

Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)
Direktion für Wirtschaftspolitik
Vernehmlassung KG
Effingerstrasse 1
3003 Bern

RR/tm

312

Bern, 30. November 2010

Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen; Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

In randvermerkter Angelegenheit nimmt der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) Bezug auf die ihm von Frau Bundesrätin Doris Leuthard unterbreiteten Vernehmlassungsunterlagen.

Gerne nimmt der SAV dazu Stellung und dankt Ihnen für die ihm gewährte Fristverlängerung bis 30. November 2010.

I. Vorbemerkungen*

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf für die Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG). Der SAV begrüsst die Initiative zur Änderung des Kartellgesetzes aufgrund des Evaluationsverfahrens und unterstützt in einem erheblichen Umfang die bundesrätliche Revisionsvorlage.

In der nachfolgenden Vernehmlassung geht der SAV auf einzelne Revisionschwerpunkte ein und regt zu einzelnen Bestimmungen Änderungen und Präzisierungen an.

Der SAV unterstützt insbesondere die Vorschläge im Bereich Institutionelles und Verfahren. Auch die übrigen Revisionschwerpunkte werden von der Stossrichtung her grundsätzlich

* Einzelne Mitglieder der Fachkommission Kartellrecht des SAV sind zugleich Mitglieder der Studienvereinigung Kartellrecht und haben in diesem Gremium an einer Vernehmlassung mitgearbeitet. Aus diesem Grund kann zwischen den Schlussfolgerungen der beiden Vernehmlassungen eine weitgehende Übereinstimmung festgestellt werden.

unterstützt. Fragwürdig erscheinen dem SAV jedoch die Vorschläge im Bereich internationale Zusammenarbeit.

II. Institutionelles und Verfahren

Die Revisionsvorschläge des Bundesrats im Bereich Institutionen und Verfahren sind in ihrer Stossrichtung klar zu begrüssen und zu unterstützen.

A. Ausgangslage und Mängel des geltenden Systems aus anwaltlicher Erfahrung

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

Spätestens mit der Einführung der direkten Sanktionen, welche von ihrer Höhe her gewollt eine pönale Komponente aufweisen, zeigt die Erfahrung aus der anwaltlichen Praxis immer häufiger Mängel der Ausgestaltung von Institutionen und Verfahren, insbesondere in folgenden Bereichen:

- Das Entscheidorgan als Milizorgan ist den Aufgaben eines modernen Wettbewerbsrechts nicht gewachsen.
- Der Milizcharakter der Kommission führt zur Ausstandsproblematik, und zwar nicht nur bei Verbandsvertretern, sondern auch bei den unabhängigen Mitgliedern (z.B. VR-Mandate).
- Die Einsitznahme von Verbandsvertretern ist generell problematisch aufgrund der sensiblen Daten, die während jeder Untersuchungstätigkeit anfallen.
- Die Wettbewerbskommission (Weko) ist als Entscheidorgan zu gross.
- Lückenhafte Präsenz der Entscheidbehörde bei Beweisaufnahmen und Kommissions-sitzungen.
- Professionelle Untersuchungsbehörde (Sekretariat) einerseits und Milizbehörde (Kommission) führen zu einem Wissensgefälle.
- Intransparentes Wahlverfahren für Kommissionsmitglieder.
- Das Zusammenwirken von Sekretariat und Weko, also von Untersuchungs- und Entscheidbehörde, widerspricht dem Prinzip der Waffengleichheit und dem Unmittelbarkeitsprinzip, wonach eine Behörde oder ein Gericht, das ein bestimmtes Verhalten aburteilt, verpflichtet ist, sich ein direktes und unmittelbares Bild von der Tat und dem Täter zu machen.
- Kontraproduktiv ist die Tendenz der Wettbewerbsbehörde zu einvernehmlichen Regelungen. Diese sind zwar effizient, sollten aber nur da angestrebt werden, wo bereits rechtskräftige Leitentscheidungen bestehen. Problematisch sind einvernehmliche

Regelungen speziell in Fällen, wo durch eine zusätzliche Sanktionsreduktion ein allfälliges Weiterziehen des Falles verhindert wird, oder wo eine Prüfung des Falles bis zur Entscheidung vermieden werden soll. Zudem sind einvernehmliche Regelungen des Sekretariats kaum öffentlich zugänglich.

Diesen Kritikpunkten wurde in der laufenden Revision weitgehend Rechnung getragen.

B. Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde

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

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

Die vorgeschlagene Behördenorganisation ist zumindest im Bereich der Untersuchung von sanktionsbedrohten Verhaltensweisen zudem rechtsstaatlich geboten. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) muss der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht bei "strafrechtlichen Anklagen" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK - d.h. auch im kartellgesetzlichen Sanktionsverfahren - grundsätzlich in *jeder* Instanz erfüllt sein, also auch schon in erster Instanz¹. Nur in einer Instanz im ganzen Instanzenzug muss der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht demgegenüber erfüllt sein, wenn es um einen blossen Zivilfall geht² oder wenn es um geringfügige bzw. massenweise auftretende Bagatelldeliktsfälle (wie z.B. ein Strassenverkehrsdelikt) geht.³ In einigen Entscheiden hat der EGMR auch Steuerstraf- und Zollstraffälle, in denen es um prozentuale Strafzuschläge auf nicht bezahlten Steuern und Zöllen ging, als "geringfügige Straffälle" in

¹ (Vgl. EGMR-Entscheide De Cubber gegen Belgien vom 26.10.1984, Findlay gegen das Vereinigte Königreich vom 25.2.1997 und Jussila gegen Finnland vom 23.11.2006; vgl. auch BGE 112 Ia 290, 113 Ia 72 und 114 Ia 50).

² (D.h. um "zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK; vgl. EGMR-Entscheid Albert und Le Compte gegen Belgien vom 10.2.1983)

³ (Vgl. EGMR-Entscheid Öztürk gegen Deutschland vom 21.2.1984; seither vielfach bestätigt in Fällen, in denen es um Geldbussen in der Höhe von bis zu einigen hundert Franken ging; vgl. auch BGE 115 Ia 183)

diesem Sinne behandelt⁴ Dies war aus Effizienzüberlegungen bzw. durch den Umstand gerechtfertigt, dass solche schematisch bemessenen Steuer- und Zollbussen - genau wie z.B. Strassenverkehrsbussen - in grosser Zahl auftreten und dass bei ihrer Verhängung ein geringes Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen besteht. Kartellrechtliche Sanktionsverfahren sind indes keine solchen "geringfügigen Straffälle", sondern unterscheiden sich von diesen erheblich. Für sie bleibt es daher beim Grundsatz, dass die erstinstanzliche Entscheidbehörde ein unabhängiges Gericht sein muss.

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

C. Wettbewerbsbehörde

Die vorgeschlagene Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörde ist grundsätzlich zu begrüssen. In einzelnen Punkten bestehen Verbesserungsmöglichkeiten.

1. Beurteilung von Strafsanktionen

Nach dem Revisionsentwurf wäre die Wettbewerbsbehörde bei Strafsanktionen gegen natürliche Personen verfolgende *und* beurteilende Behörde in einem (Art. 57 Abs. 2 revKG). Dies würde einen krassen Verstoss gegen den verfassungs- und konventionsrechtlichen Anspruch auf ein unabhängiges Gericht darstellen.⁵ Im Hinblick auf die mögliche Einführung direkter Sanktionen gegen natürliche Personen muss die erstinstanzliche Beurteilung solcher Verstösse einem unabhängigen Gericht übertragen werden. In Frage kommen hierfür grundsätzlich das Bundeswettbewerbsgericht und das Bundesstrafgericht. Aufgrund der grösseren Sachnähe sowie der möglichen Synergien mit einem parallel zu führenden Verwaltungssanktionsverfahren und der Vermeidung von widersprüchlichen Urteilen erscheint eine Zuweisung der Strafsanktionsfälle an das Bundeswettbewerbsgericht als sinnvoller.

2. Anordnung von Zwangsmassnahmen

Der Revisionsentwurf sieht vor, dass die Wettbewerbsbehörde Zwangsmassnahmen (z.B. Hausdurchsuchungen) anordnen kann (Art. 42 Abs. 2 revKG). Solche Zwangsmassnahmen sind für die betroffenen Unternehmen äusserst einschneidend. Ihre Anordnung sollte daher

⁴ (EGMR-Entscheide Bendenoun gegen Frankreich vom 24.2.1994, Janosevic gegen Schweden vom 23.7.2002 und Jussila gegen Finnland vom 23.11.2006).

⁵ (Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK).

aufgrund einer sorgfältigen Abwägung erfolgen. Dies kann dadurch sichergestellt werden, dass am betreffenden Entscheid eine Mehrzahl von Personen mitwirken muss, und dass sich darunter auch Personen befinden müssen, die für die betreffende Untersuchung weder direkt noch indirekt verantwortlich sind. Zwangsmassnahmen sollten daher nur von der Leitung der Wettbewerbsbehörde als Kollegialorgan angeordnet werden können. Nach dem Revisionsentwurf ist dies allerdings nicht sichergestellt. Der Entwurf sieht vielmehr vor, dass die Leitung die Verfügungen der Wettbewerbsbehörde "nach Massgabe dieses Gesetzes und des Organisationsreglements" erlässt (Art. 21 Abs. 2 Bst. b revKG). Diese Formulierung ermöglicht es, im Organisationsreglement die Anordnung von Zwangsmassnahmen dem für die jeweilige Untersuchung zuständigen Vizedirektor allein zuzuweisen. Im Gesetzestext sollte deshalb klargestellt werden, dass Zwangsmassnahmen nur von der Leitung der Wettbewerbsbehörde als Kollegialorgan angeordnet werden können.

3. Einstellung von Untersuchungen

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

D. Bundeswettbewerbsgericht

Die vorgeschlagene Ausgestaltung des Bundeswettbewerbsgerichts ist grundsätzlich zu begrüssen. In einzelnen Punkten bestehen Verbesserungsmöglichkeiten:

1. Richterliche Kognition

Der Wert des neuen Bundeswettbewerbsgerichts misst sich am Umfang seiner Kognition. Räumt es der Wettbewerbsbehörde als Anklagebehörde (in der Verhaltenskontrolle) bzw. als Vorinstanz (in der Fusionskontrolle) einen weiten Ermessens- und Beurteilungsspielraum ein, so vermag es die verfassungs- und konventionsrechtlich gebotene Funktion eines unabhängigen Gerichts nicht zu erfüllen. Nach den bisherigen Erfahrungen neigen die eidgenössischen Gerichte in einem ausgeprägten Ausmass dazu, ihren Vorinstanzen in kartellrechtlichen Angelegenheiten grosszügige Ermessensspielräume (z.B. unter dem Titel "technisches und wirtschaftliches Ermessen der Vorinstanz") einzuräumen. Das Gesetz

sollte daher ausdrücklich vorsehen, dass das Bundeswettbewerbsgericht den Sachverhalt selbständig festzustellen, rechtlich umfassend zu würdigen und sein Ermessen eigenständig und umfassend auszuüben habe.

a) Erfahrung der Richter

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

b) Ausschluss von Interessenvertretern

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

E. Verfahren

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

In diesem Zusammenhang ist auf Art. 164 BV hinzuweisen, welcher die grundlegende Ausgestaltung von Organisation und Verfahren der Bundesbehörden auf Gesetzesstufe vorschreibt. Bei der detaillierten Ausgestaltung des Verfahrens ist dieser Verfassungsbestimmung Rechnung zu tragen.

In Bezug auf weitere verfassungsrechtlich gewährleistete Verfahrensrechte weist der Revisionsentwurf gewisse Defizite auf, welche durch folgende gesetzgeberische Klarstellungen behoben werden können:

1. Beweismass

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

2. Bestimmtheitsgebot

Nach dem Bestimmtheitsgebot gemäss Art. 7 EMRK ("*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*") darf eine Person nur dann für ein Verhalten bestraft werden, wenn für sie im Zeitpunkt ihres Verhaltens mit hinreichender Bestimmtheit erkennbar war, dass ihr Verhalten gegen das Gesetz versties und dass es zu einer solchen Strafe führen könnte. Dies wird beispielsweise bei harten Preis-, Mengen- und Gebietskartellen (Art. 5 Abs. 3 KG) regelmässig der Fall sein. Bei Marktmachtmissbrauchsfällen (Art. 7 KG) dürfte die erforderliche Erkennbarkeit einer Tatbestandsmässigkeit dagegen oft nicht gegeben sein, zumindest solange keine einschlägige Praxis zu vergleichbaren Fallkonstellationen besteht. Das Bestimmtheitsgebot sollte daher ausdrücklich im KG verankert werden.

3. Verschuldensprinzip

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

4. Schweigerecht

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

5. Legal Privilege

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

F. Rechtsschutz

Durch die Einführung des Bundeswettbewerbsgerichts als erste Entscheidungsinstanz wird der Rechtsweg um eine Instanz verkürzt. Gegen Entscheide des Bundeswettbewerbsgerichts ist einzig noch die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegeben. Aufgrund des durch die Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde

verbesserten erstinstanzlichen Verfahrens ist der Wegfall des Bundesverwaltungsgerichts als erste Beschwerdeinstanz grundsätzlich gerechtfertigt. Diese Verkürzung des Rechtsmittelweges bedingt aber, dass das Bundesgericht seine unbeschränkte Kognition auch wirklich ausübt und dem Wettbewerbsgericht kein "technisches Ermessen" einräumt, sondern eine Ermessenskontrolle durchführt. Andernfalls würden die Rechtsunterworfenen in zahlreichen Fällen der Beschwerdemöglichkeit praktisch verlustig, weil das Kartellgesetz den rechtsanwendenden Behörden bisweilen einen grossen Ermessensspielraum einräumt.

III. Melde- und Widerspruchsverfahren

A. Vorbemerkungen

Der SAV begrüsst die Revision der Bestimmungen zum Melde- bzw. Widerspruchsverfahren. Der SAV ist jedoch der Ansicht, dass die vorgesehenen Vorschläge die im Evaluationsverfahren erkannten Schwächen des aktuellen Meldeverfahrens nicht beseitigen. Die drei wichtigsten Schwächen sind

- das Abstellen auf die Eröffnung einer bloss informellen Vorabklärung als Kriterium für das Wiederaufleben des Sanktionsrisikos und
- die daraus folgende ungenügende Rechts- und Investitionssicherheit für die Unternehmen sowie
- die bisher fünf Monate dauernde Widerspruchsfrist.

Es besteht die Gefahr, dass die vorgeschlagene Revision keine wesentliche Verbesserung der unbefriedigenden Situation bewirken wird, weil schon die Analyse im erläuternden Bericht das Problem nicht wirklich erfasst.

B. Zum Problem

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

der Praxis nicht gemeldet. In diesen Fällen besteht von vornherein kein Sanktionsrisiko, das durch das Widerspruchsverfahren zu klären wäre. Die Fristverkürzung ändert daran nichts.

Nach dem erläuternden Bericht soll die investitionshemmende Wirkung der Sanktionsdrohung durch die zweite vorgeschlagene Änderung verringert werden. Als entscheidend wird die Verlängerung des Zeitraums erachtet, während dessen das Vorhaben auf jeden Fall straflos umgesetzt werden kann. Reicht heute bereits die Eröffnung einer Vorabklärung aus, muss künftig eine formelle Untersuchung eröffnet werden, damit das Sanktionsrisiko trotz Meldung im Widerspruchsverfahren bestehen bleibt. Auch diese Einschätzung geht von einer falschen Prämisse aus. Die investitionshemmende Wirkung der Sanktionsdrohung wird nicht dadurch beseitigt, dass der Zeitraum der Ungewissheit verlängert wird. Solange das Damoklesschwert einer Sanktion weiterhin über einem Unternehmen schwebt, wird es keine Umsetzung vornehmen, auch wenn die Zeit einer straflosen Umsetzungsmöglichkeit verlängert wird (zwei Monate Widerspruchsverfahren plus Zeit der Vorabklärung bis zur Eröffnung einer Untersuchung). Gerade bei Vorhaben mit einer beträchtlichen Investitionssumme wäre jedes andere Verhalten der Unternehmen wirtschaftlich unvernünftig und viel zu riskant. Erst wenn geklärt ist, dass ein bestimmtes Vorhaben trotz Vorliegens von Wettbewerbsbeschränkungen *prima facie* keinem direkten Sanktionsrisiko ausgesetzt ist, werden die Unternehmen das Investitionsrisiko auf sich nehmen. Dieses tragen sie in jedem Fall, weil die Wettbewerbsbehörde jederzeit, auch nach Ablauf der Widerspruchsfrist, eine Vorabklärung oder eine Untersuchung eröffnen kann, an deren Ende eine Untersagungs- oder Abstellverfügung steht.

Die weitere Annahme im erläuternden Bericht, wonach die Anforderungen für die Eröffnung einer Untersuchung höher sind als diejenigen für die Eröffnung einer Vorabklärung, mag theoretisch zutreffen. Praktisch dürfte sich das jedoch nicht als grössere Hürde erweisen.

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

C. Problematische Revisionspunkte

1. Fristgerechte Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung vor der Untersuchungseröffnung

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

2. Zweimonatige Widerspruchsfrist

Diese kürzere Widerspruchsfrist ist zwar grundsätzlich zu begrüssen. Für sich allein genommen wird diese Fristverkürzung jedoch nicht entscheidend sein, denn sie vermag die Rechtssicherheit nicht zu erhöhen. Die Frist kann nämlich wie unter dem bisherigen Regime mit der blossen Eröffnung einer Vorabklärung eingehalten werden, sofern irgendwann zeitlich darauf folgend und unbefristet eine formelle Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet wird.

3. Aufleben des Sanktionsrisikos durch Eröffnung einer Untersuchung

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

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

verbunden (v.a. wenn es sich um ein Massengeschäft handelt). Die mit einer jederzeit drohenden Untersuchungseröffnung verbundenen Nachteile wären deshalb derart schwerwiegend, dass die Unternehmen unter dem Revisionsvorschlag in aller Regel von einer Umsetzung der gemeldeten Verhaltensweisen absehen würden, wenn aufgrund der Eröffnung einer Vorabklärung das jederzeitige Wiederaufleben des Sanktionsrisikos durch Eröffnung einer Untersuchung droht.

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

4. Vorschlag: Einbezug des Bundeswettbewerbsgerichts in das Meldeverfahren

Der Revisionsvorschlag zum Meldeverfahren basiert im Wesentlichen auf dem bisherigen Regime. In Anbetracht der im Vorentwurf zur KG-Revision vorgeschlagenen institutionellen Änderungen muss gefragt werden, ob diese in der Ausgestaltung des Meldeverfahrens genügend berücksichtigt worden sind. Insbesondere wäre es wünschenswert, wenn das Bundeswettbewerbsgericht in das Meldeverfahren einbezogen würde:

Die Wettbewerbsbehörde soll es nicht alleine in der Hand haben, durch Eröffnung einer Untersuchung die Sanktionsdrohung wiederaufleben zu lassen. Es bietet sich vielmehr an, dass die Wettbewerbsbehörde im Fall einer Meldung nach Art. 49a einen Ausschluss der sanktionsbefreienden Wirkung beim Bundeswettbewerbsgericht beantragen muss, wenn sie von der schädlichen Wirkung des Vorhabens überzeugt ist. Gelingt es der Wettbewerbsbehörde, das Bundeswettbewerbsgericht von der Schädlichkeit des gemeldeten Verhaltens zu überzeugen, entfällt die sanktionsbefreiende Wirkung der Meldung. Auf diese Weise wird eine sachlich angemessene Hürde geschaffen, um nicht schon bei geringfügigen Bedenken der Wettbewerbsbehörde einen Verlust der sanktionsbefreienden Wirkung und damit in der Regel einen Verzicht auf das gemeldete Vorhaben hinnehmen zu müssen.

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

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

IV. Fusionskontrolle

A. Vorbemerkungen

Aus gesetzgeberischer und volkswirtschaftlicher Sicht stellt sich die grundsätzliche Frage, ob für die Schweiz angesichts der geringen Grösse ihrer Volkswirtschaft und ihrer starken Einbettung in internationale, insbesondere europäische Wirtschaftsbezüge eine Strukturkontrolle überhaupt notwendig und sinnvoll ist. Wird diese Frage bejaht, so ist eine Effizienzsteigerung wünschbar, denn in ihrer bisherigen Ausgestaltung hat die schweizerische Fusionskontrolle kaum Wirkung gezeigt, sondern vor allem erhebliche Ressourcen beansprucht und Kosten verursacht. Die Bestrebungen zur Effizienzsteigerung in der Fusionskontrolle und zur Angleichung an das internationale, insbesondere an das europäische Umfeld sind in diesem Sinne zu begrüßen. Die schweizerische Fusionskontrolle in ihrer heutigen Ausgestaltung führt zwar für Behörden und Unternehmen zu einem erheblichen Aufwand, erreicht jedoch aufgrund des sogenannten "Doppeltests" in Art. 10 KG kaum je die gesetzgeberische Zielsetzung einer effektiven Strukturkontrolle. Mit wenigen Ausnahmen (zuletzt: Orange|Sunrise) wurden seit 1996 praktisch alle Zusammenschlussvorhaben in der ersten oder zweiten Prüfungsphase genehmigt oder aber mit zum Teil in der Lehre und Praxis hinsichtlich der Wirksamkeit kritisierten Auflagen freigegeben.

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

In zahlreichen Fällen müssen Zusammenschlussvorhaben sowohl der Europäischen Kommission als auch der schweizerischen Wettbewerbskommission gemeldet werden. Soweit es sich dabei eindeutig um nationale Märkte handelt, ist eine derartige parallele Prüfung notwendig und sachgerecht. Sofern hingegen die betroffenen Produktemärkte grösser - nämlich mindestens EWR- und Schweiz-weit - abzugrenzen sind, fragt es sich, ob die parallele Prüfung durch die europäischen und die schweizerischen Behörden für die Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs in den betroffenen Produktemärkten einen Mehrwert erbringt. Dies gilt umso mehr, als die Entscheidung der gleichzeitig befassten Europäischen Kommission für ein Zusammenschlussvorhaben regelmässig - und unabhängig von der Entscheidung der schweizerischen Wettbewerbsbehörde - wegweisend ist. Die Bemühungen um eine Effizienzsteigerung im Bereich dieser Doppelprüfung durch die EU und die Schweiz sind deshalb zu begrüßen.

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

Die in Art. 9 Abs. 1bis KG vorgeschlagene Lösung ist vom Grundsatz her zu begrüßen. Die dahinterliegende Bestrebung, Doppelspurigkeiten in Fusionskontrollverfahren mit

grenzüberschreitendem Charakter zu verhindern, ist richtig. In den von der Regelung erfassten Fällen reicht sodann die Einreichung einer Kopie des Formblatts CO, und ein eigenes Zusammenschlusskontrollverfahren in der Schweiz kann vermieden werden. Dies führt für die Unternehmen, aber insbesondere auch für die Behörde zu erheblichen Kosten- und Ressourcenersparnissen.

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

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

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

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

Aufgrund dieser Ausgangslage dürfte es in vielen Fällen unklar sein, wie die schweizerischen Wettbewerbsbehörden die betroffenen Produktemärkte räumlich abgrenzen. Diese Unklarheit könnte zwar auf dem Weg der Beratung ausgeräumt werden. Allerdings stellt sich

hier die Schwierigkeit, dass die Beratung einen erheblichen Aufwand erfordert, um der Behörde die notwendigen Informationen zur Marktabgrenzung vorzulegen. Das Beratungsverfahren wird zudem zusätzlich Zeit in Anspruch nehmen, die im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben fast immer knapp ist. In zahlreichen Fällen werden deshalb die betroffenen Unternehmen auf eine Beratung verzichten und im Zweifel das Zusammenschlussvorhaben trotzdem melden, um nicht gegen das Vollzugsverbot zu verstossen.

Der SAV schlägt folgende Ergänzungen vor, um die beabsichtigte Wirkung der Gesetzesänderung zu gewährleisten und gröbere Rechtsunsicherheiten zu vermeiden:

Um wenigstens eine gewisse Wirksamkeit der vorgeschlagenen Regelung sicherzustellen, müsste in der Verordnung über die Zusammenschlusskontrolle (VKU) klargestellt werden, dass auch die europäische Fallpraxis im Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung als Rechtsquelle heranzuziehen ist. Dies wäre nur folgerichtig, da bereits der „Erläuternde Bericht“ die Marktabgrenzung der Europäischen Kommission für den Wegfall der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1bis KG als massgeblich bezeichnet (S. 31). Zweitens müsste ergänzt werden, dass die Meldepflicht bei mehreren betroffenen Produktmärkten, wovon lediglich einer oder einige wenige national abzugrenzen sind, sich auf diese Märkte beschränkt und die Meldepflicht bei Doppelmeldungen im Sinne einer erleichterten Meldung für sämtliche EWR- und Schweiz-weiten betroffenen Produktmärkte entfällt.

Schliesslich sollte in Art. 9 Abs. 1bis lit. a KG das Wort „sachlichen“ gestrichen werden. Es ist nicht nur überflüssig, da das Gesetz in diesem Artikel ausschliesslich die räumliche Marktabgrenzung im Blick hat. Es ist auch verwirrend, da es eine Reihenfolge in der vorzunehmenden Definition der Marktdimensionen suggeriert. Zwar wird in Verfahren oftmals zunächst der sachliche Markt definiert und erst im Anschluss die geographische Definition des Wettbewerbsgeschehens bestimmt, doch richtigerweise sollte stets eine simultane Marktabgrenzung angestrebt werden, d.h. Ausweichreaktionen der Nachfrager in sachlicher und räumlicher Hinsicht sollten stets im Zusammenspiel betrachtet werden. Betrachtet man sachliche und räumliche Marktabgrenzungen isoliert, besteht die Gefahr, dass diejenigen Märkte zu eng abgegrenzt werden, in denen erst das Zusammenspiel zwischen sachlichen und räumlichen Ausweichreaktionen einen weiteren relevanten Markt nahelegt.

Wollte man die Zielsetzung - Vermeidung von unnötigen Doppelprüfungen - noch konsequenter verfolgen, wäre es zusätzlich denkbar, Art. 9 1bis KG um eine Regelung zu ergänzen, welche Zusammenschlussvorhaben dann von der Meldepflicht ausnimmt, wenn die beteiligten Unternehmen ausländische Unternehmen ohne Tochtergesellschaften in der Schweiz sind und einen überwiegenden Anteil (z.B. mindestens 80/90 Prozent) der Umsätze ausserhalb der Schweiz erzielen.

C. Art. 10 KG - Neue Prüfungskriterien

Im Bereich von Art. 10 enthält die Revisionsvorlage zwei Alternativvorschläge: Variante 1 sieht im Sinne einer möglichst weitgehenden Angleichung an das europäische

Wettbewerbsrecht eine Übernahme des Substantial Impediment of Effective Competition (SIEC)-Tests vor. Dieser ist kombiniert mit einer Effizienzprüfung. Variante 2 sieht demgegenüber einen einfachen Marktbeherrschungstest als Prüfungskriterium vor.

Wie bereits einleitend erwähnt, ist die Frage des Prüfungskriteriums im Wesentlichen eine wettbewerbspolitische Frage und hängt davon ab, ob eine wirksame Strukturkontrolle als wünschbar erachtet wird oder nicht. Wird eine Strukturkontrolle wettbewerbspolitisch weiterhin als wünschbar erachtet, ist im Sinne des Bundesrates der Variante 2 den Vorzug zu geben. Der SIEC-Test ist in seiner Handhabung ausserordentlich aufwendig, da er bei einer richtigen Anwendung umfangreiche wettbewerbsökonomische Erhebungen erfordert. Angesichts der beschränkten Ressourcen der schweizerischen Wettbewerbsbehörden und des oftmals spärlichen statistischen und empirischen Datenmaterials für gewisse Märkte in der Schweiz dürften die notwendigen Erhebungen oftmals schwer oder gar nicht durchzuführen sein. Zudem ist damit zu rechnen, dass bei Untersagungen aufgrund des SIEC-Tests die betroffenen Unternehmen in vielen Fällen an das Bundeswettbewerbsgericht und sogar an das Bundesgericht gelangen würden, um mit umfangreichen wettbewerbsökonomischen Untersuchungen die Vereinbarkeit des Vorhabens mit der Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs nachzuweisen. Oft dürften die entsprechenden Beweisverfahren die Grenzen der Justiziabilität sprengen. Es besteht damit die Gefahr, dass das Ziel einer erhöhten Wirksamkeit der Strukturkontrolle mit dem SIEC-Test gar nicht erreicht werden kann.

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

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

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

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

D. Art. 32 | 33 KG - Fristen

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

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

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

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

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

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

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

V. Differenzierte Behandlung vertikaler Abreden

A. Vorschlag des Bundesrates

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

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

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

B. Beurteilung der Vorschläge

1. Grundsätzliche Stossrichtung

a) Positive Beurteilung der Stossrichtung

Der SAV begrüsst die grundsätzliche Stossrichtung des Bundesrates, vertikale Abreden künftig differenzierter zu beurteilen, um ihren wettbewerbsökonomisch meist effizienten Effekten besser Rechnung zu tragen.

b) Unzureichende Lösung der bundesrätlichen Vorschläge

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

Dieses Abschreckungspotential könnte nur durch eine Lösung beseitigt bzw. eingegrenzt werden, welche Rechtssicherheit schafft.

2. Zu Variante 1 im Einzelnen

Die Erfahrung mit Art. 5 Abs. 4 KG hat gezeigt, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung in einer Vielzahl von Fällen umgestossen werden kann.⁶ Folglich war die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei vertikalen Abreden in der Praxis kaum relevant. Die vorgeschlagene Streichung ist daher zu begrüßen. Sie ändert an der geltenden Rechtslage aber zu wenig, um das vom Bundesrat erkannte Problem zu lösen.

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

Erstens rechtfertigt sich die direkte Sanktionierung von vertikalen Abreden nicht, wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht aufrechterhalten wird. Die Vermutung ist Ausdruck davon, dass der Gesetzgeber gewisse Typen von Abreden als

⁶ Graber, Die neue Vertikalbekanntmachung 2010 der WEKO, in: Jusletter 23. August 2010, Rz. 8, vgl. oben.

grundsätzlich volkswirtschaftlich schädlich betrachtet. Diese Haltung wird betreffend horizontalen harten Kartellen nicht in Frage gestellt. Hinsichtlich vertikaler Abreden hat die Praxis dagegen gezeigt, dass diese in der Regel den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, sondern im Gegenteil in den meisten Fällen effizient sind. Im Gegensatz zu Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG rechtfertigt sich somit eine direkte Sanktionierung von vertikalen Abreden nicht. Die präventive Wirkung von direkten Sanktionen richtet bei Abreden, welche nur zuweilen, nicht aber in der Regel volkswirtschaftlich schädlich sind, mehr Schaden an (*chilling*-Effekt) als dass sie förderlich ist. Dieser *chilling*-Effekt ist im Vergleich zu der ähnlichen Problematik von Art. 7 KG viel grösser, weil praktisch alle Unternehmen betroffen sind. Dies gilt beispielsweise auch für Vertriebspartner, die von Missbrauchsregeln von Art. 7 KG klarerweise nicht erfasst sind, weil sie von der Schwelle der Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG regelmässig weit entfernt sind.

Zweitens ist zu berücksichtigen, dass mit der vorgeschlagenen Änderung von Art. 49a Abs. 1 KG nicht nur die vertikalen, sondern auch die horizontalen Abreden betroffen sind. In der Lehre ist umstritten, ob bei einer Widerlegung der Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG trotzdem sanktioniert werden darf bzw. muss, wenn eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG nachgewiesen werden kann.⁷ Diese Frage wird mit der Variante 1 zur Anpassung von Art. 49a KG *en passant* bejahend gelöst, ohne diese bedeutende Verschärfung mit der gebotenen Deutlichkeit zu kommunizieren. Materiell ist die Änderung abzulehnen, weil bei Abreden, die den Wettbewerb nicht beseitigen und deshalb ambivalente Effekte nach sich ziehen, kein Sanktionsbedürfnis besteht.

Hinsichtlich Sanktionierung von vertikalen Abreden bringt die Variante 1 folglich keine Erleichterung, sondern kodifiziert die umstrittene Praxis der Weko betreffend Sanktionierung trotz Widerlegung der Vermutung.

3. Zu Variante 2 im Einzelnen

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

a) Marktanteilsschwelle

Die sicheren Häfen gemäss Ziff. 13 und Ziff. 16 Abs. 2 VertBek umfassen weder qualitativ schwerwiegende Abreden noch die Tatbestände der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG. Neu

⁷

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

soll es möglich sein, eine *de minimis*-Regel für alle Arten von vertikalen Abreden einzuführen. Dies ist grundsätzlich zu begrüssen.

Unklar bleibt jedoch, ob von dieser Kompetenz tatsächlich Gebrauch gemacht wird und wie die *de minimis*-Regel konkret ausgeformt würde. Daher ist zu fordern, dass der neue sichere Hafen bereits im Gesetz grundsätzlich definiert wird. So könnte beispielsweise Art. 5 KG durch einen zusätzlichen Absatz ergänzt werden. Diesbezüglich wäre eine zweistufige Regelung möglich, weil im Gegensatz zur EU in der Schweiz zwei Arten von unzulässigen vertikalen Abreden bestehen: Unzulässige erhebliche Abreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG und direkt sanktionierbare Abredetypen gemäss Art. 5 Abs. 4 KG. Beispielsweise könnte eine *de minimis*-Regel mit einer Marktanteilsschwelle von 15% für alle Abredeparten formuliert werden. Diese Marktanteilsschwelle würde sich an Ziff. 7 lit. b der *de minimis*-Bekanntmachung der Europäischen Kommission (2001/C 368/07) anlehnen. Für direktsanktionierbare vertikale Abredetypen könnte ergänzend dazu eine Marktanteilsschwelle von 30% definiert werden. Würde diese Schwelle nicht erreicht, könnte die Abrede zwar verboten, nicht aber direkt sanktioniert werden. Dies wäre insbesondere deshalb sachgerecht, weil erst ab einem Marktanteil von 30% in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, die nicht gerechtfertigt werden kann.⁸

b) EU-Kompatibilität

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

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

Das Unternehmen soll gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. d E-KG zunächst nachweisen, dass dieselbe Abrede im EWR unbehelligt praktiziert wird. Unklar ist dabei, ob diesbezüglich der Nachweis genügt, dass die Europäische Kommission dieselbe Abrede nicht verboten hat. Denkbar wäre auch, dass dieselbe Abrede nicht Gegenstand eines laufenden Verfahrens vor der Europäischen Kommission sein dürfte. Aus dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 lit. d E-KG

⁸ Motta et al., Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view, elektronisch erhältlich unter <<http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf>>

könnte schliesslich auch gefolgert werden, dass keine Behörde eines Mitgliedstaates des EWR dieselbe Abrede zurzeit überprüft oder verboten hat. Falls für den Nachweis nur eine entsprechende Bestätigung der zuständigen Behörden genügen würde, könnte diese wohl kaum je erbracht werden. Ausserdem soll das Unternehmen glaubhaft darlegen, dass die Abrede im EWR gemeinhin zulässig wäre. Ob beispielsweise mit einem Gutachten oder einer entsprechenden Kommentarstelle das Europäische Recht glaubhaft dargelegt werden kann, entscheidet letztlich das Wettbewerbsgericht und es ist kaum vorstellbar, dass das Wettbewerbsgericht die Beurteilung unter Europäischem Recht anders vornehmen würde als nach Schweizer Recht. Warum den Unternehmen auferlegt wird, das europäische Recht glaubhaft darzulegen, ist insbesondere unter Berücksichtigung von Ziff. VII der VertBek unklar, in der die analoge Geltung von europäischem Recht im Bereich von vertikalen Abreden statuiert wird.

Die Idee der Vermeidung des *Swiss-Finish* bei Vertriebssystemen wird mit Art. 49a Abs. 3 lit. d E-KG verfehlt. Ein *Swiss-Finish* war bisher nötig, weil die Praxis der Weko teilweise strengere Regeln für vertikale Abreden postuliert, als sie das europäische Wettbewerbsrecht vorsieht. Die Regeln müssen indessen auf den Einzelfall und unter Berücksichtigung der abweichenden Gegebenheiten der räumlich relevanten Märkte angewandt werden, und dies auch dann, wenn innerhalb eines Rechtsraumes die gleichen Regeln gelten. Massgebend ist deshalb nicht, ob dieselbe Abrede in einem andern Markt als zulässig betrachtet wird, sondern dass in der Schweiz nicht strengere Regeln als in der EU gelten.

Daher wird die gewünschte Angleichung an das europäische Recht besser mit der Festschreibung einer analogen Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts wie in Ziff. VII der VertBek erreicht, als mit einem komplizierten sicheren Hafen, bei welchem unklar ist, wie der Nachweis einer zulässigen Abrede erbracht werden kann und welcher nur auf dem Schweizer Markt tätige Unternehmen diskriminiert.

VI. Zivilrechtliches Verfahren

1. Vorbemerkungen

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

2. Zu den einzelnen Revisionspunkten

a) Art. 12

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

dass allein aufgrund der Aktivlegitimation der Konsumentinnen und Konsumenten die Zahl von Kartellzivilverfahren zunehmen wird.

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

b) Art. 12a

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

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

c) Art. 13

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

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

d) Weitere im erläuternden Bericht angesprochene Punkte

Im Bericht (S. 33) wird drauf hingewiesen, dass das Prozesskostenrisiko die Kläger davon abhalten könnte, einen Prozess zu führen. Deshalb sei zu überlegen, ob für Kartellzivilprozesse eine Modifikation der üblichen Kostentragung vorzusehen sei. Der SAV lehnt eine solche Modifikation aus folgenden Gründen ab: Kartellzivilverfahren dienen primär den privaten Interessen des Klägers. Daher ist es richtig, dass der Kläger das mit seiner Klage verbundene Kostenrisiko trägt. Auch aus ökonomischer Sicht erscheint eine substantielle Reduktion des Kostenrisikos als fragwürdig, da dies einen Anreiz setzen würde, Klagen mit (zu) geringen Erfolgchancen zu führen. Nur wenn der Kläger im Falle des Unterliegens tatsächlich auch die durch das Verfahren verursachten Kosten tragen muss,

wird er vor der Klageeinleitung eine sorgfältige Chancenbeurteilung vornehmen. Ein zu tiefes Kostenrisiko führt tendenziell zu unbegründeten Klagen. Zudem ist Art. 107 der neuen ZPO zu beachten, wonach in bestimmten Fällen die Prozesskosten nach Ermessen des Richters verteilt werden können. Damit besteht neu eine Grundlage, mit der stossende Ergebnisse im Einzelfall verhindert werden können.

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur neuen ZPO wurden auch Themen wie Sammelklagen, Beschaffung von Beweismitteln etc. diskutiert. Der Gesetzgeber hat sich in Bezug auf diese Themen gegen weitreichende Änderungen im Vergleich zu den bisherigen kantonalen Prozessordnungen entschieden. Vor diesem Hintergrund begrüsst es der SAV, dass mit der Revision kein von der neuen ZPO abweichendes „Sonderprozessrecht“ für Kartellzivilverfahren geschaffen wird.

VII. Internationale Abkommen | Internationale Zusammenarbeit

A. Allgemeine Anmerkungen

Falls eine internationale Zusammenarbeit im Kartellrecht politisch als wünschbar erachtet wird, ist diese nach Ansicht des SAV so auszugestalten, dass sie den tatsächlichen Bedürfnissen angepasst ist, die schweizerische Unternehmen und Personen nicht einer spekulativen Ausforschung durch ausländische Behörden ausgesetzt werden und der Rechtsschutz gewährleistet wird.

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

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

tatsächlich und im gleichen Umfang gewährten Gegenrechts nicht ausreichend. Eine solche Zusicherung ist weder durchsetzbar noch im Hinblick auf deren tatsächliche Einhaltung von Seiten der schweizerischen Behörde überprüfbar.

Diese einseitige Öffnung des schweizerischen Rechts zu Lasten schweizerischer Unternehmen kann auch nicht, wie im Erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf („Vernehmlassungsbericht“) behauptet, mit der für die Schweiz besonders wichtigen effizienten Bekämpfung länderübergreifender Wettbewerbsbeschränkungen gerechtfertigt werden. Im Vernehmlassungsbericht heisst es, dass für kleine Volkswirtschaften offene Grenzen eine der wichtigsten Voraussetzungen für funktionierenden Wettbewerb seien und dass die schweizerischen Wettbewerbsorgane im Nachteil seien (auf S. 23 des Vernehmlassungsberichts). Die Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende Koordination von Untersuchungen mit anderen Wettbewerbsbehörden fehlten weitgehend. Anschliessend werden dann aber trotzdem eine Reihe von Rechtsnormen aufgeführt, welche eine Kooperation in Wettbewerbsfragen ermöglichen. Interessanterweise sind sämtliche der angeführten Rechtsnormen Gegenstand internationaler Abkommen. Diese internationalen Abkommen sind aber gerade nicht durch einseitige Zugeständnisse in Form einer einseitigen Öffnung gekennzeichnet, sondern von Gegenseitigkeit geprägt.

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

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

Nicht überzeugend ist die Feststellung auf S. 25 des Vernehmlassungsberichts, dass bilaterale Abkommen mit ausländischen Staaten „keine vollwertige Alternative“ darstellten. Ein Abkommen ist im Gegenteil die einzige Garantie dafür, dass die herausgegebenen Informationen im Empfängerstaat nur zu dem Zweck verwendet werden, zu dem sie herausgegeben worden sind. Wenn ein Staat die Rechte und Pflichten des Empfängerstaats nicht in einem Abkommen fixiert, hat er auch keine rechtliche Handhabe, um die Rechte und Pflichten zu konkretisieren oder gar durchzusetzen. Es gibt dann weder einen Rechtsschutz, auf den sich die betroffenen Unternehmen und Personen berufen können, noch einen

Rechtsschutz für die nationale Wettbewerbsbehörde im Falle von Unstimmigkeiten mit dem Empfängerstaat. Im Gegenteil übernimmt die nationale Wettbewerbsbehörde durch die Herausgabe von Informationen das Risiko, dass diese Informationen im Empfängerstaat auch nicht rechtmässig verwendet werden. Sie setzt sich damit Ansprüchen der in ihrem Staat ansässigen Unternehmen aus, wenn die Informationen im Empfängerstaat rechtswidrig verwendet werden und dies auf einer mangelnden Rechtsgrundlage beruht. Überdies ist die Materie aufgrund der unterschiedlichen nationalen Gesetze und des komplexen Interessenausgleichs zwischen den einzelnen Ländern derart komplex, dass einzelne detaillierte Abkommen mit jedem einzelnen Land erforderlich wären, mit dem Informationen ausgetauscht werden sollen. Dies kann nur über den Abschluss bilateraler Abkommen erfolgen, wie dies bislang auch der Fall war, nicht aber durch einseitige, „symbolische“ Gesetzgebung wie durch Art. 41 a und Art. 41 b E KG.

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

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

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

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

Art. 41 b Abs. 1 lit. b E KG sieht vor, dass die ausländische Behörde „Zusicherungen“ machen müsse. Diese Zusicherungen sind aber insgesamt sehr allgemein formuliert. Form, Inhalt, Ausgestaltung und Zeitpunkt dieser Zusicherung sind nicht festgelegt. Die

Wettbewerbsbehörde kann offenbar nach eigener Einschätzung entscheiden, ob eine solche Zusicherung der Form sowie dem Inhalt nach ausreichend ist. Eine Beteiligung des geplanten Wettbewerbsgerichts ist offenbar nicht vorgesehen. Es sind keine Möglichkeiten aufgeführt, wie die schweizerische Wettbewerbsbehörde die Einhaltung der Zusicherung konkret überprüfen kann sowie ob und wie sie im Falle einer Nichteinhaltung sanktionierende Massnahmen gegenüber dem Empfängerstaat ergreifen kann. Unklar ist ferner, in welcher Form die ausländische Behörde die Zusicherung abgeben darf, ob etwa eine mündliche Zusicherung ausreicht. Dies wäre im Hinblick auf den Rechtsschutz, sowohl für die betroffenen Unternehmen als auch für die schweizerische Wettbewerbsbehörde aus Beweisgründen inakzeptabel. Es ist schliesslich völlig offen, ob die betroffenen Unternehmen und natürlichen Personen aus solchen Zusicherungen irgendwelche Ansprüche gegen die ausländischen Behörden oder die Wettbewerbsbehörde herleiten können. Selbst die Frage, ob die betroffenen Unternehmen oder natürlichen Personen überhaupt von einer solchen Zusicherung Kenntnis erhalten, ist nicht geregelt und völlig offen. Der Rechtsschutz ist ebenfalls nicht geregelt und geht bei einer fehlenden Kenntnis der betroffenen Unternehmen ins Leere.

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

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

Im Vernehmlassungsbericht wird die Notwendigkeit einer Koordinierung von Hausdurchsuchungen hervorgehoben (auf S. 24). In der Praxis ist dies jedoch selten ein Problem. Hausdurchsuchungen werden in der Regel durch Selbstanzeigen von Unternehmen ausgelöst, welche von einer Bonusregelung („*leniency*“) profitieren wollen. Es ist heutzutage üblich, dass die betroffenen Unternehmen darauf achten, in einer möglichst raschen Abfolge parallele Selbstanzeigen in allen relevanten Jurisdiktionen einzureichen. Damit wird auch die Weko, und in Zukunft auch die neu zu schaffende Wettbewerbsbehörde, in Kenntnis gesetzt, wenn im Ausland ein Kartell mit Auswirkungen auf die Schweiz angezeigt wird. Jedenfalls ist in diesem Zusammenhang kein Austausch von Geschäftsgeheimnissen und anderen unternehmensinternen Informationen erforderlich. Es reicht aus, wenn sich die Behörden gegenseitig über die Identität der betroffenen Unternehmen informieren und gegebenenfalls den Zeitpunkt der Durchsuchung abstimmen. Vertrauliche Informationen erhält die Wettbewerbsbehörde dann von den Unternehmen selbst, die den Verstoss anzeigen, und aus den Durchsuchungen in der Schweiz.

D. Überschiessende Befugnis

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

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

Eine derart pauschale Ermächtigung sucht im internationalen Vergleich ihresgleichen. Aufschlussreich ist ein Vergleich mit den Rechtsvorschriften, die in der EU die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden sowie den nationalen Wettbewerbsbehörden untereinander regeln. Dies ist weltweit die wohl am weitest gehende integrierte Zusammenarbeit in Wettbewerbsfragen und einzig auf das Ziel der europäischen Integration zurückzuführen. Sie findet in einer einheitlichen supranationalen Rechtsordnung statt, unter einem einheitlichen

Rechtsschutz und in einer klar geregelten Zuständigkeitsverteilung. Doch selbst in diesem engen supranationalen Verbund sind den Untersuchungshandlungen der Behörden Grenzen gesetzt. Die Verteidigungsrechte sind zu respektieren. Es müssen ferner einheitliche Geheimhaltungsverpflichtungen und Verwertungsverbote beachtet werden. Darüber hinaus findet die Zusammenarbeit unter einem einheitlichen Rechtsschutz statt, der nationale Unterschiede weitgehend ausgleicht. Entsprechende Regelungen fehlen im bundesrätlichen Entwurf weitestgehend.

E. Kein Rechtsschutz

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

F. Informationsaustausch zu strafrechtlichen Zwecken

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

Nach Auffassung des SAV ist es problematisch, Kooperation in strafrechtlichen Belangen zu erlauben, um eine effektive Wettbewerbspolitik zu ermöglichen. Die sanktions- und strafrechtlichen Bestimmungen sind in den einzelnen Ländern zu verschieden. Ohnehin sind diejenigen Staaten, die kartellrechtliche Verstöße strafrechtlich ahnden, weltweit in einer Minderheit. Eine generelle einseitige Öffnung ist daher nicht angezeigt. Unklar ist, wie sich der Entwurf in das Gefüge der Amts- und Rechtshilfe einfügt sowie auch das Verhältnis zu Spezialgesetzen, wie etwa dem Bundesgesetz über den Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden des Bundes und denjenigen der anderen Schengen-Staaten (SIAG). Es fehlt auch jeder Hinweis auf das IRSG und dessen Verhältnis zu Art. 41 b E KG.

Im Übrigen ist fraglich, ob die Strafbehörden nicht besser in der Lage wären, um über die Weitergabe von strafrechtlich relevanten Informationen gegen natürliche Personen zu entscheiden. Wie oben ausgeführt sollte die Wettbewerbsbehörde auch in einem internationalen Kontext nur solche Untersuchungshandlungen durchführen, welche sie auch in nationalen Verfahren durchführen könnte. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Artikel der Bundesverfassung, welche gegenwärtig in der Präambel des KG aufgeführt werden, eine Amts- bzw. Rechtshilfe für strafrechtliche Zwecke abdecken.

G. Ergebnis

Der SAV ist aus diesen Gründen der Ansicht, auf die Einführung der Art. 41 a und 41 b E KG in der geplanten Form sei zu verzichten. Die komplexe Materie der internationalen Zusammenarbeit und des Informationsaustauschs mit all den notwendig zu regelnden Details ist - soweit politisch erwünscht - in bilateralen Abkommen zu regeln, innerhalb deren auch der Partnerstaat und dessen Behörden rechtlich verbindlich verpflichtet werden können. Eine einseitige Öffnung des Schweizer Rechts ist zur Erreichung des gewünschten Zwecks - soweit dieser als politisch wünschbar beurteilt wird - nicht geeignet.

Soweit die Haltung des SAV zu den vorliegenden Entwürfen. Gerne gehen wir davon aus, dass unsere Anliegen in der weiteren Arbeit Berücksichtigung finden werden.

Mit freundlichen Grüssen

Für den Schweizerischer Anwaltsverband

Brenno Brunoni
Präsident

René Rall
Generalsekretär