

Vernehmlassung des Schweizerischen Anwaltsverbandes zur Änderung des Kartellgesetzes

I. ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

1. Zur Ausgangslage

Gemäss dem erläuternden Bericht vom 18. September 2000 zur Änderung des Kartellgesetzes ("Erläuternder Bericht") ist die Wirksamkeit des Kartellgesetzes als beschränkt einzustufen, solange wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nicht direkt mit Bussen sanktioniert werden kann. Daraus wird der Revisionsbedarf abgeleitet, den Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit zu geben, direkte Sanktionen auszusprechen. Flankierend dazu sind gemäss dem erläuternden Bericht eine Anpassung des verfahrensrechtlichen Instrumentariums und eine Effizienzsteigerung der Wettbewerbskommission ("Weko") notwendig.

Gestützt auf die nachstehenden Gründe hegt der Schweizerische Anwaltsverband erhebliche Zweifel, ob im heutigen Zeitpunkt bereits eine derart weitgehende Revision des Kartellgesetzes angezeigt ist. Zum einen zeigt die tägliche Praxis der auf Kartellrecht spezialisierten Anwälte, dass die Wirksamkeit des geltenden Kartellgesetzes nicht unterschätzt werden darf. Zahlreiche Unternehmen und Branchenverbände haben ihr Marktverhalten seit Einführung des neuen Kartellgesetzes von 1995 ("KG") den veränderten wettbewerbsrechtlichen Regeln angepasst. Verschiedene horizontale Kartelle wurden ohne Einwirkung der Wettbewerbsbehörden von den Beteiligten spontan aufgelöst. Zahlreiche Unternehmen lassen sich bei der Redaktion kartellrechtlich möglicherweise heikler Verträge von spezialisierten Anwälten oder internen Juristen beraten. Insgesamt ist die Nachfrage nach kartellrechtlicher Beratung seit Einführung des KG in ganz erheblichem Masse angestiegen. Die Wettbewerbsbehörden können auch ohne direkte Sanktionen hinsichtlich der Auflösung von Kartellen und der Verfolgung von Missbräuchen marktbeherrschender Stellungen einen beachtlichen Leistungsausweis erbringen, was die zahlreichen in der Reihe Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) publizierten Entscheide eindrücklich belegen. Dass viele dieser Entscheide bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ("REKO/WEF") oder beim Bundesgericht angefochten worden sind, hat vor allem mit verfahrensrechtlichen Unzulänglichkeiten zu tun, die bei der Einführung eines neuen Gesetzes nicht erstaunen. Sie sind jedoch nicht Zeichen mangelnder Akzeptanz des KG bei den schweizerischen Unternehmen.

Dazu kommt, dass sich die schweizerische Volkswirtschaft in den vergangenen Jahren in erheblichem Ausmass nach aussen hin geöffnet hat. Zahlreiche wichtige schweizerische Unternehmen sind äusserst stark auf internationale Märkte ausgerichtet und deshalb bereits mit der Anwendung amerikanischen oder europäischen Kartellrechts vertraut. Die Befolgung auch des schweizerischen Kartellgesetzes ist für sie deshalb eine Selbstverständlichkeit.

2. Zum Revisionsbedarf

Wenn sich beim KG ein Revisionsbedarf im heutigen Zeitpunkt überhaupt abzeichnet, so betrifft dieser nicht das Sanktionssystem, sondern die Bereiche Institutionen und Verfahren, welche miteinander in engem Zusammenhang stehen.

Im Bereich Institutionen ist festzustellen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") eine überdurchschnittlich hohe Fluktuation der wissenschaftlichen Mitarbeiter aufweist. Damit ergibt sich für das Sekretariat die Schwierigkeit, kontinuierlich ein wettbewerbsrechtliches und vor allem -ökonomisches Know-how aufzubauen, welches der Komplexität der zu behandelnden Fälle gerecht wird. Zwar scheinen sich neue wissenschaftliche Mitarbeiter problemlos rekrutieren zu lassen. Sind es, wie meist, Studienabgänger ohne praktische Erfahrung, müssen sie zunächst ausgebildet werden. Vielfach verlassen diese Mitarbeiter dann nach nur zwei bis drei Jahren bereits ihre Stelle im Sekretariat, womit das aufgebaute Know-how verloren geht und wieder neu gebildet werden muss. Als Folge ergibt sich sowohl im verfahrensrechtlichen als auch im ökonomischen Bereich eine inkonsistente und zum Teil der Schwierigkeit der Fälle nicht gerecht werdende Qualität der Verfahrensführung und der Entscheidungsvorbereitung.

Auf Stufe der Weko besteht insofern ein ähnliches Problem, als die Mitglieder mehrheitlich als Milizbehörde wirken und damit nicht genügend Zeit zur Verfügung haben, um sich in angemessener Weise mit den oftmals komplexen und umfangreichen Akten auseinanderzusetzen.

Eine weitere Schwierigkeit im institutionellen Bereich besteht in der intransparenten gesetzlichen Regelung der Aufgabenteilung zwischen Sekretariat und Weko. Insbesondere liegt die Zuständigkeit in der Verfahrensführung sowohl bei der Weko als auch beim Sekretariat. Damit ist die Weko zugleich Untersuchungs- und Entscheidungsbehörde. Das Sekretariat beschränkt sich demgegenüber auf die materielle Führung der Untersuchung und die Entscheidungsvorbereitung. In der Praxis führt dies dazu, dass sich die beteiligten Unternehmen nur gegenüber dem Sekretariat direkt äussern können. Zwar werden die

Eingaben des Sekretariats der Weko bzw. den Mitgliedern der entscheidenden Kammer zugänglich gemacht bzw. gestellt. Diese Eingaben der betroffenen Unternehmen werden von vielen Mitgliedern der Weko häufig nicht direkt zur Kenntnis genommen, indem sich die Mitglieder dieser Milizbehörde auf das Studium der Zusammenfassung und damit auf die Sicht der Untersuchungsbehörde, festgehalten im Antrag des Sekretariats, beschränken. Dieser Zustand ist aus rechtsstaatlicher Sicht unbefriedigend und könnte - soweit die Sanktionen gemäss KG materiell als Strafen zu qualifizieren sind - einer Überprüfung im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) möglicherweise nicht standhalten.

3. Würdigung

Insgesamt ergibt sich, dass sich eine Einführung direkter Sanktionen im heutigen Zeitpunkt nicht zwingend aufdrängt. Die Möglichkeiten des KG sind durch die bisherige Praxis der Weko noch nicht ausgeschöpft worden; durch Verbesserungen im institutionellen Bereich sowie beim Verfahren könnten möglicherweise Effizienzsteigerungen erreicht werden, welche die Ziele der Revisionsvorlage - eine Erhöhung der Wirksamkeit des KG - ebenfalls und in genügendem Ausmass fördern.

In institutioneller Hinsicht sind Massnahmen zu treffen, um beim Sekretariat die hohe Fluktuation zu reduzieren. Bei der Weko ist die erhebliche Arbeitsbelastung der Milizmitglieder angemessen und damit besser zu entschädigen. Die in der Revisionsvorlage vorgesehene Verkleinerung der Weko dürfte ebenfalls eine Effizienzsteigerung mit sich bringen (zur Zusammensetzung der Weko vgl. nachstehend Ziff. II./2.).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist eine Verbesserung einerseits als Folge der institutionellen Aenderungen zu erwarten. Erhöhte Kontinuität auf Stufe Sekretariat verbessert das verfahrensrechtliche Know-how und steigert damit die Qualität der Entscheidungsbegründungen. Dies dürfte die Anzahl der Rekurse zurückgehen lassen. Andererseits könnte die einwandfreie Trennung zwischen Untersuchung und Entscheidung die Effizienz erhöhen und die Akzeptanz der Entscheidungen der Weko fördern.

Sollten im heutigen Zeitpunkt trotz der geäusserten Bedenken direkte Sanktionen eingeführt werden, so müsste aus rechtsstaatlichen Gründen (EMRK) zwingend klar zwischen Untersuchungsführung und Entscheidung getrennt werden.

II. ZU DEN KONKRET VORGESCHLAGENEN REVISIONSVORHABEN

1. Einführung direkter Sanktionen bei kartellrechtlichen Verstößen

Es ist offensichtlich, dass das Risiko einer sofortigen Bestrafung mit einer erheblichen Sanktion eine gegenüber dem heutigen System abschreckendere Wirkung mit sich brächte. Ob damit allerdings tatsächlich eine verstärkte Wirksamkeit des KG erzielt werden könnte, ist zumindest unsicher. Im Erläuternden Bericht wird eingeräumt, dass aufgrund von Erfahrungen im Ausland damit zu rechnen wäre, dass wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen künftig vermehrt im verdeckten stattfinden würden. Dies dürfte insbesondere bei jenen Kartellen der Fall sein, die zu erheblichen zusätzlichen Gewinnen führen und deshalb eine Inkaufnahme des erhöhten Risikos wahrscheinlicher machen. Die Vorlage sieht vor, den Rahmen für die höchstmöglichen Sanktionen in Art. 49 a und Art. 50 gegenüber dem heute geltenden System zu verdreifachen. Eine derartig weitgehende Ausdehnung des Sanktionsrahmens weckt Bedenken. Im Erläuternden Bericht wird als Begründung einzig dargelegt, dieser Sanktionsrahmen gewährleiste auch in schwerwiegenden Fällen eine abschreckende Wirkung. Warum der Sanktionsrahmen gegenüber dem heute geltenden Art. 50 KG verdreifacht werden muss, wird indessen im Erläuternden Bericht nicht begründet. Dies erstaunt nicht, nachdem die Weko bisher noch nie eine Sanktion gestützt auf Art. 50 KG (1995) ausgefällt hat. Der heute geltende Sanktionsrahmen scheint somit eine genügende Abschreckungswirkung zu haben.

Sollte an der Einführung direkter Sanktionen trotz der geäußerten Bedenken festgehalten werden, so ist angesichts der im Vorentwurf vorgesehenen Formulierung mit erheblichen zusätzlichen Problemen zu rechnen. Diese ergeben sich insbesondere in folgenden Bereichen:

a) Fehlende Rechtssicherheit

In Art. 49 a Vorentwurf ist vorgesehen, nicht lediglich die Teilnahme an Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG den direkten Sanktionen zu unterstellen, sondern auch Fälle von erheblichen Wettbewerbsabreden, die tatbeständlich unter Art. 5 Abs. 3 KG fallen, bei denen jedoch die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen wird. Dabei handelt es sich mit anderen Worten um erhebliche Wettbewerbsabreden, die nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führen, aber gemäss

Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht zu rechtfertigen sind. Zudem soll gemäss Art. 49 a Vorentwurf auch die missbräuchliche Ausübung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG zu direkten Sanktionen führen.

Es stellt sich zunächst die Frage, ob eine derart weitgehende Einführung direkter Sanktionen mit dem Missbrauchsprinzip der Bundesverfassung noch in Einklang zu bringen, d.h. verfassungsmässig ist. Dazu kommt, dass die Schweiz im Gegensatz zur Europäischen Gemeinschaft nicht ein Verbots-, sondern das Missbrauchsprinzip kennt und deshalb eine detaillierte Regelung darüber fehlt, wann erhebliche Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht gerechtfertigt werden können. Ebenso fehlt eine klare Regelung bzw. Praxis zu den Anwendungsfällen von Art. 7 KG. Zwar ist in Art. 6 KG vorgesehen, dass Bundesrat und Weko die Tatbestände von Art. 5 Abs. 2 KG durch Verordnungen oder Bekanntmachungen präzisieren können. Von dieser Möglichkeit wurde indessen bisher kaum Gebrauch gemacht; eine Ausnahme bilden etwa die Bekanntmachungen betreffend Kalkulationshilfen bzw. Homologation und Sponsoring bei Sportverbänden. Es dürfte unmöglich sein, diese Unklarheiten bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zu beseitigen. Ebenfalls dürfte nicht in Frage kommen, einfach die Regelungen der EG zu übernehmen, da diese von einer völlig anderen Aufgabenstellung (Verhinderung von zwischenstaatlichen Wettbewerbsbehinderungen) ausgehen. Damit würde aber durch die in Art. 49 a Vorentwurf vorgesehene Formulierung eine erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen. Es stellt sich sogar die Frage, ob angesichts der erheblichen Sanktionsdrohung die unter die Verwaltungssanktionen gestellten Verhaltensweisen überhaupt rechtsgenügend und damit grundrechtskonform konkretisiert worden sind.

Im übrigen kennt das Schweizer Recht das System der Anmeldung von Vereinbarungen mit erheblich wettbewerbsbeschränkender Wirkung nicht. Die Einführung des in Art. 49 a Abs. 3 lit. a Vorentwurf vorgesehenen Mechanismus' könnte hingegen auf die Einführung eines derartigen Systems über den Umweg der Sanktionsregelung, jedoch ohne Anpassung der materiellrechtlichen Regelung (Art. 5 KG), hinauslaufen.

Dazu kommt, dass der Vorentwurf nur ein einziges Kriterium für die Festsetzung des Sanktionsbetrages nennt, nämlich jenes der Höhe des unrechtmässigen Gewinns. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Weko selbst eine Reihe von Kriterien entwickelt hat, welche bei der Ausfällung von Sanktionen zu berücksichtigen sind (vgl. insbesondere RPW 1998/4 S. 613 ff., Curti & Co. AG). In dieser Entscheidung hat die Weko eine Praxis eingeführt, wonach für die Festsetzung von Sanktionen ausschliesslich auf objektive Kriterien abgestellt wird. Bei der Ausfällung von Sanktionen ab einer

gewissen, finanziell bedeutenden Höhe stellt sich aber die Frage von deren Vereinbarkeit mit Art. 6 EMRK, sofern nicht auch subjektive Kriterien (Verschulden) berücksichtigt werden. Sollte die Regelung von Art. 49 a Vorentwurf in Kraft gesetzt werden, müsste ein Kriterienkatalog für die Festsetzung der Höhe einer Sanktion festgelegt werden, der auch subjektive Kriterien enthalten müsste, wie das auch im EG-Wettbewerbsrecht der Fall ist.

Schliesslich stellt sich hinsichtlich der Formulierung von Art. 49 a Vorentwurf (mindestens in der französischen Version) die Frage, wie die Regelung von Abs. 3 lit. b zu verstehen ist: insbesondere ist nicht klar, zu welchem Zeitpunkt die bundesrätliche Ausnahmeregelung erfolgen soll. Hat eine nachträgliche ausnahmsweise Zulassung durch den Bundesrat die Einstellung des Sanktionsverfahrens zur Folge? Was passiert, wenn die Sanktion bereits ausgesprochen worden ist?

In redaktioneller Hinsicht ist im übrigen auch die Bezugnahme auf Art. 9 Abs. 3 KG in Art. 50 Vorentwurf zu korrigieren. Sollte Art. 9 Abs. 2 KG tatsächlich aufgehoben werden, so müsste sich die Verweisung in Art. 50 Vorentwurf richtigerweise auf Art. 9 Abs. 2 beziehen.

b) Effizienzprobleme

Neben der rechtsstaatlichen Problematik der Rechtsunsicherheit, die durch Art. 49 a Vorentwurf geschaffen würde, ist auch das daraus resultierende Effizienzproblem nicht zu unterschätzen. Zielsetzung der Revisionsvorlage soll es sein, die Wirksamkeit des geltenden KG zu erhöhen. Fachleute aus den Reihen des Schweizerischen Anwaltsverbandes befürchten, dass das Gegenteil eintreffen könnte. Entgegen der Annahme im Erläuternden Bericht (S. 6 f.) sei nämlich davon auszugehen, dass die betroffenen Unternehmen von der in Art. 49 a Abs. 3 lit. a Vorentwurf vorgesehenen Möglichkeit einer freiwilligen Meldung in sehr grossem Ausmass Gebrauch machen werden. Angesichts der Höhe der vorgesehenen Sanktionen sei kaum zu erwarten, dass die Unternehmen inskünftig das Risiko einer Bestrafung eingehen würden. Sie würden vielmehr - wie dies bereits bei Einführung des Einzelfreistellungsregimes in den Europäischen Gemeinschaften geschehen sei - jede Abrede bzw. Verhaltensweise, bei der ein Sanktionsrisiko besteht, vorsorglich den Wettbewerbsbehörden melden. Das Sekretariat würde diesfalls mit der Bearbeitung der freiwilligen Meldungen gemäss Art. 49 a Abs. 3 lit. a erheblich belastet, was die angestrebte Effizienzsteigerung verunmöglichen würde. Wertvolle Ressourcen von Sekretariat und in gewissem Masse von der Weko würden zur Erledigung dieser freiwilligen Meldungen gebunden, womit zur Bekämpfung der tatsächlich

erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen wiederum weniger Mittel zur Verfügung stehen würden.

c) Inkonsistenz der Sanktionsordnung mit den Intensitätsstufen der Wettbewerbsbehinderung

Art. 5 KG unterscheidet zwischen drei Intensitätsstufen von Wettbewerbsbeschränkungen:

- Unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen: Sie sind erlaubt.
- Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen: Sie sind nur dann unzulässig, wenn sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.
- Wettbewerbsbeseitigungen: Sie sind immer unzulässig.

Vor dem Hintergrund des verfassungsmässigen Missbrauchsprinzips (Art. 96 BV) sollen gemäss dem Erläuternden Bericht (S. 6) direkte Sanktionen nur verhängt werden bei Wettbewerbsverstössen, welche sich für die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken. Wettbewerbsbeseitigungen stellen solche besonders schädliche Wettbewerbsverstösse dar, d.h. harte Kartelle gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, bei denen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gerade nicht umgestossen werden kann. Demgegenüber ist gemäss dem Erläuternden Bericht (S. 12) die Einführung direkter Sanktionen aber auch für Verhaltensweisen vorgesehen, die zwar tatbeständlich unter Art. 5 Abs. 3 KG fallen, bei denen aber die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann. Bei diesen führt die Intensität der Wettbewerbsbehinderung nicht zu einer Beseitigung, sondern lediglich zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Die vorgeschlagene Sanktionsordnung ist also nicht konsistent mit der bestehenden Systematik von Art. 5 KG und damit mit einem der Grundprinzipien des geltenden KG. Konsequenterweise müssten deshalb direkte Sanktionen auf wettbewerbsbeseitigende Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG beschränkt werden.

Dies gilt umso mehr, als die Weko in ihrer bisherigen Praxis das Kriterium der Erheblichkeit nicht im Sinne einer volkswirtschaftlichen Erheblichkeit ausgelegt hat und nicht wie die Europäische Kommission auf Interventionen bei volkswirtschaftlich unerheblichen Märkten verzichtet hat. Die Weko scheint vielmehr für die Frage der Erheblichkeit ein Konzept der individuellen Spürbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen für betroffene Unternehmen vorzuziehen. Sofern der Gesetzgeber deshalb auf eine restriktivere Klarstellung des Begriffs Erheblichkeit verzichtet, würde ein weitgehender Einbezug

erheblicher Wettbewerbsbeschränkungen in das System direkter Sanktionen, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsmässigkeit (Missbrauchsprinzip), mit dem heutigen System der drei Intensitätsstufen von Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu vereinbaren sein.

d) Fehlen adäquater institutioneller Einrichtungen für direkte Sanktionen

Die im Vorentwurf vorgesehenen Änderungen an institutionellen und prozeduralen Einrichtungen des KG vermögen die Mangelhaftigkeit des bestehenden Verfahrens bzw. der bestehenden Einrichtungen im Hinblick auf die Verhängung von Sanktionen dieses Ausmasses nicht zu beheben. Auch wenn der Wortlaut von Art. 49 a Vorentwurf und von Art. 50 Vorentwurf von der Belastung mit einem Betrag spricht und systematisch nach wie vor von Verwaltungssanktionen die Rede ist, dürften diese Sanktionen angesichts ihrer Höhe als Busse im Sinne der EMRK zu qualifizieren sein. Das im Vorentwurf und im geltenden KG vorgesehene institutionelle und verfahrensrechtliche System vermag aber den Anforderungen an einen EMRK-konformen Bussenentscheid nicht zu genügen. Um dies zu erreichen, müsste vorab im Gesetz eine klare institutionelle Trennung zwischen der Untersuchungs- und der Entscheidungsfunktion eingeführt werden; die Einführung auf Stufe des Geschäftsreglements der Weko würde kaum genügen. Ferner müsste in sämtlichen Verfahren, die zur Ausfällung einer Sanktion führen, das Verfahren des Verwaltungsstrafrechts beachtet werden. Dessen Anwendung brächte für die Beteiligten die rechtsstaatlich notwendigen Verfahrensgarantien. Gleichzeitig würde auch die Verjährungsfrage adäquat gelöst. Einzig hinsichtlich der Zuständigkeit kantonaler Strafgerichte müsste wohl eine Sonderbestimmung eingeführt werden.

2. Zusammensetzung der Wettbewerbskommission

Wie bereits einleitend (Ziff. 1./2.) bemerkt, besteht im institutionellen Bereich tatsächlich ein gewisser Handlungsbedarf. Es ist anzustreben, das ökonomische und verfahrensrechtliche Know-how in Sekretariat und Kommission zu verbessern, zu erhalten und möglichst effizient einzusetzen. In diesem Sinne unterstützt der Schweizerische Anwaltsverband die beabsichtigte Reduktion der Zahl der Mitglieder der Weko. Diese Massnahme allein dürfte allerdings zur beabsichtigten Verbesserung der Wirksamkeit des KG nicht ausreichen. Folgende Massnahmen drängen sich zusätzlich auf:

- Verbesserung der finanziellen und karrieremässigen Anreize der wissenschaftlichen Mitarbeiter im Sekretariat, insbesondere ab dem zweiten und dritten Dienstjahr.

- Verbesserung der Entschädigung der Mitglieder der Weko, sei es durch Schaffung vollamtlicher Stellen, sei es durch bessere Honorierung der Miliztätigkeit.
- Klare Trennung zwischen der Untersuchungsführung (Sekretariat) und Entscheidfindung (Weko).

Zweifel erheben sich gegenüber der Auffassung, die angestrebte Professionalisierung der Weko könne durch die Eliminierung der Interessenvertreter aus der Wirtschaft erreicht werden. Die Problematik der heutigen Zusammensetzung der Kommission liegt vielmehr in deren Grösse und in ihrem Milizcharakter begründet. Demgegenüber können die aus der Wirtschaft bestellten Kommissionsmitglieder häufig den theoretischen ökonomischen und rechtlichen Sachverstand ergänzen durch konkrete Kenntnisse aus verschiedenen Branchen und generell hinsichtlich wirtschaftlicher Abläufe in der Praxis.

Wie bereits erwähnt ist aber vor allem die einwandfreie Entflechtung der Aufgaben von Sekretariat und Weko vordringlich. Vorstellbar wäre eine Ausgestaltung des heutigen Sekretariats als "Anklagebehörde" mit umfassender Untersuchungskompetenz. Sie würde auch die Befugnis umfassen, verfahrensleitende Verfügungen zu erlassen und Fälle mittels Verfügung einvernehmlich abzuschliessen. Die nicht einvernehmlich erledigten Fälle müsste das Sekretariat im Sinne eines Anklagesystems vor die Weko bringen. Vor dieser könnte ein kontradiktorisches Verfahren (zwischen Sekretariat und beteiligten Unternehmen) stattfinden, welches auch den betroffenen Unternehmen den direkten Zugang zur Entscheidungsbehörde erlauben würde. Die Weko als Entscheidungsbehörde hätte nach diesem Vorschlag eine rein richterliche Funktion auszuüben. Zu deren Erfüllung müsste ihr ein Stab von juristischen und ökonomischen Sekretären zugeordnet werden, der durch eine Verkleinerung des Sekretariates gewonnen werden könnte. Bei einer derartigen Ausgestaltung von Behörden und Verfahren könnte wohl auf die REKO/WEF verzichtet werden (direkte Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht).

Auf der anderen Seite könnte das Sekretariat durch diese Ausgestaltung institutionell und hinsichtlich der Karrieremöglichkeiten erheblich aufgewertet werden. Wie bereits in den Vorentwürfen zum KG von 1995 vorgeschlagen, würde das Sekretariat formell aufgewertet; anstelle der heutigen Organisationsstruktur mit beschränkten Aufstiegsmöglichkeiten für insgesamt drei Vizedirektoren und einem Direktor wäre eine Gliederung in mehrere kleinere Gruppen denkbar, welchen jeweils ein Sektionschef vorstehen würde, der als "Chefankläger" vor der Wettbewerbskommission auftreten würde.

Der Schweizerische Anwaltsverband ist sich bewusst, dass damit stärker in die institutionelle Regelung der Wettbewerbsbehörden im geltenden KG eingegriffen würde, als dies im Vorentwurf vorgesehen ist. Ein derartiger Eingriff dürfte indessen bei der Einführung direkter Sanktionen unabdingbar sein. Selbst ohne Änderung des Sanktionssystems wäre damit eine erhebliche Effizienzsteigerung und Verbesserung der Arbeitsweise der Behörden verbunden.

3. Genehmigung- und Meldepflicht bei Zusammenschlüssen von Medienunternehmen

Die Aufhebung von Art. 9 Abs. 2 KG (Schwellenwerte für Medienfusionen) wird unterstützt. Mit dem KG von 1995 wurde - wie dies insbesondere in Art. 1 KG zum Ausdruck kommt - auf den Pluralismus von Zielsetzungen im Kartellgesetz verzichtet. Dieses dient nunmehr einzig der Förderung des Wettbewerbs als System der allokativen Effizienz in einer Marktwirtschaft. Die Streichung von Art. 9 Abs. 2 KG rechtfertigt sich zudem, da die Wettbewerbskommission an ihrer engen Marktabgrenzungspraxis festhalten will.

Die Aufhebung dieser Bestimmung hat allerdings eine problematische Auswirkung: Angesichts der äusserst kurzen Geltungsdauer dieser Regel (Inkrafttreten am 1. Juli 1996) würde sie bei Ausserkrafttreten nur für Edipresse Auswirkungen gehabt haben. Edipresse war das einzige Unternehmen, welches ausschliesslich gestützt auf Art. 9 Abs. 2 KG ein Zusammenschlussvorhaben anmelden musste und im Rahmen der entsprechenden Entscheidung im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG als marktbeherrschend erklärt wurde (RPW 1998/1, S. 40 ff.). Gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG müsste Edipresse nun jedes weitere Zusammenschlussvorhaben melden, obschon das letzte Zusammenschlussvorhaben bei Anwendung der normalen Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG nicht meldepflichtig gewesen wäre (gemeinsamer kumulierter Umsatz CHF 370 Millionen, Umsatz des kleineren beteiligten Unternehmens CHF 22 Millionen).

4. Untersuchungsmassnahmen (Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmungen)

Die Verfasser dieser Vernehmlassung unterstützen grundsätzlich das Bestreben, die gesetzliche Grundlage für die bereits heute in Art. 42 KG vorgesehenen Untersuchungsmassnahmen genügend zu regeln.

Die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 42 KG ist allerdings nicht ausreichend, um die aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit gebotenen verfahrensmässigen Voraussetzungen für die

Verhängung von Sanktionen gemäss Art. 49 a und Art. 50 Vorentwurf zu schaffen. Vielmehr sollte das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) ganz allgemein auf sämtliche Verfahren angewendet werden, in denen die Verhängung von Sanktionen gemäss Art. 49 a ff. in Betracht kommt. Eine derartige Regelung hätte zusätzlich den Vorteil, dass zahlreiche weitere Verfahrensfragen klar geregelt würden. Allerdings müssten in verschiedenen Bereichen, so z.B. bezüglich der Zuständigkeit kantonaler Strafgerichte, Sonderregelungen getroffen werden. Zudem wäre eine klare Abgrenzung zwischen Verfahren gemäss Verwaltungsverfahrgesetz (VwVG) und solchen gemäss Verwaltungsstrafrecht (VStrR) zu treffen. Dies dürfte jedoch keine unüberwindbaren Probleme schaffen.

5. Aufgreifen von Vergangenheitssachverhalten

Es ist nachvollziehbar, dass auch bereits abgeschlossene, in der Vergangenheit praktizierte Abreden und Verhaltensweisen sollten verfolgt werden können. Es ist insbesondere begreiflich, wenn es die Wettbewerbsbehörden stossend finden, dass eine Änderung des Verhaltens der beteiligten Unternehmen während eines Untersuchungsverfahrens oder sogar noch während eines Rekursverfahrens eine Verfügung der Behörden verunmöglichen könnte.

Allerdings ist zu bezweifeln, ob die vorgeschlagene Neuformulierung von Art. 27 Abs. 3 die erwähnten Probleme zu lösen vermag. Die Neufassung von Art. 27 Abs. 3 impliziert, die Wettbewerbskommission sei in jedem Fall zuständig, über Vergangenheitssachverhalte zu urteilen und gegebenenfalls dazu Verfügungen zu erlassen. Nach der Praxis der REKO/WEF trifft jedoch gerade das Gegenteil zu (RPW 1999, S. 515 f.). Die Weko hat bei ihrem Entscheid vielmehr auf den Sachverhalt abzustellen, wie er im Zeitpunkt des Entscheids besteht. Daran ändert die vorgeschlagene Neuformulierung von Art. 27 Abs. 3 nichts; sie stösst folglich für die Verwirklichung des eigentlich beabsichtigten Anliegens ins Leere.

Unbefriedigend ist auch, dass sich das Sekretariat nach der Neuregelung von Art. 27 Abs. 3 bereits im Rahmen einer Vorabklärung abschliessend dazu äussern müsste, ob ein Verhalten in den letzten fünf Jahren noch ausgeübt worden ist. Erst wenn diese Frage bejaht würde, könnte eine Untersuchung eröffnet werden. Es ist weder im Interesse der Wettbewerbsbehörden noch in jenem der beteiligten Unternehmen, die Rückwirkungsfrage im Vorabklärungsverfahren zu entscheiden. In diesem Verfahren besteht keine Akteneinsicht und der Entscheid könnte deshalb möglicherweise willkürlich einzig gestützt auf die Darlegung des Sekretariats getroffen werden. Richtigerweise müsste die Frage der

Beurteilung vergangener, bereits abgeschlossener Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 30 KG geregelt werden. Diese Bestimmung könnte z.B. die Befugnis der Wettbewerbskommission vorsehen, Feststellungsverfügungen über die Unzulässigkeit abgeschlossener Wettbewerbsbeschränkungen in einem bestimmten Zeitraum in der Vergangenheit zu treffen. Nach dem heutigen Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 KG kann die Wettbewerbskommission lediglich Massnahmen anordnen und damit keine Feststellung treffen.

Sollte die Möglichkeit der Verfolgung und Sanktionierung von Verhaltensweisen in der Vergangenheit eingeführt werden, müsste die Weko im Falle der Anordnung von Sanktionen verpflichtet werden, bei der Strafzumessung Zeitpunkt und Motive der beteiligten Unternehmen für die Einstellung des Verhaltens vor Anhebung der Untersuchung zu berücksichtigen. Eine Abweichung von allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens (Sachverhalt im Zeitpunkt des Entscheids) darf nicht dazu missbraucht werden, Vergangenheitssachverhalte unangemessen zu sanktionieren. Diesem Anliegen wäre bei der Formulierung von Art. 49 a und 50 Vorentwurf Rechnung zu tragen.

6. Kronzeugenregelung

Art. 49 a Abs. 2 Vorentwurf sieht vor, dass Unternehmen, die an der Aufdeckung und Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen mitwirken, ganz oder teilweise einer Sanktion entgehen können. Obschon diese Regelung im schweizerischen Rechtssystem einmalig sein und auch schweizerischen Rechtstraditionen widersprechen dürfte, hat sie sich bei der Aufdeckung von Kartellen in den USA und in den Europäischen Gemeinschaften bewährt. Es ist deshalb verständlich, wenn zur Steigerung der Wirksamkeit des KG die Einführung dieser Regelung vorgeschlagen wird.

Wenn die Kronzeugenregelung eingeführt werden soll, sollte sie auf Wettbewerbsverstösse beschränkt werden, welche nach Inkrafttreten der Gesetzesrevision fortgeführt bzw. neu aufgenommen werden. Damit würde ein erheblicher Anreiz zur autonomen Auflösung von Kartellen ohne Mitwirkung der Wettbewerbsbehörden geschaffen. Austrittswillige Kartellmitglieder könnten die beteiligten Unternehmen vor die Alternative stellen, entweder gemeinsam die Absprachen aufzuheben oder sich aber der Gefahr einer Anzeige unter Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung auszusetzen.

III. REDAKTION DER EINZELNEN BESTIMMUNGEN

Mit der vorliegenden Stellungnahme zur Vernehmlassungsvorlage wird eine ganze Reihe grundlegender Fragestellungen aufgeworfen, die auch die Redaktion der einzelnen abgeänderten bzw. neu eingeführten Gesetzbestimmungen notwendig machen würde. Unter diesen Umständen wäre es wenig sinnvoll, zu einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfes konkrete Formulierungsvorschläge anzubringen.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

- Die Einführung direkter Sanktionen drängt sich im heutigen Zeitpunkt nicht auf.
- Sollten direkte Sanktionen dennoch eingeführt werden, so müssten sie aus Gründen der Rechtssicherheit, der Effizienz und der Konsistenz mit dem bestehenden System des KG auf wettbewerbsbeseitigende Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG beschränkt werden.
- Voraussetzung für die Einführung direkter Sanktionen wäre die Schaffung einer klaren institutionellen Trennung zwischen Untersuchung und Entscheidfindung.
- Weitere Voraussetzung für die Einführung direkter Sanktionen wäre die Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) auf sämtliche Verfahren, die zu einer Sanktionierung führen könnten.
- Die vorgesehene Reduktion der Mitglieder der Weko wird unterstützt.
- Der Verzicht auf Weko-Mitglieder aus der Wirtschaft dürfte der angestrebten Verbesserung der Effizienz kaum zuträglich sein.
- Die finanziellen Anreize für die Weko-Mitglieder sowie die finanziellen und karrierebezogenen Anreize für das Sekretariat sind zu verbessern.
- Die Neugliederung der Institutionen würde die Effizienz und die Akzeptanz der Entscheidungen erhöhen. Werden direkte Sanktionen eingeführt, wären Anpassungen beim Verfahren aus rechtsstaatlichen Gründen unabdingbar.