

01.071

Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes

vom 7. November 2001

Sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Frau Präsidentin,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir unterbreiten Ihnen mit der vorliegenden Botschaft den Entwurf einer Änderung des Kartellgesetzes mit dem Antrag auf Zustimmung.

Gleichzeitig beantragen wir Ihnen, den folgenden parlamentarischen Vorstoss abzuschreiben:

2000 M 99.3307 Kartellgesetz. Griffige Bussenregelung
(N 24.3.00, [Jans] – Strahm; S 28.9.00)

Wir versichern Sie, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

7. November 2001

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Moritz Leuenberger

Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

11684

Übersicht

Hauptziel der Änderung des Kartellgesetzes ist die Einführung direkter Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen. Damit soll vor allem auch die Präventivwirkung des Gesetzes erhöht werden.

Aus verfassungsrechtlichen Gründen wird darauf verzichtet, für alle Verstösse gegen das Kartellgesetz generell direkte Sanktionen vorzusehen. Sanktioniert werden sollen vielmehr die so genannt harten Kartelle (d.h. Abreden, welche Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben – vgl. Art. 5 Abs. 3 KG) sowie der Missbrauch von Marktmacht (vgl. Art. 7 KG). Im Bereich der besonders bedenklichen Wettbewerbsbeschränkungen wird die Präventivwirkung des Gesetzes damit entscheidend erhöht. Um die Rechtssicherheit zu gewährleisten, erhalten die Unternehmen die Möglichkeit, eine allenfalls unzulässige Verhaltensweise vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (Weko) zu melden. Ein Unternehmen, das eine Wettbewerbsbeschränkung der Weko gemeldet hat, kann dann für das fragliche Verhalten nicht mit einer Sanktion belegt werden. Zudem soll die Weko gegenüber einem Unternehmen, das als Kartellmitglied an der Aufdeckung und Beseitigung des betreffenden Kartells mitgewirkt hat, auf direkte Sanktionen ganz oder teilweise verzichten können (Bonusregelung). Damit werden Untersuchungen der Weko erleichtert und die Solidarität unter Kartellmitgliedern untergraben. Schliesslich werden in diesem Zusammenhang verfahrensrechtliche Fragen geklärt und das bestehende Instrumentarium in einzelnen Punkten konkretisiert (Hausdurchsuchungen, Sicherstellung von Beweisgegenständen).

Weitere Änderungen betreffen:

- den Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens: Die Konkretisierung des Begriffs in Artikel 4 wird die Vertretung der aus marktstrukturellen Gründen abhängigen Unternehmen, wozu auch die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) gehören können, in der Praxis erleichtern.*
- die Schwellenwerte für die Meldepflicht bei Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 9): Das geltende Kartellgesetz sieht spezielle Schwellenwerte für die Meldepflicht von Zusammenschlüssen zwischen Medienunternehmen vor. Im Ergebnis unterliegen heute Zusammenschlüsse von Medienunternehmen einer verschärften Meldepflicht. Die bisherige Erfahrung bei Medienzusammenschlüssen hat jedoch gezeigt, dass die Pressekonzentration zwar weiter fortschreitet, dass es indessen genügt, wenn entsprechende Vorgänge nach den allgemeinen Kriterien aufgegriffen werden. Deshalb ist in Zukunft auf den speziellen Schwellenwert für die Meldepflicht von Medienunternehmen zu verzichten. Andererseits soll die Berechnung der Schwellenwerte für meldepflichtige Zusammenschlüsse von Banken und Finanzinstituten an die geänderten Regelungen der EU angepasst werden.*
- die Gebühren (Art. 53a): Die Erhebung von Gebühren durch die Wettbewerbsbehörden wird in einem speziellen Artikel geregelt.*

Botschaft

- 1** **Allgemeiner Teil**
- 1.1** **Ausgangslage**
- 1.1.1** **Grundzüge des Kartellgesetzes**

Mit dem Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes am 1. Juli 1996 (KG; SR 251) sind in der Schweiz die wettbewerbspolitischen Instrumente für eine wirkungsvolle Bekämpfung von volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen geschaffen worden. Sowohl die materiell-rechtlichen Bestimmungen als auch die Bestimmungen zu den rechtsanwendenden Behörden und zum Verfahren wurden neu ausgestaltet. Die Effizienz der Rechtsanwendung konnte nach einer Anfangsphase gesteigert werden. Als Nachteil erweist sich in der Praxis indessen die gegenwärtig fehlende Möglichkeit, für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen direkte Sanktionen auszusprechen. Ziel der vorliegenden Revision ist es daher, die Präventivwirkung des geltenden Gesetzes durch teilweise Einführung direkter Sanktionen zu erhöhen.

Das Kartellgesetz beruht – wie die Wettbewerbsgesetzgebung der EU und ihrer Mitgliedstaaten – materiell auf drei Pfeilern: Erstens sind Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig (Art. 5 KG); zweitens werden missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ebenfalls für unzulässig erklärt (Art. 7 KG); drittens sind Unternehmenszusammenschlüsse einer bestimmten Grösse meldepflichtig und können untersagt oder an Auflagen und Bedingungen geknüpft werden, wenn sie wirksamen Wettbewerb zu beseitigen drohen (Art. 9 und 10 KG).

Für den Vollzug dieser Bestimmungen ist die Wettbewerbskommission (Weko) zuständig. Die Kommission wird dabei unterstützt von einem Sekretariat, das selbstständig Untersuchungen und Verfahren durchführt und Entscheidungen zuhanden der Kommission vorbereitet. Die Weko ist weder dem Bundesrat noch einzelnen Departementen gegenüber weisungsgebunden. Administrativ ist sie dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (EVD) zugeordnet.

Auf Grund der geltenden Regelung im Gesetz (Art. 50 und 54 KG) kann die Weko keine direkten Sanktionen wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen aussprechen. In einem ersten Schritt ist es ihr lediglich möglich, mittels Verfügung festzustellen, dass eine Gesetzwidrigkeit vorliegt. Erst wenn gegen diese Verfügung erneut verstossen wird, mit anderen Worten ein bestimmtes unzulässiges Verhalten entgegen behördlicher Anordnung weiterhin praktiziert wird, können gemäss geltender Regelung Sanktionen verhängt werden.

1.1.2

Bisherige Praxis und Erkenntnisse

Die Tätigkeit der Wettbewerbskommission ist nach Wirtschaftsbereichen gegliedert. Diese sind im Geschäftsreglement festgelegt. Entsprechend der dort vorgenommenen Dreiteilung in Produktmärkte, Dienstleistungen und Infrastruktur zeichnet pro Bereich innerhalb der Kommission je eine Kammer und innerhalb des Sekretariats je ein Dienst verantwortlich. Die Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörde seit dem Inkrafttreten des Kartellgesetzes werden im Anhang 1 dargestellt.

In der öffentlichen Debatte wurde wiederholt die Kritik geäußert, die Wettbewerbsbehörden richteten ihre Tätigkeit zu stark auf kleine und mittlere Unternehmen (KMU) und zu wenig auf grosse Marktteilnehmer aus. Eine Analyse der in den Jahren 2000 und 2001 abgeschlossenen bzw. hängigen Untersuchungen zeigt indessen, dass von den elf im Jahre 2000 abgeschlossenen Untersuchungen neun gegen grosse bzw. marktmächtige Unternehmen (Intensiv, Kaladent, Strassenbelagkartell, Sanphar, Vertrieb von Markenartikeln inkl. Migros und Coop, Volkswagen, Vitaminskartell, Tessiner Verleger, BKW) gerichtet waren. Nur in zwei Untersuchungen waren KMU involviert (Freiburger Fahrlehrer, Getränkepreise in Restaurants der Westschweiz). Im Jahre 2001 betreffen 16 der insgesamt 17 abgeschlossenen oder noch hängigen Untersuchungen grosse bzw. marktmächtige Unternehmen (Citroën, Cablecom, Uhrenhersteller, Kreditkartenunternehmen, JC Décaux/Affichage, Berner Submissionskartell, SBB, Ärztegesellschaft Kanton Zürich, Benzinmarkt, Krankenkassen Aargau, Mobilfunkbetreiber, Tierarzneimittelhersteller, Elektrizitätswerke, Feldschlösschen/Coca Cola) und nur eine einzige KMU, nämlich jene gegen das Genfer Abdichtungs- und Asphaltierungkartell.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht waren nach Inkrafttreten des geltenden Kartellgesetzes verschiedene Fragen in der Praxis zu klären. Dabei wurden einige Verfügungen der Wettbewerbskommission durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aus verfahrensrechtlichen Gründen aufgehoben. Wie ein dazu eingeholtes Gutachten von Prof. Yvo Hangartner festhält, war dies unter anderem auf gewisse Unklarheiten im Verhältnis zwischen den verfahrensrechtlichen Bestimmungen im Kartellgesetz und dem Verwaltungsverfahrensgesetz zurückzuführen. Die Klärung solcher Fragen nach Einführung eines Gesetzes durch die Rechtsprechung ist ein normaler Vorgang. Die damals bestehenden verfahrensrechtlichen Unklarheiten konnten mittlerweile beseitigt werden, sodass sich die Rechtsmittelinstanzen auf die Beurteilung materiellrechtlicher Fragen konzentrieren können.

1.1.3

Entwicklungen im Ausland

Auf *internationaler Ebene* wurden die Bemühungen zur Bekämpfung wettbewerbswidriger Geschäftspraktiken in jüngster Zeit erheblich verstärkt. Zu nennen ist insbesondere die Empfehlung der OECD über die Bekämpfung besonders schädlicher Kartelle, welche der OECD-Rat 1998 angenommen hat. Darin werden die Staaten unter anderem aufgefordert, im innerstaatlichen Bereich wirksam gegen harte Kartelle vorzugehen und griffige Sanktionen und Verfahren vorzusehen.

Gleichzeitig macht ein Blick auf die Praxis im Ausland zweierlei Tendenzen deutlich: Erstens haben in den letzten Jahren mehrere Länder direkte Sanktionen einge-

führt oder ihr bestehendes Sanktionsregime verschärft; zweitens wurde an mehreren Orten eine so genannte Bonusregelung geschaffen – d.h. ein Unternehmen, das als Kartellmitglied an der Aufdeckung und Beseitigung des betreffenden Kartells mitgewirkt hat, wird nicht oder nicht in der vollen Höhe mit Sanktionen belastet.

In der *Europäischen Union* sind für Verstösse gegen die Wettbewerbsbestimmungen des Gemeinschaftsrechts seit jeher direkte Sanktionen vorgesehen. In der jüngeren Praxis sowie in den vor einigen Jahren publizierten Leitlinien für die Festsetzung von Geldbussen zeichnet sich aber eine deutlich verschärfte Gangart ab. Ebenfalls von der Praxis entwickelt wurde zudem die Möglichkeit, Unternehmen, die das Bestehen eines Kartells, an dem sie beteiligt sind, anzeigen, mit einer Verringerung der Geldbusse entgegenzukommen. Damit soll ein Anreiz geschaffen werden, um das Schweigen von Kartellmitgliedern zu brechen. Erklärtes Ziel ist die bessere Bekämpfung der als besonders schädlich qualifizierten harten Kartelle. Eine entsprechende Regelung hat die Kommission im Jahr 1996 erlassen. Danach erfolgt der Verzicht auf eine Sanktion nicht automatisch, sondern gestützt auf einen pflichtgemässen Ermessensentscheid im Einzelfall. Im Übrigen ist auf die in der EU derzeit laufenden Bestrebungen zur Reform der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln hinzuweisen. Nebst einer Dezentralisierung des Vollzugs geht es dabei vor allem um einen Ersatz des bisherigen Anmeldesystems durch ein System der Legalausnahme. Wettbewerbsabreden, welche auf Grund bestimmter Kriterien als unbedenklich gelten, sollen künftig von vornherein zulässig sein. Eine behördliche Freistellung (auf Grund vorgängiger Meldung oder auf dem Verordnungsweg) ist nicht mehr erforderlich. Damit nähert sich das EU-Wettbewerbsrecht in rechtstechnischer Hinsicht demjenigen der Schweiz an, während umgekehrt die Schweiz mit der vorgeschlagenen Möglichkeit, direkte Sanktionen zu verhängen, ihrerseits eine im europäischen Recht verankerte Lösung nachbildet.

Nebst der EU kennt auch *Deutschland* seit längerem das System der direkten Bussenverhängung. Im letzten Jahr hat das Bundeskartellamt Richtlinien zur Festsetzung von Geldbussen gegenüber Mitgliedern harter Kartelle im Sinne der Bonusregelung veröffentlicht, welche sich freiwillig bei den Behörden melden und wesentlich zur Aufdeckung einer unzulässigen Absprache beitragen. Danach ist die Erstmeldung grundsätzlich mit vollständiger Sanktionsbefreiung verknüpft, womit wettbewerbspolitisch gesprochen gleichsam ein «Wettbewerb» um den Kartellaustritt geschaffen wurde. Allerdings können auch Kartellmitglieder, die zu einem späteren Zeitpunkt mit dem Bundeskartellamt kooperieren, von einer Bussenverringerung profitieren.

In *Grossbritannien* ist im Jahr 2000 der neue «Competition Act» von 1998 in Kraft getreten. Darin sind ebenfalls direkte Sanktionen vorgesehen. Mit dem neuen «Competition Act» wurde auch das so genannte «leniency programme» eingeführt. In Anlehnung an das US-amerikanische System wird das Unternehmen, welches das Bestehen eines Kartells als erstes anzeigt, automatisch und vollumfänglich von jeder Sanktion befreit (vorbehaltlich zivilrechtlicher Klagen).

In den *USA* kann die Wettbewerbsbehörde bei schweren Verstössen gegen das Wettbewerbsrecht nicht nur vergleichsweise hohe Geldbussen gegen fehlbare Unternehmen aussprechen. Gleichzeitig können Geldbussen und sogar Haftstrafen auch direkt gegen die verantwortlichen Entscheidungsträger verhängt werden. Der Sanktionsrahmen wurde dabei in den letzten Jahren erheblich verschärft und in der Praxis auch ausgeschöpft. So wurden etwa die Verantwortlichen von Grossunternehmen,

die an einem Kartell beteiligt waren, sowohl mit Haft- als auch mit hohen Geldstrafen belegt. Eine Bonusregelung besteht seit 1978; sie wurde 1993 ausgebaut. Nach der neuen Regelung führt die Bonusregelung für den Erstanzeiger automatisch zur Befreiung von Sanktionen. In den Genuss der Strafbefreiung kommen sowohl das Unternehmen selbst als auch die verantwortlichen Entscheidungsträger.

1.1.4 Standortbestimmung der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle

Im Auftrag der Subkommission EVD/EPD der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates hat die Parlamentarische Verwaltungskontrolle PVK eine Standortbestimmung zur Umsetzung des Kartellgesetzes von 1995 vorgenommen (Das Kartellrecht: Standortbestimmung; Bericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 11. Oktober 2000; BBl 2001 3346). Die PVK hat 19 Problembereiche bei der Umsetzung des KG identifiziert und ihre Relevanz und den Revisionsbedarf auf Grund einer Umfrage bei zehn unabhängigen Experten erörtert. Als wichtigste Probleme wurden erkannt: keine direkten Sanktionen, die Weko als Milizbehörde, die Zusammensetzung der Weko und die Meldepflicht für Fusionen im Medienbereich. Der Bericht unterstreicht, dass diese Fragen mit hohem Revisionsbedarf im Vernehmlassungsentwurf zur Revision des KG behandelt wurden. Für weitere relevante Probleme – wie die Arbeit des Sekretariates, die Weko-Entscheide und die Beschwerdeverfahren – verweist der Bericht auf die vom EVD dazu eingeholten Gutachten, welche aufzeigen, dass Schwierigkeiten teilweise bestanden haben, sie nun jedoch als gelöst erachtet werden.

1.1.5 Zwischenbilanz

Das geltende Kartellgesetz hat sich über weite Strecken bewährt. Die Anwendung hat jedoch deutlich gemacht, dass die Wirksamkeit des Gesetzes beschränkt ist, solange wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nicht direkt sanktioniert werden kann. Die Wettbewerbskommission kann zur Zeit lediglich Sanktionen aussprechen, wenn eine von der Wettbewerbskommission untersagte Abrede oder eine missbräuchliche Verhaltensweise weiter praktiziert wird. Demgegenüber können andere Wettbewerbsbehörden in den für die Schweiz wichtigsten Märkten (EU, USA, Deutschland) bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen direkt Geldbussen verhängen. Damit verfügen diese Wettbewerbsrechte über eine wesentlich stärkere präventive Wirkung und über eine höhere Durchschlagskraft als das geltende schweizerische Kartellgesetz.

1.2 Parlamentarische Vorstösse

Die vorgeschlagene Revision des Kartellgesetzes war Thema von vier parlamentarischen Vorstössen:

- Interpellation Strahm (98.3614): Durchsetzungsschwäche der Wettbewerbskommission: In seinem Vorstoss kritisierte der Interpellant die aus seiner Sicht ungenügende Effizienz und Durchsetzungsfähigkeit der Wettbewerbskommission und stellte deren Zusammensetzung in Frage. In seiner Antwort vom 17. Februar 1999 weist der Bundesrat die Kritik zurück, hält aber fest, dass er sich im Falle einer Revision des Kartellgesetzes eine Überprüfung der Grösse und Zusammensetzung der Wettbewerbskommission vorbehalte. Die Interpellation wurde am 5. Juni 2000 im Nationalrat behandelt.
- Dringliche einfache Anfrage Sozialdemokratische Fraktion (99.1067): Preis- und Gebietsabsprachen des Roche-Konzerns: Der Vorstoss verlangte vom Bundesrat u.a. Auskunft über seine Bereitschaft, die rechtlichen und persönlichen Voraussetzungen für eine effektivere Aufsicht durch die Wettbewerbsbehörden zu schaffen. Der Bundesrat erklärte sich in seiner Antwort vom 23. Juni 1999 bereit, die sich aufdrängenden Massnahmen zu ergreifen, wenn eine vom EVD in Auftrag gegebene Zwischenbilanz zum Vollzug des KG Handlungsbedarf aufzeigt.
- Motion Jans (99.3307): Kartellgesetz. Griffige Bussenregelung: Die Motion verlangt die Einführung direkter Sanktionen und eine entsprechende Revision des Kartellgesetzes. Am 17. November 1999 erklärte sich der Bundesrat bereit, die Motion entgegenzunehmen. Der Nationalrat hat die Motion am 24. März 2000 überwiesen, der Ständerat am 28. September 2000.
- Parlamentarische Initiative 99.432 (Ammann Schoch Regina). Kartellverbot: Die Initiantin verlangte die Einführung eines Kartellverbots und eine entsprechende Änderung von Artikel 96 Absatz 1 der Bundesverfassung. Mit Beschluss vom 23. März 2000 entschied der Nationalrat, der Initiative keine Folge zu geben.

1.3 Revisionsarbeiten

1.3.1 Revisionsbedarf

Nach Artikel 50 und 54 KG können Verwaltungs- und Strafsanktionen nur dann verhängt werden, wenn gegen eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden verstossen wird. Im Unterschied zu den Regelungen namentlich in den USA und in der EU können nach geltendem Recht kartellrechtswidrige Verhaltensweisen also nicht direkt sanktioniert werden. Damit kommt dem schweizerischen Kartellgesetz eine vergleichsweise geringe Präventivwirkung zu.

Die *Einführung direkter Sanktionen* könnte an sich durch blosser Ergänzung des bestehenden Sanktionskatalogs erfolgen. Damit würde aber dem Umstand nicht Rechnung getragen, dass unzulässige Verhaltensweisen vermehrt im Verdeckten stattfinden und insgesamt zu einer Verhärtung des wettbewerbspolitischen Klimas führen werden. Dies erfordert eine Anpassung des bestehenden verfahrensrechtlichen Instrumentariums in einzelnen Punkten (Hausdurchsuchungen, Sicherstellung von Beweisgegenständen). Um die Verfolgung von verdeckt operierenden Kartellen zu erleichtern, ist auch eine Bonusregelung vorgesehen, welche den an einem Kartell beteiligten Unternehmen Anreize verschafft, durch Selbstanzeige und Kooperation das Kartell aufzudecken.

Die Erfahrungen im Bereich der *Medienfusionskontrolle* legten nahe, den Verzicht auf besondere Aufgreifschwelle für Zusammenschlüsse von Medienunternehmen in die Vorlage einzubeziehen, obschon dieser Punkt mit der Einführung direkter Sanktionen nicht im Zusammenhang steht. Das geltende KG sieht in Artikel 9 Absatz 2 spezielle Schwellenwerte für die Meldepflicht von Zusammenschlüssen zwischen Medienunternehmen vor. Dies hat zur Folge, dass eine Reihe von Medienzusammenschlüssen meldepflichtig werden, welche eigentlich kein Eingreifen der Wettbewerbsbehörde erfordern. Dadurch werden Wirtschaft (KMU) und Verwaltung unnötig belastet (Kosten der Meldung).

Einige weitere Änderungsvorschläge sind auf Grund der Auswertung des Vernehmlassungsverfahrens in die Vorlage aufgenommen worden.

1.3.2 Parallelimport gestützt auf Immaterialgüterrecht und Kartellrecht

Die Vorlage klammert die Frage aus, ob zusätzlich eine Änderung des KG angezeigt erscheint, um eine kartellmässig missbräuchliche Behinderung von Parallelimporten gestützt auf Immaterialgüterrecht zu verhindern.

Hier ist festzuhalten, dass das KG in Artikel 3 Absatz 2 bereits eine Regelung des Verhältnisses zwischen dem Kartellrecht und den Immaterialgüterrechten enthält. Demnach fallen (nur) jene «Wettbewerbsbeschränkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben», nicht unter das Kartellgesetz.

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen Kodak (BGE 126 III 129) festgestellt, dass für den Bereich des Patentrechts das Prinzip der nationalen Erschöpfung gelte. Das heisst, dass sich die aus dem Patent fliessende Befugnis des Patentinhabers, über das Inverkehrbringen des patentgeschützten Gegenstandes in der Schweiz bestimmen zu können, nur dann erschöpft, wenn das erste Inverkehrbringen durch den Schutzrechtsinhaber (oder mit seinem Einverständnis) im Inland erfolgt; beim Inverkehrbringen im Ausland erschöpft sich die entsprechende Befugnis im Inland nicht. Das Bundesgericht machte aber eine wichtige Einschränkung, indem es das KG für anwendbar erklärte. Im Ergebnis kann sich der Patentinhaber auf Grund dieses Urteils Parallelimporten patentierter Güter in die Schweiz widersetzen, aber nur so weit, als damit nicht eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung verbunden ist. Das Gericht setzte dem Grundsatz der nationalen Erschöpfung mithin Grenzen. Die dem Patentinhaber zukommende Befugnis, über die Einfuhr patentgeschützter Waren ausschliesslich zu bestimmen, bezweckt die Gewährleistung des vom schweizerischen Recht angestrebten Erfindungsschutzes namentlich auch für den Fall, dass die Waren im Einverständnis des schweizerischen Patentinhabers im Ausland unter nicht mit dem Inland vergleichbaren Bedingungen in Verkehr gesetzt worden sind. Das patentrechtliche Einfuhrmonopol verleiht dem Berechtigten jedoch insoweit eine «überschüssende Rechtsmacht», als die Ware im Einverständnis des schweizerischen Patentinhabers im Ausland unter Bedingungen in Verkehr gebracht worden ist, die mit den inländischen vergleichbar sind. Die Beschränkung des Wettbewerbs mit patentgeschützten Waren ergibt sich insoweit nicht ausschliesslich aus der Patentgesetzgebung, sondern ist durch die territoriale Begrenzung der schweizerischen Rechtsordnung bedingt. Das Kartellgesetz ist daher anwendbar.

Dem Kartellgesetz wird damit die Rolle als Korrektiv gegen auf nationale Erschöpfung basierende Preismissbräuche zugeordnet.

In seinem Bericht «Parallelimporte und Patentrecht» vom 8. Mai 2000 (<http://www.ejpd.root.admin.ch/Doks/PM/2000/000531c-d.htm>) hat sich der Bundesrat – in Beantwortung einer Anfrage der Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK) des Nationalrates – bereit erklärt, im Hinblick auf die Erschöpfungsproblematik weitere Abklärungen zu treffen und die verschiedenen Regelungen der staatlich regulierten Märkte zu überprüfen. Der Bundesrat hat in der Zwischenzeit eine interdepartementale Arbeitsgruppe Parallelimporte beauftragt, die Entscheidungsgrundlagen bis Ende 2002 bereitzustellen.

1.4 Vernehmlassungsverfahren

Der Bundesrat hat das EVD am 18. September 2000 ermächtigt, zum Vorentwurf der Änderung des Kartellgesetzes ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen. Es dauerte bis Ende Dezember 2000.

Eingegangen sind insgesamt 97 Vernehmlassungen der

- Kantone (24)
- politischen Parteien (7)
- Spitzenverbände der Wirtschaft und weiterer interessierter Organisationen (66).

1.4.1 Grundzüge des Vorentwurfs

Der Vorentwurf KG hatte drei Hauptziele zum Gegenstand:

- *Einführung direkter Sanktionen bei kartellrechtlichen Verstössen*

Die Weko soll direkte Sanktionen verfügen können. Um die Rechtssicherheit zu gewährleisten, ist für die Unternehmen die Möglichkeit vorgesehen, eine allenfalls unzulässige Verhaltensweise vorgängig der Weko zu melden. Schliesslich soll die Weko gegenüber einem Unternehmen, das als Kartellmitglied an der Aufdeckung und Beseitigung des betreffenden Kartells mitgewirkt hat, auf direkte Sanktionen ganz oder teilweise verzichten können (Bonusregelung).

- *Zusammensetzung der Weko*

Durch die vorgesehene Einführung direkter Sanktionen käme künftig der Kontrollfunktion der Weko mittels einer von wirtschaftlichen Interessen unabhängigen Rechtsanwendung und einer gradlinigen Kommissionspolitik noch erhöhte Bedeutung zu. Eine aus sieben unabhängigen Mitgliedern bestehende Kommission sollte diesen Aspekten im Sinne einer grösstmöglichen politischen Unabhängigkeit Rechnung tragen.

- *Genehmigungs- und Meldepflicht bei Medienunternehmen*

Das geltende Kartellgesetz sieht spezielle Schwellenwerte für die Meldepflicht von Zusammenschlüssen zwischen Medienunternehmen vor. Im Ergebnis unterliegen Zusammenschlüsse von Medienunternehmen einer verschärften Meldepflicht. Die bisherige Erfahrung der Weko bei Medienzusammenschlüssen hat gezeigt, dass die

Pressekonzentration zwar weiter fortschreitet, dass es indessen genügt, wenn entsprechende Vorgänge nach den allgemeinen Kriterien aufgegriffen werden.

1.4.2 Gesamtbeurteilung

Das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens ist kontrovers ausgefallen. Die Kantone stimmten der Änderung des Kartellgesetzes im Grundsatz mit überwiegender Mehrheit zu; die politischen Parteien und die interessierten Organisationen hingegen äusserten sich – wenn auch keineswegs einhellig – eher skeptisch oder ablehnend.

Die Haltung der Bundesratsparteien war unterschiedlich: Die FDP stimmte der Vorlage mit einigen Vorbehalten zu. Kritischer äusserte sich die CVP, welche vor allem ein härteres Vorgehen gegen vertikale Kooperationen forderte. Die SP stellte sich nicht gegen eine Einführung direkter Sanktionen; sie würde aber einen Systemwechsel vom Missbrauchsprinzip zum Kartellverbot mit Freistellungsliste vorziehen. Nur die SVP lehnte die Vorlage grundsätzlich ab, weil sie darin einen Ausbau staatlicher Intervention in der Wettbewerbspolitik sieht.

Unter den grossen Verbänden und Organisationen fand die Vorlage eine weitgehende Unterstützung bei Swissmem, der Bankiervereinigung und bei der Versicherungswirtschaft. Andere interessierte Organisationen brachten Skepsis zum Ausdruck: Der Schweizerische Gewerbeverband lehnte die Revision zum jetzigen Zeitpunkt ab – im Ergebnis gleich wie der Schweizerische Gewerkschaftsbund (der allerdings den Übergang zu einem selektiven Kartellverbot begrüßen würde). Economiesuisse erachtete die Revision als verfrüht, schloss jedoch die Möglichkeit einer (beschränkten) Einführung direkter Sanktionen nicht grundsätzlich aus.

1.4.3 Direkte Sanktionen

Die direkten Sanktionen wurden nicht grundsätzlich abgelehnt; ihre Notwendigkeit wurde von weiten Kreisen anerkannt. Es sind aber verschiedentlich Zweifel geäussert worden, ob dieses Instrument angesichts der von mehreren Vernehmlassungsteilnehmern behaupteten mangelnden Rechtspraxis zum geltenden Kartellgesetz im jetzigen Zeitpunkt einzuführen ist. Verbreitete Zweifel wurden zudem an der Verfassungsmässigkeit von direkten Sanktionen laut. Ähnlich wie Economiesuisse regten mehrere Stellungnahmen eine differenzierte Regelung an: Beschränkung der Anwendung direkter Sanktionen auf «harte Kartelle» nach Artikel 5 Absatz 3 KG und Verzicht beim Tatbestand des Missbrauchs von Marktmacht (Art. 7 KG). Die Bonusregelung wurde verschiedentlich als systemfremd beurteilt.

1.4.4 Zusammensetzung der Weko

Die Änderung der Zusammensetzung der Weko wurde überwiegend abgelehnt. Zwar besteht ein gewisses Verständnis für eine Verkleinerung der Weko, weil die dadurch ermöglichte Effizienzsteigerung in der Arbeit erkannt wird. Der Vorschlag, die Weko nur noch aus unabhängigen Sachverständigen zusammenzusetzen, stiess

allerdings fast durchwegs auf Ablehnung. Der Vorschlag wird deshalb hier nicht mehr aufgenommen.

1.4.5 Genehmigungs- und Meldepflicht bei Zusammenschlüssen von Medienunternehmen

Der Vorschlag, die speziellen Schwellenwerte für die Meldepflicht von Zusammenschlüssen zwischen Medienunternehmen zu streichen, fand ein weniger grosses Echo. Zahlreiche Vernehmlasser verzichteten auf eine Stellungnahme zu diesem Punkt. Wenn Stellung genommen wurde, dann überwiegend zustimmend. Die SPS und die Gewerkschaften waren gegen eine Streichung der speziellen Aufgreifschwelle, weil sie darin ein falsches medienpolitisches Signal sehen.

1.4.6 Andere im Vernehmlassungsverfahren aufgeworfene Fragen

Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens sind verschiedene weitere Anliegen vorgebracht worden. So ist von verschiedener Seite etwa der Vorwurf erhoben worden, die Wettbewerbsbehörden hätten den ihnen mit Erlass des geltenden Kartellgesetzes eingeräumten Handlungsspielraum bisher nicht voll ausgeschöpft. In diesem Sinne ist gefordert worden, das Gesetz um Bestimmungen zu ergänzen, welche die Wettbewerbsbehörden in der Praxis auf bestimmte wettbewerbspolitische Positionen festlegen. Verlangt wurden ausdrückliche Vorschriften gegen die Abschottung des schweizerischen Markts vom Ausland, insbesondere durch Vertikalabreden, sowie eine verstärkte Berücksichtigung der besonderen Interessenlage der KMU.

Die Unterbindung von Versuchen zur Marktabschottung muss ein vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik bilden. Darauf ist bereits beim Erlass des Kartellgesetzes hingewiesen worden (BBl 1995 I 481 ff./509). Die Forderung, dass namentlich eine allfällige Abschottung der Schweizer Märkte durch Vertikalabreden international tätiger Unternehmen nicht hinzunehmen ist, ist schon insofern berechtigt, als sonst die Wirkung der liberalen Handels- und Wirtschaftspolitik der Schweiz unterlaufen werden könnte.

Einerseits können Vertikalabreden in Einzelfällen marktabschottend wirken. Dies ist insbesondere der Fall, wenn an ihnen ein marktmächtiges Unternehmen beteiligt ist. Andererseits existieren auch Formen von Vertikalabreden, die wirtschaftlich sinnvoll sind, etwa indem sie dazu beitragen, die Vertriebs- und Transaktionskosten der Unternehmen zu senken. Als Beispiele können Alleinvertriebsverträge, Verträge über die Lizenzierung von Rechten des geistigen Eigentums, Franchising-Verträge und selektive Vertriebsverträge genannt werden, sofern diese Vereinbarungen keine «überschiessenden» Wettbewerbsbeschränkungen vorsehen.

Vertikalabreden können auf Grund ihrer Vielfalt nicht grundsätzlich als volkswirtschaftlich schädlich oder sinnvoll eingestuft werden. Es ist kaum möglich, die Beurteilung bestimmter Fallgruppen im Gesetz – auf abstrakter Ebene – sachgerecht und konzis zu regeln, ohne neue Probleme und Auslegungsschwierigkeiten zu schaffen. Die gewünschten Gesetzesänderungen hätten auf jeden Fall zur Folge, dass verstärkt begriffsjuristische Abgrenzungsfragen statt die sorgfältige Prüfung der Ab-

sprache im *Einzelfall* in ihrem jeweiligen wirtschaftlichen Kontext in den Brennpunkt der wettbewerbspolitischen Praxis treten würden. Aus diesem Grund wird – wie schon anlässlich der Totalrevision des Kartellgesetzes von 1995 – im Rahmen der jetzigen Revision darauf verzichtet, ein faktisches Per-se-Verbot für Fallgruppen von Vertikalabreden einzuführen.

Ein anderer Vorschlag im Zusammenhang mit der Problematik um die Marktbeherrschung konnte demgegenüber aufgenommen werden: Den unterschiedlichen Möglichkeiten zur Marktbeeinflussung der Unternehmen wird bereits auf Gesetzesstufe besser Rechnung getragen. Durch eine Konkretisierung des Begriffs des marktbeherrschenden Unternehmens in Artikel 4 Absatz 2 KG wird klargestellt, dass Marktbeherrschung insbesondere auch vorliegen kann bei Unternehmen, die im Verhältnis zu Mitbewerbern über eine überragende Marktstellung verfügen, ferner bei Unternehmen, von welchen andere Unternehmen als Nachfrager oder Anbieter abhängig sind. Dies wird die Vertretung der aus marktstrukturellen Gründen abhängigen Unternehmen, wozu auch die KMU gehören können, in der Praxis erleichtern.

Mit Blick auf den Entscheid der Wettbewerbskommission zur Aufhebung der Preisbindung im Buchhandel ist im Übrigen auch vorgeschlagen worden, die Wahrung der kulturellen Vielfalt in den Zweckartikel des Kartellgesetzes aufzunehmen. Dies soll ermöglichen, die Buchpreisbindung weiterhin aufrecht zu erhalten. In diesem Zusammenhang ist jedoch daran zu erinnern, dass das Kartellgesetz in seinem Kern einzig wettbewerbspolitischen Zielen dient. Eine Abwägung mit anderen öffentlichen Interessen ist nicht von den Wettbewerbsbehörden, sondern von einer politischen Behörde vorzunehmen. Aus diesem Grund sieht das geltende Kartellgesetz vor, dass der Bundesrat Wettbewerbsabreden, die von den Wettbewerbsbehörden für unzulässig erklärt wurden, wegen überwiegender öffentlicher Interessen ausnahmsweise zulassen kann (Art. 8 KG). Der Bundesrat hat vor diesem Hintergrund ein externes Gutachten in Auftrag gegeben, welches Aufschluss darüber geben soll, wie sich eine allfällige Aufhebung der Buchpreisbindung auswirken würde.

2 Inhalt der Revision

2.1 Einführung direkter Sanktionen bei kartellrechtlichen Verstößen

Die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts hängt entscheidend von seiner Präventivwirkung ab. Diese präventive Wirkung wird erzielt:

- durch die Androhung von direkten Sanktionen. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen dürfen sich wirtschaftlich nicht lohnen. Deshalb muss der Sanktionsrahmen so weit gefasst sein, dass für Unternehmen die Berechnung des Netto-Nutzens aus einem Verstoß gegen das Kartellgesetz, etwa die erwartete Kartellrente abzüglich maximal drohende Sanktion, negativ ausfällt.
- durch die Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit mittels einer Bonusregelung. Als Folge der Einführung direkter Sanktionen werden die an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen beteiligten Unternehmen versuchen, die Entdeckungswahrscheinlichkeit zu vermindern. Das Entdecken von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen wird schwieriger. Die Erfahrung ausländischer Wettbewerbsbehörden zeigt, dass die Entdeckungswahr-

scheinlichkeit insbesondere durch eine Bonusregelung und durch effiziente Untersuchungen – etwa mit Hausdurchsuchungen – erhöht wird und Kartelle damit wesentlich effektiver aufgedeckt werden können.

- durch Reputationseffekte. Der Nutzen eines Unternehmens aus einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung wird auch durch den erwarteten Imageverlust für Unternehmen, welche einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung überführt werden, verringert. In begrenztem Ausmass bestehen schon heute derartige Reputationsschäden. Durch die Androhung direkter Sanktionen werden Reputationseffekte jedoch in entscheidender Weise erhöht. Die Erfahrungen im Ausland zeigen, dass die Aufmerksamkeit der Medien und damit der Öffentlichkeit bedeutend höher ist, wenn Unternehmen direkt sanktioniert werden können.

Hauptanliegen der Revision ist die Einführung direkter Sanktionen sowie die Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit.

2.1.1 Rechtsnatur der Sanktion

Mit Artikel 49a wird das KG durch eine Verwaltungsanktion ergänzt. Als solche dient sie der Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten; sie kann nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden. Die Verwaltungsanktion setzt – im Gegensatz zu einer Strafsanktion – kein Verschulden voraus, d.h. sie kann ohne den Nachweis eines strafrechtlich vorwerfbaren Verhaltens einer natürlichen Person verhängt werden. Nur unter dieser Voraussetzung ist es möglich, die Unternehmen als Normadressaten zu belangen. Die Unternehmen selbst sind als juristische Personen nach herrschender Lehre nicht deliktstfähig, weil ihnen (strafrechtlich) keine subjektive Schuld zugewiesen werden kann. Subjektive Aspekte, die im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Verschuldensbegriff (insbesondere Vorwerfbarkeit, besondere Skrupellosigkeit usw.) von Bedeutung sind und die in erster Linie mit der Persönlichkeit des Täters zusammenhängen, können demnach nicht berücksichtigt werden. Anderen subjektiven Elementen hingegen (wie beispielsweise die Rolle, die ein Kartellmitglied im Rahmen des Kartells gespielt hat, Kooperationsbereitschaft, Wiederholungsstat und Ähnliches) wird bei der Beurteilung der *Schwere* des Verstosses Rechnung getragen und fliesst damit mit den objektiven Kriterien in die Bemessung der Sanktion ein.

2.1.2 Verfassungsmässigkeit

Die vorgeschlagene Revision stützt sich auf Artikel 96 der Bundesverfassung (so genannter Kartellartikel). Danach erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen (Abs. 1). Insbesondere trifft er Massnahmen zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts (Abs. 2 Bst. a). Diese Vorschrift entspricht inhaltlich Artikel 31^{bis} Absatz 3 Buchstabe d der alten Bundesverfassung.

Tragweite und Stellenwert des Kartellartikels sind seit jeher umstritten. Der Begriff der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit wird durch die Verfassung nicht näher umschrieben. Der Gesetzgeber erhält dadurch einen erheblichen Ermessensspielraum. Entscheidend ist, dass sich gesetzliche Massnahmen ausschliesslich gegen gesamtwirtschaftlich «schädliche Auswirkungen» von Wettbewerbsbeschränkungen richten. Häufig ist deshalb die Rede davon, die Verfassung lasse lediglich eine «Missbrauchsgesetzgebung» zu, im Unterschied zu einer eigentlichen «Verbotsgesetzgebung». Oft wird daraus unter anderem der Schluss gezogen, dass ein generelles Verbot von Kartellen nicht mit der Verfassung vereinbar sei, ein selektives Kartellverbot hingegen schon. Derartige Klassierungen sind aber zu pauschal und wenig aussagekräftig. So kann unter Umständen ein mit weit reichenden gesetzlichen Ausnahmen versehenes umfassendes Verbot im Ergebnis «kartellfreundlicher» ausgestaltet werden und stärker auf Missbrauchsüberlegungen Rücksicht nehmen als ein rigides, aber limitiertes Verbot ohne Rechtfertigungsmöglichkeit.

Materiell ist der entscheidende Paradigmenwechsel ohnehin bereits mit Erlass des geltenden Gesetzes erfolgt: Bereits beim Erlass des KG ist aus der gleich lautenden Bestimmung der alten Bundesverfassung der Schluss gezogen worden, die Verfassung lasse kein generelles, sondern lediglich ein selektives Kartellverbot zu (Botschaft zum Kartellgesetz, BBl 1995 I 469 f.). Entsprechend wurde beim Erlass des Gesetzes kein allgemeines Kartellverbot statuiert. Nach dem im Kartellgesetz verankerten Missbrauchsprinzip sind Abreden nur dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Effizienzgründe rechtfertigen lassen. Bei horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen (sog. harte Kartelle) wird die Beseitigung des Wettbewerbs von Gesetzes wegen vermutet (Art. 5 Abs. 3 KG). An die Stelle der früher praktizierten so genannten «Saldomethode» mit grosszügigen Rechtfertigungsmöglichkeiten für Kartelle traten klare, rein am Schutz wirksamen Wettbewerbs orientierte Beurteilungskriterien und die Vermutung, dass harte Kartelle den wirksamen Wettbewerb beseitigen und demnach unzulässig sind.

Diesen Überlegungen ist auch bei der Einführung direkter Sanktionen Rechnung zu tragen. Direkte Sanktionen sollen künftig bei Preis-, Mengen- und Gebietsabreden unter direkten Konkurrenten, wie sie in Artikel 5 Absatz 3 KG erwähnt werden, sowie im Falle des Missbrauchs von Marktmacht gemäss Artikel 7 KG möglich sein.

Gutachten Rhinow

Die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz ist in einem Gutachten von Prof. René Rhinow untersucht worden (s. Recht und Politik des Wettbewerbs RPW, 2001/3, S. 592).

Das Gutachten geht von der Feststellung aus, die zentrale Aufgabe des Kartellgesetzgebers bestehe darin, den unbestimmten verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriff der «volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen» unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Kontexts zu konkretisieren (beziehungsweise ein organisatorisch-verfahrensmässiges Konzept zu dessen Konkretisierung normativ festzulegen) und ein geeignetes kartellrechtliches Instrumentarium mit Einschluss eines Sanktionensystems einzurichten. Die Frage, ob sich eine bestimmte kartellistische Verhaltensweise volkswirtschaftlich oder sozial schädlich auswirkt oder ob ein bestimmtes Sanktionensystem vor der Verfassung standhält, sei auch im Lichte der weiteren verfassungsrechtlich anerkannten öffentlichen Interessen zu beurteilen.

Dazu gehörten die Verfassungsentscheidung zu Gunsten einer grundsätzlich wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung, aber auch eine Reihe von sozial- und weiteren politischen Interessen. Die Verfassung belasse dem Gesetzgeber dabei einen beträchtlichen Wertungs- und Konkretisierungsspielraum.

Das Gutachten hält fest, dass die Vermutungen, wonach harte Kartelle gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG und die in Artikel 7 umschriebenen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen den wirksamen Wettbewerb beseitigen und deshalb in der Regel unzulässig sind, mit dem Kartellartikel der Bundesverfassung vereinbar sind. Eine daran geknüpfte Sanktionsregelung (so wie in Art. 49a vorgesehen) ist grundsätzlich verfassungskonform. Wenn nämlich die Sanktionen dazu dienen, das materiellrechtlich verbotene Verhalten zu ahnden und wenn sie auch geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen, kann nach Meinung des Gutachters aus Artikel 96 BV kein Hinderungsgrund abgeleitet werden. Im Gegenteil lasse sich dem Kartellartikel das Gebot entnehmen, der Gesetzgeber habe dafür zu sorgen, dass schädliche Auswirkungen von Kartellen auch zielkonform und wirkungsvoll bekämpft werden. Auf Grund einer Analyse der faktischen Gegebenheiten und vor allem im Falle der mangelnden Wirksamkeit der heute im Kartellgesetz vorgesehenen und praktizierten Sanktionsordnung sei die Optimierung der Wirksamkeit der an sich zulässigen im Kartellgesetz verankerten Instrumente sogar geboten. Komme der Gesetzgeber zum Schluss, nur direkte Sanktionen vermöchten das Verfassungsziel zu erreichen, so halte es sich innerhalb der Grenzen von Artikel 96 BV.

Im Gutachten wird Wert auf die Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage gelegt; die Vorabmeldung (vgl. Art. 49a Abs. 3 Bst. a) stelle ein notwendiges Korrektiv der Unbestimmtheit des Normtextes dar, ohne die eine Anknüpfung direkter Sanktionen an den Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 KG oder an den Missbrauchstatbestand von Artikel 7 KG verfassungsrechtlich bedenklich wäre.

Im Ergebnis gelangt das Gutachten zum Schluss, dass die vorgeschlagene Sanktionenregelung als solche nicht gegen die Bundesverfassung verstösst. Wesentlich erscheint die Möglichkeit der Vorabmeldung, welche die – unausweichliche – Normunbestimmtheit verfahrensrechtlich zu kompensieren vermag.

2.1.3 Sanktionssystem

Die neue Regelung sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle vor, also gegen Abreden zwischen direkten Konkurrenten, welche Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben (vgl. Art. 5 Abs. 3 KG). Dies sind Wettbewerbsverstösse, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken und aus diesem Grund bereits bisher mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren. Der Miteinbezug von Fällen nach Artikel 7 KG in den Anwendungsbereich direkter Sanktionen ist die logische Ergänzung dieses Konzeptes. In ihrer verheerenden Wirkung für das Funktionieren des Wettbewerbs unterscheiden sie sich von harten Kartellen nicht. Die begrenzte Einführung direkter Sanktionen für harte Kartelle sowie beim Missbrauch von Marktmacht erhöht die bislang ungenügende Abschreckungswirkung des bestehenden Kartellgesetzes in den volkswirtschaftlich schädlichsten Fällen.

Vom Anwendungsbereich der direkten Sanktionen ausgenommen sind demnach nach Artikel 5 Absatz 1 unzulässige Verhaltensweisen, welche keine Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben. Ebenso wenig können Preis-, Mengen- und Gebietsabreden direkt sanktioniert werden, die den wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen beziehungsweise die durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind.

2.1.4 Höhe der Sanktion

Unzulässiges Verhalten gemäss Artikel 5 Absatz 3 oder Artikel 7 KG kann mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. Innerhalb dieses Rahmens soll die Wettbewerbskommission die Schwere und die Dauer des Verstosses als Bemessungsgrundlage heranziehen. Zu berücksichtigen ist zudem der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat.

Da sich die Höhe der Sanktion in erster Linie nach der Dauer und der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung bemisst, kann im Falle besonders leichter Verstösse die Sanktion auch entsprechend milde bemessen werden. Die Formulierung eines Ausnahmeetatbestandes für leichte Fälle erübrigt sich somit.

Grundsätzlich erscheint der mit dem unzulässigen Verhalten erzielte Gewinn als nahe liegendes und angemessenes Bemessungskriterium für die Höhe des Sanktionsbetrages. Soweit feststellbar oder zumindest abschätzbar, ist der Gewinn aus dem unzulässigen Verhalten ein wesentliches Bemessungskriterium. Die genaue Höhe dieses Gewinns lässt sich aber in den meisten Fällen nur sehr schwer nachweisen.

Die Effizienz der direkten Sanktionsmöglichkeit darf jedoch nicht durch Beweisschwierigkeiten in Frage gestellt werden, sonst könnte sie die angestrebte Abschreckungs- bzw. Präventionswirkung nicht entfalten. Eine Anknüpfung an den unrechtmässigen Gewinn war bisher vorgesehen für Verstösse gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen (Art. 50 KG). Auf den Umsatz (10% des letzten Jahresumsatzes, wobei für die Umsatzberechnung die Regeln gemäss Art. 9 KG sinngemäss anwendbar sind) wird nach geltendem Recht lediglich abgestellt, wenn der durch den Verstoss erzielte Gewinn nicht festgestellt oder geschätzt werden kann.

Wegen dieser Beweisschwierigkeiten sehen nun Artikel 49a und 50 als objektives, leicht eruiertes Berechnungskriterium der Höchstgrenze einen Bruchteil des Jahresumsatzes vor. Beim Berechnungsmodus wird neu auf den in den letzten *drei* Jahren erzielten Umsatz abgestellt. Erfahrungen im Ausland haben gezeigt, dass in ein kartellrechtliches Verfahren verwickelte Unternehmen versucht sind, den letztjährigen Umsatz «auszuhöhlen».

Die neue Regelung ist einfacher zu handhaben. Der Höchstsatz der Sanktion von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes geht zwar weniger weit als das EU-Recht, welches auf den weltweiten Umsatz abstellt, erlaubt aber durchaus die Verhängung von wirtschaftlich einschneidenden Sanktionen. Dies ist notwendig, damit

- die Sanktionsdrohung die angestrebte abschreckende Wirkung entfaltet. Unternehmen sollen die Sanktion nicht aus der «Portokasse» bezahlen können.

- die Bonusregelung einen hinreichenden Anreiz zum Bruch der Solidarität mit den anderen Kartellmitgliedern bietet.

Dieser Sanktionsrahmen gewährleistet in schwerwiegenden Fällen eine abschreckende Wirkung, ermöglicht aber den Behörden in geringfügigen Fällen die Belastung mit Beträgen von lediglich symbolhaftem Charakter.

2.1.5 Bonusregelung

Die Erfahrungen im Ausland zeigen, dass harte Kartelle sich zunehmend professionalisieren und ihre Methoden verfeinern, um einer Aufdeckung und Sanktionierung zu entgehen. Für die Wettbewerbsbehörde wird somit die Verfolgung harter Kartelle erschwert. Der Wettbewerbskommission muss daher ein entsprechend wirksames Instrumentarium in die Hand gegeben werden, um diesem Erschwernis beizukommen.

Die Revision sieht eine Bonusregelung vor. Die Wettbewerbskommission kann damit gegenüber einem Unternehmen, das als Kartellmitglied an der Aufdeckung und Beseitigung des betreffenden Kartells mitgewirkt hat, auf direkte Sanktionen ganz oder teilweise verzichten. Diese Bonusregelung bietet folgende Vorteile:

- Für austrittswillige Kartellmitglieder entsteht ein Anreiz zur Meldung des Kartells. Ein Kartellmitglied wird die mit der Kartellmitgliedschaft verbundenen Vorteile gegen die Gefahr einer Aufdeckung und der Verhängung von Sanktionen abwägen. Namentlich dann, wenn die Wettbewerbsbehörde auf mögliche Gesetzesverstöße im fraglichen Markt bereits aufmerksam geworden ist, erscheint die Alternative der Kooperation als vorteilhaft.
- Mit dem Anreiz zur Mitwirkung an der Aufdeckung von Kartellen wird die gegenseitige Loyalität und Solidarität der Kartellmitglieder geschwächt. Gegenseitiges Misstrauen und ein «Wettbewerb um den Kooperationsbonus» erschweren den Aufbau oder die Aufrechterhaltung harter Kartelle und leisten so einen präventiven Beitrag zur Kartellbekämpfung.
- Die Kooperation eines Kartellmitglieds erleichtert schliesslich die Arbeit der Wettbewerbsbehörde massgeblich. Einerseits kann sie dazu beitragen, dass Kartelle, die sonst unaufgedeckt geblieben wären, ans Tageslicht kommen. Andererseits wird auch die Sachverhaltsermittlung wesentlich erleichtert, indem andernfalls schwer zugängliche Informationen aus erster Hand fliessen.

Im Ausland hat sich diese Vorgehensweise bewährt:

- Die 1996 eingeführte Bonusregelung («Leniency-Programm») der Europäischen Kommission wird erfolgreich angewandt und kommt mittlerweile in fast allen laufenden Kartellverfahren zum Einsatz, deren Zahl in den letzten zwei Jahren dank dem verbesserten Leniency-Programm stark angestiegen ist.
- Vor rund einem Jahr eingeführt, hat sich die Bonusregelung auch in Grossbritannien und Deutschland als erfolgreich erwiesen. Bereits in den ersten Wochen und Monaten nach der Einführung hat das britische «Leniency-Programm» Früchte getragen. In Deutschland sind ähnliche Erfolge zu verzeichnen.

- In den USA hat sich die Bonusregelung nach einer gewissen Anlaufzeit als ausserordentlich effizient erwiesen; sie führte zur Aufdeckung von mehr Kartellen als alle herkömmlichen Methoden. Seit der Erweiterung der Bonusregelung im Jahre 1993 haben sich die Selbstanzeigen verzehnfacht. Unter anderem wurde das Vitaminkartellverfahren, einer der grössten US-Kartellfälle der letzten Jahre, durch die Kooperation von Kartellmitgliedern unterstützt.

Die positiven Erfahrungen im Ausland zeigen die Wirksamkeit der vorgeschlagenen Regelung auf. Die schweizerische Regelung soll im Gegensatz zu gewissen ausländischen Normen aber flexibel ausgestaltet sein. Zunächst sind mehr Möglichkeiten vorgesehen, die Sanktionen zu reduzieren. Ein Unternehmen soll – im Unterschied zu den USA – nicht nur bei der (erstmaligen) Anzeige eines Kartells entlastet werden können, sondern es soll sich auch eine allfällige Kooperation während des Verfahrens sanktionsmindernd auswirken. Alsdann soll die konkrete Rolle eines Unternehmens innerhalb eines Kartells (etwa als Anstifter, Haupttäter oder Mitläufer) Berücksichtigung finden können. Anders als etwa in den USA soll also eine Selbstanzeige nicht ohne weiteres zur vollen Strafbefreiung führen, sondern es soll von den pflichtgemäss gewürdigten Umständen des Einzelfalles abhängen, ob und in welchem Umfang ein kooperierendes Unternehmen von einem Bonus profitiert. Eine Verordnung wird den Unternehmen aufzeigen, unter welchen Umständen sie von der Bonusregelung profitieren werden.

2.1.6 Meldemöglichkeit

Besteht bei einem Unternehmen Unsicherheit darüber, ob ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten unter Artikel 5 Absatz 3 oder Artikel 7 KG fällt, soll ihm die Möglichkeit offen stehen, dieses der Wettbewerbskommission zu melden, *bevor* es Wirkung entfaltet. Damit wird sichergestellt, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selbst tragen müssen. Da mit dem blossen Zugang der Meldung die Möglichkeit einer direkten Sanktionierung von vornherein entfällt, können die aus einer allfälligen Rechtsunsicherheit erwachsenden Gefahren sofort und mit minimalem Aufwand für die betroffenen Unternehmen beseitigt werden. Der administrative Aufwand hält sich dabei für die Unternehmen wie auch für die Wettbewerbskommission in engen Grenzen. Eine noch weitergehende Vereinfachung des Meldesystems wird die Schaffung eines Meldeformulars – wie es etwa im Bereich der Zusammenschlusskontrolle besteht – bringen. Ferner werden die Wettbewerbsbehörden Instrumente schaffen, die dem Unternehmen eine selbstständige Beurteilung der Frage ermöglichen, ob eine Verhaltensweise im Konflikt mit dem Kartellgesetz stehen könnte.

Auf Wunsch der beteiligten Unternehmen wird das Sekretariat der Weko Zusammenarbeitsvorhaben ohne besondere Förmlichkeiten prüfen (Art. 23 Abs. 2 KG). Es wird gegebenenfalls den beteiligten Unternehmen, die hinreichende Angaben über die Kooperation sowie über ihre Stellung auf dem betroffenen Markt machen, ausdrücklich mitteilen, dass es auf Grund der eingereichten Unterlagen und Angaben keinen Anlass zum Einschreiten sieht.

Dadurch unterscheidet sich das schweizerische Modell insbesondere vom europäischen Anmeldesystem, welches im Zuge der Reformbemühungen in der EU abge-

schaffen werden soll. Eine gestützt auf das schweizerische Modell erfolgte Meldung bei der Weko ändert nichts an der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede, sondern befreit die involvierten Unternehmen lediglich in Fällen, in welchen sich nachträglich die Unzulässigkeit der Abrede erweist, von der Sanktionsandrohung des Gesetzes. Dies hat zur Folge, dass problematische Fälle vergleichsweise selten gemeldet werden dürften und die Weko zudem über grosses Ermessen verfügt, welchen Meldungen sie nachgehen möchte. Zudem führt auch die Beschränkung auf Fälle gemäss Artikel 5 Absatz 3 und Artikel 7 KG zu einer Begrenzung der zu erwartenden Zahl der Meldungen.

2.1.7 Zuständigkeit

Verschiedene Teilnehmer am Vernehmlassungsverfahren haben angeregt, dass ein richterliches Gremium (und nicht die Weko) die direkten Sanktionen ausspricht. Die Vor- und Nachteile dieses Vorschlages sind geprüft worden. Als Vorteil wäre anzusehen, dass die Sanktion von einem Gremium ohne Interessenvertreter verhängt würde. Als Nachteil fällt besonders ins Gewicht, dass sich die Verfahren langwierig und kompliziert gestalten könnten.

Dies wäre jedenfalls in jener Variante der Fall, wonach die Weko zunächst eine Feststellungsverfügung über den Verstoss gegen das Kartellgesetz erlassen und gleichzeitig den Antrag an ein Richterergremium stellen würde, eine Sanktion auszusprechen. Dabei wäre die Feststellungsverfügung selbstständig anfechtbar; erst bei Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides über den Verstoss gegen das Kartellgesetz könnte das Richterergremium über die Sanktion entscheiden, wobei dieser Entscheid wiederum anfechtbar wäre. Nach einer andern Variante würde die Weko auf Grund der Vorabklärung Fälle, in welchen eine Sanktion in Frage käme, direkt dem Richterergremium zuweisen. Diese Lösung mit einem Richterergremium mit umfassender Zuständigkeit, welches auch den Sachverhalt abzuklären hätte, würde voraussetzen, dass die Richter über die gleiche Fachkompetenz verfügen würden wie die Mitglieder der Weko.

Die Wettbewerbskommission ist zwar keine richterliche Instanz, stellt jedoch eine *verwaltungsunabhängige* Behörde mit hoher Fachkompetenz dar. Eine solche Kommission fehlt in der Regel im Ausland, weshalb verständlich ist, dass direkte Sanktionen dort nicht durch die zuständige Verwaltungseinheit, sondern durch eine gerichtliche Instanz verhängt werden. Dem Kartellgesetz entspricht demgegenüber die Lösung, wonach die Weko erstinstanzlich auf Grund der Untersuchungen des Sekretariates über den Verstoss gegen das Kartellgesetz und die entsprechende Sanktion entscheidet. Dagegen steht die Beschwerde an die Rekurskommission und anschliessend an das Bundesgericht offen, wobei eine allfällige Beschwerde an die richterliche Instanz auch auf die Verhängung der Sanktion beschränkt werden könnte.

Im Ergebnis ist diese Lösung nicht grundsätzlich verschieden von den ausländischen Beispielen und steht nicht im Widerspruch zu dem im Vernehmlassungsverfahren geäusserten Begehren, dass ein unabhängiges Gremium über direkte Sanktionen befinden soll.

Die Wettbewerbsbehörden haben – ganz im Sinne des im Vernehmlassungsverfahren geäusserten Bedürfnisses – bereits unter dem geltenden Recht Instruktions- und

Entscheidungsverfahren klarer strukturiert. Im Zentrum steht dabei der Anspruch der Parteien auf persönliche Teilnahme am Verfahren (mündliche Anhörung vor der Wettbewerbskommission).

Die vorgeschlagene Lösung ist auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Im Gutachten Rhinow wird dazu im Abschnitt «Verfahrensrechtliche Anforderungen» ausgeführt:

«Eine Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsverfahren drängt sich indessen aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht auf. Ebenso wenig erscheint es als notwendig, die Sanktionen erstinstanzlich durch eine richterliche Behörde aussprechen zu lassen. Die Wettbewerbskommission selbst ist bereits eine unabhängige (Verwaltungs-) Behörde (Art. 19 KG), und ihre Entscheidungen werden von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, einer (spezial-)richterlichen Instanz, voll (d.h. mit umfassender Kognition) überprüft.»

2.1.8 Gesamtbeurteilung

Die Einführung direkter Sanktionen ermöglicht, materiellrechtlich bereits bisher verbotenes Verhalten zu ahnden. Für die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts steht dabei im Vordergrund, dass mit der Sanktionsdrohung die Präventivwirkung des KG verstärkt werden kann. Die Marktteilnehmer sollen ihr Verhalten so ausrichten, dass sie direkte Sanktionen erst gar nicht zu befürchten haben. Der Rechtssicherheit für die Unternehmen ist deshalb besondere Beachtung zu schenken.

Der Rechtssicherheit dient in erster Linie die Meldemöglichkeit, deren Bedeutung in dieser Beziehung auch das Gutachten Rhinow unterstreicht. Mit dem vorgeschlagenen Artikel 49a wird dem berechtigten Anliegen nach Rechtssicherheit auch darüber hinaus Rechnung getragen:

- Im Unterschied zur EU erfasst die vorgeschlagene Schweizer Regelung nicht alle, insbesondere nicht die umstrittenen vertikalen Wettbewerbsabsprachen, sondern nur die krassesten Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen. Für ein Unternehmen ist vor einer Beteiligung an einer derartigen Wettbewerbsbeschränkung die Tragweite eines solchen Verhaltens ohne weiteres erkennbar.

Die Begriffe der Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen bieten nämlich keine Unsicherheiten, die einer juristischen Klärung bedürften. Zudem hat die Praxis mit verschiedenen Entscheiden die gesetzlichen Tatbestände konkretisiert.

Gleiches gilt für allenfalls kartellrechtswidrige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Diese Verhaltensweisen sind in Artikel 7 Absatz 2 KG hinreichend bestimmt. Auch hier gilt, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen in der Regel nicht darüber im Irrtum befinden kann, ob es z.B. einem Teilnehmer der Marktgegenseite die Geschäftsbeziehungen verweigert (Art. 7 Abs. 2 Bst. a) oder einen bestimmten Wettbewerber gezielt zu verdrängen versucht (Art. 7 Abs. 2 Bst. d). Die Praxis der EU-Behörden und die Rechtsprechung zu der praktisch gleich lautenden Bestimmung im EU-Raum haben zusätzlich zur Klärung dieser Tatbestände beigetragen.

- Die Rechtssicherheit ist auch im Hinblick auf allfällige Praxisänderungen gewahrt. Nach den allgemein geltenden Regeln darf eine Praxisänderung nur erfolgen, wenn das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber dem Rechtssicherheitsbedürfnis der Betroffenen überwiegt. Zudem ist der Grundsatz von Treu und Glauben zu wahren. Dies bedeutet, dass gegenüber demjenigen, der sich in guten Treuen an der bisherigen Rechtsprechung orientiert, die Praxis nicht ohne Vorwarnung zu seinem Rechtsnachteil geändert werden darf.
- Vor Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes sind zudem die Parameter der Bonusregelung in Anlehnung an die Normen und Erfahrungen kontinental-europäischer Rechtsordnungen in einer Verordnung festzulegen. Die Wettbewerbskommission wird ferner dafür Sorge tragen, dass kooperationswillige Unternehmen, namentlich der Erstanzeiger, umgehend verbindliche Zusagen über das Ausmass des in Aussicht gestellten Bonus erhalten.

Artikel 49 Absatz 3 hält fest, dass die Belastung abgesehen von Fällen, in welchen die Wettbewerbsbeschränkung gemeldet wurde, auch entfällt, wenn bei Eröffnung der Untersuchung die Wettbewerbsbeschränkung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist oder wenn sie vom Bundesrat gestützt auf Artikel 8 KG aus überwiegenden öffentlichen Interessen ausnahmsweise zugelassen worden ist.

2.2 Weitere Revisionspunkte

2.2.1 Genehmigungs- und Meldepflicht bei Zusammenschlüssen von Medienunternehmen

Das geltende Kartellgesetz sieht in Artikel 9 Absatz 2 spezielle Schwellenwerte für die Meldepflicht von Zusammenschlüssen zwischen Medienunternehmen vor. Als solche gelten Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften besteht oder die ganz oder teilweise als Veranstalter von Programmen im Sinne des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (SR 784.40) tätig sind. Die Umsätze dieser Unternehmen sind bei der Abklärung, ob ein Zusammenschluss nach Artikel 9 Absatz 1 KG meldepflichtig ist, um das Zwanzigfache zu multiplizieren. Im Ergebnis unterliegen Zusammenschlüsse von Medienunternehmen also einer verschärften Meldepflicht.

Grund dafür waren vor dem Hintergrund der fortschreitenden Pressekonzentration medienpolitische Überlegungen (Erhaltung der Medienvielfalt), die sich auch im Ausland (namentlich in Deutschland und Österreich) in besonderen Medienaufgreifkriterien niedergeschlagen haben. Für die Verfolgung medienpolitischer Anliegen eignet sich das ausschliesslich dem Wettbewerb verpflichtete KG allerdings wenig. Mit den Mitteln des Kartellgesetzes sollten Zusammenschlüsse zwischen Medienunternehmen nur überprüft werden, soweit sie gesamtwirtschaftlich von Bedeutung sind. Es genügt daher, wenn auf Medienunternehmen die allgemeinen Aufgreifkriterien angewendet werden.

Dies verdeutlicht ein Blick auf die bisherige Praxis (vgl. Anhang 2). In den fünf Jahren seit Inkrafttreten des KG hat die Wettbewerbskommission 36 gemeldete Medienzusammenschlüsse behandelt. Davon konnten 31 ohne vertiefte Prüfung für

unbedenklich erklärt werden. In fünf Fällen hat die Wettbewerbskommission eine vertiefte Prüfung durchgeführt. Im Fall «Le Temps» hat sie eine Genehmigung mit Auflagen erteilt. Der Fall «Berner Tagblatt Medien AG/Schaer Thun AG» wurde wegen der drohenden Untersuchung zurückgezogen. Die Zusammenschlüsse «Gasser/Tschudi Druck» und «Berner Oberland Medien AG» wurden nach vertiefter Prüfung für unbedenklich erklärt. Im Fall «Tamedia/Belcom» ist der Zusammenschluss mit einer Bedingung genehmigt worden.

Im Rahmen dieser Fragestellung ist die Feststellung der Wettbewerbskommission beim Zusammenschluss «Berner Oberland Medien AG» wichtig, wonach ein gewisser Zwang zu einer Konzentration auf lokaler und regionaler Ebene besteht. Dies ist hauptsächlich bedingt durch die hohen Erwartungen der Leser und Werbetreibenden, die attraktive Zeitungen verlangen. Die damit verbundenen (höheren) Kosten können nur mittels Grössenvorteilen ausgeglichen werden bzw. durch Kosteneinsparungen auf Grund von Kooperationen und Zusammenschlüssen. Dem Wettbewerb drohen dadurch aber keine Gefahren, weil genügend andere Printmedien (überregionale Zeitungen, Zeitschriften), potenzielle Konkurrenten, weitere Informationsträger und auch die Werbewirtschaft eine genügende disziplinierende Wirkung auf die lokalen und regionalen Zeitungen ausüben. Wirkliche Gefahren für den Wettbewerb bestehen dann, wenn Zusammenschlüsse zwischen den grossen Verlagen in der Schweiz auftreten. Diese wären aber in der Regel auf Grund der erzielten Umsätze auch unter den allgemeinen Aufgreifkriterien des Artikels 9 Absatz 1 KG meldepflichtig und damit der Kontrolle durch die Wettbewerbskommission unterworfen.

Wie die Zahlen zeigen, wurden die von der verschärften Meldepflicht erfassten Zusammenschlüsse meist als unbedenklich beurteilt. Die tiefen Umsatzschwellen für die zusammenschlusswilligen (vorwiegend kleinen) Unternehmen stellten aber eine erhebliche finanzielle Belastung dar (Kosten der Meldung). Anhang 2 zeigt, dass von den 36 gemeldeten Zusammenschlüssen deren 31 nicht meldepflichtig gewesen wären, wenn die allgemeinen Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 1 KG zur Anwendung gelangt wären. Der Fall «Le Temps», bei dem die Wettbewerbskommission eine Auflage verfügt hat, wäre auch unter diesen Aufgreifkriterien meldepflichtig gewesen. Vier der Fälle, welche nach den allgemeinen Aufgreifkriterien nicht meldepflichtig wären, sind vertieft geprüft worden. Drei waren lediglich von regionaler Bedeutung und unbedenklich. Auch im Fall «Tamedia/Belcom» wurde der Zusammenschluss bewilligt, wenn auch mit einer Bedingung.

2.2.2 Berechnung der Schwellenwerte für meldepflichtige Zusammenschlüsse von Banken und Finanzinstituten

Die bisherige Spezialbestimmung von Artikel 9 Absatz 3 KG (Berechnung des Umsatzes für Versicherungen und Banken) basiert im Wesentlichen auf der für die EU bis 1998 gültigen Bestimmung in der Fusionskontrollverordnung. Danach wird bei Banken im Sinne des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) für die Berechnung des Umsatzes gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG auf die Bilanzsumme abgestellt.

Am 1. März 1998 trat in der EU eine Bestimmung in Kraft, welche für die Berechnung des Umsatzes bei Banken und anderen Finanzinstituten an Stelle der Bilanzsumme neu die Bruttoerträge vorsieht. Auch in der Schweiz ergaben sich Probleme

bei der Anwendung der Bilanzsummenregel. So vertritt man in Experten- und Bankkreisen die Ansicht, dass die Bruttoerträge gegenüber der (konsolidierten) Bilanzsumme die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Finanzinstitutes wesentlich besser wiedergeben, insbesondere im Hinblick auf die Ausserbilanzgeschäfte und die verwalteten Kundenvermögen. Zudem haben Fusionen von Banken mit Sitz im Ausland gezeigt, dass die geografische Zuordnung von Forderungen gegenüber Banken und Kunden mit Sitz in der Schweiz, wie Artikel 9 Absatz 3 KG für die Banken vorsieht, für die beteiligten Unternehmen erhebliche Probleme bereitet. Erschwerend wirkt sich für die beteiligten Unternehmen zudem die Tatsache aus, dass seit der Umstellung der europäischen Fusionskontrollverordnung die Meldungen über ein Zusammenschlussvorhaben bei den schweizerischen und europäischen Wettbewerbsbehörden mit unterschiedlichen Berechnungsgrundlagen eingereicht werden müssen.

Eine Anpassung an das europäische Recht ist deshalb für die Umsatzberechnung angezeigt. Im Bereich der Finanzdienstleistungen ist dabei aus terminologischen Gründen am Kriterium der Bruttoerträge aus dem ordentlichen Geschäft festzuhalten, da der Begriff «Umsatz» im Bankgeschäft zu Missverständnissen führen kann. Zudem werden insbesondere für die Banken in Artikel 25a der Verordnung über die Banken und Sparkassen (BankV, SR 952.02) die Bruttoerträge klar definiert.

Es stellt sich dabei die Frage, ob der Kreis der Normadressaten von Artikel 9 Absatz 3 KG – analog zur europäischen Fusionskontrollverordnung – auf andere Finanzdienstleistungsanbieter ausgedehnt werden sollte (Effektenhändler, Vermögensverwalter, Devisenhändler usw.). Eine solche Ausdehnung des Adressatenkreises scheint angezeigt, um dem Spezialcharakter von Finanzdienstleistungsanbietern gerecht werden zu können. Allerdings sollen aus Gründen der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit von der Spezialbestimmung nebst den Banken nur diejenigen Finanzdienstleistungsanbieter erfasst werden, deren Rechnungslegung den Vorschriften des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen sowie dessen Ausführungsverordnung unterstellt ist.

2.2.3 Untersuchungsmassnahmen

Nach Artikel 42 KG können die Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen. Diese prozessualen Zwangsmassnahmen werden mit der Einführung direkter Sanktionen eine grössere Bedeutung erhalten. Es erscheint deshalb angezeigt, hierfür präzise rechtsstaatliche Garantien vorzusehen, indem auf die entsprechenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) verwiesen wird.

2.2.4 Eröffnung einer Untersuchung

Bisher begnügten sich die Wettbewerbsbehörden damit, bestehende Kartelle aufzuheben. Künftig sollen Unternehmen auch für frühere und im Beurteilungszeitpunkt nicht mehr praktizierte kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zur Verantwortung gezogen werden können. Unternehmen, die gegen das Kartellrecht verstossen, haben

es sonst in der Hand zu verhindern, dass Abklärungen der Wettbewerbsbehörden in rechtskräftige Verfügungen münden.

Nach geltendem Recht sind die Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbskommission auf die Beseitigung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet. Nach Artikel 27 Absatz 1 KG eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (noch) vorliegt. Die Wettbewerbsbehörde hat somit keine Möglichkeit, Verstösse gegen das KG wirksam zu ahnden, wenn Unternehmen ihr kartellrechtswidriges Verhalten vor oder während der Untersuchung aufgeben. Im Fall des «Vitaminkartells» etwa haben die Parteien in Absprache mit den amerikanischen Wettbewerbsbehörden ihr Verhalten aufgegeben und sich zur Zahlung einer Busse bereit erklärt. Die Schweizer Wettbewerbsbehörden hätten – wenn die Parteien hierfür nicht Hand geboten hätten – keine Untersuchung eröffnen können, da das Kartell zu dem Zeitpunkt bereits aufgelöst worden war.

Mit der Änderung des Artikels 27 KG soll erreicht werden, dass auch Verstösse gegen das KG, welche vor einer Untersuchung aufgegeben werden, geprüft und allenfalls gehandelt werden können. Insbesondere im Hinblick auf die Einführung von Sanktionen soll mit dieser Anpassung eine adäquate Regel erstellt werden.

2.2.5 Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens

In der Vernehmlassung ist unter anderem vorgeschlagen worden, bereits auf Gesetzesstufe besser zu berücksichtigen, dass KMU zum Teil von grösseren Unternehmen, seien es Lieferanten oder Abnehmer, abhängig sind. Dieses Anliegen wird mit einer Konkretisierung des Begriffs des marktbeherrschenden Unternehmens in Artikel 4 KG aufgenommen. Die neue Formulierung will hingegen im Wettbewerb nicht mehr überlebensfähige Strukturen nicht schützen. Der Zweck des KG liegt nach wie vor darin, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (vgl. Art. 1).

Mit der Änderung von Artikel 4 Absatz 2 KG wird klargestellt, dass bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt zu prüfen sind. Marktbeherrschung kann insbesondere auch bei einem Unternehmen vorliegen, das im Verhältnis zu Mitbewerbern über eine überragende Marktstellung verfügt, oder bei einem Unternehmen, von welchem andere Unternehmen als Nachfrager oder Anbieter abhängig sind.

2.2.6 Gebühren

Bereits heute erheben die Wettbewerbsbehörden Gebühren für Verwaltungsverfahren sowie Gutachten und sonstige Dienstleistungen. Rechtsgrundlagen dafür bilden das Kartellgesetz (Art. 47 Abs. 2 KG), das Bundesgesetz über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaltes (SR 611.010) und die dazugehörige Ausführungsverordnung des Bundesrates (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2). Im Interesse der Transparenz und zwecks Beseitigung gewisser Unklarheiten, welche aus der An-

wendung des bisherigen Rechts entstanden sind, soll die Gebührenfrage in einer einzigen spezialgesetzlichen Norm geregelt werden.

Artikel 53a umschreibt nun den Gegenstand der Gebühr und die Bemessungsgrundlage und ermächtigt den Bundesrat, die Gebührensätze und die Erhebung im Einzelnen zu regeln.

2.3 Kommentar zu einzelnen Bestimmungen

Die Änderungen der Artikel 4, 9 Absatz 2, 49a und 50 sind bereits erläutert worden. Zu den übrigen Änderungen ist Folgendes festzuhalten:

Artikel 9 Absatz 3

Für die Berechnung der Umsätze von Finanzintermediären gemäss Artikel 9 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 (mit Ausnahme der Versicherungsgesellschaften) wird neu auf die Bruttoerträge aus dem ordentlichen Geschäft abgestellt. Dieses Kriterium wird für die Banken bereits in den Rechnungslegungsvorschriften der Bankenverordnung näher definiert. Es sind deshalb – in Übereinstimmung mit den EU-Bestimmungen – für die Umsatzberechnung folgende Erträge zu berücksichtigen:

- Zins- und Diskontertrag;
- Zins- und Dividendertrag aus den Handelsbeständen;
- Zins- und Dividendertrag aus Finanzanlagen;
- Kommissionsertrag Kreditgeschäft;
- Kommissionsertrag Wertschriften- und Anlagegeschäft;
- Kommissionsertrag übriges Dienstleistungsgeschäft;
- Ertrag aus dem Handelsgeschäft;
- Ertrag aus Veräusserungen von Finanzanlagen;
- Beteiligungsertrag;
- Liegenschaftsertrag;
- anderer ordentlicher Ertrag.

Der Bundesrat wird die Einzelheiten auf Verordnungsstufe regeln. Insbesondere ist dabei festzulegen, dass die Bruttoerträge auch für diejenigen Posten der Erfolgsrechnung gelten, für welche die Bankenverordnung lediglich die Pflicht zur Bekanntgabe des Erfolges vorsieht (Erfolg aus dem Handelsgeschäft, Erfolg aus der Veräusserung von Finanzanlagen sowie Liegenschaftserfolg). Im Weiteren ist auch das Zuordnungskriterium für die Bestimmung der Bruttoerträge zu regeln, welche gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG in der Schweiz erzielt werden.

Der spezielle Charakter von Finanzdienstleistungsunternehmen, insbesondere bezüglich den Rechnungslegungsvorschriften, wird – gleich dem europäischen Recht – auch vom schweizerischen Kartellrecht anerkannt. Aus Gründen der Rechtsgleichheit sind deshalb zumindest diejenigen Anbieter von Finanzdienstleistungen der Spezialnorm zu unterstellen, welche den gleichen Rechnungslegungsvorschriften

wie die Banken unterstehen. Um den Kreis der Normadressaten möglichst offen zu halten, wird deshalb neu der Terminus «Finanzintermediäre» eingeführt, welcher bereits im Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor Eingang gefunden hat. Derzeit gelten die Rechnungslegungsvorschriften gemäss Bankenverordnung auch für die Effektenhändler.

Artikel 18 Absatz 1

Auf Grund der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens wird keine Änderung der Zusammensetzung der Weko vorgeschlagen. In Artikel 18 soll einzig der Zusatz gestrichen werden, dass das Präsidium drei Mitglieder umfasst. Es wäre in Zukunft allenfalls möglich, neben dem Präsidenten oder der Präsidentin nur eine Vizepräsidentin oder einen Vizepräsidenten zu bezeichnen, beispielsweise um künftig eine Organisationsstruktur mit zwei Kammern zu ermöglichen.

Artikel 27 Absatz 1

Mit der Einführung direkter Sanktionen muss auch die Möglichkeit eröffnet werden, Wettbewerbsbeschränkungen aufzugreifen, die möglicherweise nicht mehr ausgeübt werden. Andernfalls bestünde das Risiko, dass die beteiligten Unternehmungen kurz vor oder nach der Eröffnung einer Untersuchung die unzulässigen Praktiken einstellen, um sich der Sanktionierung zu entziehen. Der geänderte Wortlaut von Artikel 27 Absatz 1 trägt diesem Umstand Rechnung. Die Änderung von Artikel 27 hat jedoch nicht zur Folge, dass Unternehmen selbst dann noch sanktioniert werden können, wenn sie die unzulässige Praxis bei der Einführung der direkten Sanktionen aufgeben. Die Übergangsbestimmung hält dies auch ausdrücklich fest.

Artikel 42

Absatz 1 entspricht dem bisherigen Artikel 42 (Sätze 1 und 2). In Absatz 2 wird für Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen eine präzisere Regelung vorgesehen als im geltenden Recht. Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen können auf Grund eines Antrages des Sekretariats nur von einem Mitglied des Präsidiums angeordnet werden. Für diese prozessualen Zwangsmassnahmen werden im Weiteren die Artikel 45–50 VStrR als sinngemäss anwendbar erklärt. Diese Bestimmungen enthalten die wichtigsten rechtsstaatlichen Garantien. Insbesondere schreiben sie vor, dass Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen mit der gebührenden Schonung der Betroffenen und ihres Eigentums durchzuführen sind (Art. 45 VStrR). Beschlagnahme werden dürfen im Wesentlichen nur Gegenstände, die als Beweismittel von Bedeutung sein können (Art. 46 Abs. 1 Bst a. VStrR). Hausdurchsuchungen dürfen nur im Beisein des Inhabers der betroffenen Räume und bestimmter Amtspersonen vorgenommen werden; in Fällen besonderer Dringlichkeit kann auf den Beizug von Amtspersonen verzichtet werden (Art. 49 Abs. 2 VStrR). Bei der Durchsuchung von Papieren ist mit grösster Schonung vorzugehen; insbesondere sollen Papiere nur dann durchsucht werden, wenn anzunehmen ist, dass sich Schriften darunter befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR). Berufs- und Geschäftsgeheimnisse sind zu wahren (Art. 50 Abs. 2 VStrR).

Artikel 47 Absatz 2 und Artikel 53a

Artikel 53a regelt die Erhebung von Gebühren durch die Wettbewerbsbehörden. Absatz 1 umschreibt den Gegenstand der Gebühr. Deren Bemessungsgrundlage wird in Absatz 2 festgelegt. Absatz 3 schliesslich ermächtigt den Bundesrat einerseits, die Gebührensätze und die Modalitäten der Gebührensätze auf Verordnungsstufe zu regeln. Bei der Festsetzung der Gebührensätze soll nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes differenziert werden. Andererseits kann der Bundesrat bei bestimmten Verfahren oder Dienstleistungen auf die Erhebung einer Gebühr verzichten. Ein Gebührenverzicht ist insbesondere angezeigt bei Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 KG, wenn sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren eingestellt wird.

Artikel 47 Absatz 2, der bisher bereits die Erhebung von Gebühren für Gutachten der Wettbewerbsbehörden regelte, kann damit aufgehoben werden.

Artikel 59a

Artikel 170 der Bundesverfassung verankert den Verfassungsauftrag, die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen. Die Änderung des Kartellgesetzes ist deshalb auch dafür zu nutzen, den Verfassungsauftrag für den wichtigen Bereich des Wettbewerbsrechts zu konkretisieren. Wirksamer Wettbewerb hat für den Standort Schweiz eine zentrale Bedeutung. Hauptziel der Revision – und damit Hauptgegenstand der Evaluation – ist die Erhöhung der Präventivwirkung durch Einführung direkter Sanktionen bei besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen. Die Evaluation wird die Zielerreichung systematisch und mit unabhängigen wissenschaftlichen Methoden überprüfen.

Übergangsbestimmung

Mit einer Übergangsbestimmung soll die Möglichkeit eingeräumt werden, bestehende Wettbewerbsbeschränkungen innert 6 Monaten zu melden mit der Folge, dass dafür – wie bei der Meldung neuer Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 49a Absatz 3 – keine Belastung auferlegt werden kann. Ohne Meldung entfällt eine Belastung selbstverständlich erst recht, wenn die Wettbewerbsbeschränkung in diesem Zeitraum aufgelöst wird.

Wird eine Wettbewerbsbeschränkung, die vor Inkrafttreten von Artikel 49a Wirkung entfaltet hat, innert der Übergangsfrist von 6 Monaten weder gemeldet noch aufgelöst, kann eine Sanktion nach Artikel 49a ausgesprochen werden. Auf Grund des Verbots der Rückwirkung kann in solchen Fällen für die Bemessung der Belastung jedoch nur der Zeitraum nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung berücksichtigt werden.

3 Auswirkungen

3.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen

Der Hauptnutzen der Einführung direkter Sanktionen wird in deren präventiver Wirkung liegen. Hohe Sanktionen und der damit einhergehende Reputationsschaden führen jedoch nur zur Unterlassung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen, wenn auch die Entdeckungswahrscheinlichkeit entsprechend hoch ist.

Die effiziente Umsetzung der Revision erfordert deshalb eine entsprechende Ergänzung der personellen Ressourcen im Sekretariat der Weko (Untersuchungsorgan) im Umfang von 15 Stellen.

Es ist davon auszugehen, dass die Untersuchungsverfahren mit der Einführung direkter Sanktionen aufwändiger werden. Um eine genügend hohe Entdeckungswahrscheinlichkeit zu erreichen, wird das Sekretariat somit Ermittlungen mit zum Teil neuen Methoden (Hausdurchsuchungen) durchführen müssen. Die Ausdehnung der Ermittlungsmethoden erfordert eine Taskforce von drei Spezialisten sowie je einem Spezialisten für die drei Marktdienste.

Die Sanktionsdrohung dürfte bewirken, dass viele Unternehmen an die Wettbewerbsbehörden gelangen werden um festzustellen, ob bestimmte Verhaltensweisen zulässig sind. Um die notwendige Rechtssicherheit so schnell wie möglich zu schaffen, muss es den Wettbewerbsbehörden und den Rechtsmittelinstanzen nach Einführung direkter Sanktionen gelingen, rasch aufzuzeigen, welche Verhaltensweisen unzulässig sind und welche nicht. Zu diesem Zweck werden neben den Entschieden der Weko klärende Erlasse zu erarbeiten sein; es wird aber auch Aufgabe des Sekretariates sein, den meldenden Unternehmen rasch und unbürokratisch zur notwendigen Rechtssicherheit im konkreten Einzelfall zu verhelfen. Sollen die übrigen Aufgaben des Sekretariats dadurch nicht vernachlässigt werden, so sind für die drei Marktdienste im Interesse der Unternehmen je zwei zusätzliche Stellen vorzusehen.

Mit der Einführung direkter Sanktionen ist den Parteirechten besondere Beachtung zu schenken (vgl. Ziff. 2.1.7). Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs drängt sich eine konsequente Trennung von Untersuchungs- und Entscheidorgan in der Entscheidphase auf, was auf Stufe Weko (Entscheidorgan im Milizsystem) drei juristische Sekretäre erfordert.

Die Ergänzung der personellen Ressourcen löst einen entsprechenden Raumbedarf aus. Insgesamt ist mit wiederkehrenden Kosten für 15 Stellen in der Höhe von 3 Mio. Franken zu rechnen.

Die Revision wird auch zusätzliche Einnahmen für die Staatskasse bringen. Dieser Aspekt ist allerdings von sekundärer Bedeutung. Die Vorlage legt das Gewicht eindeutig auf die Verstärkung der Präventivwirkung des Wettbewerbsrechts.

3.2 Auswirkungen auf die Informatik

Mit den zusätzlichen Stellen ist ein Bedarf an Informatikmitteln verbunden. Zudem ist eine Informatiklösung für die Aufnahme und Verarbeitung der zusätzlichen Informationen vorzusehen.

3.3 Volkswirtschaftliche Auswirkungen

Ziel des neuen KG von 1995 war die Revitalisierung der schweizerischen Binnenwirtschaft und deren Stärkung im internationalen Standortwettbewerb. Die Effektivität dieser Politik wird durch die Einführung direkter Sanktionen und den damit zusammenhängenden weiteren Änderungen am geltenden Gesetz erhöht.

3.3.1 Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns

Die Einführung direkter Sanktionen setzt ein Tätigwerden des Gesetzgebers voraus. Dabei zeichnet sich die geplante Revision insbesondere durch ihre Verhältnismässigkeit aus. Der Anwendungsbereich direkter Sanktionen wird auf schwerwiegende Wettbewerbsverstösse beschränkt, und den Unternehmen wird ein Melderecht für Wettbewerbsabreden eingeräumt (und nicht etwa eine Meldepflicht geschaffen).

3.3.2 Auswirkungen auf einzelne gesellschaftliche Gruppen

Sollen die mit dem Kartellgesetz verfolgten Ziele erreicht werden, ist eine breite Abstützung der Wettbewerbspolitik notwendig. Von der Einführung direkter Sanktionen sind deshalb grundsätzlich alle Unternehmen betroffen.

Zwar könnte man zur Auffassung neigen, dass die auf Grund der kleinräumigen Verhältnisse für kartellistische Verflechtungen eher anfällige Binnenwirtschaft (Bau- und Baunebengewerbe, Dienstleistungen usw.) von der Einführung direkter Sanktionen besonders betroffen ist. Indessen zeigen gerade Fälle wie z.B. das Vitaminkartell, dass sich auch Grosskonzerne und multinationale Unternehmen vermehrt dem verschärften internationalen Konkurrenzdruck durch wettbewerbsbeschränkendes Verhalten zu entziehen versuchen. Diesen Tendenzen wird mit der Einführung direkter Sanktionen ebenfalls entgegengewirkt. Nutzniesser der Revision sind die Konsumenten und Unternehmen, die auf Grund der verschärften Kartellbekämpfung mit tieferen Preisen für Konsumgüter, Dienstleistungen und Zwischenprodukte rechnen können.

3.3.3 Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft

Eine effektive Wettbewerbspolitik liegt im volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse. Effektiv ist die Wettbewerbspolitik nur, wenn glaubwürdig ist, dass sie tatsächlich durchgesetzt wird. In diesem Sinne sind die Einführung der direkten Sanktionen sowie der Bonusregelung ein wichtiges Signal. Zudem werden die Marktteilnehmer von Beginn weg wenig Neigung zeigen, gegen die Bestimmungen des Kartellgesetzes zu verstossen, wenn sie keinen Zweifel daran haben, dass diese Bestimmungen mit Nachdruck durchgesetzt werden. Die Einführung direkter Sanktionen wird somit positive Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft haben.

Dem wirtschaftlichen Effizienzgewinn steht allerdings ein mit der Einführung direkter Sanktionen verbundener Zusatzaufwand für die Wettbewerbsbehörden und

einzelnen Unternehmen gegenüber. Dieser wird aber zweifellos durch den gesamtwirtschaftlichen Nutzen der damit erzielten Wettbewerbsverbesserungen aufgewogen, auch wenn sich der volkswirtschaftliche Nettogewinn letztlich nicht beziffern lässt.

3.3.4 Alternative Regelungen

Für die Einführung direkter Sanktionen gibt es keine ebenbürtigen Alternativen. Dasselbe gilt für die Bonusregelung. Direkte Sanktionen entwickeln ohne Bonusregelung nur eine beschränkte (präventive) Wirkung.

3.3.5 Zweckmässigkeit im Vollzug

Die Revision ist bewusst zielgerichtet und massvoll gehalten. Die sanktionsbefreiende Meldungsmöglichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung wie auch das Setzen von Anreizen, z.B. wettbewerbswidrige Verhaltensweisen ohne vorangehendes Verwaltungshandeln aufzugeben, werden der Wettbewerbsbehörde erlauben, sich vermehrt auf die Bekämpfung und Beseitigung der krassensten Formen von Verstössen gegen das Kartellgesetz zu konzentrieren.

4 Legislaturplanung

Der Bundesrat hat im Bericht zur Legislaturplanung 1999–2003 (BBl 2000 2291, 2332) unter dem Obertitel «Die Schweiz als attraktiver Werk-, Denk- und Schaffensplatz – Entfaltungschancen der kommenden Generationen sicherstellen und verbessern» angekündigt, den Reformbedarf des Wettbewerbsrechts zu überprüfen und darauf gestützt dem Parlament die Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes zu unterbreiten (Richtliniengeschäft R11).

5 Verhältnis zum europäischen Recht

Die Europakompatibilität des schweizerischen Wettbewerbsrechts wird durch die Vorlage nicht unmittelbar berührt. Immerhin sind in der Rechtsordnung der EU für Wettbewerbsverstösse ebenfalls unmittelbare Sanktionen vorgesehen. Insofern nähert sich durch die Revision das «Schutzniveau» der schweizerischen Wettbewerbsgesetzgebung demjenigen der EU an. Vor dem Hintergrund bestehender Unterschiede in der konzeptionellen Ausrichtung (Verbots- statt Missbrauchsprinzip in der EU) lassen sich die einzelnen Elemente der Vorlage aber nur schlecht mit entsprechenden Instituten im europäischen Kontext vergleichen. Dies gilt ganz besonders für das geplante Melderecht, welches sich vom Freistellungsverfahren, wie es in der EU praktiziert wird, grundlegend unterscheidet. Gesamthaft gesehen korrespondiert das schweizerische Wettbewerbsrecht jedenfalls gut mit dem Wettbewerbsrecht des Auslandes, insbesondere demjenigen der EU.

Bisherige Praxis (vgl. Ziff. 1.1.2); Statistik der Tätigkeiten der Wettbewerbskommission (inklusive Sekretariat)

(Stand Ende 2000)

Die Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörde lassen sich zweckmässigerweise aufgliedern in

- Verfahren gegen Kartelle und wegen unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, so genannte Untersuchungen und Vorabklärungen (Art. 26ff. KG) (I)
- Zusammenschlussverfahren, so genannte Vorprüfungen und Prüfungen (Art. 32 ff. KG) (II)
- Empfehlungen, Stellungnahmen und Gutachten zur Schaffung von neuen oder zur Handhabung von bestehenden Erlassen (Art. 15 und 45ff. KG) (III)
- Verfahren gemäss Binnenmarktgesetz (BGBM) sowie (IV)
- diverse Verfahren (V).

Keine Statistiken gibt es über informelle Verfahren, Beratungen gemäss Art. 23 KG und Beschwerdeverfahren (Verfahren vor Rekurskommission).

Tätigkeit	1996 ¹	1997	1998	1999	2000	Total
<i>I) Verfahren gegen Kartelle und wegen Machtmissbrauch</i>						
Untersuchungen, davon						
a) Eröffnungen (inkl. Übernahmen von Kartellkommission)	6	8	7	12	12	45
b) Einvernehmliche Regelungen	0	0	1	0	2	3
c) Entscheide	0	5	2	8	11	26
d) Vorsorgliche Massnahmen	5	4	4	2	0	15
e) Sanktionen	0	0	0	2	0	2
Vorabklärungen, davon						
f) Eröffnungen (inkl. Übernahmen von Kartellkommission)	45	44	20	22	20	151
g) Abschluss ohne Eröffnung Untersuchung	7	38	20	14	11	90
h) Abschluss mit Eröffnung Untersuchung	2	5	3	10	9	29
Bekanntmachungen	0	0	2	0	0	2

¹ 1 Semester

Tätigkeit	1996 ²	1997	1998	1999	2000	Total
<i>II) Verfahren bei Unternehmenszusammenschlüssen</i>						
a) Meldungen insgesamt	1	22	26	33	54	136
b) Abschluss nach Vorprüfung	1	19	22	31	52	125
c) Abschluss nach Prüfung	0	2	4	0	1	7
d) Entscheid nach Prüfung (Auflagen, Bedingungen, Untersagung)	0	1	2	0	1	4
e) Rückzug der Meldung (Aufgabe des Vorhabens) während Prüfung	0	0	1	0	0	1
f) Vorzeitiger Vollzug	0	1	1	0	0	2
g) Sanktionen	0	1	3	1	2	7
<i>III) Empfehlungen, Stellungnahmen und Gutachten an Behörden</i>						
a) Gutachten KG 15	0	0	1	4	1	6
b) Empfehlungen KG 45	0	4	0	3	3	10
c) Stellungnahmen KG 46	22	30	62	24	64	202
d) Gutachten KG 47	0	0	2	1	1	4
e) Stellungnahmen zu Konzessionsgesuchen RTVG	0	0	13	14	22	49
f) Gutachten FMG 11	0	0	2	1	3	6
<i>IV) Verfahren gemäss Binnenmarktgesetz (BGBM)</i>						
a) Empfehlungen BGBM 8	1	1	4	1	2	9
b) Gutachten BGBM 10 I	0	0	1	0	0	1
c) Gutachten BGBM 10 II	0	0	0	0	0	0
d) Erläuterungen des Sekretariats	1	5	4	2	2	14
<i>V) Diverses</i>						
a) Nachkontrollen	10	8	12	5	0	35
b) Feststellungsverfügungen	0	0	1	2	1	4

Erläuterungen

Die meisten *Untersuchungsverfahren* (Art. 27 ff. KG) werden innerhalb eines Jahres durchgeführt. Bei den übrigen Untersuchungsverfahren haben sich entweder komplexe verfahrensrechtliche oder materiellrechtliche Fragen gestellt; zum Teil haben sich auch die tatsächlichen Umstände verändert (d.h. der wirtschaftliche Sachverhalt), sodass eine Neubeurteilung notwendig wurde. In solchen Verfahren ist etwa zu beobachten, dass die Parteien auf Grund der Stossrichtung der Verfahren ihr Verhalten ändern.

Mittels *Vorabklärungen* (Art. 26 KG) wird geprüft, ob ein bestimmter Sachverhalt gegen die Bestimmungen des Kartellgesetzes verstossen könnte und demnach eine Untersuchung zu eröffnen ist. Es liegt auf der Hand, dass Vorabklärungen weit häu-

figer durchgeführt werden als Untersuchungen. Von 151 bisher eröffneten Vorabklärungen haben 29 bzw. ca. 19% zur Eröffnung einer Untersuchung geführt. Die «Trefferquote» (Verhältnis Untersuchungen zu Vorabklärungen) ist in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen. So führten 1996 5% aller eröffneten Vorabklärungen zu einer Untersuchung, 1997 waren es deren 11%, 1998 15%, 1999 45% und 2000 ebenfalls 45%. Ein in der Tendenz ähnliches Bild zeigt sich, wenn alle abgeschlossenen Vorabklärungen Grundlage sind. Die «Trefferquoten» betragen jeweils 22% für 1996, 11% für 1997, 13% für 1998, 42% für 1999 und 24% für 2000. Die Anzahl neu eröffneter Vorabklärungen geht zurück, während die Zahl der neu eröffneten Untersuchungen steigt. Diese Erscheinung lässt sich insbesondere auf die Einführung des so genannten «Triage»-Verfahrens zurückführen. Das Sekretariat prüft in der «Triage» die Eingaben von angeblich «Betroffenen» daraufhin, ob behauptete Kartellrechtsverletzungen einen Anschein von Plausibilität haben. Ist dies nicht der Fall, wird keine Vorabklärung eröffnet.

Bis Ende des Jahres 2000 wurden 136 *Zusammenschlüsse* zur Vorprüfung gemeldet. Die Anzahl der gemeldeten Zusammenschlüsse ist kontinuierlich gestiegen; sie lag 1998 um 18% höher als 1997, 1999 um 50% höher als 1998 und 2000 um 63% höher als 1999. Eine ähnliche Entwicklung ist auch im Ausland zu beobachten³. Einer vertieften Prüfung wurden ca. 8% aller gemeldeten Zusammenschlussvorhaben unterzogen. Bisher hat die Wettbewerbskommission keinen Zusammenschluss untersagt. In einem Fall haben die Parteien ihre Meldung nach einer Untersagungsandrohung zurückgezogen, d.h. sie haben das Zusammenschlussvorhaben abgebrochen. Unter Einbezug dieses Falles ergibt sich, dass 4% aller gemeldeten Zusammenschlüsse zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass gegeben haben. Die Wettbewerbskommission und das Sekretariat haben die Verfahren vereinfacht und gestrafft und so die Arbeitsbelastung bei Zusammenschlussverfahren auf ein Minimum gesenkt. Trotzdem bleibt die Arbeitsbelastung aus der Fusionskontrolle relativ hoch.

³ Der Vergleich mit den Verhältnissen im Ausland, insbesondere der EU, ist sinnvoll nur im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle, denn nur da sind auch die gesetzlichen Regelungen vergleichbar. Im Rahmen von Verfahren gegen Kartelle sind die Regelungen dagegen so verschieden, dass Vergleiche mit der EU eher irreführend wären.

Zusammenschlüsse von Medienunternehmen; Schwellenwerte nach Art. 9 Abs. 2 KG (vgl. Ziff. 2.2.1)

(Zeitraum 1. Juli 1996 bis 1. Oktober 2001)

Zusammenschluss (Umsätze in Mio.)	RPW	Ergebnis	KG 9 I
Gasser (40) – Tschudi (15.5)	1997/1, 179	unbedenklich (nach Zusage)	nein
Anzeiger Uster (5.5)/Druckerei Wetzikon (30)	1997/4, 519	unbedenklich	nein
Edipresse (300)/JG (>100) – Le Temps	1998/1, 40	Auflage	ja
Post (5544)/Bevo (10 + 600 TA Media und BTM)	1998/2, 265	unbedenklich	ja
BTM (175)/Schaer Thun AG (35)	–	zurückgezogen (sonst Untersagung)	nein
Soc. neuchâteloise de presse (19.5 + 12.7)	1999/1, 133	unbedenklich	nein
Axel Springer (7.5)/Handelszeitung (21)	1999/1, 177	unbedenklich	nein
TA Media AG (590)/Radio Zürisee (52)	1999/1, 179	unbedenklich	nein
Tribune de Genève/SDP	1999/2, 259	unbedenklich	ja (KG 9 IV)
Valora Holding (2400)/Melisa (14)	1999/3, 468	unbedenklich	nein
CSG (82565)/Belcom (34)	1999/3, 476	unbedenklich	nein
TA Media AG (590)/Belcom (34) – Tele Züri AG (13)	1999/3, 479	unbedenklich	nein
Holtzbrinck (9.5)/Dow Jones (6.4)	1999/4, 601	unbedenklich	nein
Buchdruckerei Buchs (8)/NZZ (450)	2000/1, 41	unbedenklich	nein
Dow Jones (303) Reuters Business (20.3)	2000/1, 43	unbedenklich	nein
Sat.1 (21.6)/Ringier (895)	2000/1, 46	unbedenklich	nein
Südostschweiz Pressevertrieb (1030 + 40)	2000/2, 230	unbedenklich	nein
TA Media (600)/F&W (27)	2000/3, 398	unbedenklich	nein
EM.TV Merchandising AG (6.4 + 50)	2000/2, 233	unbedenklich	nein
Radio RI (450 + 13)	2000/2, 249	unbedenklich	nein
Berner Oberland Medien AG (170 + 14.5 + 12)	2000/3, 414	unbedenklich	nein
NZZ (480)/Bertelsmann (26000) – SSB	2000/2, 253	unbedenklich	ja
BTM (175)/Schaer Thun AG II (35)	2000/4, 646	unbedenklich	nein
Banner.ch (2000 + 5,5)	2000/4, 650	unbedenklich	nein
Bertelsmann (2000)/EMAP (>5)	2000/4, 653	unbedenklich	nein
Thurgauer Medien AG (>30 + >5)	2000/4, 662	unbedenklich	nein
St. Paul SA (>30)/Le Pays SA (> 10)	2000/4, 671	unbedenklich	nein
Bertelsmann (2000)/Schück (>5)	2001/1, 115	unbedenklich	nein

Zusammenschluss (Umsätze in Mio.)	RPW	Ergebnis	KG 9 I
Edipresse/Senger Media	2001/1, 128	unbedenklich	ja (KG 9 IV)
Hallwag AG (>5)/Büchler Grafino (BTM 175)	2001/1, 136	unbedenklich	nein
Bertelsmann (2000)/RTL (>10)	2001/3, 537	unbedenklich	nein
Mittelland Zeitung	2001/3, 540	unbedenklich	nein
NZZ / Benteli Verlag	2001/3, 560	unbedenklich	nein
Ringier – Druckerei Winterthur / Color Serv	2001/3, 531	unbedenklich	nein
Ziegler Druck- und Verlags AG / Zürcher Oberland Medien / Kiebitz	2001/3, 569	unbedenklich	nein
Tamedia / Belcom	2001/4, 721	Bedingung	nein