeigt, dass Bonusprogramme international möglichst einheitlich ausgestaltet sein sollten, um einen möglichst hohen Anreiz zur Selbstanzeige und damit zur Aufhebung von Wettbewerbsbeschränkungen zu setzen. In diesem Sinne erscheint die Regelung von Sanktionsbemessung, Bonusregelung und Meldeverfahren auf der Stufe einer bundesrätlichen Verordnung als wenig flexibles Instrument. Zwar wurde im Rahmen der parlamentarischen Diskussion ausdrücklich eine Regelung durch den Bundesrat gefordert, um im Bereich der Sanktionen Rechtssicherheit zu schaffen. Diesem Wunsch ist sicher Rechnung zu tragen. Wenn aber die Regelung auf der Stufe einer bundesrätlichen Verordnung erfolgt, so sollte diese genügend flexibel ausgestaltet sein, um den Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung Spielraum zur Anpassung an internationale Standards und Erfordernisse der Praxis zu gewähren. In seiner heutigen Form wird der Entwurf dieser Anforderung nicht in allen Teilen gerecht. Die KG-Sanktionsverordnung lässt insbesondere kaum Raum für die Anwendung des Opportunitätsprinzips.

Weitere grundsätzliche Fragen im Bereich der KG-Sanktionsverordnung betreffen die folgenden Punkte:

- Es fehlt eine klare Regelung über den spätesten Zeitpunkt, in welchem einem Unternehmen eröffnet werden muss, welche wettbewerbsbeschränkende Handlungen ihm vorgeworfen werden und welche Sanktionen es zu gewärtigen hat.
- Die Verordnung hätte auch die Anwendungsvoraussetzungen der Artikel 45 - 50 VStrR im Bereich der Untersuchungsmassnahmen regeln können.

Insbesondere wäre es nützlich klarzustellen, in welchem Verfahrensstadium diese Zwangsmassnahmen ergriffen werden dürfen.

- Der Verordnungsgeber geht davon aus, dass es angesichts des Charakters der Sanktionen als Verwaltungssanktionen nicht angezeigt ist, bei der Sanktionsbemessung die Frage des Verschuldens zu prüfen. Es ist jedoch angesichts der Höhe der möglichen Sanktionen zumindest äusserst fraglich, ob eine völlig verschuldensunabhängige Verhängung derart hoher Sanktionen rechtsstaatlich vertretbar und EMRK-konform ist. Auch die Bussgeldpraxis der Europäischen Kommission bezieht das Verschulden der beteiligten Unternehmen als Kriterium für die Bemessung der Sanktion mit ein. Der SAV regt deshalb an, das Verschulden als Kriterium zur Bemessung der Sanktionen in die KG-Sanktionsverordnung aufzunehmen.

## 2. VKU

Die heutige Regelung des schweizerischen Zusammenschlusskontrollverfahrens basiert in erheblichem Masse auf dem Muster der Europäischen Fusionskontrolle. Dies ist aus Sicht der betroffenen Unternehmen zu begrüßen, weil die Parallelität des Verfahrensablaufs und der materiellrechtlichen Beurteilungskriterien Effizienzen mit sich bringen, welche die zusätzlichen Transaktionskosten einer Meldung in der Schweiz (neben einer Meldung bei der Europäischen Kommission) wenigstens teilweise wettmachen. Bekanntlich hat jedoch nun die Europäische Kommission eine erhebliche Änderung der Europäischen Fusionskontrolle beschlossen, welche am 1. Mai 2004 in Kraft treten wird. Unter anderem ist das materiellrechtliche Prüfkriterium der Schaffung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ersetzt worden durch den sogenannten „Substantial Impediment of Effective Competition“-Test (SIEC-Test). Zudem sind erhebliche Änderungen im Verfahrensablauf beschlossen worden, welche insbesondere eine flexible Verlängerung des Verfahrens sowohl in der ersten als auch in der zweiten Phase ermöglichen, insbesondere wenn es um die Beurteilung von Zusagen der beteiligten Unternehmen geht.

Diese Änderungen betreffen in einem erheblichen Ausmass Regelungen, welche in der Schweiz auf Gesetzesstufe in Artikel 10, 32 und 33 KG geregelt sind. Während eine Änderung des materiellrechtlichen Prüfkriteriums in Artikel 10 Abs. 2 KG wohl nur auf Gesetzesstufe zu bewerkstelligen wäre, fragt es sich, ob nicht im Rahmen der VKU – zumindest bei Einverständnis der betreffenden Unternehmen – eine Anpassung an die neuen europäischen Vorschriften über den Verfahrensablauf möglich wäre. Da damit zu rechnen ist, dass die Europäische Kommission den Verfahrensablauf unmittelbar nach Inkrafttreten der revidierten

VKU teilweise ändern wird, sollten im Rahmen der Revision die entsprechenden Regelungen der VKU dringend der Revision des europäischen Kartellverfahrens angepasst werden. Demgegenüber dürfte eine Anpassung des materiellrechtlichen Prüfkriteriums in Art. 10 Abs. 2 KG weniger dringlich sein, da die Europäische Kommission zunächst eine Praxis zum SIEC-Test entwickeln muss und gewisse Stimmen innerhalb der Europäischen Kommission davon ausgehen, dass gegenüber dem bisherigen Marktbeherrschungstest keine erheblichen Änderungen zu erwarten sind. Hinsichtlich des materiellrechtlichen Prüfkriteriums dürfte es deshalb ausreichend sein, wenn die Wettbewerbsbehörden die Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht im Auge behalten und gegebenenfalls nach ersten Erfahrungen mit dem neuen Prüfkriterium der schweizerische Gesetzgeber Art. 10 Abs. 2 KG anpasst.

### **3. Zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses**

Aufgrund der neuen gesetzlichen Grundlage von Art. 42 KG für Untersuchungsmaßnahmen, welche insbesondere Hausdurchsuchungen und die Sicherstellung von Beweisgegenständen erlaubt, stellt sich in verschärfter Form die Frage des Schutzes des Anwaltsgeheimnisses im Rahmen von Untersuchungshandlungen. Die Frage ist bisher mangels Hausdurchsuchungen nicht virulent geworden, dürfte es indessen in Zukunft werden.

Gestützt auf die Verweisung von Art. 40 KG auf Art. 16 VwVG (und die darin enthaltene Verweisung auf die Bestimmungen des Bundeszivilprozessrechts) gelten im gesamten Kartellverwaltungsverfahren die gleichen Regeln über die Verweigerung der Auskunft, des Zeugnisses und der Urkundenedition (Kommentar KG-Dietrich Art. 40 Rz. 29). Damit sind Personen, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, nicht nur zur Verweigerung der Zeugenaussage, sondern auch der Auskunftserteilung und Urkundenedition berechtigt. Demgegenüber kann das Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht gemäss Art. 40 KG i.V.m. Art. 16 VwVG und Art. 42 BZP nicht Anwendung finden, wenn das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) anwendbar ist. Vor Bundesgericht gilt schliesslich aufgrund der Verweisung auf den Bundeszivilprozess in Art. 40 OG das Zeugnisverweigerungsrecht gemäss Art. 42 BZP.

Zeugnisverweigerungsberechtigt sind gemäss Art. 16 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 BZP Personen, die nach Art. 321 Ziff. 1 StGB unter das Berufsgeheimnis fallen. Dazu gehören u.a. auch Rechtsanwälte sowie ihre Hilfspersonen. Der Begriff des Berufsgeheimnisses umfasst alle Informationen, die der Berufsperson infolge ihres Berufs anvertraut werden oder die sie in dessen Ausübung wahrgenommen hat und die nicht allgemein bekannt sind. Zweck dieses Verweigerungs-

rechts ist der Schutz des zwischen dem Klienten und dem Rechtsanwalt typischerweise bestehenden engen Vertrauensverhältnisses. Daraus folgt, dass Rechtsanwälte, die auskunftspflichtige Personen bzw. zur Beweisaussage verpflichtete Personen vertreten, weder eine Auskunft- noch eine Zeugnis- noch eine Editionsspflicht in Bezug auf die vom Klienten erhaltenen Informationen und Urkunden trifft. Als Unternehmensjuristen angestellte Rechtsanwälte fallen nach schweizerischer Lehre (im Gegensatz zu anderen Ländern) nicht unter das Berufsgeheimnis, da sie nicht anwaltliche Dienstleistungen im Sinne des Rechtsbeistandes erbringen (vgl. Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Art. 321 Rz. 5).

Das Vertrauensverhältnis zwischen Klient und Rechtsanwalt kann nur gewährleistet werden, wenn die sich im Gewahrsam des auskunftsverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträgers befindlichen Urkunden und Gegenstände beschlagnahme- und editionsfrei sind. Dies bedeutet, dass das Auskunftsverweigerungsrecht zwingend auch die Befreiung von Beschlagnahme und Herausgabe nach sich ziehen muss. Hausdurchsuchungen und Sicherstellungen von Beweisgegenständen gestützt auf Art. 42 KG bei auskunftsverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträgern (einschliesslich Anwälten) wären folglich unzulässig. Dies bedeutet, dass der ein Unternehmen in einem Kartellverwaltungsverfahren beratende Rechtsanwalt nicht zur Auskunft über das von ihm beratene Unternehmen verpflichtet werden kann und sich dieses Auskunftsverweigerungsrecht auch auf Dokumente und Unterlagen erstreckt, die im Rahmen der Klientenbeziehung vom Rechtsanwalt aufbewahrt werden (Borer, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Art. 40 Rz. 5).

Vom Verweigerungsrecht sind indessen nur Informationen betroffen, die im direkten Zusammenhang zwischen dem Beruf der auskunftsverweigerungsberechtigten Person und der Übertragung des Geheimnisses stehen: Das Geheimnis muss der Berufsperson infolge ihres Berufs anvertraut worden sein oder sie muss es im Rahmen der beruflichen Ausübung erfahren haben.

Mangels entsprechender Gerichtspraxis ist unklar, ob vom auskunftsverweigerungsberechtigten Rechtsanwalt erstellte Dokumente und Unterlagen auch dann beschlagnahme- und editionsfrei sind, wenn sie beim auskunftspflichtigen Unternehmen aufbewahrt werden. Die Frage ist insbesondere von Bedeutung, wenn solche Dokumente im Zusammenhang mit einem konkreten Verfahren stehen. Zwar hat der Präsident der Wettbewerbskommission in einem informellen Treffen mit auf Kartellrecht spezialisierten Rechtsanwälten angekündigt, das Anwaltsgeheimnis werde von der Wettbewerbskommission im Rahmen von Untersuchungshandlungen gestützt auf Art. 42 KG gewahrt. Trotzdem besteht nach An-

sicht des SAV ein erhebliches Interesse daran, dass diese Frage durch den Verordnungsgeber eindeutig geklärt wird.

Die Erhöhung des Bussenrisikos gestützt auf Art. 49a KG wird es mit sich bringen, dass Unternehmen inskünftig ihr Verhalten bzw. ihre vertraglichen Beziehungen vermehrt durch Anwälte überprüfen lassen werden, um diese Risiken auszuschliessen. Die an der Ausarbeitung der vorliegenden Vernehmlassung beteiligten Rechtsanwälte können zudem bestätigen, dass bereits vor Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes zahlreiche Unternehmen bestehende Abreden oder Verhaltensweisen dem neuen Recht anpassen. Insbesondere im Bereich von Art. 7 KG, wo in der Schweiz eine relativ beschränkte Praxis existiert, werden Unternehmen einen erheblichen Beratungsbedarf durch externe Rechtsanwälte haben.

Um diese Beratung und aber auch die Vertretung in kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren wirkungsvoll wahrnehmen zu können, muss der beratende Rechtsanwalt seine Beurteilung von Verhaltensweisen und Verträgen den Klienten auch schriftlich mitteilen können. Im Interesse der Durchsetzung des Kartellrechtes, aber auch im Interesse eines angemessenen Rechtsschutzes ist es deshalb erforderlich, dass Unternehmen mit Sicherheit davon ausgehen können, dass Unterlagen im Zusammenhang mit anwaltlicher Beratung, die in den Akten des Unternehmens aufbewahrt werden, im Rahmen von Untersuchungsmaßnahmen gestützt auf Art. 42 KG nicht sicher gestellt werden können.

Dazu kommt, dass sowohl in den USA als auch in den meisten europäischen Ländern und insbesondere in Untersuchungsverfahren der Europäischen Kommission Arbeitsprodukte von externen Rechtsanwälten, die bei durchsuchten Unternehmen vorliegen, nicht beschlagnahmt werden können. Sollte die Schweiz eine abweichende Regelung treffen, so würden damit schweizerische Unternehmen gegenüber ausländischen Unternehmen benachteiligt. Da damit zu rechnen ist, dass Unterlagen, welche im Rahmen von Hausdurchsuchungen bzw. Sicherstellungen von Beweismitteln in den Gewahrsam der Wettbewerbsbehörden gelangen, zu den Akten eines Untersuchungsverfahrens genommen werden, wären solche anwaltliche Unterlagen auch den übrigen am Verfahren beteiligten Parteien zugänglich, sofern nicht der Schutz des Geschäftsgeheimnisses eingreift, was allerdings in der Regel nicht der Fall sein dürfte. Da keine Einschränkungen für solche am Verfahren beteiligte Parteien bestehen, wenn es um die Verwendung von zugänglichen Verfahrensakten geht, ist nicht auszuschliessen, dass solche anwaltliche Dokumente der Öffentlichkeit zugänglich gemacht bzw. in ausländische verwaltungs- bzw. zivilrechtliche Kartellrechtsverfahren eingeführt würden.

Es spricht nichts gegen eine Klarstellung des Schutzes anwaltlicher Unterlagen, welche bei untersuchten Unternehmen gelagert werden. Aus diesen Gründen beantragt der SAV, die KG-Sanktionsverordnung um eine Bestimmung zu ergänzen, welche die Reichweite des Geheimnisschutzes des Anwaltsgeheimnisses in kartellrechtlichen Untersuchungen im oben dargelegten Sinne klarstellt.

Es stellt sich zudem die Frage, ob der Bereich der Hausdurchsuchung, welche ein wesentlicher Eingriff in die Rechte der Betroffenen ist, im Interesse der Rechtssicherheit in der Verordnung ausführlich geregelt werden sollte, weil die eidgenössische Strafprozessordnung noch nicht in Kraft ist.

## **II. Bemerkungen zur KG-Sanktionsverordnung**

### **1. Sanktionsbemessung (Art. 2 bis 6)**

Die Bestimmungen zur Sanktionsbemessung sind relativ eng und erlauben der Wettbewerbskommission bei der Sanktionsbemessung nur einen beschränkten Spielraum. Auf der anderen Seite bleiben indessen gewisse für die Sanktionsbemessung wesentliche Begriffe (z.B. „Schwere der Art des Verstosses“ gemäss Art. 2) unbestimmt.

Zu den einzelnen Bestimmungen ist Folgendes anzumerken:

#### a) Art. 2

Der Basisbetrag ist auf Hardcore-Kartelle zugeschnitten und unterscheidet nicht nach der Wettbewerbsschädlichkeit einer als unzulässig beurteilten Verhaltensweise. Verwiesen wird lediglich auf die „Schwere der Art des Verstosses“, ohne jedoch eine entsprechende Hierarchie festzulegen. In den Erläuterungen wird dazu auf die Anzahl Wettbewerbsparameter verwiesen, welche durch eine Abrede betroffen werden. Dies ist im Ansatz zu begrüssen, doch wäre es im Sinne der Rechtssicherheit hilfreich, wenn bereits in der Verordnung klare Anhaltspunkte dafür gegeben würden, welche Wettbewerbsverstösse nach Ansicht des Verordnungsgebers relativ geringfügig, schwer bzw. besonders schwer wiegen. Als Anhaltspunkt könnte die Lösung der EU dienen. Zudem ist insbesondere die tatsächliche Wettbewerbsschädlichkeit als Kriterium für die Bemessung des Basisbetrags in Art. 2 zu erwähnen.

Die enge Festlegung der Spanne von 7 bis 10% als Basisbetrag ist nicht geeignet, die stark variierenden Grade der tatsächlichen Auswirkungen eines Wettbewerbsverstosses angemessen zu berücksichtigen. Das Verhältnismässigkeits-

prinzip und der Grundsatz der Individualität der Strafe werden durch diesen Basisbetrag zu stark eingeschränkt.

Unklar ist weiter die Bedeutung des Begriffs „Basis der Sanktion“. Die Erläuterungen bemerken dazu lediglich, der Basisbetrag sei „Ausgangspunkt“. Es ist jedoch nicht klar, ob damit die Aussage verbunden wird, die Sanktion dürfe einen gewissen Betrag nicht unterschreiten (was wohl angesichts von Art. 5 nicht gemeint ist). Wird der Basisbetrag, wie in den Erläuterungen angedeutet, tatsächlich als Minimalbetrag für die Sanktionsbemessung verstanden, besteht bei wenig diversifizierten, spezialisierten Unternehmen die Gefahr, dass sie entgegen der gesetzlichen Regelung in Art. 49a revKG praktisch immer mit dem Höchstbetrag belastet werden, weil der Basisbetrag in die Nähe des in Art. 49a revKG festgelegten Höchstbetrags kommt. Die starre Formulierung eines Basisbetrages in Art. 2 widerspricht in diesen Fällen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, weil im Normalfall, also ohne mildernde Umstände, die Sanktion mindestens 7% betragen muss. Eine derartige Minimalsanktion, welche bereits in die Nähe der Höchstsanktion kommen kann, ist jedoch im Gesetz nicht vorgesehen.

Schliesslich ist auch nicht geregelt, wie eine erhebliche Umsatzentwicklung (insbesondere eine erhebliche negative Umsatzentwicklung) über die letzten drei Geschäftsjahre zu berücksichtigen ist. Die gesetzgeberische Berücksichtigung der letzten drei Geschäftsjahre beruht auf dem Gedanken, dass die Unternehmen nicht die Möglichkeit haben sollen, während einem laufenden Untersuchungsverfahren den Umsatz künstlich zu reduzieren, um die Sanktionshöhe zu vermindern. Allerdings ist ebenso gut denkbar, dass der Umsatz eines Unternehmens aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung zurück geht. Eine Festsetzung des Sanktionsbetrages innerhalb des engen Rahmens von 7 bis 10% ermöglicht es nicht, einen starken Umsatzschwund angemessen zu berücksichtigen. Die Verordnung stellt auch nicht klar, ob ein derartiger Umsatzschwund dazu führt, dass der Basisbetrag im unteren Bereich der Spannweite festgesetzt wird.

#### b) Art. 3

Die Dauer eines Wettbewerbsverstosses wird lediglich strafverschärfend, jedoch nicht strafmildernd berücksichtigt. Dies verstösst gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und den Grundsatz der Individualität bei der Strafzumessung. Zudem fehlt eine Klarstellung, dass Wettbewerbsverstösse, welche zwar freiwillig, aber vor weniger als fünf Jahren aufgehoben wurden, milder bestraft werden.



In dieser Bestimmung sollte auch grundsätzlich klar gestellt werden, dass im Sinne des Rückwirkungsverbotes Wettbewerbsverstösse, die vor Ende der Übergangsfrist von einem Jahr begonnen und erst nach deren Ende aufgehört haben, bei der Strafzumessung lediglich für den Zeitraum nach Ablauf der Übergangsfrist berücksichtigt werden.

#### c) Art. 4

Der SAV regt zu Art. 4 an, sämtliche strafverschärfenden Umstände abschliessend aufzuzählen und es nicht bei einer beispielhaften Aufzählung („insbesondere wenn ein Unternehmen...“) bewenden zu lassen. Die erschwerenden Umstände sollten sodann nach dem Legalitätsprinzip möglichst genau umschrieben werden. Die Erfahrungen aus dem EG-Wettbewerbsrecht zeigen, dass in diesem Bereich ein grosses Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht.

In allgemeiner Hinsicht ist zu Art. 4 und 5 festzustellen, dass die tatsächliche Wettbewerbsschädlichkeit eines Wettbewerbsverstosses weder bei den erschwerenden noch bei den mildernden Umständen erwähnt wird. Der Beispielkatalog in Art. 4 und 5 sollte – sofern die Wettbewerbsschädlichkeit nicht wie vorn in Ziff. 1a) beantragt als Kriterium für die Bemessung des Basisbetrags in Art. 2 berücksichtigt wird – um dieses Kriterium ergänzt werden.

Sodann ist in allgemeiner Hinsicht festzuhalten, dass die Bedeutung der einzelnen in Art. 4 und 5 aufgezählten Kriterien und deren Zusammenwirken unklar bleibt. Als Beispiel sei der folgende Fall erwähnt: Ein Wettbewerbsverstoss hat fünf Jahre gedauert; der Basisbetrag wird folglich um 50% erhöht. Wenn nun ein mildernder Umstand gemäss Art. 5 zutrifft, der eine Reduktion um z.B. 25% rechtfertigt, fragt sich, ob sich diese Reduktion auf den Basisbetrag gemäss Art. 2 oder auf den gemäss Art. 3 bereits um 50% erhöhten Betrag bezieht. Eine Lösung würde darin bestehen, dass die mildernden Umstände bereits beim Basisbetrag berücksichtigt werden und der reduzierte Basisbetrag dann, gestützt auf die Dauer, erhöht wird. Diese Frage ist in der Verordnung zu klären.

Im Einzelnen sieht Art. 4 vor, dass ein objektiv besonders hoher Gewinn strafverschärfend zu berücksichtigen ist. Dies steht im Widerspruch zu Art. 49a KG, wonach der mutmassliche Gewinn immer für die Strafzumessung in Betracht zu ziehen ist. Dies bedeutet, dass die Höhe des aufgrund des Wettbewerbsverstosses erzielten Gewinnes nicht nur strafscharfend, sondern auch strafmildernd zu berücksichtigen ist.

Nicht nachvollziehbar ist die Erläuterung zu Art. 4 und 5 (zweiter Abschnitt): Das Umstossen der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung eines Verstosses gegen Art. 5 Abs. 3 und 4 KG führt gesetzessystematisch dazu, dass der entsprechende Verstoß den Wettbewerb lediglich erheblich beschränkt und deshalb nach Art. 5 Abs. 2 KG zu beurteilen ist. In diesem Fall ist die Rechtfertigung durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz möglich. Kann ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz nicht gerechtfertigt werden, so ist keine direkte Sanktion möglich; der entsprechende Verstoß kann von der Wettbewerbskommission lediglich untersagt werden.<sup>2</sup> Erst bei einem erneuten Verstoß (d.h. bei einem Verstoß gegen die entsprechende Verfügung der WEKO) kommt eine Sanktion in Frage. In diesem Fall dürfte es bei der Sanktion nicht lediglich auf den Abredetyp ankommen, sondern auch darauf, dass mit der Einführung des Systems der direkten Sanktionen verschieden schwerwiegende Wettbewerbsverstöße unterschiedlich gewichtet werden. Zu den ganz schweren Wettbewerbsverstößen gehören jene, welche mit direkten Sanktionen belegt werden; die übrigen Verstöße (insbesondere solche gegen Art. 5 Abs. 1 und 2 KG) sind entsprechend der Gewichtung durch den Gesetzgeber als weniger schwerwiegend zu betrachten.

#### d) Art. 5

Im Gegensatz zu Art. 4 ist es in Art. 5 mit dem Legalitätsprinzip vereinbar, wenn mildernde Umstände nur beispielhaft aufgezählt werden müssen. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es indessen wiederum wünschbar, wenn sämtliche bedeutenden mildernden Umstände, welche zwingend zu berücksichtigen sind, in Art. 4 aufgezählt würden.

Die Formulierung „nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats“ ist problematisch. Sie impliziert eine neue Definition der Kompetenzen des Sekretariats. Tatsächlich hat das Sekretariat keinerlei Kompetenz einzugreifen, wenn es nicht eine Vorabklärung eröffnet hat. Die Formulierung in Art. 5 Abs. 1 würde es dem Sekretariat ermöglichen, ohne Eröffnung einer Vorabklärung ein Unternehmen zur Änderung der Geschäftspraktiken aufzufordern und danach trotzdem eine Untersuchung mit Sanktionsmöglichkeiten zu eröffnen. Eine derartige Intervention des Sekretariats ausserhalb des gesetzlich vorgesehenen Rahmens scheint

<sup>2</sup> Die Aussagen in den Materialien zu diesem Punkt sind nicht klar; die Auslegungsgrundsätze sprechen jedoch für die hier vertretene Auffassung.

nur dann angezeigt, wenn es um sehr leichte Fälle (ohne Sanktionsmöglichkeit) geht. Bei schwerwiegenden Wettbewerbsverletzungen hingegen ist eine Massnahme des Sekretariats ausserhalb einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG unzulässig. Ein Unternehmen muss seine Geschäftspraktiken in Kenntnis möglicher kartellrechtlicher Vorwürfe beurteilen können. Insbesondere muss es einem Unternehmen möglich sein, in einer ersten Phase die rechtliche Beurteilung einer Geschäftspraxis durch das Sekretariat sowie den unterstellten Sachverhalt in Frage zu stellen. Das Unternehmen muss auch die Möglichkeit haben, im Rahmen einer Vorabklärung seine Meinung zu ändern und allenfalls sein Verhalten anzupassen, ohne auf Strafmilderung verzichten zu müssen.

Die Formulierung „nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats“ kann nach Auffassung des SAV ersatzlos gestrichen werden. Zudem fragt sich, ob nicht mildernde Umstände auch dann noch gelten sollten, wenn ein Unternehmen im Rahmen einer Vorabklärung seine Geschäftspraktiken im Sinne des Vorschlags des Sekretariats anpasst.

#### e) Art. 6

Art. 6 wiederholt lediglich den Gesetzestext und ist in diesem Sinne überflüssig. Hingegen bedarf die Frage der Klärung, ob es in gewissen Fällen (bzw. abgestuft nach Schwere eines Verstosses) einen Mindestbetrag für Sanktionen gibt, welcher keinesfalls unterschritten werden darf. Aus den bereits dargelegten Gründen erscheint die Festlegung eines Mindestbetrages nicht sachgerecht (vgl. dazu vorne die Bemerkungen zu Art. 2). Sollte jedoch ein Mindestbetrag definiert werden, müssten in jedem Fall die Bestimmungen über den vollständigen Erlass der Sanktionen von Art. 7 bis 10 vorbehalten bleiben.

## 2. Vollständiger Erlass der Sanktion (Art. 7 bis 10)

#### a) Art.7

Das Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 lit. a zu lit. b ist nicht völlig klar. Auch Informationen können Beweismittel darstellen und Beweismittel dürften auch immer Informationen enthalten. Die Übergabe von Informationen i.S.v. Art. 7 Abs. 1 lit. a sollte auf jeden Fall dann ausreichend sein, wenn die Behörde nicht schon über Anhaltspunkte verfügte, welche zur Eröffnung einer Untersuchung genügten. Insbesondere müssen Informationen gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a dann genügen, wenn die Behörde zwar über gewisse Anhaltspunkte verfügte, trotzdem aber auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet hat. Die Formulierung in den Erläuterungen („durch diese Art der Selbstanzeige wird der Wettbewerbsbehörde eine

Abrede zur Kenntnis gebracht, welche hier bis anhin gänzlich unbekannt war.“) ist zu restriktiv. Oftmals dürften die Behörden über Angaben diffuser Art verfügen, welche aber eben gerade nicht zum Anlass genommen werden, eine Untersuchung zu eröffnen. In diesen Fällen sollte eine Information i.S.v. Art. 7 lit. a die Möglichkeit eines Sanktionserlasses mit sich bringen.

Unklar ist auch, ob mehrere Unternehmen bei absolut gleichzeitiger Information gemeinsam in den Genuss eines vollständigen Sanktionserlasses kommen können. Dies dürfte mindestens dann nicht der Fall sein, wenn damit praktisch alle Mitglieder eines Kartells gleichzeitig aus dem Kartell aussteigen, weil damit die ganze Sanktionsregelung in Frage gestellt würde. Anders ist hingegen der Fall zu beurteilen, wo z.B. zwei von zehn Unternehmen absolut gleichzeitig an die Behörde gelangen. Hier sollte für beide Unternehmen ein vollständiger Erlass der Sanktion möglich sein. Eine Regelung dieser Frage scheint jedoch am besten durch einen Verzicht auf die 50%-Schwelle in Art. 11 Abs. 2 (vgl. dazu hinten die Bemerkungen zu Art. 11) möglich zu sein.

Eher hinderlich ist auch die Formulierung in den Erläuterungen, wonach kein vollständiger Sanktionserlass in Frage kommt, wenn Informationen lediglich zur Eröffnung einer Vorabklärung ausreichend sind. Oftmals dürften gerade passive Kartellmitglieder nur über ungenügende Informationen verfügen, um die Informationsbasis für die Eröffnung einer Untersuchung zu vermitteln. Die aufgrund ihrer Informationen eingeleitete Vorabklärung könnte trotz Unvollständigkeit der Informationen letzten Endes trotzdem zu einer Auflösung des Kartells führen. Durch die Unmöglichkeit eines vollständigen Sanktionserlasses werden aber gerade solche passive Kartellmitglieder abgeschreckt, von Art. 7 Abs. 1 lit. a Gebrauch zu machen.

Art. 7 Abs. 2 zählt die Voraussetzungen auf, welche für einen Sanktionserlass erfüllt werden müssen. Ein Unternehmen, welches in einem Kartell eine anstiftende oder führende Rolle eingenommen hat, kommt gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a nicht in den Genuss eines vollständigen Sanktionserlasses. Diese Regelung kann kontraproduktiv sein. Erfahrungen im Ausland haben gezeigt, dass von Bonusregelungen oft dann Gebrauch gemacht wird, wenn ein Unternehmen von einem anderen Unternehmen übernommen wurde und im Rahmen der kartellrechtlichen Due Diligence Verstösse zu Tage gefördert wurden. Auch ein Wechsel im Management kann oft dazu führen, dass ein Unternehmen zur Selbstanzeige schreitet. Der absolute Ausschluss von der Möglichkeit eines Sanktionserlasses bei anstiftenden und führenden Kartellmitgliedern kann deshalb dazu führen, dass eine erhebliche Zahl von Kartellen nicht gemeldet wird. Der SAV beantragt deshalb, Art. 7 Abs. 2 lit. a in diesem Sinne umzuformulieren, dass die

Wettbewerbskommission bei der Berücksichtigung der Rolle eines Kartellmitglieds im Hinblick auf einen Sanktionserlass mehr Flexibilität erhält.

Als negative Anreize sind auch die Bestimmungen von Art. 7 Abs. 3 und Abs. 4 lit. b zu sehen. Dies gilt im besonderem Ausmass für Art. 7 Abs. 3. Für Unternehmen ist nie klar, über welche Informationen die Behörden bereits verfügen. In vielen Fällen wird die Behörde über Anhaltspunkte verfügen. Ob diese zur Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 26 und 27 KG ausreichen oder nicht, ist eine Wertungsfrage. Wenn ein Unternehmen damit rechnen muss, dass ihm diese Bestimmung entgegen gehalten wird, kann es von der Selbstanzeige abgehalten werden. Art. 7 Abs. 3 sollte deshalb so umformuliert werden, dass lediglich Missbräuche ausgeschlossen werden. Es wäre z.B. möglich, einen Sanktionserlass nur dann auszuschliessen, wenn die Wettbewerbsbehörde unmittelbar vor der Selbstanzeige bereits eigene Nachforschungen angestellt und den Entscheid über die Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 26 und 27 KG vorbereitet hat.

#### b) Art. 8 und Art. 10

Art. 8 Abs. 1 sieht vor, dass die Selbstanzeige auch mündlich zu Protokoll gegeben werden kann. In diesem Zusammenhang ist auf Folgendes hinzuweisen: Protokolle über Selbstanzeigen sollten auf Wunsch eines Unternehmens lediglich Bestandteil der internen Akten des Sekretariats bzw. der Wettbewerbskommission bilden können und von einem späteren Beizug zu den Verfahrensakten ausgeschlossen werden können. Die Unternehmen sollten nicht dazu angehalten werden, Protokolle über mündliche Selbstanzeigen zu unterzeichnen. Hintergrund dieser Überlegungen ist, dass Protokolle über Selbstanzeigen bei den Untersuchungsakten von Drittparteien eingesehen werden und in ausländische Untersuchungsverfahren bzw. zivilrechtliche Kartellprozesse eingebracht werden könnten. Eine derartige Selbstanzeige (insbesondere wenn sie vom betroffenen Unternehmen unterzeichnet ist) könnte in einem ausländischen Verfahren einen erheblichen Beweiswert aufweisen, ja geradezu als Klageanerkennung wirken. Die Risiken einer kartellrechtlichen Sammelklage in den USA sind für ein Unternehmen unübersehbar und erheblich und können einen bedeutenden Negativanreiz gegen eine Selbstanzeige darstellen. Es ist deshalb von grosser Bedeutung für ein wirkungsvolles System der Selbstanzeige, dass den Unternehmen der absolut vertrauliche Umgang mit ihren Angaben garantiert werden kann.

In Art. 8 Abs. 3 wird festgehalten, dass das Sekretariat den Eingang der Selbstanzeige unter Angabe der Eingangszeit bestätigt. Diese Bestätigung sollte innert einer kurzen, wenn möglich in der Verordnung definierten Frist stattfinden.

Unbefriedigend ist zudem, dass die Mitteilung gemäss Art. 8 Abs. 3 lit. a für die Unternehmen wenig verbindlichen Charakter hat. Die Formulierung dieser Bestimmung legt nahe, dass die Wettbewerbskommission nicht an diese Mitteilung und die Einschätzung der Zulässigkeit eines Sanktionserlasses gebunden ist. Für die Unternehmen ist es aber von entscheidender Bedeutung, dass sie sich im Zeitpunkt des Entscheids über eine Selbstanzeige auf einen vollständigen Sanktionserlass verlassen können. Im Ausland sind diese Probleme praktisch dadurch gelöst worden, dass die Unternehmen mit der Behörde in einer schriftlichen Vereinbarung die Pflichten des Unternehmens im Hinblick auf einen vollständigen Sanktionserlass, aber auch die Tatsache eines derartigen vollständigen Erlasses festhalten. Verstösst ein Unternehmen gegen diese Verpflichtungen, verliert es den Anspruch auf den vollständigen Sanktionserlass. Hält es sich hingegen daran, so kann es sich bereits vom Moment der Selbstanzeige auf den vollständigen Sanktionserlass verlassen. Im Sinne eines möglichst hohen Anreizes zu Selbstanzeigen wird angeregt, das Verfahren in der Schweiz diesem ausländischen (insbesondere amerikanischen) Vorbild anzugleichen.

### **3. Reduktion der Sanktion**

#### **a) Art. 11**

Die Voraussetzungen für einen teilweisen Sanktionserlass sind unklar definiert. Es ist nicht klar, ob sowohl die Art des Verhaltens (unaufgefordert) als auch der Umfang (in einer „die gesetzliche Verpflichtung übersteigende Weise“) von Bedeutung sind. Beide Kriterien können zudem als Negativanreize wirken. Ein Unternehmen, welches bereits zur Mitwirkung im Verfahren aufgefordert wurde, hat gemäss Art. 11 Abs. 1 keinerlei Anreiz mehr, sich kooperativ zu verhalten. Dies kann nicht im Sinne des gesetzlichen Zieles der Aufdeckung möglichst vieler Kartelle liegen. Andererseits ist unklar, was eine „die gesetzliche Verpflichtung übersteigende Weise“ ausmacht. Die neuen Untersuchungsmöglichkeiten gemäss Art. 40 bis 42 KG statuieren keine bedeutende Mitwirkungspflicht der betroffenen Unternehmen, welche schwer übertroffen werden kann. Es fragt sich, ob bei der Reduktion von Sanktionen gemäss Art. 11 Abs. 1 nicht völlig auf das Opportunitätsprinzip abzustellen wäre, wenn es um die Voraussetzungen geht. Letzten Endes werden die Umstände des Einzelfalles es in den meisten Fällen erlauben, die Angemessenheit einer Sanktionsreduktion zu beurteilen.

Ebenfalls als negativer Anreiz könnte sich die Regelung herausstellen, dass die Sanktion höchstens um 50% reduziert werden kann. Die Praxis in anderen Ländern hat gezeigt, dass oftmals der Beitrag des zweiten oder dritten Unternehmens bedeutender für den Erfolg einer Untersuchung als derjenige des Erstan-

zeigers war. Gerade wenn der Erstanzeiger ein relativ passives Kartellmitglied ist, das lediglich erste Anhaltspunkte zur Eröffnung einer Untersuchung liefern kann, kann das zweite Unternehmen entscheidend zum Erfolg bei der Aufdeckung eines Kartells beitragen. Wenn es dafür lediglich eine Reduktion der Sanktion um 50% erreichen kann, verzichtet es möglicherweise auf eine frühzeitige kooperative Haltung im Verfahren und verlegt sich auf eine defensive Taktik. In diesem Sinne beantragt der SAV, die Möglichkeit der Reduktion der Sanktion gemäss Art. 11 nicht zu begrenzen.

b) Art. 13

Wie bereits bei Art. 8 bzw. 10 gilt auch hier, dass das Unternehmen bereits im Zeitpunkt der Selbstanzeige i.S.v. Art. 11 Gewissheit darüber erhalten können muss, ob und in welchem Ausmass es in den Genuss einer Sanktionsreduktion kommt. Wiederum kann dies durch eine entsprechende Vereinbarung sicher gestellt werden (siehe dazu vorn zu Art. 8|10).

#### **4. Meldeverfahren**

a) Art. 14

Da es sich sehr oft um Vereinbarungen im internationalen Umfeld handelt, sollten Beilagen (insbesondere die fraglichen Verträge) wie im Fusionskontrollverfahren in englischer Sprache eingereicht werden können.

Es fehlt sodann eine Klarstellung, dass die Praktizierung einer Abrede bis zur Eröffnung einer Untersuchung keine Sanktionsfolgen nach sich zieht und insbesondere auch nach Eröffnung einer Untersuchung bei einer späteren Bussenverfügung nicht berücksichtigt werden darf.

b) Art. 15

Es wird angeregt, zum Entwurf des Meldeformulars mit interessierten Kreisen, insbesondere mit im Kartellrecht spezialisierten Anwälten, eine Vernehmlassung durchzuführen. Verschiedene Anwälte verfügen über Erfahrungen mit entsprechenden ausländischen Formularen (insbesondere mit dem ehemaligen Formblatt A|B der EU) und sind in der Lage, dazu praktische Hinweise zu geben.

### c) Art. 18

Die im Parlament vorgeschlagene Fünfmonatsfrist für das Widerspruchsverfahren dürfte in zahlreichen Fällen in der Praxis nicht praktikabel sein. Häufig müssen erhebliche Investitionen bereits vor Ablauf dieser Frist getätigt werden und würden dann bei Unzulässigkeit des Vorhabens verloren gehen. Wenn die Dauer des Widerspruchsverfahrens von der Geschäftslast der Behörde abhängt, besteht deshalb ein erhebliches Risiko, dass insbesondere bei schwierigen Fällen ein Widerspruchsverfahren gemäss Art. 18 erst kurz vor Ablauf der Widerspruchsfrist eröffnet wird, was zur Abschreibung erheblicher Investitionen führen kann.

Der SAV regt deshalb an, dass die Unternehmen in derartigen Fällen die Möglichkeit erhalten, gegen Entrichtung einer angemessenen Gebühr eine rasche Behandlung ihrer Meldung (z.B. innerhalb von vier Wochen) zu beantragen. Ein ähnliches „fast track“-Verfahren hat das Handelsregister Zürich für Vorprüfungen von schwierigen Transaktionen eingeführt; das Verfahren wird von den Betroffenen als erfolgreich beurteilt. Eine Verweisung von eiligen Fällen auf das Verfahren der Sekretariatsberatung hilft nicht weiter, da diese das Sanktionsrisiko nicht zu beseitigen vermag.

## III. VKU

In Art. 8 wird nicht präzisiert, wie die Bruttoerträge geografisch zuzuordnen sind. Die Frage stellt sich, welcher Ort relevant ist. Ist es jener, an dem der betreffende Kunde seinen Wohnsitz bzw. Sitz hat oder – wie in der Regelung von Art. 5 Abs. 3 lit. a Unterabsatz 2 FKVO der Ort, an welchem sich die Zweig- bzw. Geschäftsstelle befindet, die die betreffenden Bruttoerträge verbucht hat?

Aus praktischer Sicht ist anzumerken, dass insbesondere bei ausländischen Finanzinstituten für eine geografische Zuordnung nach dem Wohnsitz bzw. Sitz des Kunden häufig gar kein brauchbares Zahlenmaterial vorhanden ist. Aus diesem Grunde würde eine explizite Übernahme der Regelung der FKVO als sachgerecht erscheinen. Der SAV beantragt eine entsprechende Präzisierung der VKU für Banken und übrige Finanzintermediäre.

## IV. KG-Gebührenverordnung

Art. 1 Abs. 1 wiederholt weitgehend den Gesetzestext von Art. 53a revKG. Die Wiederholung des Gesetzestextes kann jedoch nicht der Sinn einer Ausführungsverordnung zu diesem Gesetzestext sein.



Die Formulierung von lit. b birgt die Gefahr, dass die Wettbewerbskommission eine gesetzwidrige Praxis bei der Gebührenerhebung in Fusionskontrollverfahren einführt. Im erwähnten informellen Treffen mit Kartellrechtsanwälten kündigte das Sekretariat der Wettbewerbskommission bereits an, dass für die Phase I des schweizerischen Fusionskontrollverfahrens gestützt auf Art. 53a revKG und Art. 1 lit. b der KG-Gebührenverordnung eine Pauschalgebühr eingeführt werden sollte. Diese Pauschalgebühr wäre gesetzwidrig, weil sich Art. 53a revKG ausdrücklich auf die „Prüfung“ von Unternehmenszusammenschlüssen bezieht. Der Begriff „Prüfung“ wird im Kartellgesetz unmissverständlich und durchgehend nur für die Phase II des Fusionskontrollverfahrens verwendet. Das Einleitungsverfahren, das mit einer Pauschalgebühr belegt werden soll, wird im Kartellgesetz begrifflich und sachlich klar von der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen getrennt. Auch der in Art. 53a revKG erwähnte Art. 32 KG verwendet den Begriff „Prüfung“ nur für die Phase II. Die Verweisung auf Art. 32 KG in Art. 53a revKG ändert folglich nichts daran, dass bei einer dem Wortlaut entsprechenden und systematisch korrekten Anwendung von Art. 53a revKG das Einleitungsverfahren nicht mit einer Gebühr belegt werden darf.

Art. 1 Abs. 1 lit. c erwähnt Gutachten und „sonstige Dienstleistungen“. Da im KG keine weiteren Dienstleistungen der Wettbewerbsbehörden vorgesehen sind, sollte die Formulierung „sonstige Dienstleistung“ zur Vermeidung von Unklarheiten gestrichen werden.

Schliesslich erwähnt die KG-Gebührenverordnung die Verfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG nicht. Es ist deshalb davon auszugehen, dass diese gebührenfrei sind, sofern nicht ein Untersuchungsverfahren eröffnet wird.

Gerne hoffen wir, dass unseren Überlegungen und Argumenten Beachtung geschenkt wird.

Mit freundlichen Grüssen

Eva Saluz  
Präsidentin SAV

René Rall  
Generalsekretär SAV

Bern, 22. Dezember 2003