



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik

**Evaluationsgruppe
Kartellgesetz**

**Evaluation gemäss
Art. 59a Kartellgesetz
Synthesebericht**

**Grundlagen der
Wirtschaftspolitik Nr. 17**

**Im Auftrag des Eidgenössischen
Volkswirtschaftsdepartements**



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik

**Evaluationsgruppe
Kartellgesetz**

**Evaluation gemäss
Art. 59a Kartellgesetz
Synthesebericht**

**Grundlagen der
Wirtschaftspolitik Nr. 17**

Bern, 2009

**Im Auftrag des Eidgenössischen
Volkswirtschaftsdepartements**

Evaluationsgruppe Kartellgesetz

Steuerungsgruppe

Dr. Rafael Corazza	Sekretariat der WEKO, Direktor, Projektverantwortlicher der KG-Evaluation und Vorsitzender der Steuerungsgruppe
Dr. Ulf Böge	Ehemaliger Präsident des deutschen Bundeskartellamtes und des International Competition Networks ICN
Prof. Dr. Aymo Brunetti	SECO, Leiter der Direktion für Wirtschaftspolitik
Dr. Werner Bussmann	BJ, Verantwortlicher Gesetzesevaluation und Föderalismusfragen
Prof. Dr. Dorothea Herren	Universität Bern, Institut für Wirtschaftsrecht
Prof. Dr. Vincent Martenet	Université de Lausanne, Vizepräsident der WEKO

Kerngruppe

Frank Stüssi	Sekretariat der WEKO, Referent, Projektleiter der KG-Evaluation
Dr. Beat Zirlick	Sekretariat der WEKO, Leiter Recht
Sven Michal	SECO, Stellvertretender Leiter Ressort Wachstum und Wettbewerbspolitik
Dr. Samuel Rutz	Sekretariat der WEKO, Leiter Ökonomie

Zum vorliegenden Synthesebericht:

- Zitiervorschlag: Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
- Hauptverantwortliche Redaktoren: Frank Stüssi, Dr. Beat Zirlick, Sven Michal.
- Kommentare an: frank.stuessi@weko.admin.ch oder beat.zirlick@weko.admin.ch.

Das Wichtigste in Kürze

I Evaluationszweck und -inhalt

Das **Kartellgesetz** (KG) von 1995 und die **Teilrevision** von 2003 stellten den schweizerischen Wettbewerbsbehörden (Wettbewerbskommission [WEKO] und ihr Sekretariat) die grundlegenden Mittel zur Verfügung, die es ihnen erlauben, eine auf die Förderung und Erhaltung wirksamen Wettbewerbs ausgerichtete Wettbewerbspolitik zu betreiben. Kernstück der Revision 2003 bildete die Einführung der **direkten Sanktionen** und weiterer neuer Instrumente (Bonusregelung, Widerspruchsverfahren, Hausdurchsuchungen).

Gemäss Art. 59a des revidierten Kartellgesetzes hat der Bundesrat für die **Evaluation** der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs des Kartellgesetzes zu sorgen, dem Parlament Bericht zu erstatten und Vorschläge für das weitere Vorgehen zu unterbreiten. Der vorliegende **Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz** beruht auf den 15 Berichten und Studien, die im Rahmen der Evaluation des Kartellgesetzes erstellt wurden. Er enthält eine Standortbestimmung über das Wirken und Funktionieren des Kartellgesetzes, zeigt den Handlungsbedarf auf und schliesst mit einer Reihe von Empfehlungen an den Gesetzgeber und den Vollzug (Bundesrat, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement und die Wettbewerbsbehörden).

II Ergebnisse

Die in Auftrag gegebenen Studien zur **Wirkungsanalyse** haben die bekannten Grenzen der Methoden zur quantitativen Wirkungsmessungen aufgezeigt. Die Wirkungsanalysen bestätigen aber, dass ein modernes Kartellrecht und eine aktive und unabhängige Wettbewerbsbehörde der Schweiz hohen volkswirtschaftlichen Nutzen bringen. Der durch den Gesetzgeber eingeschlagene Weg ist richtig. Das Kartellrecht muss griffig und die Wettbewerbsbehörde schlagkräftig ausgestattet sein. Markteingriffe sollen massvoll gehalten werden, um Regulatorfehler zu vermeiden. Neben dem Kartellgesetz haben auch andere staatliche Regulierungen wichtigen Einfluss auf den Wettbewerb. Dadurch entstehende Wettbewerbsverzerrungen vermag das Kartellgesetz nur beschränkt zu korrigieren.

Die **neuen Instrumente** des revidierten Kartellgesetzes (direkte Sanktionen, Bonusregelung, Widerspruchsverfahren, Hausdurchsuchungen) erweisen sich insgesamt gesehen als nützlich. Sie tragen zur Verhinderung bzw. Aufdeckung von Wettbewerbsbeschränkungen und zur Förderung des Wettbewerbs bei, indem sie die präventive Wirkung des Kartellgesetzes und die Kartellrechtskonformität erhöhen.

Die Analyse der **Anzahl, Dauer und des Ausgangs** der durch die Wettbewerbsbehörden geführten Verfahren lässt ein zufriedenstellendes Bild erkennen. Die schweizerische und die europäische Wettbewerbsbehörde bewegen sich bezüglich der Anzahl Verfahren relativ gesehen in ähnlichen Grössenordnungen. Ein Handlungsbedarf hinsichtlich der Dauer von Verfahren besteht grundsätzlich nicht. Die Entscheidungsbilanz der WEKO zeigt, dass sie in 70 % aller Entscheide einen Erfolg erzielte (in Nebensachen gar in 80 % aller Entscheide).

Im **internationalen Vergleich** entsprechen Zielsetzung und Instrumente des schweizerischen Kartellrechts in vielerlei Hinsicht den Ansprüchen an ein modernes Kartellrecht. In einigen Bereichen werden internationale Standards allerdings noch nicht erreicht. Dies betrifft die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden, die internationale Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden, die Zusammenschlusskontrolle, die Behandlung vertikaler Abreden, das zivilrechtliche Kartellverfahren und die Sanktionierung natürlicher Personen.

Die **Institution** (WEKO und ihr Sekretariat) bedarf wichtiger Verbesserungen: Probleme bestehen z. B. bezüglich Grösse und Milizorganisation der WEKO, der Kompetenzzuordnung zwischen WEKO (Entscheidbehörde) und Sekretariat (Untersuchungsbehörde) und der Unabhängigkeit (etwa durch den Einsitz von Interessenvertretern/innen in der WEKO). Die geltende Organisation der Wettbewerbsbehörden ist im Gesetz zwingend zu ändern, auch wenn

auf Basis der vorgesehenen Organisation grundsätzlich gute Arbeit geleistet werden kann. Die Wettbewerbsbehörden sind dabei umfassend unabhängig auszugestalten (insbesondere ohne Interessenvertreter/innen), das Entscheidgremium ist zu professionalisieren und die Wettbewerbsbehörden sind in eine einstufige Behörde zu überführen. Bereits im bestehenden Modell können unabhängig davon wesentliche Verbesserungen erzielt werden. Sie wurden bereits an die Hand genommen.

Die **internationale Zusammenarbeit** der schweizerischen mit ausländischen Wettbewerbsbehörden begrenzt sich derzeit auf einen informellen Informationsaustausch. Mit der zunehmenden weltweiten wirtschaftlichen Verflechtung haben aber grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen zugenommen. Ihre Bekämpfung wird massiv beeinträchtigt, wenn die Wettbewerbsbehörden in konkreten Fällen nicht durch den Austausch auch vertraulicher Informationen kooperieren dürfen. Ein getrenntes Vorgehen erhöht zudem den administrativen Aufwand bei den Behörden und der Wirtschaft unnötig. Deshalb sind mit den wichtigsten Handelspartnern baldmöglichst Kooperationsabkommen abzuschliessen, um den formellen Austausch vertraulicher Informationen zu ermöglichen. Zusätzlich ist mit dem gleichen Zweck eine entsprechende formell-gesetzliche Grundlage im nationalen Recht einzuführen.

Die geltende schweizerische **Zusammenschlusskontrolle** von Unternehmen erlaubt im internationalen Vergleich kaum Eingriffe zugunsten des Wettbewerbs und ist mit Leerläufen verbunden. Vielmehr besteht das Risiko, dass Fusionen zugelassen werden müssen, die zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen und schädlichen Effekten auf die schweizerische Volkswirtschaft und die Konsumenten/innen führen. Eine Harmonisierung der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle mit jener der EU würde diese Probleme beseitigen und den administrativen Aufwand für grenzüberschreitende Fusionen senken. Damit einher ginge die Einführung eines zeitgemässen Instrumentariums (SIEC-Test, Effizienzrede und dynamischer Konsumentenwohlstand-Standard) sowie die Überprüfung der Aufgreifkriterien von Zusammenschlüssen.

Der schweizerische Gesetzgeber lenkte die kartellrechtliche Behandlung von **vertikalen Abreden** in eine andere Richtung, als sie international (insbesondere in der EU) zu beobachten sowie der herrschenden ökonomischen Lehre und Empirie zu entnehmen ist. Die WEKO verschärfte die vom Parlament gewählte Lösung mit der **Vertikalbekanntmachung** zusätzlich. Damit besteht die Gefahr, dass effiziente vertikale Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmenden verschiedener Marktstufen verhindert werden. Anpassungen in Gesetz und Vollzug sind deshalb notwendig, so dass vertikale Abreden in jedem Einzelfall auf ihre wettbewerblichen Auswirkungen (inkl. Effizienzgründe) geprüft werden. Bei der Beurteilung muss auch dem Wettbewerb zwischen Marken (Interbrand-Wettbewerb) Bedeutung zukommen. Dem ist bei der anstehenden Überprüfung der **WEKO-Bekanntmachung zum Kraftfahrzeughandel** entsprechend Rechnung zu tragen.

Die Bedeutung des **zivilrechtlichen Kartellverfahrens** ist gering. Es ist mit einer Reihe von verschiedenen Massnahmen aufzuwerten, so dass die Marktteilnehmenden in Zukunft Wettbewerbsbeschränkungen vermehrt selbst geltend machen können. Zentrale Massnahmen bilden Verbesserungen im Zusammenhang mit der Beweisführung, der Aktivlegitimation und dem Schadenersatz. Der privatrechtliche Weg steht dabei im Prinzip nicht in Konkurrenz zum Verwaltungsverfahren, sondern tritt als weiteres Instrument zur Durchsetzung des Kartellrechts hinzu.

Für das **kartellrechtliche Verwaltungsverfahren** ist ein „separates“ Kartellverfahrensgesetz nicht notwendig, auch nicht zur Lösung von Problemen im Zusammenhang mit der EMRK. Hingegen sind punktuelle Anpassungen im geltenden Recht angezeigt: Damit lassen sich bestehende Unklarheiten und Rechtsunsicherheiten beseitigen und das Instrumentarium zur Aufdeckung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen verbessern (z. B. Beweislastverschiebung, Verzugszinspflicht, sofortige Vollstreckbarkeit). Anpassungen könnten sich auch aufgrund der zukünftigen Rechtsprechung aufdrängen.

In jüngerer Zeit gewinnt international die Ansicht an Boden, dass ein wirksamer Wettbewerbschutz neben der Sanktionierung der Unternehmen auch die Sanktionierung der verantwortlichen Personen voraussetzt. Denn letztlich treffen natürliche Personen die Wettbewerbsabreden für Unternehmen. Die Einführung von **Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen** ist deshalb zu prüfen (inkl. Bonusregelung für natürliche Personen). Auch hier gilt, dass die Sanktionierung natürlicher Personen nicht in Konkurrenz zur Sanktionierung der Unternehmen steht, sondern als weiteres Instrument zur Durchsetzung des Kartellrechts hinzutritt.

Im Kartellgesetz wird das Verhältnis zum **geistigen Eigentum** geregelt. Die Bedeutung der revidierten Bestimmung hielt sich in engen Grenzen. Auch in Zukunft ist keine grosse Wirkung zu erwarten. Falls gewünscht wird, dass Parallelimporte gefördert und die wettbewerbsbeeinträchtigenden Abschottungswirkungen, die durch die nationale Erschöpfung entstehen können, verhindert werden, müsste die Korrektur am wirksamsten im Patentrecht erfolgen, das sich zur Zeit in parlamentarischer Beratung befindet.

Die auf dem **KMU-Artikel** basierende **KMU-Bekanntmachung** und die **Bekanntmachung über Kalkulationshilfen** haben Rechtssicherheit geschaffen und Wirkung erzielt. Eine darüber hinaus gehende Sonderbehandlung von KMU im Wettbewerbsrecht ist nicht gerechtfertigt.

III Fazit

Insgesamt hat sich das Konzept des Kartellgesetzes **bewährt**. Namentlich die zentralen neuen Instrumente des revidierten Gesetzes erfüllen die Absicht des Gesetzgebers. In verschiedenen Punkten besteht indes **Handlungsbedarf** und **Entwicklungspotenzial**. Daraus leiten sich 14 Empfehlungen ab.

Die zentrale Aussage der Evaluation bildet Empfehlung 1:

1. Am 1995 eingeführten und 2003 revidierten **Konzept des Kartellgesetzes** ist festzuhalten. Die 2003 neu eingeführten Instrumente direkte Sanktionen, Bonusregelung und Hausdurchsuchungen bedürfen keiner grundlegenden Überarbeitung.

Die in den Empfehlungen 2 bis 5 angesprochenen Verbesserungsmöglichkeiten sind prioritär und rechtfertigen eine Revision des Kartellgesetzes:

2. Die **Wettbewerbsbehörden** sind von Politik und Wirtschaft unabhängig zu strukturieren und die Entscheidträger zu professionalisieren. Kommission und Sekretariat sind in eine einstufige Behörde zu überführen.
3. Für den formellen Austausch vertraulicher Informationen zwischen den schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden sind mit den wichtigsten Handelspartnern **Kooperationsabkommen** abzuschliessen. Zum selben Zweck ist in Ergänzung dazu im Schweizer Recht eine **formell-gesetzliche Grundlage** einzuführen, welche die Wettbewerbsbehörden unter gewissen Voraussetzungen zur Bekanntgabe von Daten ermächtigt.
4. Die schweizerische **Zusammenschlusskontrolle** ist mit jener der EU zu harmonisieren: Einführung des SIEC-Test und der Effizienzeinrede mit einem auf die Schweiz angepassten Wohlfahrtsstandard (dynamischer Konsumentenwohlfahrt-Standard). Zugleich sind die Aufgreifkriterien anzupassen (insbesondere Senkung der Grenzbeträge).
5. Bei **vertikalen Restriktionen** ist auf die im Gesetz verankerte Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu verzichten. An der direkten Sanktionierbarkeit von unzulässigen Mindest- und Festpreisen sowie Gebietsbeschränkungen ist hingegen festzuhalten.

Im Zuge einer solchen Revision sind weitere Verbesserungen im Bereich des **Kartellzivilrechts**, des **Verfahrensrechts** und des **Sanktionssystems** vorzunehmen bzw. zu prüfen. Weitere Verbesserungen betreffen den Vollzug.

Inhaltsübersicht

Das Wichtigste in Kürze	I
Inhaltsübersicht.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	VI
Glossar.....	VIII
Zusammenfassung	IX
I. Ausgangslage, Ziele und Aufbau der Evaluation	1
1 Das Kartellgesetz.....	1
2 Auftrag und Forderungen.....	4
3 Organisation, Evaluationsebenen und -projekte.....	7
II. Analyse – Evaluationsthemen	21
II.a. Wirkung des Kartellgesetzes (Outcome, Impact)	21
4 Volkswirtschaftliche Wirkungen des Kartellgesetzes.....	21
5 Wirkung der neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes.....	32
II.b. Anzahl, Dauer, Ausgang von Verfahren (Output)	41
6 Statistik über die Anzahl Verfahren.....	41
7 Verfahrensdauer.....	44
8 Ausgang von Verfahren.....	47
II.c. Konzept und Vollzug des Kartellgesetzes	51
9 Internationaler Vergleich des Kartellgesetzes.....	51
10 Institutionelles.....	56
11 Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden.....	63
12 Zusammenschlusskontrolle.....	67
13 Vertikale Absprachen.....	73
14 Zivilrechtliche Kartellverfahren.....	79
15 Verfahrensrecht und EMRK.....	84
16 Sanktionierung natürlicher Personen.....	94
17 Geistiges Eigentum und Kartellrecht.....	97
18 KMU-Klausel und Bekanntmachung über Kalkulationshilfen.....	101
III. Ergebnisse – Handlungsbedarf und Empfehlungen	105
19 Bewährtes Konzept des Kartellgesetzes.....	105
20 Institutionelle Reform.....	106
21 Erweiterung der internationalen Zusammenarbeit.....	108
22 Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle.....	109
23 Anpassung bei vertikalen Absprachen.....	110
24 Weiterer Handlungsbedarf und weitere Empfehlungen.....	111
25 Übersicht über die Empfehlungen.....	115
IV. Ausführliches Inhaltsverzeichnis	117
V. Anhänge	123

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzung	Bedeutung
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)
BJ	Bundesamt für Justiz
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht (bis 31. Dezember 2006 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen)
BZP	Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (Bundeszivilprozessordnung; SR 273).
bzw.	beziehungsweise
CSDP-Test	Creation or Strengthening of Dominant Position-Test
DG Comp	Directorate General for Competition der EU-Kommission
ECN	European Competition Network
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EGMR	Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte mit Sitz in Strassburg
EGV	Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz mit Sitz in Luxemburg
EuGH	Europäischer Gerichtshof mit Sitz in Luxemburg
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
FHNW	Fachhochschule Nordwestschweiz
f./ff.	folgend/fortfolgende
GS EVD	Generalsekretariat des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements
GWB	(deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Fn.	Fussnote
GR	Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (SR 251.1)
HHI	Herfindahl-Hirschman-Index
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
ICN	International Competition Network
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
i. S.	in Sachen
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkun-

Abkürzung	Bedeutung
	gen (Kartellgesetz; SR 251)
KMU	Klein- und Mittelunternehmen
KOF	Konjunkturforschungsstelle der ETH Zürich
lit.	litera (Buchstabe)
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (Organisation for Economic Co-operation and Development) mit Sitz in Paris
publ.	publiziert
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (seit 1. Januar 2007 Bundesverwaltungsgericht)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs; Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik
Rz.	Randziffer
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SGV	Schweizerischer Gewerbeverband
SIEC-Test	Significant Impediment to Effective Competition-Test
SLC-Test	Substantial Lessening of Competition-Test
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
SVKG	Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SR 251.5)
u. a.	unter anderem
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VKK	Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission (seit 1. Januar 1997 „RPW“)
VKU	Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4)
vgl.	vergleiche
VStrR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (SR 313.0)
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
WAK	Kommission für Wirtschaft und Abgaben
WAK-N	Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates
WEKO	Wettbewerbskommission
z. B.	zum Beispiel
ZEW	Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Mannheim
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Glossar

Begriff	Bedeutung
Bonusregelung	Die Bonusregelung besagt, dass auf eine Belastung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ganz oder teilweise verzichtet werden kann, wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt (vgl. Art. 49a Abs. 2 KG).
Beratungen	In Beratungen gemäss Art. 23 Abs. 2 KG berät das Sekretariat der WEKO Amtsstellen und Unternehmen zu Fragen im Zusammenhang mit dem Kartellgesetz.
Gutachten	Gutachten werden von den Wettbewerbsbehörden für andere Behörden und Gerichte erbracht. Es gibt es zwei Arten von Gutachten: Zum einen diejenigen i. S. v. Art. 15 KG, wonach in einem zivilrechtlichen Verfahren die Sache der WEKO zur Begutachtung vorgelegt wird, sofern die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht. Zum anderen die Gutachten gemäss Art. 47 KG, die von der WEKO für andere Behörden erstellt werden, wenn sich Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen.
Hausdurchsuchung	Das Instrument der Hausdurchsuchungen gemäss Art. 42 Abs. 2 KG steht den Wettbewerbsbehörden seit dem 1. April 2004 zur Verfügung. Liegen ausreichende Hinweise für das Vorliegen eines Wettbewerbsverstosses vor, so ist es der WEKO möglich, bei den betreffenden Unternehmen eine Hausdurchsuchung vorzunehmen.
Kassation	Rückweisung einer Rechtssache an die untere Instanz.
Untersuchung	Unter dem Begriff „Untersuchung“ wird gemäss Kartellgesetz das förmliche Verfahren vor der Kommission verstanden, das der Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen i. S. v. Art. 5 oder 7 KG sowie den allenfalls zu ergreifenden Massnahmen dient. Im Untersuchungsverfahren ist das Sekretariat Instruktionsorgan. Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der Kommission vor, die dann entscheidet. Entscheide der WEKO können an das BVGer (zuvor REKO/WEF) und deren Urteile an das BGer weitergezogen werden.
Verfahren	Unter den Begriff „Verfahren“ fallen Vorabklärungen, Untersuchungen, Prüfungen von Zusammenschlüssen sowie Verfahren vor den Rechtsmittelinstanzen.
Vorabklärung	Unter dem Begriff „Vorabklärung“ versteht das KG das vom Sekretariat der WEKO durchzuführende Verfahren zur Abklärung, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung i. S. v. Art. 5 oder 7 KG vorliegen. Mit diesem „informellen“ Verfahren sollen die untersuchungswürdigen Fälle ausgesondert werden.
Widerspruchsverfahren	Widerspruchsverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG existieren erst seit 2004. Gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG entfällt die Sanktionierbarkeit, wenn ein Unternehmen eine geplante Wettbewerbsbeschränkung meldet und die Wettbewerbsbehörden nicht innerhalb einer Frist von fünf Monaten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnen.
Wettbewerbsbehörden	Der Begriff „Wettbewerbsbehörden“ umfasst die Wettbewerbskommission (auch „Kommission“ oder „WEKO“ genannt) sowie das Sekretariat der Wettbewerbskommission.

Zusammenfassung

I Evaluationszweck und -inhalt

Das **Kartellgesetz (KG) von 1995** brachte eine grundlegende Neuorientierung des schweizerischen Wettbewerbsrechtes mit sich und legte die Grundlagen zum heutigen System fest. Es beruht auf drei Pfeilern: Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen, missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle. Die **Teilrevision von 2003** brachte den schweizerischen Wettbewerbsbehörden (Wettbewerbskommission [WEKO] und ihr Sekretariat) neue Instrumente, die es ihnen erlauben, eine auf die Förderung des Wettbewerbs und damit auf die Erhaltung wirksamen Wettbewerbs ausgerichtete Wettbewerbspolitik zu betreiben. Das Kernstück der Revision 2003 bildete die Einführung der **direkten Sanktionen** und der weiteren neuen Instrumente (Bonusregelung, Widerspruchsverfahren und Hausdurchsuchungen). Das revidierte Kartellgesetz ist am 1. April 2004 in Kraft getreten.

Art. 59a des 2003 revidierten Kartellgesetzes formuliert den **Evaluationsauftrag**: Der Bundesrat sorgt für die Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs des Kartellgesetzes, erstattet dem Parlament bis im Frühling 2009 Bericht und unterbreitet Vorschläge für das weitere Vorgehen. In der Evaluation berücksichtigt wurden dabei die Vorgaben des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, der Peer Review der Schweizer Wettbewerbspolitik durch die OECD aus dem Jahre 2006 sowie acht politische Vorstösse (Interpellation J. Alexander Baumann, 06.3237, 11.05.2006; Postulat der Kommission für Rechtsfragen NR, 06.3634, 03.11.2006; Interpellation Eduard Engelberger, 07.3142, 22.03.2007; Interpellation Christophe Darbellay, 07.3192, 23.03.2007; Motion Rolf Schweizer, 07.3856, 20.12.2007; Parlamentarische Initiative Hans Kaufmann, 08.443, 13.06.2008; Motion Dominique de Buman, 08.3509, 23.09.08; Interpellation Luc Recordon, 08.3640, 03.10.08).

Gegenstand der Evaluation bildeten einerseits die neuen Instrumente und Bestimmungen des revidierten Kartellgesetzes, d. h. namentlich die direkten Sanktionen, die Bonusregelung, das Widerspruchsverfahren, die Hausdurchsuchungen, Art. 3 Abs. 2 KG zum geistigen Eigentum, Art. 5 Abs. 4 KG zu vertikalen Absprachen und die KMU-Klausel. Andererseits galt es, die Wirkung des Kartellgesetzes soweit als möglich zu beurteilen. Letztlich diente die Evaluation dazu, den künftigen Revisionsbedarf des Kartellgesetzes aufzuzeigen.

Der vorliegende **Synthesebericht** beruht auf 15 Berichten und Studien, die im Rahmen der Evaluation des Kartellgesetzes erstellt wurden. Er enthält eine Standortbestimmung über das Wirken und Funktionieren des Kartellgesetzes, zeigt den Handlungsbedarf auf und schliesst mit einer Reihe von Empfehlungen an den Gesetzgeber und die Vollzugsorgane (Bundesrat, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement und die Wettbewerbsbehörden).

Für die Durchführung der Evaluation war die **Evaluationsgruppe Kartellgesetz** verantwortlich, die aus einer **Steuerungs-** und einer **Kerngruppe** bestand. Mit der Einsetzung der Steuerungsgruppe und der Auswahl der Mitglieder wurde sichergestellt, dass die Evaluation auf einer breiten Kenntnis- und Erfahrungsbasis sowie der notwendigen Unabhängigkeit von Politik und Behörden beruht. Aufgaben der Steuerungsgruppe waren namentlich die Verabschiedung der verschiedenen Berichte (Evaluationsberichte, Studien, Synthesebericht), welche die Kerngruppe erstellte und betreute. Die Evaluationsarbeiten begannen im März 2007 und wurden im Dezember 2008 abgeschlossen.

Der Steuerungsgruppe gehörten die folgenden **Personen** an: Dr. R. Corazza (Sekretariat der WEKO, Direktor, Projektverantwortlicher der KG-Evaluation und Vorsitzender der Steuerungsgruppe), Dr. U. Böge (ehemaliger Präsident des deutschen Bundeskartellamtes und des International Competition Networks ICN), Prof. Dr. A. Brunetti (SECO, Leiter der Direktion für Wirtschaftspolitik), Dr. W. Bussmann (BJ, Verantwortlicher Gesetzesevaluation und Föderalismusfragen), Frau Prof. Dr. D. Herren (Universität Bern, Institut für Wirtschaftsrecht) sowie Prof. Dr. V. Martenet (Université de Lausanne, Vizepräsident der WEKO). Die Kern-

gruppe setzte sich zusammen aus F. Stüssi (Sekretariat der WEKO, Referent, Projektleiter der KG-Evaluation), Dr. B. Zirlick (Sekretariat der WEKO, Leiter Recht), S. Michal (SECO, Stellvertretender Leiter Ressort Wachstum und Wettbewerbspolitik) und Dr. S. Rutz (Sekretariat der WEKO, Leiter Ökonomie).

Die einzelnen **Evaluationsprojekte** setzen bei verschiedenen Themen und Evaluations-ebenen an: der Wirkung des Gesetzes, dem Output der Wettbewerbsbehörden, dem Vollzug und Konzept des Gesetzes. Die Ergebnisse basieren auf zum Teil extern, zum Teil verwaltungsintern durchgeführten Studien. Für die externen Projekte wurden die folgenden Institute, Unternehmen und Gutachter ausgewählt: Polynomics AG, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung in Zusammenarbeit mit der Konjunkturforschungsstelle der ETH, Prof. Dr. A. Heinemann, Prof. Dr. C. Baudenbacher und Dr. R. Specht (Specht Consulting GmbH). Die verwaltungsinternen Analysen wurden durch Mitarbeitende des Sekretariates der WEKO, des SECO und des BJ erbracht.

II Ergebnisse

Die Wirkung des Kartellgesetzes

Die in Auftrag gegebenen Studien zur **Wirkungsanalyse** haben die bekannten Grenzen der Methoden zur quantitativen Wirkungsmessungen aufgezeigt. Die Quantifizierung der wirtschaftlichen Wirkungen eines einzelnen Gesetzes auf die Volkswirtschaft ist schwierig, da Letztere neben dem Kartellgesetz und den Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden durch zahlreiche Faktoren wie etwa den Konjunkturverlauf, technische Innovationen oder staatliche Eingriffe beeinflusst wird. Auch die Wirkungsanalyse von konkreten Entscheiden der Wettbewerbsbehörden in relevanten Märkten ist anspruchsvoll.

Trotzdem wurde versucht, die **gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen des Kartellgesetzes** in drei Branchen (Detailhandel, Retailbanking und Energieversorgung) zu quantifizieren. Die Auswirkungen von konkreten Entscheiden der WEKO wurde zudem mittels fünf Fallstudien in zentralen Bereichen des Kartellgesetzes – horizontale Abreden, Marktmachtmissbrauch, Unternehmenszusammenschlüsse und vertikale Vereinbarungen – gemessen. Es handelte sich um die folgenden fünf Entscheide der WEKO: Strassenbeläge (RPW 2000/4, S. 588 ff.), Swisscom ADSL (vgl. RPW 2004/2, S. 407 ff.), Zusammenschlussvorhaben Pfizer und Pharmacia (RPW 2003/2, S. 314 ff), Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel (RPW 2002/4, S. 770 ff.), Sammelvers bzw. Buchpreisbindung (RPW 2007/2, S. 341 ff.).

Die Studien zeigen *erstens*, dass ein modernes Kartellrecht und eine aktive und unabhängige Wettbewerbsbehörde der Schweiz **hohen volkswirtschaftlichen Nutzen** bringen. So haben das Kartellgesetz und die WEKO einen entscheidenden Beitrag zur Effizienzsteigerung in der Energieversorgung geleistet. Auch im Büchermarkt hat sich das Eingreifen der WEKO positiv ausgewirkt. *Zweitens* lassen die Studien die **Vorteile eines massvollen Einsatzes** der kartellrechtlichen Instrumente erkennen, birgt doch ein zu forsches Eingreifen Risiken des Regulierungsversagens. Gemäss den Studien im Detailhandel und im Retail-Banking ermöglichten die zurückhaltenden Eingriffe der Wettbewerbsbehörden in den betroffenen Branchen rasche Anpassungen und liessen Skaleneffekte zu. *Drittens* zeigen die Studien zur Zusammenschlusskontrolle und zur Behandlung vertikaler Abreden im Automobilmarkt auf, dass das **Kartellrecht** griffig und die **Wettbewerbsbehörde** schlagkräftig ausgestattet sein sollte sowie der administrative Aufwand für die Unternehmen gering zu halten ist. *Viertens* zeigte sich in der Untersuchung zum ADSL-Markt, dass **staatliche Regulierungen** wichtigen Einfluss auf den Wettbewerb nehmen können und das **Kartellgesetz** Schwachstellen nur beschränkt zu korrigieren vermag. *Fünftens* erweist sich der eingeschlagene Weg des Gesetzgebers mit den **neuen Instrumenten** des Kartellgesetzes als richtig, um den wirksamen Wettbewerb zu stärken und so volkswirtschaftlich positive Wirkungen herbeizuführen.

Die Wirkung der neuen Instrumente

Wettbewerbsfeindliche Aktivitäten sind für Unternehmungen lohnenswert, solange ihr Kosten-Nutzen-Verhältnis nicht durch eine entsprechende (kostensteigernde) Intervention von staatlicher Seite beeinflusst wird. Das glaubhafte Androhen von empfindlichen Sanktionen verschiedener Art trägt zur Verhinderung von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen der Unternehmen bei. Vor diesem Hintergrund bilden die neu eingeführten Instrumente des revidierten Kartellgesetzes einen wichtigen Bestandteil der schweizerischen Wettbewerbspolitik. Ihre Wirkung wurde bei den direkt Betroffenen mittels **Umfragen** umfassend erhoben: zweimalige Umfrage bei rund 70 kartellrechtlich spezialisierten Anwälten/innen, zweimalige Umfrage bei 100 Unternehmen und 50 Verbänden, dreimalige Umfrage bei den Mitarbeitenden des Sekretariates der WEKO, einmalige Durchführung strukturierter Interviews bei sieben Kartellrechtsanwälten, zehn Schweizer Grossunternehmen sowie vier Verbänden, einmalige Befragung ausländischer Experten/innen.

Insgesamt erweisen sich die neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes – direkte Sanktionen, Bonusregelung, Hausdurchsuchungen, Widerspruchsverfahren und Schlussbestimmung – den Umfragen gemäss als *nützlich*. Sie tragen zur *Verhinderung bzw. Aufdeckung von Wettbewerbsbeschränkungen* sowie zur *Förderung des Wettbewerbs* bei. Es zeigt sich, dass sich mit der Kartellgesetzrevision die *präventive Wirkung*, die *Kartellrechtskonformität* und die *Angst der Unternehmen*, dass die Wettbewerbsbehörden ein unzulässiges Verhalten entdecken, erhöhten. So ist eine verstärkte Verbreitung von Antitrust Compliance-Programmen festzustellen. Die eingeführten Instrumente erhöhten die *Kooperationsbereitschaft* von Unternehmen und stärkten die *Position der Wettbewerbsbehörden*.

Die **Absicht des Gesetzgebers** ist damit grundsätzlich erfüllt. Der Effekt des revidierten Kartellgesetzes ist vor allem auf die *direkte Sanktionsmöglichkeit* und die *Hausdurchsuchungen* zurückzuführen. Gemäss den Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden, die sich mit den internationalen Erkenntnissen decken, erweist sich die *Bonusregelung* zunehmend als sehr wichtiges Instrument für die Aufdeckung und den Beweis von Wettbewerbsbeschränkungen.

Die neuen Instrumente bewirken allerdings auch einen höheren **Verfahrensaufwand** und einen gestiegenen Ressourcenbedarf. Ferner ging mit der Revision eine Senkung der **Rechtssicherheit** einher, die jedoch nur vorübergehender Natur war. Auch gab es Anzeichen, dass unter neuem Recht Verhaltensweisen seitens der Unternehmen und Wettbewerbsbehörden eher als kartellrechtlich bedenklich eingestuft werden als nach altem Recht.

Verbesserungspotenzial besteht hinsichtlich des *Widerspruchsverfahrens* und der zur Verfügung stehenden *Ressourcen*. Zudem gilt es, hinsichtlich der *direkten Sanktionierbarkeit* von besonders schädlichen Kartellabsprachen *im Falle der Umstossung der Vermutung* Klarheit zu schaffen:

- Um dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen, ist in der Formulierung von Art. 49a Abs. 1 KG (*direkte Sanktionen*) zu bestätigen, dass besonders schädliche unzulässige Wettbewerbsabreden (harte Kartelle) sanktionierbar sind, unabhängig von der Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.
- Durch die Einführung der Sanktionsmöglichkeiten ist ein entsprechendes *Widerspruchsverfahren* zur Herstellung einer grösstmöglichen Rechtssicherheit notwendig. Dieses erlaubt den Unternehmen, das wettbewerbsschädliche Potenzial von geplanten Geschäftsstrategien und Produkten vor den Wettbewerbsbehörden zu prüfen. Die direkte Sanktionsmöglichkeit im Widerspruchsverfahren sollte aber nicht bei Eröffnung einer Vorabklärung, sondern nur bei Eröffnung einer Untersuchung wiederaufleben, und die gesetzlich vorgesehene Frist von fünf Monaten ist zu kürzen. Denkbar ist eine Frist von zwei bis drei Monaten oder eine Frist von einem Monat mit Option auf Verlängerung um zwei Monate (ähnlich zur Zusammenschlusskontrolle).

- Die neuen Instrumente sind mit einem höheren Verfahrensaufwand verbunden. Dem Sekretariat der WEKO wurden zwar anlässlich der Revision 2003 15 zusätzliche Stellen in Aussicht gestellt. Die bis Ende November 2008 zur Verfügung gestellten Mittel erlaubten es dem Sekretariat der WEKO aber nur fünf zusätzliche Stellen zu besetzen. Zur effektiveren Durchsetzung des Kartellrechts ist die *finanzielle und personelle Ausstattung* des Sekretariates der WEKO zu verbessern.

Dauer, Ausgang und Anzahl der Verfahren der Wettbewerbsbehörden

Die eingehende Analyse der **Verfahrensdauer** von 142 Vorabklärungen und 79 Untersuchungen nach Verfahrensstadien und Instanzenzug zeigt, dass die Dauer von Verfahren stark variiert und von verschiedenen Faktoren bzw. den Umständen des Einzelfalles abhängig ist. Auch wenn die Verfahrenseffizienz praktisch immer optimiert werden kann und soll, konnte für die Wettbewerbsbehörden grundsätzlich kein unmittelbarer Handlungsbedarf ermittelt werden. Es gibt keine Hinweise darauf, dass die vorliegend zu beurteilenden Verfahren übermässig lange dauerten.

Die Analyse des **Ausgangs von Verfahren** der Wettbewerbsbehörden widmet sich der Frage, wie oft die WEKO – in der Hauptsache wie auch in Nebensachen – einen *Erfolg* zu erzielen vermochte. Analysiert werden dabei auch die einzelnen Etappen des Rechtsmittelweges bzw. die Bilanz der WEKO vor den einzelnen Rechtsmittelinstanzen, d. h. vor der ehemaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) bzw. dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer) und dem Bundesgericht (BGer). Als Datengrundlage dienten die im RPW publizierten Entscheide von 1997 bis 2007. Gemäss der Analyse fällt die *Gesamtbilanz der WEKO* positiv aus. Einen Erfolg erzielte sie in 70 % aller Entscheide (bei Entscheiden in Nebensachen gar in 80 % aller Entscheide). Die gesonderte Analyse der Entscheide des BVGer und BGer zeigt auf, dass die WEKO Verfahren vor dem BGer öfters gewinnt als vor dem BVGer (bzw. v. a. vor der ehemaligen REKO/WEF). Die leicht negativere Bilanz vor dem BVGer wird aber durch Entscheide des BGer und durch Verhaltensanpassungen von Unternehmen (trotz gewonnenen Verfahren) relativiert. In Verfahren in Nebensachen gewann die WEKO vor den Rechtsmittelinstanzen im Verhältnis öfters als in Hauptsachen.

In einem *Teilvergleich zwischen der schweizerischen und der europäischen Wettbewerbsbehörde* wurde auszugsweise die **Anzahl der Verfahren** verglichen. Der Vergleich erfolgte unter Berücksichtigung von Budget und Personalbestand (Anzahl angestellter Personen). Die Analyse lässt den Schluss zu, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden zwischen 2002–2005 *ähnlich viele Verfahren* (in Relation zu Budget und Personalbestand) wie die europäische Wettbewerbsbehörde führten.

Zusammenfassend lassen die Analysen der *Anzahl*, der *Dauer* und des *Ausgangs* der durch die Wettbewerbsbehörden geführten Verfahren ein zufriedenstellendes Bild erkennen.

Das Kartellgesetz im internationalen Vergleich

Das schweizerische Kartellrecht wurde mit jenem von ausgewählten **Staaten und Gemeinschaften** (EU, Deutschland, Frankreich, Niederlande, Vereinigtes Königreich, USA) verglichen. Dabei zeigt sich, dass sich das schweizerische Kartellgesetz mit den Reformen 1995 und 2003 der internationalen *Best Practice* angenähert hat. Zielsetzung und Instrumente entsprechen in vielerlei Hinsicht den Ansprüchen an ein modernes Kartellrecht.

In einigen Bereichen allerdings entspricht das schweizerische Kartellgesetz den internationalen Standards nicht: Einerseits, weil einige angedachte Reformschritte in der Schweiz im Rahmen vergangener Revisionen aufgeschoben wurden, andererseits, weil sich die ausländischen rechtlichen Rahmenbedingungen unterdessen weiterentwickelt haben. In folgenden Bereichen besteht **Anpassungsbedarf**: a) Institutionelle Ausgestaltung (Professionalisierung und klarere Zuordnung der Zuständigkeiten), b) internationale Zusammenarbeit (Ermöglichung der Kooperation mit ausländischen Behörden bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstössen), c) Behandlung vertikaler Abreden (Einzelfallbetrachtung, Anpassung an die

Komplexität des Marktgeschehens und aktuelle ökonomische Lehre), d) Zusammenschlusskontrolle (Modernisierung der Tests und Änderung der Aufgreifkriterien), e) zivilrechtlicher Weg (umfassende Stärkung des zivilrechtlichen Wegs), f) Sanktionierung natürlicher Personen (Einführung von individuellen Verwaltungsanktionen).

Diese Bereiche wurden in der Evaluation eingehend behandelt. Mit Umsetzung der von der Evaluationsgruppe Kartellgesetz vorgeschlagenen **Empfehlungen** entspräche das Schweizer Kartellrecht dem aktuellen Stand der Erkenntnisse.

Institutionelles

Die im Rahmen der Evaluation entstandenen Studien zeigen auf, dass auf Seiten der Kommission wie auf Seiten des Sekretariats der WEKO **Verbesserungen** notwendig sind, auch wenn auf Basis der durch Gesetz und Geschäftsreglement vorgesehenen Organisation grundsätzlich gute Arbeit geleistet werden kann. Damit die Professionalität und die Effizienz der Wettbewerbsbehörden verbessert werden können, bedarf es erstens zwingend einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen (*de lege ferenda*). Bis diese in Kraft treten kann (und teilweise unabhängig davon), können zweitens bereits innerhalb des geltenden Systems mit kurz- bis mittelfristigen Massnahmen hinsichtlich der Kommissionsorganisation und der Behandlung der Geschäfte (Arbeitsweise in WEKO und Sekretariat) wesentliche Verbesserungen erzielt werden (*de lege lata*).

Für die erforderliche Optimierung der gesetzlich vorgeschriebenen Aufstellung und Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden bedarf es folgender **gesetzlichen Anpassung** (*de lege ferenda*):

- Die Wettbewerbsbehörden sind – ob in einer ein- oder zweistufigen Organisationsform – **umfassend unabhängig** zu strukturieren: unabhängig von der Politik, ohne Einsitz von Interessenvertreter/innen, ohne Verwaltungsratsmandate; die Ausschreibung der Posten für das Entscheidgremium erfolgt auf Basis eines Vorschlages eines Fachgremiums und die Wahl durch den Bundesrat oder das Parlament.
- Das **Entscheidgremium** in der ein- oder zweistufigen Behörde ist hinsichtlich Grösse (drei bis fünf Mitglieder), Sachverstand (Ausbalancierung von juristischen Experten/innen in Kartell- und Verwaltungsrecht und ökonomischen Experten/innen in Mikro- und Industrieökonomie), Anstellungsgrad (zumindest vollamtliches Präsidium), Rekrutierung sowie pekuniärer und karrieremässiger Anreize zu **professionalisieren**.
- Die Kompetenzzuordnung innerhalb der Wettbewerbsbehörden – der Kommission (Entscheidbehörde) und ihrem Sekretariat (Untersuchungsbehörde) – ist klarer zu gestalten, sei es durch die Vereinigung der beiden Behörden (einstufige Behörde) oder durch eine klare Trennung (zweistufige Behörde). Im Vordergrund steht für die Evaluationsgruppe Kartellgesetz die **einstufige Behörde**.

De lege lata führen kurz- bis mittelfristige **Massnahmen** mit vertretbarem Aufwand zu deutlichen Verbesserungen für die Arbeit in der laufenden Legislaturperiode. Diese dienen der Verbesserung der Leistungsfähigkeit, Führung und Entscheidungsprozesse der WEKO, der Verbesserung der Prozessorientierung und Unternehmenskultur im Sekretariat der WEKO sowie der Verbesserung der Koordination zwischen Kommission und Sekretariat. Die Massnahmen sind in einem extern begleiteten Projekt umzusetzen und wurden bereits an die Hand genommen. So beschloss die WEKO am 15. September 2008 entsprechende Schritte, die zu begrüssen sind. Die Kommission entschied sich gleichentags für die Aufgabe des Kammermodells und die Einführung eines Präsidiumsmodells. Auch dieser Entscheid ist zu begrüssen. Allerdings sollte das Präsidium durch einen unabhängigen Ökonomen oder eine unabhängige Ökonomin (zweite/r Vizepräsident/in) ergänzt werden.

Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden

Mit der zunehmenden weltweiten wirtschaftlichen Verflechtung und Liberalisierung haben auch **grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen** zugenommen, die in den Zuständigkeitsbereich der Behörden von mehreren Ländern fallen. Der internationale fachliche Austausch über wettbewerbsökonomische und -juristische Themen gewinnt für die tägliche Arbeit der Wettbewerbsbehörden an Wichtigkeit. Dieser Austausch erhöht das nationale und internationale Wissen von Behörden und die Chance, grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen zu ahnden.

Die internationale Zusammenarbeit der Schweiz ist jedoch begrenzt auf einen **informellen Informationsaustausch**. Es bestehen einerseits informelle Kooperationsmöglichkeiten zwischen schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden. Andererseits bieten internationale Organisationen eine Plattform für den informellen abstrakten Austausch „praktischer wettbewerbsrechtlicher Belange“ (z. B. OECD, International Competition Network ICN). Der Informationsaustausch erfolgt jedoch grundsätzlich losgelöst von den konkreten Fällen.

Die Schweiz kennt bis heute weder ein vollständiges *internationales Kooperationsabkommen*, noch existiert eine nationale *gesetzliche Norm*, die den **formellen Informationsaustausch** zwischen Wettbewerbsbehörden regeln würde. Auf bilateraler Ebene besteht einzig das Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU. Die bestehenden *Freihandelsabkommen* enthalten zwar meist Wettbewerbsbestimmungen, die eine Kooperation vorsehen, das Niveau der Zusammenarbeit ist jedoch unterschiedlich und der Austausch vertraulicher Informationen ist nicht eingeschlossen. Das jüngst ausgehandelte Freihandelsabkommen mit Japan enthält zwar ein vollständiges Kapitel über Kooperation in Wettbewerbsfragen. Es erlaubt aber ebenfalls noch keinen Austausch von vertraulichen Informationen in konkreten Fällen.

Für den formellen Austausch vertraulicher Informationen zwischen den schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden sind mit den wichtigsten Handelspartnern **Kooperationsabkommen** abzuschliessen. Zum selben Zweck ist in Ergänzung dazu im Schweizer Recht eine **formell-gesetzliche Grundlage** einzuführen, welche die Wettbewerbsbehörden unter gewissen Voraussetzungen zur Bekanntgabe von Daten ermächtigt.

Zusammenschlusskontrolle

Die geltende schweizerische **Zusammenschlusskontrolle** von Unternehmen erlaubt im internationalen Vergleich kaum Eingriffe zugunsten des Wettbewerbs und ist mit Leerläufen verbunden. Damit die WEKO eine Fusion untersagen kann, reicht nach geltendem Recht die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht aus. Die marktbeherrschende Stellung muss zusätzlich geeignet sein, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (nicht nur erheblich zu beeinträchtigen). Somit wird die Hürde zur Untersagung einer Fusion in der Schweiz klar höher angesetzt, als in europäischen Ländern und anderen Industriestaaten mit vergleichbaren Regelwerken. Das Risiko besteht, dass Fusionen zugelassen werden müssen, die zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen und schädlichen Effekten auf die schweizerische Volkswirtschaft und die Konsumenten/innen führen.

Eine **Harmonisierung** der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle mit jener der EU wäre mit vielen Vorteilen verbunden. Sie brächte eine zeitgemässe Auswirkungsanalyse (*SIEC-Test*, *Effizienzeinrede*, *dynamischer Konsumentenwohlfaht-Standard*), die eher Gewähr für ökonomisch richtige Entscheide bietet, und würde durch die Harmonisierung an sich eine konsistentere Entscheidpraxis sowie eine Verringerung des Aufwands von Behörden und Wirtschaft bei grenzüberschreitenden Fusionen versprechen.

Soweit der Test zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung (Einführung eines SIEC-Tests) revidiert wird, sind auch die **Aufgreifkriterien** zu überprüfen: a) Senkung der Grenzbeträge auf ein ähnliches Niveau wie in anderen europäischen Ländern, b) der Ab-

schluss eines bilateralen Abkommens mit der EU (und allenfalls wichtigen Industriestaaten) betreffend grenzüberschreitende Fusionen und c) Einführung eines Vermutungstatbestandes für nicht meldepflichtige Fusionen (Möglichkeit, problematisch erscheinende, nicht meldepflichtige Fusionen aufzugreifen). Dabei ist den Interdependenzen zwischen a und c Rechnung zu tragen.

Im Falle einer Revision der Zusammenschlusskontrolle wären zudem verschiedene **juristische Anliegen** vertieft zu prüfen, die im Laufe der Evaluation der Zusammenschlusskontrolle vorgebracht wurden. Dabei handelt es sich etwa um die Anforderungen an eine Meldung von Zusammenschlüssen mit räumlich relevanten Märkten von internationaler Dimension oder die Möglichkeit einer Verlängerung der gesetzlich vorgesehenen Fristen zur Beurteilung eines Zusammenschlusses.

Vertikale Absprachen

Anlässlich der Revision 2003 verschärfte der Gesetzgeber die kartellrechtliche Behandlung von vertikalen Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen. Der entsprechende neue **Art. 5 Abs. 4 KG** besagt, dass bei vertikalen Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird. Der Gesetzgeber erliess Art. 5 Abs. 4 KG vor dem Hintergrund der bereits vor wie auch nach der Revision des Kartellgesetzes stattfindenden Diskussion, ob und wie stark die Schweiz im Vergleich zum Ausland (v. a. EU) eine *Hochpreisinsel* sei.

Nach Inkrafttreten des neuen Gesetzesartikels passte die WEKO ihre **Vertikalbekanntmachung** (RPW 2007/4, 675 ff.) an den neuen Gesetzesartikel an. Mit dieser Bekanntmachung zeigt die WEKO auf, nach welchen Kriterien sie die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, die Erheblichkeit und die Rechtfertigungsgründe beurteilen wird.

Sowohl der Gesetzesartikel als auch die Vertikalbekanntmachung der WEKO waren und sind Gegenstand einer nicht verstummen wollenden **Kritik**. Diese wurde in der Evaluation in verschiedene Richtungen geprüft. So ergab *erstens* ein **Rechtsvergleich**, dass international eine allgemeine Tendenz in Richtung *Flexibilisierung* und *Einzelfallbetrachtung* von vertikalen Restriktionen aufgrund der konkreten Marktverhältnisse besteht. Die Erkenntnis, dass keine allgemein gültigen Aussagen über die Auswirkungen gewisser Kategorien vertikaler Vereinbarungen auf den Wettbewerb getroffen werden können, setzt sich zunehmend durch.

Zweitens bestätigen die **ökonomische Theorie und Empirie** die Ergebnisse des internationalen Vergleiches. *Zum einen* kann eine selektiv restriktivere Haltung gegenüber gewissen vertikalen Restriktionen ökonomisch nicht gerechtfertigt werden. *Zum anderen* können vertikale Restriktionen ein effizientes Instrument zur Lösung von Koordinationsproblemen innerhalb vertikaler Produktionsketten darstellen und sich wohlfahrtssteigernd auswirken. Sofern aufgrund der Marktstruktur ein funktionierender Interbrand-Wettbewerb besteht, ist es unwahrscheinlich, dass vertikale Restriktionen schädliche Auswirkungen zeitigen.

Drittens erweisen sich von 91 analysierten **Geschäften der Wettbewerbsbehörden** zu vertikalen Vereinbarungen, die nach Erlass des neuen Gesetzesartikels an die Wettbewerbsbehörden herangetragen wurden, die meisten als *zulässig* (oder Indizien für unzulässige Verhaltensweisen fehlten). Hauptgrund dafür war (in nahezu 70 % aller Geschäfte), dass sich die Verhaltensweisen nicht erheblich auf den Wettbewerb auswirkten.

Mit der Verabschiedung von Art. 5 Abs. 4 KG lenkte der schweizerische Gesetzgeber die kartellrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden damit in eine andere Richtung, als sie international (insbesondere in der EU) zu beobachten sowie der herrschenden ökonomischen Lehre und Empirie zu entnehmen ist. Die WEKO verschärfte die vom Parlament gewählte Lösung mit der Vertikalbekanntmachung zusätzlich. Damit besteht das Risiko, dass

effiziente vertikale Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmenden verschiedener Marktstufen verhindert werden. **Anpassungen in Gesetz und Vollzug** sind deshalb notwendig:

- Bei vertikalen Restriktionen ist auf die im Gesetz verankerte *Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung* zu verzichten. An der *direkten Sanktionierbarkeit* von unzulässigen Mindest- und Festpreisen sowie Gebietsbeschränkungen ist hingegen *festzuhalten*.
- Ziff. 10 und 12 der *Vertikalbekanntmachung* sind anzupassen. Zum einen muss der Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs genügen können. Zum anderen ist von der „per se“-Erheblichkeit von vertikalen Restriktionen abzusehen. Dem ist auch bei der anstehenden Überprüfung der *WEKO-Bekanntmachung zum Kraftfahrzeughandel* Rechnung zu tragen.

Zivilrechtliches Kartellverfahren

Die Häufigkeit von kartellzivilrechtlichen Verfahren vor den zuständigen kantonalen Gerichten ist in der Schweiz gering und deren **Relevanz** tief. Zumindest unter den geltenden Rahmenbedingungen divergieren die Ansichten in der Schweiz darüber, ob eine Verstärkung des zivilrechtlichen Weges bzw. der Ausbau von Mitteln und Instrumenten als sinnvoll erachtet wird. Die Gerichte sprechen sich tendenziell gegen eine solche Verstärkung aus.

Entgegen dieser zurückhaltenden Position werden **international** Diskussionen über die Bedeutung des kartellzivilrechtlichen Weges geführt und Schritte in Richtung einer Stärkung des Kartellzivilrechts unternommen. Wie zwei im Rahmen der Evaluation in Auftrag gegebene Studien ausführlich belegen, stehen einem Ausbau des zivilrechtlichen Weges in der Schweiz zahlreiche unterschiedliche Faktoren entgegen. Eine Aufwertung des Privatrechtswegs setzt deshalb eine Änderung der Rahmenbedingungen voraus: Dieser wäre so anzupassen, dass die Betroffenen unter dem Strich einen Anreiz zur privatrechtlichen Geltendmachung ihrer Rechte haben. Die Änderungen müssten sich in das bestehende Rechtssystem einfügen.

Der zivilrechtliche Weg im Bereich des Kartellrechtes ist mittels einer Reihe von verschiedenen Massnahmen **aufzuwerten**, damit die Marktteilnehmenden in Zukunft Wettbewerbsbeschränkungen vermehrt selbst geltend machen können. Als zentrale Massnahmen zu nennen sind Verbesserungen im Zusammenhang mit der Beweisführung, der Aktivlegitimation und dem Schadenersatz. Um Übertreibungen zu vermeiden, ist auf mehrfachen Schadenersatz und „class actions“ (Sammelklagen) zu verzichten. Der privatrechtliche Weg steht dabei nicht in Konkurrenz zum Verwaltungsverfahren, sondern kann als weiteres Instrument zur Durchsetzung des Kartellrechtes hinzutreten. Die Reibungen infolge Nebeneinander von Zivil- und Verwaltungsverfahren können klein gehalten werden.

Verfahrensrecht und EMRK

Im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2003 blieb das **Verfahrensrecht** weitgehend unangetastet. Dies ist insofern bemerkenswert, als sich insbesondere mit der Einführung direkter Sanktionen, der Bonusregelung und der Hausdurchsuchungen im Zusammenhang mit dem übergeordneten Recht (Bundesverfassung und EMRK) bzw. den Anforderungen an ein faires, aber auch effizientes Verfahren zahlreiche Fragen stellen. In der Evaluation galt es *zum einen* anhand ausgewählter wichtiger Themenbereiche zu prüfen, ob bzw. wie aus Sicht der Verfahrensbetroffenen wie auch der verantwortlichen Behörden den Anforderungen an eine rechtsstaatliche und effiziente Durchsetzung des Kartellrechtes Genüge getan werden kann. *Zum anderen* war zu beantworten, ob der Erlass eines separaten Verfahrensrechts für kartellrechtliche Verfahren angezeigt ist und ob sich aus der EMRK (verfahrensrechtliche) Probleme in der Anwendung des Kartellgesetzes ergeben.

Gemäss einer Analyse im Rahmen der Evaluation besteht kein grundsätzlicher **Anpassungsbedarf** in Bezug auf das Verfahrensrecht: Ein separates Verfahrensrecht für das Kar-

tellrecht braucht es nicht. Zahlreiche bestehenden Probleme lassen sich durch eine pragmatische Anwendung der bereits bestehenden Normen und punktuelle Anpassungen des Verfahrensrechts lösen. Dies gilt auch für die sich in der Anwendung des Kartellgesetzes aus der **EMRK** ergebenden (verfahrensrechtlichen) Probleme.

Hingegen sind **punktueller Änderungen** im Kartellgesetz und im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) angezeigt:

- Einerseits gibt es im Gesetz mehrere *Unklarheiten* bzw. *Auslegungsspielraum*, was für die Behörden wie auch für die Unternehmen zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führt. Klärungsbedarf besteht z. B. hinsichtlich der Auskunftspflicht der Verfahrensbeteiligten, des Legal Privilege, der Gebührenpflicht, der Verzugszinspflicht, der Mitwirkungspflicht des Präsidiums bei Untersuchungen, des Rechts der Parteien auf Stellungnahme zum Verfügungsentwurf sowie der Praktikabilität von Massenverfahren. Insofern hätte eine Anpassung der gesetzlichen Grundlagen Vorteile.
- Andererseits könnte die *Rechtsprechung der Rechtsmittelinstanzen* in Zukunft eine Revision des Kartellgesetzes erfordern, sofern sie das Tätigwerden der Behörden gegen Wettbewerbsbeschränkungen faktisch stark erschweren oder gar verunmöglichen sollte. Zu nennen sind v. a. institutionelle Fragen im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit der Behörden bzw. der Abgrenzung von Aufgaben und Kompetenzen der Untersuchungs- und Entscheidbehörde.

Umgekehrt sollte – insoweit die geltende gesetzliche Konzeption gute Wirkungen zeigt – von Änderungen und insbesondere **Abschwächungen** der bisherigen Regeln abgesehen werden (z. B. Verhinderung einer Regelung im Unternehmensanwaltsgesetz, welche die Wirkungen kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen vermindert [Legal Privilege] und Verhinderung der Sanktionsbefreiung bei Compliance-Programmen).

Einen gesetzlichen Anpassungsbedarf gibt es auch, wenn **Verfahrenserleichterungen** bzw. neue Instrumente zur Verbesserung der Aufdeckung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt werden sollen (z. B. die Verschiebung der Beweislast für Rechtfertigungsgründe auf die Unternehmen, die Sanktionierung von natürlichen Personen, die sofortige Vollstreckbarkeit der kartellrechtlichen Entscheide, erweiterte Überwachungs- und Ermittlungsmassnahmen etc.).

Sanktionierung natürlicher Personen

In jüngerer Zeit gewinnt *international* die Ansicht an Boden, dass ein wirksamer Wettbewerbsschutz neben der Sanktionierung der Unternehmen auch die Sanktionierung der verantwortlichen Personen voraussetzt. **Individualsanktionen** besitzen, gleich ob in Form von *Verwaltungs- oder Strafsanktionen*, erheblich höheren Abschreckungseffekt als Unternehmenssanktionen. Das Rechtsinstitut der Individualsanktion ist grundsätzlich als taugliches gesetzgeberisches Handlungsinstrument zur effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts anzusehen.

Damit kann die Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen zwar ein **wirksames Mittel** zur Verschärfung des Kartellrechts sein. Es ist aber insbesondere zu beachten, dass deren Einführung erhebliche Änderungen des gesetzlichen Rahmens voraussetzen dürfte. Darüber hinaus drängen sich in der Schweiz entsprechende Massnahmen zur Zeit nur beschränkt auf, denn im Gegensatz zu den meisten in der Studie untersuchten Jurisdiktionen ist das Institut der Verwaltungssanktion gegen Unternehmen in der Schweiz noch nicht ausgeschöpft worden. Bevor die Möglichkeiten des Art. 49a KG ausgelotet sind, ist es schwierig, die schweizerische Situation etwa mit derjenigen in den USA, der EU oder Deutschland zu vergleichen. Ein Sanktionssystem muss in seiner Gesamtheit (Verwaltungs-, Straf- und Privatrecht) gesehen werden.

Die Einführung von **Strafsanktionen gegen natürliche Personen** (inkl. Freiheitsstrafen) würde ein erhebliches Abschreckungspotenzial schaffen. Sie ist jedoch derzeit nicht angezeigt.

Dafür ist die Einführung von **Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen** (d. h. Geldbussen) in Erwägung zu ziehen. Deren Einführung kann ein wirksames Mittel zur Verschärfung des Kartellrechts sein. Die Wettbewerbsbehörden sollten indessen zunächst gestützt auf das geltende Recht eine konsistente Verwaltungssanktionspraxis gegen Unternehmen entwickeln, indem sie Leitentscheidungen erlassen und damit für die Unternehmen und die verantwortlichen natürlichen Personen Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit schaffen. Individuelle Sanktionen müssten kumulativ zu den Sanktionen für die Unternehmen hinzukommen. Mit deren Einführung könnte eine gerechtere Haftungsverteilung zwischen Unternehmen und individuellen Mitarbeitern erzielt werden; es müsste aber vermieden werden, dass sich Unternehmungen zulasten der Mitarbeitenden aus der Verantwortung stehlen. Die Sanktionen wären zu beschränken auf besonders schädliche, harte horizontale Abreden. Zwecks Vermeidung der Spaltung der Zuständigkeiten sollte die Verwaltungssanktionsgewalt, soweit möglich, dem Verwaltungsweg und damit der WEKO und dem BVGer übertragen werden. Zudem müssten zur Wahrung der Präventivwirkung gesetzliche Vorkehren getroffen werden, welche garantieren, dass die Individualsanktion des Mitarbeiters nicht auf das Unternehmen überwältigt und somit letztlich doch vom Unternehmen bezahlt wird. Schliesslich müssten individuelle Verwaltungssanktionen mit der Möglichkeit eines *Bonus-Programms für natürliche Personen* verbunden werden.

Verhältnis geistiges Eigentum und Kartellrecht

Im Kodak-Urteil (BGE 126 III 129 ff.) hatte das Bundesgericht entschieden, dass für das **Patentrecht** das Prinzip der *nationalen Erschöpfung* gilt. Gleichzeitig stellte es fest, dass die Ausübung der Befugnis, Parallelimporte zu verhindern, unter bestimmten Umständen wettbewerbswidrig sein könne und das Kartellrecht der nationalen Erschöpfung im Patentrecht Grenzen setze. In der Folge revidierte der Gesetzgeber Art. 3 Abs. 2 KG. Die praktische Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 KG besteht insbesondere im Zusammenhang mit Parallelimporten patentgeschützter Güter aus dem Ausland. Werden Parallelimporte infolge vertraglicher Vereinbarungen und einer „entsprechenden“ faktischen Verhaltensweise des Schutzrechtsinhabers unterbunden bzw. eingeschränkt, kann dieser Sachverhalt nach den materiellrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes beurteilt werden.

Aus der Evaluation geht hervor, dass Art. 3 Abs. 2 KG in der Praxis **enge Grenzen** gesetzt sind. Offenbar ist den potenziell interessierten Akteuren heute die Rechtsunsicherheit bzw. das Risiko zu gross, weshalb sie lieber auf Parallelimporte verzichten, anstatt sich auf die allfällige Wirkung des Kartellgesetzes zu verlassen. Damit entfällt auch der disziplinierende Druck möglicher Parallelimporte. So ist es nicht erstaunlich, dass kaum Fallpraxis existiert. Von Art. 3 Abs. 2 KG ist auch künftig keine grosse Wirkung zu erwarten. Falls gewünscht wird, dass Parallelimporte gefördert und die wettbewerbsbeeinträchtigenden Abschottungswirkungen, die durch die nationale Erschöpfung entstehen können, verhindert werden, müsste die Korrektur am wirksamsten im Patentrecht erfolgen, das sich zur Zeit in parlamentarischer Beratung befindet.

KMU-Klausel und Bekanntmachung über Kalkulationshilfen

Auf Basis des neuen Art. 6 Abs. 1 lit. e KG (*KMU-Klausel*) erliess die WEKO im Jahr 2005 die *KMU-Bekanntmachung* (RPW 2006/1 S. 209 ff.) und überprüfte nach zwei Jahren deren Auswirkungen. Ebenso prüfte sie die Wirkung der *Bekanntmachung über die Verwendung von Kalkulationshilfen* (RPW 1998/2, S. 351 ff.).

Die **KMU-Bekanntmachung** hat zum Ziel, dass KMU besser erkennen, welche Verhaltensweisen kartellrechtlich problematisch sind und welche nicht. In der **Bekanntmachung über die Verwendung von Kalkulationshilfen** regelt die WEKO, unter welchen Voraussetzun-

gen Abreden zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe über den Gebrauch von Kalkulationshilfen sowie entsprechende Vermittlungstätigkeiten von Branchenverbänden oder Dritten sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel rechtfertigen lassen.

Die Wettbewerbsbehörden gelangten auf Basis ihrer Analyse zur Auffassung, dass sich eine Änderung der KMU-Bekanntmachung und der Bekanntmachung über Kalkulationshilfen nicht aufdrängt und sich ein Teil der aus Gewerbekreisen geäusserten Forderungen (z. B. Zulässigkeit harter horizontaler Absprachen für KMU) mit dem Kartellgesetz nicht vereinbaren liesse. Die Wettbewerbsbehörden haben ausreichend begründet, dass die beiden Bekanntmachungen **Rechtssicherheit** geschaffen und **Wirkung** erzielt haben. Ein Revisionsbedarf der beiden Bekanntmachungen ist nicht gegeben.

III Fazit und Empfehlungen

Der gesamtwirtschaftliche Ertrag und das langfristige Wachstumspotenzial einer Volkswirtschaft hängen von einer grossen Anzahl wirtschaftspolitischer Einflussfaktoren und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen ab. Es ist vielfach belegt, dass eine der Hauptbedingungen für die Erreichung gesamtwirtschaftlicher Effizienz und damit auch für die Optimierung der Wohlfahrt **wirksamer Wettbewerb** ist. Entsprechend ist das Kartellgesetz – das entsprechend Art. 1 KG zum Ziel hat den wirksamen Wettbewerb zu fördern – griffig auszugestalten.

Insgesamt hat sich das Konzept des Kartellgesetzes **bewährt**. Namentlich die zentralen neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes erfüllen die Absicht des Gesetzgebers. Es besteht aber in verschiedenen Punkten **Handlungsbedarf** und **Entwicklungspotenzial**. Daraus leiten sich die nachstehenden 14 Empfehlungen der Evaluationsgruppe Kartellgesetz ab. Für die konkrete Umsetzung der Empfehlungen auf Gesetzesstufe und die Formulierung der entsprechenden Gesetzesartikel ist eine Expertengruppe einzusetzen.

Empfehlungen

Die *zentrale Aussage* der Evaluation bildet Empfehlung 1:

1. Am 1995 eingeführten und 2003 revidierten **Konzept des Kartellgesetzes** ist festzuhalten. Die 2003 neu eingeführten Instrumente direkte Sanktionen, Bonusregelung und Hausdurchsuchungen bedürfen keiner grundlegenden Überarbeitung.

Die in den Empfehlungen 2 bis 5 angesprochenen Verbesserungsmöglichkeiten sind *prioritär* und rechtfertigen eine Revision des Kartellgesetzes:

2. Die **Wettbewerbsbehörden** sind von Politik und Wirtschaft unabhängig zu strukturieren und die Entscheidträger zu professionalisieren. Kommission und Sekretariat sind in eine einstufige Behörde zu überführen.
3. Für den formellen Austausch vertraulicher Informationen zwischen den schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden sind mit den wichtigsten Handelspartnern **Kooperationsabkommen** abzuschliessen. Zum selben Zweck ist in Ergänzung dazu im Schweizer Recht eine **formell-gesetzliche Grundlage** einzuführen, welche die Wettbewerbsbehörden unter gewissen Voraussetzungen zur Bekanntgabe von Daten ermächtigt.
4. Die schweizerische **Zusammenschlusskontrolle** ist mit jener der EU zu harmonisieren: Einführung des SIEC-Test und der Effizienzrede mit einem auf die Schweiz angepassten Wohlfahrtsstandard (dynamischer Konsumentenwohlfahrt-Standard). Zugleich sind die Aufgreifkriterien anzupassen (insbesondere Senkung der Grenzbeträge).
5. Bei **vertikalen Restriktionen** ist auf die im Gesetz verankerte Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu verzichten. An der direkten Sanktionierbarkeit von unzulässigen Mindest- und Festpreisen sowie Gebietsbeschränkungen ist hingegen festzuhalten.

Im Zuge einer Revision sind *ausserdem* die Empfehlungen 6 bis 10 umzusetzen:

6. Das Instrumentarium der **zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechtes** ist zu verstärken. So sollen von Wettbewerbsbeschränkungen betroffene Unternehmen, Konsumenten/innen und Verbände bessere Möglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Rechte erhalten (insbesondere hinsichtlich Beweisführung, Aktivlegitimation und Schadenersatz).
7. Das Instrumentarium der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts (**Verfahrensrecht**) ist zu verbessern (z. B. hinsichtlich Vollstreckbarkeit, Beweislastverschiebung, Massenverfahren). Abzulehnen sind dagegen namentlich ein Legal Privilege für Unternehmensjuristen/innen und die Sanktionsbefreiung bei Compliance-Programmen.
8. In Art. 49a Abs. 1 KG (**direkte Sanktionsmöglichkeit**) ist ausdrücklich zu bestätigen, dass besonders schädliche unzulässige Wettbewerbsabreden (harte Kartelle) sanktionierbar sind, unabhängig von der Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.
9. Die direkte Sanktionsmöglichkeit im **Widerspruchsverfahren** nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG hat nicht bei Eröffnung einer Vorabklärung, sondern nur bei Eröffnung einer Untersuchung wiederaufzuleben. Die gesetzliche Frist von fünf Monaten ist zu kürzen.
10. Für die Einführung von **Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen** ist ein Vorschlag auszuarbeiten.

Im Rahmen des *Vollzugs* sind ohne Gesetzesänderungen die Empfehlungen 11 bis 14 zu realisieren:

11. Ziff. 10 und 12 der **Vertikalbekanntmachung** sind anzupassen. Zum einen muss der Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs genügen können. Zum anderen ist von der „per se“-Erheblichkeit von vertikalen Restriktionen abzusehen. Dem ist zudem bei der anstehenden Überprüfung der **Bekanntmachung zum Kraftfahrzeughandel** Rechnung zu tragen.
12. Die in der Funktionsanalyse erarbeiteten kurz- bis mittelfristigen Massnahmen zur Verbesserung der Arbeitsweise in den **Wettbewerbsbehörden** sind in einem extern begleiteten Projekt weiter umzusetzen.
13. Das **Präsidium der WEKO** ist mit einem unabhängigen Ökonomen oder einer Ökonomin als zweite/n Vizepräsidenten/in zu ergänzen.
14. Zur effektiveren Durchsetzung des Kartellrechts ist die finanzielle und personelle **Ausstattung** des Sekretariates der WEKO zu verbessern.

I. Ausgangslage, Ziele und Aufbau der Evaluation

1 Das Kartellgesetz

1.1 Allgemein

1. Die wirtschaftliche Leistungskraft eines Landes und das langfristige Wachstumspotenzial einer Volkswirtschaft hängen von einer grossen Anzahl wirtschaftspolitischer Einflussfaktoren und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen ab. Eine der Hauptbedingungen für die Erreichung gesamtwirtschaftlicher Effizienz und damit auch für die Optimierung der Wohlfahrt ist Wettbewerb. Zielsetzung des Kartellgesetzes ist die Förderung des „**wirksamen Wettbewerbs**“. Nach dem Zweckartikel des Kartellgesetzes hat das schweizerische Kartellrecht zur Aufgabe, „volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern“ (Art. 1 KG).

2. Wettbewerb erfüllt im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Ordnung eine Reihe grundlegender **Funktionen**: Er steuert das Angebot gemäss den Käuferpräferenzen, er führt zu einem effizienten Einsatz der Produktionsfaktoren, er fördert die Produkt- und Prozessinnovation und er zwingt zur Anpassung an sich verändernde Bedingungen. Fehlender Wettbewerb kann nicht nur überhöhte Preise oder ein geringeres Güterangebot zur Folge haben, sondern namentlich auch die Produktivitätsentwicklung beeinträchtigen. Wettbewerbsdruck ist somit auch ein Faktor für das Wirtschaftswachstum. Es ist vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik, Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass sich wirksamer (funktionsfähiger) Wettbewerb ergeben kann.¹

3. Eine funktionierende Wettbewerbsordnung setzt in erster Linie das Recht auf **freie wirtschaftliche Betätigung** voraus. So schützt das Kartellgesetz entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben sowohl den Wettbewerb als Institution (Art. 96 Abs. 1 BV) als auch die Wirtschaftsfreiheit der Einzelnen (Art. 27 BV). Aus dem Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung fliesst indessen auch die (unerwünschte) Möglichkeit, den Wettbewerb zu beseitigen oder in gesamtwirtschaftlich schädlicher Weise zu beschränken. So kann das Recht auf Wirtschaftsfreiheit mit dem Ziel des wirksamen Wettbewerbs in Konflikt stehen.

1.2 Kartellgesetze von 1962 und 1985 (KG 62 und KG 85)

4. Die Entwicklung des schweizerischen Wettbewerbsrechts geht auf das erste **Kartellgesetz von 1962** (KG 62) zurück und fand mit der letzten Teilrevision von 2003 ihren (vorläufigen) Abschluss. Von einem Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit entwickelte sich das Wettbewerbsrecht im Laufe der verschiedenen Revisionen zu einem eigenständigen ordnungspolitischen System zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs an sich.

5. Das KG 62 war von einem persönlichkeitsrechtlichen Verständnis der Handels- und Gewerbefreiheit geprägt, welches primär als Abwehrrecht gegenüber dem Staat verstanden wurde. Es sah für Wettbewerbswillige primär zivilrechtliche Mittel vor. Verwaltungsrechtliche Massnahmen sollten nur in Betracht kommen, „wenn die Interessen der Allgemeinheit gewichtig genug sind, um ein öffentliches Einschreiten zu rechtfertigen“². Schutzobjekt war nicht der Wettbewerb an sich, sondern das Recht des Einzelnen auf wirtschaftliche Betätigung. Mit dem KG 62 wurde in Gestalt der Kartellkommission erstmals ein administrativer

¹ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (94.100), BBl 1995 I 468 ff.

² Botschaft vom 18. September 1961 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen, S. 599. Vgl. unter: <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/showDoc.do> [29.07.2008].

Durchsetzungsapparat für das Kartellrecht geschaffen. Weil der Kartellkommission jedoch nur ein relativ unverbindliches Instrumentarium zur Verfügung stand und ihr insbesondere eine Verfügungskompetenz fehlte, war ihr Wirken nur beschränkt spürbar.

6. Die erste **Kartellgesetzrevision von 1985** (KG 85) brachte eine Art Übergangsgesetzgebung hervor, die den Weg für die Zukunft ebnete. Das KG 85 unterschied zum ersten Mal zwischen Wettbewerbsbeschränkungen, die den wirksamen Wettbewerb lediglich beeinträchtigen, und den besonders gravierenden Beschränkungen, welche diesen Wettbewerb verhindern. Zwar verstärkte das KG 85 das verwaltungsrechtliche Instrumentarium, die Konzeption des Gesetzes wurde jedoch nicht wesentlich geändert.

1.3 Kartellgesetz von 1995 (KG 95)

7. Die zweite **Kartellrechtsrevision von 1995** (KG 95) brachte eine grundlegende Neuorientierung des schweizerischen Wettbewerbsrechtes mit sich und legte die Grundlagen zum heutigen System. Anfang der 90er Jahre und nach Ablehnung des Beitritts zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) hatte der Bundesrat festgestellt, dass sich die ordnungspolitischen Rahmenbedingungen der Schweiz im Lichte der zunehmenden Globalisierung der Märkte verschlechterten. Um dem entgegenzuwirken, sollte unter dem Titel „marktwirtschaftliche Erneuerung“ u. a. ein griffigeres Kartellgesetz geschaffen werden. Verwirklicht wurden Rahmenbedingungen, in welchen wirksamem Wettbewerb – u. a. durch die Formulierung vermutungsweise wettbewerbswidriger Verhaltensweisen – zum Durchbruch verholfen werden sollte.³ Auf verfassungsrechtlicher Ebene entsprach dies dem Übergang von der Handels- und Gewerbefreiheit zur „Wirtschaftsfreiheit“.

8. Neu wurden die materiellrechtlichen Regeln für das **Kartellzivil- und das Kartellverwaltungsrecht** vereinheitlicht. Das Wettbewerbsrecht untersteht nun unabhängig vom Durchsetzungsverfahren denselben materiellen Regeln.

9. Die **verwaltungsrechtliche Durchsetzung** des Kartellrechts obliegt der **Wettbewerbskommission** (WEKO). Diese wird von einem **Sekretariat** unterstützt, 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. Die WEKO und ihr Sekretariat werden von Amtes wegen tätig, es gilt die Untersuchungsmaxime. Sie können u. a. gegen Unternehmen, die das Kartellgesetz verletzen, Massnahmen verfügen (z. B. ein bestimmtes Handeln verbieten) und die Unternehmen unter gewissen Voraussetzungen mit Sanktionen belasten.

10. Neben das verwaltungsrechtliche tritt das **zivilrechtliche Verfahren** (Art. 12 ff. KG): Im kartellzivilrechtlichen Verfahren können Betroffene ihre Ansprüche, die sich aus dem Kartellgesetz ergeben, privatrechtlich geltend machen. Zuständig sind 26 kantonale Gerichte, die jeweils als einzige Instanz für ihr Kantonsgebiet entscheiden. Im Zivilverfahren kann der Richter teilweise die gleichen Anordnungen treffen wie die WEKO (dies gilt indessen nicht für Sanktionen). Im Unterschied zum Verwaltungsverfahren hat der Kläger vor dem Zivilgericht jedoch Anspruch auf Behandlung seiner Klage. Des Weiteren ist für die Zusprechung von Schadenersatz und Genugtuung allein der Zivilrichter zuständig, die WEKO ist dazu nicht befugt.

11. Materiell beruht das KG 95 auf drei Pfeilern:⁴

- Art. 5 KG: **Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen**, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs füh-

³ Vgl. Botschaft 1994, S. 2 ff. (zit. Fn. 1).

⁴ Vgl. Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes (01.071), S. 2024.

ren (z. B. Preisabreden), sind unzulässig. Wettbewerbsbeschränkungen durch Abreden setzen ein Zusammenwirken verschiedener Akteure durch Vertrag, Vereinbarung oder anderweitige Verhaltensabstimmung voraus. Die Beschränkungen durch horizontale Abreden werden als „Kartelle“ bezeichnet.

- Art. 7 KG: **Missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen** werden ebenfalls für unzulässig erklärt. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung setzt im Gegensatz zu den wettbewerbsbeschränkenden Abreden typischerweise kein Zusammenwirken verschiedener Akteure voraus. Eine marktbeherrschende Stellung liegt dann vor, wenn ein Unternehmen (oder mehrere Unternehmen kollektiv) eine derart starke Stellung auf dem fraglichen Markt innehat, dass es sich in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann und sich mithin nicht mehr den Marktgegebenheiten sowie den Reaktionen der Marktgegenseite und Konkurrenten anpassen muss, wie dies in einer funktionierenden Wettbewerbswirtschaft der Fall ist. Das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung allein ist kartellrechtlich nicht unzulässig, erst bei einem Missbrauch der Stellung schreiten die Behörden ein.
- Art. 9 f. KG: Da die Bekämpfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ein schwieriges Unterfangen ist, versuchen moderne Wettbewerbsgesetze die Entstehung einer solchen Stellung von vornherein zu verhindern. So sind **Unternehmenszusammenschlüsse** und **Fusionen** einer bestimmten Grösse vor ihrem Vollzug meldepflichtig und können untersagt oder an Auflagen und Bedingungen geknüpft werden, wenn sie wirksamen Wettbewerb zu beseitigen drohen. Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ist folglich präventiv ausgerichtet („Strukturkontrolle“).

1.4 Das revidierte Kartellgesetz von 2003

12. Das revidierte Kartellgesetz ist am 1. April 2004 in Kraft getreten. Die Teilrevision von 2003 hatte zum Ziel, den durch die Revision von 1995 eingeläuteten Paradigmenwechsel zu vollenden. Das KG 95 brachte den schweizerischen Wettbewerbsbehörden die grundlegenden Mittel, die es ihnen erlauben, eine auf die Förderung des Wettbewerbs und damit auf die Erhaltung wirksamen Wettbewerbs ausgerichtete Wettbewerbspolitik zu betreiben. Dabei sollen sich die Wettbewerbsbehörden auf klare und einfach handhabbare materielle Regeln abstützen können. Anlass für die Teilrevision 2003 war schliesslich das Bedürfnis nach einer konsequenten **Weiterentwicklung** der eingeschlagenen schärferen Gangart in der Wettbewerbspolitik. Das bestehende, über weite Teile bewährte materielle Prüfungsrastrer wurde durch adäquate prozedurale Instrumente – insbesondere die direkten Sanktionen und die Bonusregelung – ergänzt.

13. Nach bisherigem Recht konnten Verwaltungs- und Strafsanktionen nur verhängt werden, wenn gegen eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden verstossen wurde („Wiederholungstat“). Die Einführung der **direkten Sanktionen** (Art. 49a KG) ermöglicht es nun, bereits zusammen mit der Feststellung der Unzulässigkeit besonders gravierende Wettbewerbsbeschränkungen mit einschneidenden finanziellen Sanktionen zu ahnden.⁵ Durch die Einführung direkter Sanktionen sollte die präventive Wirkung des Gesetzes verstärkt werden. Die mit Geldbussen zu sanktionierenden Verhaltensweisen bilden horizontale Abreden über Preise, Mengen und Gebietsaufteilungen (Art. 5 Abs. 3 KG), gewisse vertikale Abreden (Art. 5 Abs. 4 KG) sowie missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG).

14. Die Wirkung der neuen Sanktionsordnung wurde durch die gleichzeitige Einführung der **Bonusregelung** (auch „Kronzeugenregelung“ genannt) erhöht. Gemäss dieser Bonusrege-

⁵ Hingegen können alle anderen Wettbewerbsbeeinträchtigungen nach wie vor erst nach einem Verstoß gegen eine Verfügung der WEKO mit Sanktionen belegt werden.

lung kann die WEKO gegenüber einem Unternehmen, welches an der Aufdeckung und Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, auf eine Belastung mit einer Sanktion ganz oder teilweise verzichten (Art. 49a Abs. 2 KG). Dadurch sollen Kartelle destabilisiert und die Aufdeckungswahrscheinlichkeit erhöht werden. Diesem Zwecke dient auch das neu eingeführte Untersuchungsinstrument der Hausdurchsuchung.

15. Eine effektive **Wettbewerbspolitik** liegt im volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse. Damit Wettbewerbspolitik tatsächlich durchschlagend ist, müssen ihre Mittel zur Durchsetzung greifen. In diesem Sinne sind die Einführung der direkten Sanktionen sowie der Bonusregelung ein wichtiges Signal. Die Marktteilnehmer haben wenig Interesse daran, gegen das Kartellrecht zu verstossen, wenn die Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Wettbewerbswidrigkeiten sowie die drohenden Sanktionen genügend hoch ausfallen. Die Einführung der neuen Instrumente sollte somit positive Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft haben. Dem wirtschaftlichen Effizienzgewinn steht allerdings ein mit der Einführung direkter Sanktionen verbundener Zusatzaufwand seitens der Wettbewerbsbehörden und der Unternehmen gegenüber. Der zusätzliche Aufwand sollte gemäss Bundesrat durch den gesamtwirtschaftlichen Nutzen der damit erzielten Wettbewerbsverbesserungen aufgewogen werden.⁶

2 Auftrag und Forderungen

2.1 Evaluationsauftrag gemäss Kartellgesetz und EVD

16. Mit **Art. 59a KG** wird der Bundesrat mit der Evaluation des Kartellgesetzes, insbesondere der neuen Instrumente und revidierten Bestimmungen der KG-Revision 2003, beauftragt. Die Evaluation des Kartellgesetzes dient namentlich der Abklärung des allfälligen zukünftigen Revisionsbedarfs:

Art. 59a KG (Evaluation)

¹ *Der Bundesrat sorgt für die Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs dieses Gesetzes.*

² *Der Bundesrat erstattet nach Abschluss der Evaluation, spätestens aber fünf Jahre nach Inkrafttreten dieser Bestimmung, dem Parlament Bericht und unterbreitet Vorschläge für das weitere Vorgehen.*

17. Das revidierte Kartellgesetz trat am 1. April 2004 in Kraft, womit der Bundesrat dem Parlament bis im Frühling 2009 Bericht zu erstatten hat. Die Evaluation des Kartellgesetzes hat sich am Zweck des Kartellgesetzes zu orientieren, der in Art. 1 KG (**Zweckartikel**) festgehalten ist.

Art. 1 KG (Zweck)

Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

18. **Gegenstand** der Evaluation bilden damit die folgenden Elemente:

- Hauptziel der KG-Revision 2003 und somit Hauptgegenstand der Evaluation ist gemäss Materialien die Erhöhung der Präventivwirkung durch die Einführung direkter Sanktionen (und der damit verbundenen Instrumente gemäss Art. 49a KG, d. h. der Bonusregelung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG und des Widerspruchsverfahrens nach

⁶ Botschaft 2001, S. 2050 f. (zit. Fn. 4).

Art. 49a Abs. 3 lit. a KG sowie der Schlussbestimmung) bei besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen.⁷

- Gegenstand der Revision 2003 und der Evaluation bilden auch die restlichen neuen Instrumente (Hausdurchsuchungen nach Art. 42 Abs. 2 KG) und Bestimmungen (Unternehmensbegriff nach Art. 2 KG, Verhältnis zum geistigen Eigentum nach Art. 3 Abs. 2 KG, Begriff der Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 KG, vertikale Absprachen nach Art. 5 Abs. 4 KG, KMU-Klausel in Art. 6 Abs. 1 lit. e KG).⁸
- Die Evaluation bietet ebenso Anlass, die Wirkung des KG an sich, d. h. des KG vom 6. Oktober 1995, soweit als möglich zu beurteilen.

19. Im Winter 2006/07 beauftragte die Departementschefin des EVD, Frau Bundesrätin D. Leuthard, den seit 1. Oktober 2006 amtierenden Direktor des Sekretariats, Herrn Dr. R. Corazza, mit der Leitung der Evaluation. Am 17. Januar 2007 **legte das EVD einige terminliche und inhaltliche Vorgaben fest**. Insbesondere forderte das EVD einen bis 2008 zu erstellenden, praxisbezogenen Bericht – mit Zwischenbericht bis Herbst 2007. Der Bericht hat namentlich verfahrensrechtliche Fragen zu berücksichtigen, einen Vergleich mit dem Wettbewerbsrecht anderer Länder sowie eine Evaluation der Arbeitsabläufe, des Managements und der Organisation der Wettbewerbsbehörden zu beinhalten. Anlässlich eines Treffens mit der WEKO vom 5. März 2007 informierte die Departementschefin über die Evaluation gemäss Art. 59a KG und gab den Startschuss für die Evaluation.

2.2 Politische Vorstösse

20. Im Evaluationszeitraum ergingen die folgenden politischen Vorstösse (für die Texte gehe zu Anhang 24):

- Interpellation J. Alexander Baumann (06.3237, 11.05.2006): Organisationsstruktur der Wettbewerbsbehörden.
- Postulat der Kommission für Rechtsfragen NR (06.3634, 03.11.2006): Bericht über wettbewerbswidrige vertikale Vertriebsabreden nach Kartellgesetz.
- Interpellation Eduard Engelberger (07.3142, 22.03.2007): Überprüfung der KMU-Bekanntmachung.
- Interpellation Christophe Darbellay (07.3192, 23.03.2007): Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über Kalkulationshilfen.
- Motion Rolf Schweiger (07.3856, 20.12.2007): Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht.
- Parlamentarische Initiative Hans Kaufmann (08.443, 13.06.2008): Existenzgefährdung infolge von Kartellbussen verhindern.
- Motion Dominique de Buman (08.3509, 23.09.08): Echter Wettbewerb in der Schweizer Wirtschaft.
- Interpellation Luc Recordon (08.3640, 03.10.08): Die Wettbewerbskommission (WEKO) stärken.
- Postulat der Kommission für Wirtschaft und Abgaben WAK (08.3764, 24.11.2008): Wirtschaftslage der Schweiz und Stabilisierungsmassnahmen.

21. Den in diesen politischen Vorstössen enthaltenen Anliegen und Forderungen wurde im Rahmen der Evaluation Rechnung getragen. Die Antworten sind in den nachstehenden Ab-

⁷ Im Weiteren hat die Evaluation diese Zielerreichung der Revision systematisch und mit wissenschaftlichen Methoden zu überprüfen; vgl. Botschaft 2001, S. 2048 (zit. Fn. 4).

⁸ Zur effektiven Auswahl siehe Abschnitt 3.3, insb. Rz. 40.

schnitten, insbesondere in den Handlungsempfehlungen in Abschnitt III, enthalten.⁹ Einzig eine der Forderungen aus der *Motion de Buman*, jene betreffend das Verbotsprinzip anstelle des Missbrauchsprinzips, wurde nicht weiterverfolgt. Aus dem Postulat der WAK ergeben sich keine unmittelbaren Forderungen für die Evaluation.¹⁰

2.3 Peer Review der OECD – Empfehlungen

22. Ebenfalls in der Evaluation zu berücksichtigen ist der Peer Review der OECD. Das Wettbewerbskomitee der OECD führt regelmässig **Benchmarkings der Wettbewerbspolitik** ihrer Mitgliedsstaaten durch, so genannte Peer Reviews. Der Peer Review der Schweizer Wettbewerbspolitik durch die OECD und ihre Mitglieder fand im Jahr 2006 statt.¹¹ Die entsprechenden Arbeiten zum Examen der schweizerischen Wettbewerbspolitik erfolgten unter Federführung des SECO und in enger Zusammenarbeit mit dem Sekretariat der WEKO sowie dem Präsidenten der WEKO. Der Peer Review enthält mehrere Empfehlungen zur schweizerischen Wettbewerbspolitik.

23. In ihrem Bericht stellt die OECD fest, dass fehlender Wettbewerb ein Hauptgrund für die hohen Preise in vielen Schweizer Branchen sei. Sie anerkennt, dass sich die **Schweizer Wettbewerbspolitik** mit der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2003 an diejenige anderer OECD-Staaten und insbesondere an diejenige der EU angenähert hat. Besonders hervorgehoben werden die im revidierten Kartellgesetz eingeführten direkten Sanktionen und die Bonusregelung als zeitgemässe Instrumente der Wettbewerbspolitik.

24. Die OECD kommt allerdings auch zum Schluss, dass im internationalen Vergleich noch einige **Schwächen** der Schweizer Wettbewerbspolitik bestehen und Verbesserungen vorzunehmen seien. In ihren Empfehlungen nimmt die OECD nicht nur Bezug auf das Wettbewerbsrecht im engeren Sinne, sondern sie berücksichtigt auch Sektorregulierungen und Ausschreibungsregeln. Bezogen auf das Kartellgesetz und die Wettbewerbsbehörden empfiehlt die OECD:

- die Stärkung der Unabhängigkeit und Professionalisierung der Mitglieder der WEKO;
- die Einführung eines spezifischen Verfahrensrechts;
- den Ausbau der Ressourcen der Wettbewerbsbehörden mit Blick auf ihre neue Rolle bei der Durchsetzung des Binnenmarktgesetzes;
- die Entwicklung internationaler Kooperationen;
- den generellen Ersatz des Missbrauchsprinzips im Kartellgesetz durch das Verbotsprinzip für harte horizontale Kartelle;

⁹ Zur *Interpellation Baumann* vgl. Abschnitt 9 und 10 sowie die Handlungsempfehlung in Abschnitt 20; zum *Postulat der Kommission für Rechtsfragen NR* vgl. Abschnitt 9 und 13 (insb. 13.6) sowie die Handlungsempfehlungen in Abschnitt 23; zu den *Interpellationen Darbellay* und *Engelberger* vgl. Abschnitt 18 und Abschnitt 19; zur *Motion Schweiger* und zur *parlamentarischen Initiative Kaufmann* vgl. Abschnitt 15.1.13 und 16 sowie die Handlungsempfehlung in Abschnitt 24.6; zur *Motion de Buman* vgl. Abschnitte 2.3, 7, 9, 10, 11, 14, 16 und 19 sowie die Handlungsempfehlungen in Abschnitt 20, 21, 24.5 und 24.6; zur *Interpellation Recordon* vgl. Abschnitt 10 sowie die Handlungsempfehlung in Abschnitt 24.5.

¹⁰ Im Postulat der WAK wird der Bundesrat im Hinblick auf die Wirtschaftslage der Schweiz und auf Stabilisierungsmassnahmen insbesondere ersucht, eine umfassende Sicht der Regierung über grundlegende Reformen darzustellen. Dabei sei die rasche Umsetzung der Kartellgesetzrevision angebracht.

¹¹ Vgl. OECD, *The Role of Competition Policy in Regulatory Reform. Regulatory Reform in Switzerland*, OECD Reviews of Regulatory Reform, Paris, 2006. URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/42/46/36279471.pdf> [04.12.08].

- eine stärkere Zusammenarbeit zwischen der WEKO und (teilweise noch zu schaffenden) Sektorregulatoren;
- die Überprüfung der Rolle von Preisüberwachung und Konsumentenschutz.

25. Die Empfehlungen der OECD wurden im Rahmen der Evaluation soweit als möglich berücksichtigt und bildeten teilweise explizit Gegenstand einzelner Projekte.¹² Hier nicht im Detail verfolgt wurden die Empfehlungen, die nicht direkt das Kartellgesetz betreffen, namentlich jene zum Binnenmarktgesetz, zum Verbotssprinzip und zur Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden mit Sektorregulatoren¹³.

3 Organisation, Evaluationsebenen und -projekte

3.1 Organisation und Vorgehen

26. Für die Durchführung der Evaluation war die **Evaluationsgruppe Kartellgesetz** verantwortlich. Diese wurde durch eine *Steuerungs-* und eine *Kerngruppe* gebildet. Mit der Einsetzung einer Steuerungsgruppe und der Auswahl der Mitglieder wurde sichergestellt, dass die Evaluation auf einer breiten Kenntnis- und Erfahrungsbasis sowie der notwendigen Unabhängigkeit von Politik und Behörden beruht. Der Steuerungsgruppe gehörten Vertreter/innen der Lehre, der Wettbewerbsbehörden, der Verwaltung und ein ausländischer Kartellrechtsexperte an: Dr. R. Corazza (Sekretariat der WEKO, Direktor, Projektverantwortlicher der KG-Evaluation und Vorsitzender der Steuerungsgruppe), Dr. U. Böge (ehemaliger Präsident des deutschen Bundeskartellamtes und des International Competition Networks ICN), Prof. Dr. A. Brunetti (SECO, Leiter der Direktion für Wirtschaftspolitik), Dr. W. Bussmann (BJ, Verantwortlicher Gesetzesevaluation und Föderalismusfragen), Frau Prof. Dr. D. Herren (Universität Bern, Institut für Wirtschaftsrecht) sowie Prof. Dr. V. Martenet (Université de Lausanne, Vizepräsident der WEKO). Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz führte vom 3. Juli 2007 bis 24. November 2008 insgesamt zehn Sitzung durch.

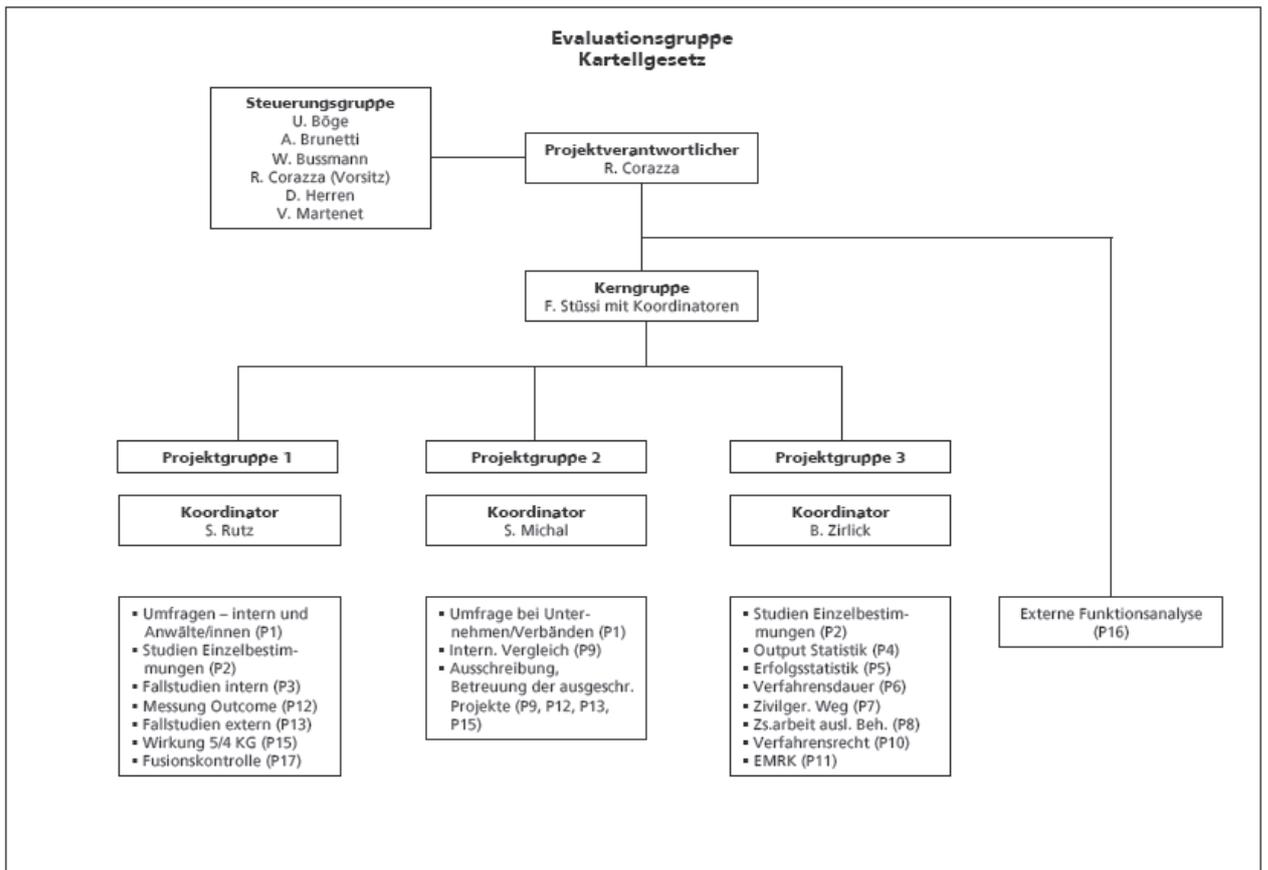
27. Aufgabe der **Steuerungsgruppe** waren die Verabschiedung des Pflichtenheftes (damit auch der Entscheid über die zu verfolgenden Evaluationsprojekte), die Bestimmung der externen Auftragnehmer, die Abnahme der einzelnen Berichte zu den Forschungsprojekten, die Verabschiedung des Zwischenberichts vom 29. Oktober 2007 an das EVD und die Verabschiedung des vorliegenden Syntheseberichts.

28. Die Erstellung des Pflichtenheftes, des Zwischenberichtes, der Projektberichte und des Syntheseberichtes sowie die Betreuung der externen Studien erfolgte durch die **Kerngruppe** (aus drei Projektgruppen bestehend). Die Kerngruppe setzte sich zusammen aus F. Stüssi (Sekretariat der WEKO, Referent, Projektleiter der KG-Evaluation), Dr. B. Zirlick (Sekretariat der WEKO, Leiter Recht), S. Michal (SECO, Stellvertretender Leiter Ressort Wachstum und Wettbewerbspolitik) und Dr. S. Rutz (Sekretariat der WEKO, Leiter Ökonomie).¹⁴

¹² Vgl. Abschnitte 3.3, 10, 12, 15, 19, 20, 21 und 24.2.

¹³ Siehe Abschnitt 3.3, insb. Rz. 40.

¹⁴ An der Evaluation arbeiteten im Weiteren namhaft mit: Dr. Valérie Engammarre, Dr. Daniel Halbeher, Nadine Hagenstein, Dr. Christoph Tagmann (er war als ehemaliger Leiter Recht des Sekretariates der WEKO bis zu seinem Weggang Mitglied der Kerngruppe) und Eva Tresch. Ferner zu erwähnen sind: Simon Bangerter, Katrin Emmenegger, Dr. Lucien Gardiol, Claudia Siebert und Simon Wey.



29. Zum **Vorgehen** ist Folgendes festzuhalten: Gestützt auf den Evaluationsauftrag gemäss Gesetz und EVD wurden in einem ersten Schritt die relevanten Evaluationsfragen und -projekte, die Projektorganisation sowie der Zeitplan ausgearbeitet und in einem so genannten Pflichtenheft festgehalten. Parallel zur Erstellung des Pflichtenheftes fanden Gespräche mit ausgewiesenen Experten/innen und Kritiker/innen über das Kartellgesetz, die Arbeitsweise der Wettbewerbsbehörden, die Qualität der Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden und die Wirkungen des Kartellgesetzes auf den Märkten und in der schweizerischen Volkswirtschaft statt. Die geäusserten Kritikpunkte und Anregungen wurden bei der Ausrichtung und Auswahl der Forschungsprojekte berücksichtigt.¹⁵

30. Das Pflichtenheft wurde mit dem GS EVD am 25. Juni 2007 diskutiert¹⁶ und der WEKO am 2. Juli 2007 zur Stellungnahme unterbreitet. Die Steuerungsgruppe verabschiedete das Pflichtenheft unter Berücksichtigung der Bemerkungen der WEKO und des GS EVD am 3. Juli 2008. Nachträglich, zu Beginn des Jahres 2008, wurde die „Zusammenschlusskontrolle“ als zusätzliches Evaluationsprojekt aufgenommen.

31. Am 9. November 2007 organisierte das EVD in Zusammenarbeit mit dem Projektverantwortlichen ein Brainstorming, an welchem sich ausgewählte Experten/innen zum Kartellgesetz äusserten und sich das EVD über die laufende Evaluation und die Aktualität der aufgegriffenen Evaluationsthemen informieren liess.

¹⁵ Siehe Abschnitt 3.4.

¹⁶ Anlässlich der Sitzung mit dem GS EVD wurde darauf hingewiesen, dass Studien, welche die isolierte volkswirtschaftliche Wirkung (Outcome) des Kartellgesetzes quantifizieren sollen, nur mit Vorbehalt realisierbar seien (vgl. Rz. 57 ff.), aber ein Versuch im Sinne des gesetzlichen Auftrages unternommen werde.

32. Die Mehrheit der Evaluationsprojekte wurde zwischen Sommer 2007 und Herbst 2008 verwirklicht. Die Evaluationsergebnisse flossen in den vorliegenden Synthesebericht ein, der die zentralen Erkenntnisse aus den verschiedenen Arbeiten vereinigt.

33. Zum Synthesebericht nahmen die WEKO am 17. November 2008 sowie die Geschäftsleitung des Sekretariates der WEKO am 12. November 2008 Stellung. Zudem äusserte sich der Präsident der WEKO vor der Evaluationsgruppe Kartellgesetz am 20. Oktober 2008 zur Teilstudie „Funktionsanalyse“¹⁷. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz behandelte die verschiedenen Stellungnahmen und verabschiedete den vorliegenden Synthesebericht am 24. November 2008.

3.2 Evaluationsebenen und Wirkungsmodell

34. Evaluationen (Wirksamkeitsüberprüfungen) dienen der Ermittlung der Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit staatlichen Handelns.¹⁸ Sie sollen namentlich dazu beitragen, die Erarbeitung neuer Massnahmen (Gesetze, Verordnungen) auf sicherere Grundlagen abzustützen, deren Vollzug besser auf die Ziele auszurichten und generell die Transparenz über staatliches Handeln zu verbessern. Das Grundgerüst einer Evaluation und auch der vorliegenden Evaluation des Kartellgesetzes ist ein einfaches Modell staatlichen Handelns, ein so genanntes **Wirkungsmodell**¹⁹, das auf fünf Elementen basiert: Konzept, Vollzug, Output, Impact und Outcome.

35. Die **Evaluation des Kartellgesetzes** orientiert sich an diesen fünf Ebenen. Die Evaluationsprojekte in Abschnitt 3.3 und die Handlungsempfehlungen in Abschnitt III sind gemäss diesen fünf Ebenen strukturiert. Die Handlungsempfehlungen in Abschnitt III setzen ausschliesslich auf der Konzept- und Vollzugsebene an: Da Konzept und Vollzug den Output, den Impact und den Outcome bestimmen, können Änderungen bezüglich Output, Impact und Outcome nur durch Anpassungen in Konzept und Vollzug erfolgen.

¹⁷ Vgl. Rz. 43, Projekt P16.

¹⁸ Vgl. etwa Widmer, Thomas, Leitfaden für Wirksamkeitsüberprüfungen beim Bund, Instrument zur Qualitätssicherung gestützt auf die Evaluationsstandards der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL-Standards), Bern, 2005; Bussmann, Werner, Evaluationen staatlicher Massnahmen erfolgreich begleiten und nutzen, Ein Leitfaden, Bern, 1995; zur Evaluation von Wettbewerbspolitik siehe etwa Hüscherath, Kai, Competition Policy Analysis, An Integrated Approach, Mannheim, 2008.

¹⁹ Hinter jedem staatlichen Politikbereich (Energiepolitik, Gesundheitspolitik, Umweltpolitik, Verkehrspolitik usw.) steht eine Vorstellung, wie der Staat die Gesellschaft beeinflussen kann. Diese Vorstellung wird mit dem Begriff „Wirkungsmodell“ bezeichnet. Das Wirkungsmodell ist ein analytisches Konstrukt sowie eine grobe Vereinfachung der Realität und dient dazu, die Planungs- und Steuerungsabsichten sowie die dabei unterstellten Annahmen darzustellen (vgl. Rieder, Stefan, Integrierte Leistungs- und Wirkungssteuerung, Eine Anleitung zur Formulierung von Leistungen, Zielen und Indikatoren in der öffentlichen Verwaltung, Luzern, 2003).

36. Das **Wirkungsmodell** des Kartellgesetzes gestaltet sich wie folgt:

- Konzept (Ziele und Instrumente) des Kartellgesetzes (**Konzept**): Qualität und Mängel des Kartellgesetzes mit seinen modifizierten Bestimmungen und neuen Instrumenten, rechtliche Erlasse, die mit dem Kartellgesetz in Verbindung stehen.
- Anwendung des Kartellgesetzes (**Vollzug**): insbesondere Organisation, Management der Wettbewerbsbehörden, Verfahrensdauer.
- Von Behörden erbrachte Leistungen (**Output**): Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden wie Schlussberichte, Verfügungen, einvernehmliche Regelungen gemäss Art. 26 und 29 KG, Bekanntmachungen, Beratungen, Einigungen mit Unternehmen ausserhalb von Verfahren, Gutachten, Informationsaustausch mit nationalen und internationalen Behörden, Rechtsmittelverfahren und entsprechende Stellungnahmen, Informationspolitik.
- Wirkungen bei Adressaten des Kartellgesetzes in der Wirtschaft (**Impact**): Wirkung bei Betroffenen infolge von Eingriffen der Wettbewerbsbehörden (Entscheide nach Art. 5, 7 und 9 f. KG in Verfahren nach Art. 26 und 27 KG bzw. in Prüfungen der Phasen I und II nach Art. 32 f. KG), Wirkung der neuen Instrumente (Sanktionsmöglichkeiten, Hausdurchsuchungen, Bonusregelung und Widerspruchsverfahren) sowie der modifizierten Bestimmungen bei Betroffenen und in den Märkten.
- Wirkung bei weiteren Betroffenen (z. B. Konsumenten/innen) und volkswirtschaftliche Wirkungen (**Outcome**): Wirkung der Bestimmungen und Instrumente des Kartellgesetzes, d. h. Förderung von Wettbewerb und Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, Erhöhung der statischen und dynamischen Effizienz (höhere Wohlfahrt) in der schweizerischen Volkswirtschaft, Wirtschaftswachstum.

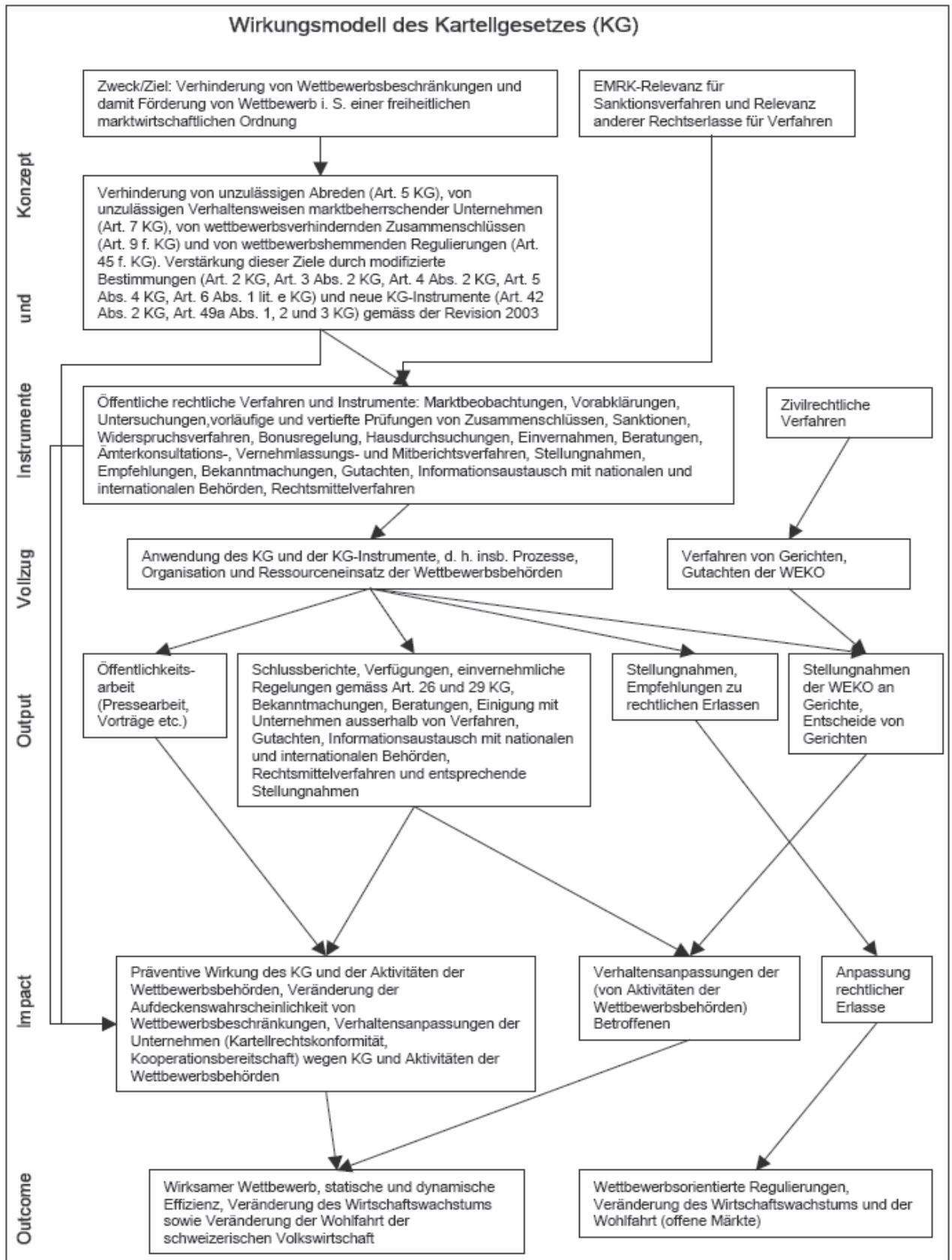
37. Es ist zu beachten, dass die **Wirkungsmessung** von Wettbewerb und dem Kartellgesetz gerade auf der **Outcomeebene** (aber auch auf der Impactebene) eine schwierige Aufgabe darstellt,²⁰ dies bestätigen auch internationale Arbeiten.²¹ Stets sind mehrere Indikatoren zu betrachten, wie zum Beispiel die Wertschöpfungs-, Preis- oder die Produktivitätsentwicklung oder das Preis-Leistungs-Verhältnis. Die Wettbewerbsintensität und die genannten Indikatoren werden, neben dem Kartellgesetz und den Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden, durch zahlreiche Faktoren wie etwa den Konjunkturverlauf, Innovationen, staatliche Regulierungen und Handelshemmnisse beeinflusst. Trotz den genannten Schwierigkeiten war gemäss Art. 59a KG bzw. den entsprechenden Materialien eine Outcomemessung des Kartellgesetzes anzustreben. Angesichts dieser Schwierigkeiten musste aber weitgehend auf die anderen Ebenen (Impact, Output, Vollzug, Konzept) ausgewichen werden.

38. Die nachfolgende Darstellung 1 zeigt die fünf Ebenen des Wirkungsmodells des Kartellgesetzes zur Illustration grafisch auf. Sie enthält namentlich die Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörden sowie die zentralen Wirkungen des Kartellgesetzes auf Impact- und Outcome-Ebene.

²⁰ Vgl. dazu Abschnitt 4.2.

²¹ Vgl. dazu etwa die folgenden Beiträge, die namentlich Ausführungen zu Evaluationen anderer Länder und Wettbewerbsbehörden enthalten: Konferenz der Niederlande Mededingingsautoriteit NMa "Measuring the Economic Effects of Competition Law Enforcement", die am 18. und 19. Oktober 2007 stattfand (URL: www.nmanet.nl/conference [12.10.2008]); OECD Policy Roundtable vom 6. und 7. Juni 2007 ("Evaluation of the Actions and Resources of the Competition Authorities"), OECD Policy Roundtable 2005 („Evaluation of the Actions and Resources of the Competition Authorities“; URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/7/15/35910995.pdf> [12.10.08]); NERA, Assessing the Impact of Competition Policy Reforms on Australia's Infrastructure Performance, A Report for the Australian Competition and Consumer Commission, Sydney, 2007 (URL: http://www.nera.com/Publication.asp?p_ID=3231 [12.10.08]).

Darstellung 1: Wirkungsmodell des Kartellgesetzes



Quelle: Eigene Darstellung

3.3 Evaluationsprojekte

39. Eine Evaluation sämtlicher Instrumente, Aktivitäten und Wirkungen des Kartellgesetzes wäre im Hinblick auf die Ressourcen und angesichts der Forschungsschwierigkeiten zu aufwändig gewesen, so dass eine **Auswahl** an Forschungsprojekten getroffen werden musste. Bei der Auswahl spielten für die Evaluationsgruppe Kartellgesetz die folgenden Kriterien eine entscheidende Rolle:

- Evaluation der 2003 eingeführten neuen Instrumente (Hauptziel der Evaluation) und revidierten Bestimmungen;
- die Behandlung der parlamentarischen Vorstösse über die Problematik der vertikalen Vereinbarungen und die Organisationsstruktur der Wettbewerbsbehörden;
- Vorgaben des EVD (insbesondere internationaler Vergleich des Kartellgesetzes, Verfahrensrecht);
- Beantwortung offener Fragen wie etwa der allfällig bestehenden, verfahrensrechtlichen Probleme im Zusammenhang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK);
- Restriktionen in der Messbarkeit des Outcomes;
- vorhandenes Budget²²;
- das Vorhandensein von Quellen (Studien, Gutachten etc.)²³.

40. Nicht verfolgt wurde namentlich die Überprüfung von Art. 4 Abs. 2 KG. Das Spannungsfeld von Kartellrecht und anderen Regulierungen sowie die Kompetenzüberschneidungen zwischen Wettbewerbsbehörden und anderen Behörden wurden ebenfalls nicht behandelt.

41. Die zu Beginn der Evaluation ausgewählten **Forschungsprojekte** wurden zum Teil (**verwaltungs-**)intern (vgl. Rz. 42), zum Teil **extern** (vgl. Rz. 43 f.) durchgeführt. Die internen und externen Berichte und Studien sind dem Anhang zu entnehmen. Dabei ist festzuhalten, dass das Projekt P9 zum Teil verwaltungsintern, zum Teil extern erbracht wurde. Zudem ist zu erwähnen, dass sich die Nummerierung an jener aus dem Pflichtenheft orientiert. Die Projekte P3 und 14 wurden letztlich nicht durchgeführt, aber der Vollständigkeit halber in den zwei folgenden Übersichten aufgeführt. Das Projekt P3 (intern durchgeführte Fallstudien zu Entscheiden der WEKO) wäre durchgeführt worden, soweit nicht Externe gefunden worden wären, die im Rahmen des Projektes P13 Fallentscheide evaluiert hätten. Der Qualitätsüberprüfung mittels Gutachten (Gegenstand von Projekt P14) wurden – insbesondere mit Blick auf die Angreifbarkeit von Qualitätsgutachten und die begrenzten Mittel – quantitative Studien vorgezogen (vgl. Rz. 39).

²² Die Evaluation war mit einem Kostendach von CHF 350'000.- für externe Arbeiten und einem geplanten Kostendach von CHF 350'000.- für interne Arbeiten versehen.

²³ In folgenden Arbeiten jüngerer Zeit beschäftigten sich Autoren/innen mit der Effektivität der schweizerischen Wettbewerbspolitik: von Weizsäcker, C. Christian, Ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der WEKO, Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Volkswirtschaftsdepartements, Köln, 2000 (RPW 2000/3, S. 510 ff.); insb. Beurteilung der Entscheide der WEKO sowie der Organisation und fachlichen Kompetenz des ökonomischen Apparats des Sekretariats. Hangartner, Yvo, Rechtsgutachten zuhanden des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements betreffend die Verfügungen der WEKO, Rechtsgutachten, St. Gallen, 2000 (RPW 2000/3, S. 532 ff.); Beurteilung der Entscheide der WEKO in juristischer Hinsicht. Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle PVK, Das Kartellrecht: Standortbestimmung, Bericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, Bern, 2000 (URL: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2001/3346.pdf> [04.12.08]).

42. Unter die **(verwaltungs-)internen** (amts-/bundesinternen) **Analysen** fielen Arbeiten von Mitarbeitenden des Sekretariates der WEKO und von anderen Bundesämtern (SECO und BJ)²⁴. Es handelt sich um die folgenden Projekte:

Projektname, -ziel und Forschungsfragen
<p>P1) Umfragen (bei Anwälte/innen, Wirtschaft, Mitarbeitenden des Sekretariates der WEKO) bezüglich des Effektes von neuen KG-Instrumenten (Anhang 1)</p> <p>Das Projekt „Umfragen“ ist der Ebene „Impact“ zuzuordnen. Es hat zum Projektziel, die Wirkungen eines Teils der neuen Bestimmungen bzw. Instrumente (Sanktionsmöglichkeiten, Hausdurchsuchungen, Bonusregelung, Widerspruchsverfahren, Schlussbestimmung) des revidierten Kartellgesetzes bei den Betroffenen (Unternehmen, Verbände, Anwälte/innen und Wettbewerbsbehörden) zu eruieren. Dazu wurden drei Umfragen durchgeführt: Zweimalige Umfrage bei kartellrechtlich spezialisierten Anwälten/innen (November 2005, Januar 2008), zweimalige Umfrage bei Unternehmen und Verbänden (April 2006, April 2008), dreimalige sekretariatsinterne Umfrage (November/Dezember 2005, 2006, 2007).</p> <p>Mittels der Umfrage des Sekretariates der WEKO bei rund 70 kartellrechtlich spezialisierten Anwälten/innen sollte deren Wissen über das Verhalten von Unternehmen erfasst werden, welches nur den Anwälten/innen, nicht aber der WEKO zugänglich ist. Die interne Umfrage bei allen Mitarbeitenden des Sekretariates der WEKO diene dem Einholen des Wissens der Mitarbeitenden, das diese im täglichen Umgang mit der Materie und den Betroffenen aufbauen. Mit der Umfrage bei rund 100 Unternehmen und 50 Verbänden wurde beabsichtigt, die Wirkung der neuen Instrumente direkt bei den Betroffenen zu klären. Die mehrmalige Durchführung der Umfragen sollte die Erfassung von Entwicklungen über den betrachteten Zeitraum erlauben.</p>
<p>P2) Studien Einzelbestimmungen (Art. 3 Abs. 2 KG, Art. 5 Abs. 4 KG) (Anhang 2)</p> <p>Dieses Projekt ist bezüglich Art. 3 Abs. 2 KG (Einfuhrbeschränkungen und geistiges Eigentum) weitgehend der Ebene „Konzept“ und bezüglich Art. 5 Abs. 4 KG (vertikale Vereinbarungen) den Ebenen „Konzept“, „Vollzug“, „Output“ und „Impact“ zuzuordnen. Es hat zum Ziel, die Wirkung der beiden neu eingeführten Gesetzesartikel zu evaluieren.</p> <p>Dabei ist einerseits die Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 KG in Theorie und Praxis der Wettbewerbsbehörden kurz darzustellen und zu erläutern. Von Interesse ist insbesondere, ob und inwiefern die Tragweite von Art. 3 Abs. 2 KG durch die Revision 2003 beeinflusst wurde. Andererseits soll in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG namentlich die interne Erfahrung der Wettbewerbsbehörden, die ökonomische Lehrmeinung, Erkenntnisse aus dem internationalen Vergleich, Erkenntnisse aus Interviews und Befragungen sowie die Ergebnisse der Impact Studie aus dem Projekt P13 festgehalten werden.</p>
<p>P3) Interne Fallstudien zu Entscheiden der WEKO (Reserveprojekt)</p> <p>Soweit nicht Entscheide/Nicht-Entscheide der Wettbewerbsbehörden im Rahmen des Forschungsprojektes P13 durch Externe analysiert worden wären, hätte die Evaluationsgruppe intern Fallstudien erstellt. Das Projekt P3 war damit ein Reserveprojekt. Da ZEW/KOF Fallstudien durchführten, wurde auf dieses Projekt verzichtet.</p>

²⁴ Die Projekte P4, P5, P6 und P7 führten Mitarbeitende des Sekretariates der WEKO durch. Die Projekte P1, P2, P8 und P9 erstellten in Zusammenarbeit Mitarbeitende des Sekretariates der WEKO und das SECO (P1, P2, P8, Teile von P9). Die Projekte P10 und P11 erarbeiteten Mitarbeitende des Sekretariates der WEKO, wobei das BJ konsultiert wurde.

P4) Output-Statistik (Anhang 3)

Das Projekt „Outputstatistik“ ist der Ebene „**Output**“ zuzuordnen und dient primär der Erfassung der durchgeführten Tätigkeiten und Verfahren der Wettbewerbsbehörden (dem Output der Wettbewerbsbehörden), die in ihren gesetzlich vorgesehenen Aufgabenbereichen liegen. Gemäss Pflichtenheft zur Evaluation sind in diesem Projekt die folgenden Fragen zu beantworten (**Projektziel**):

Wie viele Untersuchungen, Vorabklärungen, Marktbeobachtungen, Beratungen, Gutachten, Ämterkonsultations-, Vernehmlassungs-, Mitberichtsverfahren etc. führten die Wettbewerbsbehörden seit 1996 durch? Wie viele Sanktionsverfahren, Bonusregelungen, Hausdurchsuchungen, Widerspruchsverfahren, Meldungen gemäss Schlussbestimmungen führten die Wettbewerbsbehörden seit 2003 durch? Wie viele Fälle wurden seit 1996 informell erledigt, d. h. nicht durch einen formellen Entscheid abgeschlossen? Wie viele Prüfungen der Phasen I und II (Fusionskontrolle) wurden seit 1996 durchgeführt? Wie viele Beratungen wurden seit 1996 durchgeführt?

Neben den Antworten auf diese Fragen enthält der Bericht zudem einen Teilvergleich zwischen den schweizerischen und europäischen Wettbewerbsbehörden über die Anzahl der Tätigkeiten hinsichtlich einiger Verfahrensarten unter Berücksichtigung von Budget und Personal.

P5) Ausgang der Verfahren (Anhang 4)

Das Projekt „Ausgang von Verfahren“ ist der Ebene „**Output**“ zuzuordnen. Das **Projektziel** besteht darin, eine Übersicht über die Verfahrensbilanz der WEKO für den Zeitraum von 1997 bis 2007 zu geben. Aus dem entsprechenden Bericht soll hervorgehen, wie oft die WEKO – in der Hauptsache wie auch in Nebensachen – einen Erfolg zu erzielen vermochte. Des Weiteren sollen die einzelnen Etappen des Rechtsmittelweges bzw. die Bilanz der WEKO vor den einzelnen Rechtsmittelinstanzen, d. h. vor der REKO/WEF bzw. dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer) und dem Bundesgericht (BGer), analysiert werden.

P6) Verfahrensdauer (Anhang 7)

Das Projekt „Verfahrensdauer“ ist der Ebene „**Output**“ zuzuordnen und dient der Analyse der Verfahrensdauer von Vorabklärungen und Untersuchungen (**Projektziel**). Dabei ist zunächst die Verfahrensdauer zu bestimmen, danach sind in einem zweiten Schritt einige Überlegungen anzustellen, von welchen Faktoren die Verfahrensdauer abhängt.

P7) Zivilrechtlicher Weg (Anhang 8)

Das Projekt „Umfrage – zivilrechtlicher Weg“ ist der Ebene „**Output**“ zuzuordnen. Das **Projektziel** besteht primär darin, die Häufigkeit und sekundär die Relevanz kartellzivilrechtlicher Verfahren zu ermitteln. Die Untersuchung soll aufzeigen, in welchen Kantonen wie viele kartellzivilrechtliche Verfahren durchgeführt wurden und ob Veränderungen bezüglich Häufigkeit der Verfahren seit der KG-Revision 2003 bemerkbar sind. Im Weiteren soll die Erhebung Aufschluss über die Einschätzung der Gerichte geben, inwieweit die Instrumente und Mittel der Gerichte in kartellzivilrechtlichen Verfahren ausreichend sind oder ob (und wie) diese allenfalls verbessert werden könnten.

P8) Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (Anhang 9)

Das Projekt „Ausländische Zusammenarbeit“ ist den Ebenen „**Konzept**“ und „**Vollzug**“ zuzuordnen. In diesem Projekt sollen die Möglichkeiten und Grenzen der internationalen Zusammenarbeit zwischen den schweizerischen und den ausländischen Wettbewerbsbehörden im Bereich des Wettbewerbsrechts (Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 und 7 KG sowie Zusammenschlusskontrolle) aufgezeigt werden. Dabei sind die folgenden Fragen zu beantworten (**Projektziel**):

- Wie weit können die Wettbewerbsbehörden ohne Abkommen (Ausnahme bildet das Luftverkehrsabkommen) mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten?
- Wäre ein Ausbau der internationalen Abkommen für die tägliche Arbeit förderlich? Was wäre hierzu nötig?

P9) Internationaler Vergleich des Kartellgesetzes (Anhang 10)

Das Projekt „Internationaler Vergleich“ ist der Ebene „**Konzept**“ zuzuordnen. **Projektziele** bilden zum einen die Einordnung des Schweizer Kartellgesetzes im Vergleich mit der internationalen Best Practice (insbesondere OECD-Staaten) und zum anderen die Erweiterung der Evaluation um die Erkenntnisse von Staaten mit langjährigen Erfahrungen in der Wettbewerbspolitik insbesondere bezüglich Instrumenten, die in der Schweiz erst seit kurzem oder gar nicht angewendet werden. Dabei sind die folgenden Fragen zu beantworten:

- Wie weit entspricht das schweizerische Kartellrecht, insbesondere mit den modifizierten Bestimmungen und neuen Instrumenten als auch mit der aktuellen Zusammenschlusskontrolle, dem Wettbewerbsrecht ausgewählter OECD-Länder?
- Wie weit entspricht das schweizerische Kartellrecht dem heutigen Stand der Erfahrungen und Erkenntnisse im Bereich Wettbewerbsökonomie und -recht?
- Wie sind in diesem Zusammenhang die Änderungsanregungen und Kritikpunkte der OECD einzuschätzen (OECD Peer Review)?
- Wie sind in diesem Zusammenhang die Anregungen und Kritikpunkte des International Competition Networks (ICN) einzuschätzen?
- Ist die Verfahrensdauer im internationalen Vergleich angemessen (vgl. auch P6)?

Ausgeschrieben und an Externe vergeben wurde eine rechtsvergleichende Analyse zu folgenden Themen: Vertikale Vereinbarungen, Institutionelles, Sanktionierung von natürlichen Personen, zivilrechtlicher Weg.

P10) / P11) Verfahrensrecht / EMRK (Anhang 11)

Die Projekte „Verfahrensrecht“ und „EMRK“ sind der Ebene „**Konzept**“ zuzuordnen. Das **Projektziel** besteht in der Beantwortung folgender Fragen:

- Genügt das aktuelle Verfahrensrecht den Anforderungen von kartellrechtlichen Verfahren (P10)?
- Wie lassen sich allfällige verfahrensrechtliche Probleme lösen (P10)?
- Ist allenfalls für kartellrechtliche Verfahren ein separates Verfahrensrecht angebracht (P10)?
- Ergeben sich aus der EMRK (verfahrensrechtliche) Probleme in der Anwendung des Kartellgesetzes (P11)?
- Gibt es einen gesetzlichen Anpassungsbedarf (P11)?

P17) Zusammenschlusskontrolle (Anhang 14)

Das Projekt „Zusammenschlusskontrolle“ ist der Ebene „**Konzept**“ zuzuordnen. **Projektziel** ist es, eine Antwort auf die Frage zu geben, ob ein Revisionsbedarf betreffend die Voraussetzungen zur Untersagung von Unternehmenszusammenschlüssen im schweizerischen Kartellrecht besteht. Die Analyse von Qualität und Mängeln (v. a. in ökonomischer Hinsicht) der seit 1995 weitgehend unveränderten Zusammenschlusskontrolle steht dabei im Vordergrund. Dementsprechend wurde keine Evaluation von konkreten, einzelnen Fusionsentscheiden der Wettbewerbsbehörden vorgenommen.

43. Die **externen Projekte** in nachstehender Übersicht wurden ausgeschrieben (bis auf jenes in Sachen Funktionsanalyse, bezüglich welcher ausgewählte Firmen angefragt wurden).²⁵ Die folgenden Institute, Unternehmen und Gutachter wurden ausgewählt:

- Hinsichtlich der Wirkungen des Kartellgesetzes seit 1995 bestand für *Polynomics*²⁶ der Auftrag darin, den Versuch zu unternehmen, die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen zu quantifizieren (hauptsächlich zu Projekt P12). In einem zweiten Teil des Forschungsauftrages sollte die Wirkung einer Auswahl neuer Instrumente (direkte Sanktionsmöglichkeit, Bonusmeldung) des revidierten Kartellgesetzes qualitativ analysiert werden, indem basierend auf internationalen Erfahrungen mögliche Analogieschlüsse für die Schweiz gezogen werden sollten.²⁷
- Das *Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung* und die *Konjunkturforschungsstelle der ETH* (nachfolgend: ZEW/KOF) wurden mit der Durchführung einer Umfrage bei Anwälten/innen, Unternehmen und Verbänden zur Wirkung der neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes und zur Durchführung von Fallstudien in vier zentralen Bereichen des Kartellgesetzes (horizontale Abreden, Marktmachtmissbrauch, Unternehmenszusammenschlüsse, vertikale Vereinbarungen) beauftragt (hauptsächlich zu den Projekten P13 und P15).²⁸
- Auf Basis eines übersichtsartigen Vergleiches des Schweizer Kartellgesetzes mit demjenigen sechs ausgewählter Rechtsordnungen (EU, Deutschland, Frankreich, Niederlande, Vereinigtes Königreich, USA) wurden durch *A. Heinemann*²⁹ und *C. Baudenbacher*³⁰ vertiefte internationale Vergleiche von vier Themen, die für die zukünftige Entwicklung des Schweizer Wettbewerbsrechts bedeutsam sind, vorgenommen (im Rahmen von Projekt P9): institutionelle Ausgestaltung, zivilrechtlicher Weg, Sanktionierung natürlicher Personen sowie vertikale Vereinbarungen.
- Die Arbeitsweise der Wettbewerbsbehörden, die Erarbeitung kurz-, mittel- und langfristiger Massnahmen und Optimierungsmöglichkeiten zur Effizienzsteigerung der Wettbewerbsbehörden (*de lege lata* und *de lege ferenda*) wurde in einer Funktionsanalyse von *R. Specht* (Specht Consulting GmbH) untersucht (Projekte P16).³¹

²⁵ Für die Projekte P12-15 standen insgesamt CHF 200'000.- und die Teilprojekte von P9 CHF 50'000.- zur Verfügung. Diese Finanzierung erfolgte über den Ressortforschungskredit des SECO, bei dem auch die Federführung zur Projektbegleitung lag. Die an der Evaluation beteiligten Mitarbeitenden des Sekretariates der WEKO wurden eng miteinbezogen.

²⁶ Der Auftrag ging in einer ersten, kürzeren Phase an Plaut Economics, Olten, wurde dann aber für den Hauptteil der Arbeiten – aufgrund einer organisatorischen Änderung bei Plaut Economics – von Polynomics weitergeführt.

²⁷ Polynomics, Evaluation des Kartellgesetzes. Themenschwerpunkt Outcome-Analyse, Olten, 2008 (vgl. Anhang 14).

²⁸ ZEW/KOF, Studien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes, Mannheim, 2008 (vgl. Anhang 15).

²⁹ Heinemann, Andreas, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Zürich, 2008 (vgl. Anhang 11).

³⁰ Baudenbacher, Carl, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, St. Gallen, 2008 (vgl. Anhang 12).

³¹ Specht, Rolf, Funktionsanalyse, Richterswil, 2008 (vgl. Anhang 14).

44. Bei den **externen Projekten** handelt es sich um die Folgenden:

Projektname, -ziel und Forschungsfragen
<p>P9) Internationaler Vergleich (Anhang 10)</p> <p>Wie aus dem Beschrieb der vorangehenden Übersicht (Rz. 42) zu P9 hervorgeht, wurde eine rechtsvergleichende Analyse zu vier Teilen dieses Projektes extern vergeben: Vertikale Vereinbarungen (ebenso Teil von P2), Institutionelles (ebenso Teil von P16), Sanktionierung von natürlichen Personen, zivilrechtlicher Weg (ebenso Teil von P7).</p>
<p>P12) Messung Outcome (Anhang 14)</p> <p>Das Projekt „Messung Outcome“ ist – wie es der Name schon sagt – der Ebene „Outcome“ zuzuordnen. Das Projektziel besteht in der Abklärung, inwieweit</p> <ul style="list-style-type: none">- die Bestimmungen und Instrumente des Kartellgesetzes von 1995 zu einer Erhöhung der statischen und dynamischen Effizienz beitragen und ob- die neuen Instrumente und Bestimmungen des revidierten Kartellgesetzes (nach 1. April 2004) ihre erwartete Wirkung erzielt haben. <p>Der erste Teil des Forschungsauftrags beschäftigt sich mit den gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der kartellrechtlichen Aktivitäten und wird in Form einer Outcome-Analyse durchgeführt. Bewusst besteht der Auftrag darin, den Versuch zu unternehmen, die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen zu quantifizieren. Im Gegensatz dazu steht beim zweiten Teil des Forschungsauftrages die qualitative Analyse der Wirkung der KG-Revision im Vordergrund, indem basierend auf internationalen Erfahrungen mögliche Analogieschlüsse für die Schweiz gezogen werden.</p>
<p>P13) Fallstudien (Anhang 15)</p> <p>Das Projekt „Fallstudien“ ist der Ebene „Impact“ zuzuordnen. Das Projektziel besteht darin, mit Hilfe von Fallstudien zu untersuchen, welche konkreten Effekte in den Markt eingreifende bzw. nicht eingreifende Entscheide hatten und wie sich diese Entscheide bei den Betroffenen und in den entsprechenden Märkten ausgewirkt haben. Angelehnt an die Struktur des Kartellgesetzes soll je eine Fallstudie zu einer Wettbewerbsabrede, einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, einem horizontalen Unternehmenszusammenschluss sowie einer vertikalen Vereinbarung erfolgen.</p> <p>Den Fallstudien vorangestellt ist eine Darstellung der Ergebnisse einer Befragung zu den Wirkungen des Kartellgesetzes bei Anwälten, Unternehmen und Verbänden. Diese verfolgt insbesondere den Zweck, positive und negative Wirkungen des Kartellgesetzes bzw. der Kartellgesetzrevision aus der Sicht von Betroffenen aufzuspüren sowie Verbesserungsvorschläge aufzunehmen.</p>
<p>P14) Qualitätsüberprüfung</p> <p>Diesem Projekt wurden insbesondere mit Blick auf die begrenzten Mittel und die Angreifbarkeit von Qualitätsgutachten Impact- und Outcomestudien vorgezogen (vgl. Rz. 39). In der Folge wurde auf das Projekt verzichtet.</p>
<p>P15) Studien zu Art. 5 Abs. 4 KG (Anhang 15)</p> <p>Dieses Projekt wurde in P13 integriert bzw. vom gleichen externen Auftragnehmer wie das Projekt P13 durchgeführt.</p>
<p>P16) Funktionsanalyse WEKO (Anhang 14)</p> <p>Das Projekt „Funktionsanalyse“ ist den Ebenen „Konzept“ und „Vollzug“ zuzuordnen. Es</p>

Projektname, -ziel und Forschungsfragen

dient primär der Beantwortung der folgenden Fragen (Projektziel):

- Sind die WEKO und das Sekretariat der WEKO in ihrer Arbeitsweise effizient?
- Welche Massnahmen können kurzfristig im Rahmen des bestehenden Kartellgesetzes (mit Änderungen des Geschäftsreglements) zur Verbesserung der Effizienz ergriffen werden?
- Welche längerfristigen Massnahmen mit Änderungen des Kartellgesetzes sind sinnvoll?

Daraus ergeben sich als Ergebnisse der Funktionsanalyse insbesondere:

- Eine Untersuchung der Arbeitsweise der WEKO.
- Aufzeigen eines Ersatzes für die aufgegebenen Organisationsstruktur (Kammern).
- Erarbeiten eines Massnahmenkatalogs im Hinblick auf kurz-, mittel- und langfristige Optimierungsmöglichkeiten.

3.4 Vorgespräche mit Experten/innen und Kritikern/innen

45. In einem frühen Stadium der Evaluation wurden die Meinungen von **25 Experten/innen** und (interessenspolitischen) **Kritiker/innen** erfasst. Die Experten/innen und Kritiker/innen wurden zum Kartellgesetz, zur Arbeitsweise der Wettbewerbsbehörden (Kommission und Sekretariat), zur Qualität der Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden wie auch zu den Wirkungen des Kartellgesetzes auf den Märkten und in der schweizerischen Volkswirtschaft befragt. Die geäusserten Kritikpunkte und Anregungen flossen in die Forschungsprojekte der Evaluation (Ausrichtung und Auswahl) ein und gaben einen Überblick über wichtige Themenfelder.

46. Die folgenden, angefragten Experten/innen und Kritiker/innen erklärten sich zu Gesprächen bereit: Prof. Dr. M. Amstutz (Universität Fribourg), Dr. J. Borer (Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte), Prof. Dr. C. Bovet (Universität Genf), Prof. Dr. R. von Büren (Universität Bern, ehemaliger Präsident der WEKO), G. Bühler / U. Looser / T. Pletscher (economiesuisse), M. Dusong (Fédération romande des consommateurs FRC), Dr. F. Hoffet (Homburger AG, Rechtsanwälte), Dr. R. Jacobs (Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte), Prof. Dr. J.-C. Lambelet (ehemaliges Mitglied der WEKO), S. Sommaruga (Stiftung für Konsumentenschutz SKS), R. Strahm (damaliger Preisüberwacher), M. Saurer (Berater in Industrieökonomie, ehemaliger Vizedirektor des Sekretariates der WEKO), F. Troesch-Schnyder (Konsumentenforum kf), Dr. P. Triponez / Dr. R. Horber (Schweizerischer Gewerbeverband SGV), M. Wise (OECD, Competition Division), Prof. Dr. P. Zweifel (ehemaliges Mitglied der WEKO). Ebenso wurden die Mitglieder des damaligen Präsidiums der WEKO (Prof. Dr. W. Stoffel, Prof. Dr. Y. Flückiger, Prof. Dr. R. Zäch), zwei Mitglieder der damaligen WEKO (Dr. M. Baldi, Prof. Dr. M. Pasquier) und ein Mitglied der Geschäftsleitung des Sekretariates der WEKO (Prof. Dr. P. Ducrey) befragt. Die Befragungen erfolgten durch den Projektleiter und die Kerngruppe.

47. Da die Kritiken und Bemerkungen für die Ausrichtung der Evaluation von Bedeutung waren, werden die wichtigsten Punkte nachstehend, soweit sie von mehreren Experten/innen und Kritikern/innen geteilt wurden, zusammengefasst.³² Das **Resümee** orientiert sich an den Evaluationsebenen:

48. Zentrale Bemerkungen zum **Konzept**

- Experten/innen und Kritiker/innen zeigen sich mit der geltenden Gesetzgebung grundsätzlich zufrieden. Materiellrechtlich sei das Kartellgesetz auf dem neuesten Stand und dem Recht der EU angeglichen. Mängel werden beim neuen Gesetz teilweise bei Art. 5

³² Eine ausführlichere Zusammenfassung der Gespräche ist Anhang 18 zu entnehmen.

Abs. 4 KG (vertikale Vereinbarungen) und dessen Materialien, dem Widerspruchsverfahren (lange Frist; Sanktionen sollten erst bei Eröffnung einer Untersuchung wieder aufleben; derzeit zu wenig Rechtssicherheit), dem KMU-Artikel im Kartellgesetz und bei Art. 4 Abs. 2 KG (Begriff der Marktbeherrschung) gesehen.

- Die Kommission sei mit 15 Mitgliedern zu gross, sie sollte auf etwa 5–7 Mitglieder verkleinert werden. Arbeitslast und Komplexität der Geschäfte seien für die Milizmitglieder nicht tragbar. Die Kommission sei zu professionalisieren und mit mehr Ökonomen/innen auszustatten. Auf Interessenvertreter/innen sei zu verzichten.
- Die Untersuchungs- und Entscheidbehörden (Sekretariat und Kommission) seien klarer zu trennen.
- Die Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden sei zu intensivieren und der Informationsaustausch zu ermöglichen.
- Der SLC-Test bzw. SIEC-Test würde den Wettbewerbsbehörden grössere Flexibilität bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen ermöglichen und sei zeitgemässer als der bestehende „Dominance-Test“.³³
- Dem zivilrechtlichen Weg solle grundsätzlich nicht mehr Gewicht verliehen werden bzw. es bestehe keine Notwendigkeit, diesen auszubauen. Erst dank einer grösseren Anzahl von Leitentscheiden wäre es überhaupt möglich, dass die Zivilgerichte aktiv würden.
- Das Sekretariat benötige mehr Personal.

49. Zentrale Bemerkungen zum **Vollzug**:

- Die Wettbewerbsbehörden täten sich zu schwer mit Leitentscheiden, v. a. bezüglich Art. 5 Abs. 4 (vertikale Vereinbarungen), Art. 7 (Begriff der Marktbeherrschung) und Art. 3 Abs. 2 KG (Einfuhrbeschränkungen infolge geistigen Eigentums). Es bestehe daher ein Vollzugsdefizit – v. a. im Bereich Vertikalabreden. Damit seien Rechtsunsicherheit und offene Grundsatzfragen verbunden (z. B. ob die Sanktionen zum Tragen kommen, wenn die Vermutung umgestossen wurde). Es fehle der Wettbewerbsbehörde an einer mittel- bis längerfristigen Strategie für die Ausrichtung ihrer Tätigkeiten.
- Die Verfahren würden zu lange dauern und die Entscheide der Wettbewerbsbehörden würden zu wenig schnell getroffen. Dies gelte auch für die ehemalige REKO/WEF. Verfahren müssten straffer geführt werden.
- Eine ökonomischere Ausrichtung von Kommission und Sekretariat sei notwendig. Die Entscheide der Wettbewerbsbehörden seien ökonomisch gesehen zu wenig fundiert.
- Die Zusammenarbeit zwischen der Preisüberwachung und der WEKO sowie dem Sekretariat der WEKO sollte klarer geregelt werden.

50. Zentrale Bemerkungen zum **Output**:

- Insgesamt seien seit Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes zu wenig Leitentscheide produziert worden.
- Die Diskussion um die Anwendung des Art. 5 Abs. 4 KG (vertikale Vereinbarungen) sei ökonomisch zu wenig fundiert. Vor allem sei es unhaltbar, den Interbrand-Wettbewerb weitgehend ignorieren zu wollen. Dabei wird kein Bedarf für eine Änderung der gesetzlichen Grundlagen gesehen, es handle sich um eine Vollzugsproblematik.
- Es wurde kritisiert, dass die WEKO bisweilen die Wettbewerber anstelle des Wettbewerbs schütze.

³³ Vgl. Abschnitt 12 sowie Anhang 17.

51. Zentrale Bemerkungen zum **Impact**:

- Rückmeldungen von Anwälten, Anwälten in Unternehmen und aus der Wirtschaft zeigten, dass das revidierte Kartellgesetz eine wesentlich höhere Präventivwirkung erziele als das KG 95. Die Einführung der direkten Sanktionen habe einen erheblichen Impact gehabt. Die Einhaltung des Kartellgesetzes („Compliance“) sei viel besser geworden.

52. Die Kritikpunkte und Bemerkungen der Experten/innen und Kritiker/innen fanden in den verschiedenen Evaluationsprojekten weitgehend Berücksichtigung.³⁴

³⁴ Die Auswahlkriterien und die Projekte sind Abschnitt 3.3 zu entnehmen.

II. Analyse – Evaluationsthemen

53. Die Struktur des Abschnittes II orientiert sich grundsätzlich an den fünf erwähnten Evaluationsebenen (Outcome, Impact, Output, Vollzug und Konzept). In Abschnitt II.a werden die Wirkungen (Outcome und Impact) des Kartellgesetzes und der neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes dargestellt. Der Output der Wettbewerbsbehörden, d. h. Anzahl, Dauer und Ausgang der Verfahren der Wettbewerbsbehörden, bildet Thema von Abschnitt II.b. Unter Konzept und Vollzug werden in Abschnitt II.c die folgenden Themen behandelt: Internationaler Vergleich, Institutionelles, Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden, Zusammenschlusskontrolle, vertikale Absprachen, zivilrechtliche Kartellverfahren, Verfahrensrecht und EMRK, Sanktionierung natürlicher Personen, Verhältnis von geistigem Eigentum und Kartellrecht, KMU-Klausel und Bekanntmachung über Kalkulationshilfen.

II.a. Wirkung des Kartellgesetzes (Outcome, Impact)

4 Volkswirtschaftliche Wirkungen des Kartellgesetzes³⁵

4.1 Die wohlfahrtssteigernde Wirkung des Wettbewerbs

54. Der gesamtwirtschaftliche Ertrag und das langfristige Wachstumspotenzial einer Volkswirtschaft hängen von einer grossen Anzahl wirtschaftspolitischer Einflussfaktoren und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen ab. Wirtschaftliche und politische Massnahmen beeinflussen die Wohlfahrt und die Möglichkeit zu deren Optimierung. Es ist vielfach belegt, dass eine der Hauptbedingungen für die Erreichung gesamtwirtschaftlicher Effizienz und damit auch für die Optimierung der Wohlfahrt **wirksamer Wettbewerb** ist. Entsprechend hat das Kartellgesetz zum Ziel, den wirksamen Wettbewerb zu fördern (Art. 1 KG).

55. Wettbewerb erfüllt im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Ordnung in allokativer, produktiver und dynamischer Hinsicht eine Reihe grundlegender **Funktionen**: Unter anderem steuert er das Angebot an Produkten und Dienstleistungen gemäss den Käuferpräferenzen, führt er zu einem effizienten Einsatz der Produktionsfaktoren, schafft er Anreize zu bestmöglicher Leistung, fördert er die Produkt- und Prozessinnovation und zwingt er zur Anpassung an sich verändernde Bedingungen. Mit anderen Worten bewirkt wirksamer Wettbewerb, dass die Marktteilnehmenden gehalten sind, die knappen Ressourcen optimal einzusetzen und die von den Konsumenten/innen gewünschten Produkte und Dienstleistungen zu einem optimalen Preis-/Leistungsverhältnis bereitzustellen.³⁶

56. Fehlender Wettbewerb kann nicht nur überhöhte Preise oder ein geringeres Güterangebot zur Folge haben, sondern namentlich auch die Produktivitätsentwicklung beeinträchtigen und am Ende zu Verlust von Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft führen. Wettbewerbsdruck ist somit auch ein Faktor für Wirtschaftswachstum. Zahlreiche Untersuchungen, u. a. der OECD, liefern namentlich Evidenz für die produktivitäts- und beschäftigungssteigernde Wirkung wettbewerbsfördernder Reformen³⁷ sowie dafür, dass wettbewerbs-

³⁵ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf die folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Berichte und Quellen: Polynomics (vgl. Anhang 14), ZEW/KOF (vgl. Anhang 15), SECO (vgl. Anhang 19).

³⁶ Siehe etwa Motta, Massimo, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2007 sowie Baker, Jonathan B., *The Case of Antitrust Enforcement*, *Journal of Economic Perspectives*, 17, 27-50, 2003.

³⁷ Vgl. Nicoletti, Guiseppe und Scarpetta, Stefano, *Regulation and Economic Performance: Product Market Reforms and Productivity in the OECD*. Economics Department Working Papers, No. 460. Paris, 2005.

freundliche Regulierungen zu einem rascheren Einsatz neuer Technologien beitragen³⁸. Der Wettbewerb fördert über Effizienz- und Innovationsdruck die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und trägt dazu bei, dass wertschöpfungsstarke und gut entlohnte Arbeitsplätze erhalten und geschaffen werden. Ferner begünstigt Wettbewerb – bei Internalisierung der externen Effekte – auch umweltpolitische Ziele.

4.2 Herausforderungen der ökonomischen Wirkungsanalyse (Outcome)

57. Der wirksame Wettbewerb selbst lässt sich nicht anhand einer einzelnen Grösse messen. Obgleich seine Vorteile grundsätzlich unbestritten sind, bleibt die **Messung** seiner Wirkung eine schwierige Aufgabe. Stets sind mehrere Indikatoren zu betrachten, wie zum Beispiel die Wertschöpfungs-, Preis- oder die Produktivitätsentwicklung, das Ausmass an Innovationen und Gewinnen oder das Preis-Leistungs-Verhältnis.

58. Geht es darum, die Wirkungen eines einzelnen – wenn auch sehr wichtigen – Gesetzes zu bewerten, das den Wettbewerb beeinflusst, so wird die exakte Quantifizierung noch schwieriger (Ebene Outcome)³⁹. Die Wettbewerbsintensität und auch die beschriebenen beobachtbaren Indikatoren werden, neben dem Kartellgesetz und den Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden, durch **zahlreiche Faktoren** mitbestimmt. Solche Faktoren sind zum Beispiel der Konjunkturverlauf, Währungseffekte und technische Innovationen, insbesondere aber auch staatliche Eingriffe wie Regulierungen und Handelshemmnisse. Eine weitere Herausforderung bei der Durchführung einer Wirkungsanalyse liegt in der Wahl des Vergleichsmassstabs („Counterfactual“), d. h. der Situation, wie sie bestehen würde, wenn es das Kartellgesetz nicht gäbe und/oder kein Markteingriff stattgefunden hätte.

59. Trotz den genannten Schwierigkeiten war eine Outcomemessung des Kartellgesetzes anzustreben. Gemäss **Botschaft** zu Art. 59a KG hat die Evaluation systematisch und mit wissenschaftlichen Methoden zu erfolgen.⁴⁰ Entsprechend wurden mittels Ausschreibung Forscher/innen gesucht, welche die Herausforderungen einer Wirkungsanalyse des Kartellgesetzes auf der Outcome-Ebene und Impact-Ebene (Wirkung von Entscheiden)⁴¹ anzugehen vermögen. Eine zusätzliche Analyse von Entscheiden der Wettbewerbsbehörden auf Impact-Ebene wurde gewählt, da zum einen nicht sicher war, ob eine Outcome-Analyse zur vollen Zufriedenheit machbar wäre, und zum anderen Fallentscheide eher Rückschlüsse auf die Richtigkeit von Entscheiden der Wettbewerbsbehörden erlauben.

60. Die im nachfolgenden Abschnitt erwähnten Forschungsinstitute und Beratungsunternehmen sind auf dem neusten Stand der Forschung. Die von ihnen durchgeführten und nachfolgend erläuterten Studien geben wertvolle Hinweise für die Evaluation und Weiterentwicklung des Kartellgesetzes. Die Studien beschränken sich aber aufgrund der oben erwähnten Herausforderungen überwiegend auf qualitative Analysen und müssen stets vor dem Hintergrund der Schwierigkeit der Aufgabenstellung interpretiert werden.

4.3 Institute und Studien

61. Der Messung der volkswirtschaftlichen Effekte des Kartellgesetzes und der Entscheide der Wettbewerbsbehörden widmeten sich zwei Studien, jene von *Polynomics* und jene der ZEW/KOF. *Polynomics* versuchte die *gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen* des Kartellgesetzes zu quantifizieren und die Wirkung einer Auswahl *neuer Instrumente* qualitativ zu ana-

³⁸ Vgl. Conway, Paul et al., *Regulation, Competition and Productivity Convergence*, OECD Economics Department Working Papers, No. 509. Paris, 2006.

³⁹ Zum Begriff Outcome siehe Rz. 34 ff.

⁴⁰ So auch in Rz. 16 ff.

⁴¹ Zum Begriff Impact siehe Rz. 34 ff.

lysieren.⁴² Die ZEW/KOF führte vier *Fallstudien* in vier zentralen Bereichen des Kartellgesetzes – horizontale Abreden, Marktmachtmissbrauch, Unternehmenszusammenschlüsse und vertikale Vereinbarungen – durch.⁴³

62. Während der laufenden Evaluation befand sich darüber hinaus in der *Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N)* die Ausarbeitung eines *Buchpreisbindungsgesetzes* in Beratung. Die Buchpreisbindung wurde in der Schweiz im Mai 2007 aufgehoben, nachdem die WEKO im Jahr 2005 ihre kartellrechtliche Unzulässigkeit festgestellt, das Bundesgericht den Entscheid bestätigt und der Bundesrat ein Ausnahmebegehren abgelehnt hatte. Die WAK-N bat im September 2007 das SECO, die bisherigen Wirkungen der Aufhebung der Preisbindung zu analysieren. Die Studie steht nicht in organisatorischem, aber in engem inhaltlichem Zusammenhang mit der Evaluation des Kartellgesetzes. Die entsprechenden Ergebnisse⁴⁴ werden zusammen mit den Fallstudien der ZEW/KOF nachfolgend dargestellt.

4.4 Wirkungen in Branchen (Outcome-Ebene)

4.4.1 Methodik

63. Im Rahmen der Untersuchung ist Polynomics den skizzierten Herausforderungen einer **Outcome-Analyse** wie folgt begegnet:

- *Outcome-Messung*: Für die Beurteilung der Outcome-Entwicklung standen die Wertschöpfung, die Preise sowie die Produktivität im Vordergrund. Dies nicht zuletzt deshalb, weil dadurch der wirksame Wettbewerb durch Indikatoren umschrieben wird, die entweder stärker die Produzentensichtweise (Wertschöpfung) oder die Konsumentensichtweise (Preise) beinhalten. Angesichts der zahlreichen anderen Einflussfaktoren wurde die Aussicht, auf gesamtwirtschaftlicher Makroebene nachweisbare Effekte zu finden, als gering eingestuft. Deshalb wurden die erwähnten Indikatoren jeweils auf Branchenebene und nicht auf der gesamtwirtschaftlichen Ebene analysiert.
- *Messung der Aktivität der Wettbewerbsbehörde*: Um die wettbewerbspolitischen Aktivitäten abzubilden, arbeitete Polynomics die Kartellrechtsfälle seit 1996 nach Untersuchungsgegenstand auf und ordnete sie den verschiedenen Branchen zu. Betrachtet wurden dabei sowohl Vorabklärungen als auch Untersuchungen mit den entsprechenden Entscheiden. Aufgrund der Häufigkeit der Kartellrechtsfälle und unter Berücksichtigung der Datenverfügbarkeit wählte Polynomics die Branchen Detailhandel, Retail-Banking und Energieversorgung für die Untersuchung in diesem Projekt aus.
- *Identifikation der relevanten Einflussgrössen*: Um etwaige Effekte der wirtschaftspolitischen Aktivitäten auf die Outcome-Entwicklung zu messen, wurden weitere mögliche Einflussgrössen analysiert. Im Vordergrund standen je nach Branche die gesamtwirtschaftliche Konjunktur- bzw. Preisentwicklung, die Wertschöpfungsentwicklung in den entsprechenden Sektoren im Ausland sowie die Entwicklung weiterer Branchenindikatoren.

64. Um die Hypothesen⁴⁵ zu untersuchen und somit die Auswirkungen wettbewerbspolitischer Aktivitäten auf die Outcome-Entwicklung zu bestimmen, führte Polynomics **ökono-**

⁴² Vgl. Anhang 14.

⁴³ Vgl. Anhang 15.

⁴⁴ SECO, Erste Auswirkungen der Aufhebung der Buchpreisbindung. Begleitbericht des SECO zur Studie der FHNW, Bern, 2008 (vgl. Anhang 19).

⁴⁵ Um die Wirksamkeit der wettbewerbspolitischen Aktivität zu beurteilen, formulierte Polynomics entsprechende Untersuchungshypothesen. Grundsätzlich haben die Wettbewerbsbehörden jeweils die Möglichkeit, in einem konkreten Fall einzugreifen oder auf eine Intervention zu verzichten. Im Falle eines Eingriffs der Wettbewerbsbehörden wurde überprüft, ob sich aufgrund der Entwicklung

metrische Schätzungen durch (erster methodischer Ansatz). So wurde untersucht, inwieweit die Entwicklung von Wertschöpfung und Preisen innerhalb einer Branche mit Eingriffen der Wettbewerbsbehörden erklärt werden kann.⁴⁶

65. Der zweite methodische Ansatz basierte nicht auf ökonometrischen Berechnungen, sondern darauf, die Entwicklung von relevanten Outcome-Indikatoren in einer Branche anhand von **deskriptiven Daten** zu analysieren. Dazu bereitete Polynomics die relevanten Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden auf, um einen Eindruck zu erhalten, wann und in welchen Angelegenheiten in der untersuchten Branche in den letzten zehn Jahren wettbewerbspolitische Entscheide ergangen waren. Anschliessend erfasste Polynomics relevante Umfeldbedingungen und ordnete die Branche hinsichtlich ihrer spezifischen Marktumfeldbeziehungen (gesamtwirtschaftliche Interdependenzen und Angebotsstruktur) ein. Anhand dieser Indikatoren und dem Vergleich mit der gesamtwirtschaftlichen und internationalen Entwicklung nahm Polynomics schliesslich eine qualitative Schätzung vor.⁴⁷

4.4.2 Ergebnisse der Analysen der Wirkungen des KG 1995

66. Im Folgenden werden gestützt auf die Analyse von Polynomics die wesentlichen Ergebnisse in drei analysierten Branchen (Detailhandel, Retail-Banking und Energieversorgung) zusammengefasst.

a) Detailhandel

67. Die Outcome-Entwicklung im Schweizer Detailhandel war seit 1997 erstens durch eine im Vergleich zum umliegenden Ausland moderatere Preissteigerung und reduzierte Gewinnmargen und zweitens im Vergleich zur schweizerischen Gesamtwirtschaft durch ein moderateres Wachstum der realen Bruttowertschöpfung geprägt. Die Arbeitsproduktivität konnte in den letzten Jahren kontinuierlich gesteigert werden.

68. Im Detailhandel hatten diverse Faktoren einen stärkeren Einfluss auf die Branchenentwicklung als das Kartellgesetz. Dazu gehören beispielsweise der fortschreitende Abbau der Aussenhandelschranken, der Konjunkturverlauf und in wettbewerblicher Hinsicht auch der erwartete oder tatsächliche Markteintritt ausländischer Anbieter wie Aldi oder Lidl. Es ist davon auszugehen, dass der letztgenannte Faktor den Konkurrenzdruck gesteigert hat und der Wettbewerb so einen volkswirtschaftlich positiven Effekt hatte.

69. Die kartellrechtlichen Entscheide – die mehrheitlich Fusionen betrafen, welche jeweils gutgeheissen wurden – haben allein die Outcome-Indikatoren im Detailhandel gemäss Polynomics nicht direkt sichtbar beeinflusst. Die zurückhaltenden wettbewerbspolitischen Eingriffe haben aber den Wandel in der Branche, wie er durch Konkurrenzdruck und Internationalisierung ausgelöst werden, nicht behindert. Dieser Wandel hatte vermutlich positive Outco-

der Indikatoren das erwartete Marktergebnis, d. h. wirksamer Wettbewerb, einstellte. Das erwartete Ergebnis eines Nicht-Eingreifens war dagegen, dass sich insbesondere im internationalen Quervergleich eine vergleichbare Entwicklung des Branchen-Outcome eingestellt hat und jedenfalls keine Verschlechterung, die mit einem gesetzeskonformen Eingreifen der Wettbewerbsorgane hätte verhindert werden können.

⁴⁶ Die Herausforderungen dieses methodischen Ansatzes lagen darin, dass die vorhandenen Branchendaten sehr aggregiert vorlagen, die Zeitspanne zwischen den relevanten Entscheiden und dem Ende der Beobachtungsperiode sehr kurz war und schliesslich in den untersuchten Branchen viele der identifizierten KG-Fälle mit einem „Nicht-Entscheid“ (z. B. Einstellung der Vorabklärung, Zulassung ohne Auflagen etc.) verbunden waren.

⁴⁷ Diese diente der Beantwortung folgender Fragen: a) „Wie weit ist die Entwicklung der Outcome-Indikatoren auf wettbewerbspolitische Entscheide gemäss KG zurückzuführen?“, b) „Hätten wettbewerbspolitische Eingriffe der Wettbewerbsbehörden in der erfolgten oder auf andere Weise ausfallen sollen?“, c) „Beeinflussen andere Faktoren als das Kartellgesetz die Branchenperformance derart stark und in derart schlecht zu prognostizierender Weise, dass sich die isolierte Wirkung der Wettbewerbspolitik nicht identifizieren lässt?“.

me-Wirkungen (z. B. die Nutzung von Grösseneffekten). Der **Verzicht auf starke wettbewerbspolitische Eingriffe** kann demnach gemäss den Experten/innen **positiv gewertet** werden, wobei die Auswirkungen der in jüngster Zeit vorgenommenen Eingriffe noch nicht beurteilt werden konnten. Die ökonometrischen Schätzungen von Polynomics widersprechen diesem Ergebnis nicht, waren jedoch wegen der begrenzten Erklärungskraft des Branchenmodells wenig belastbar.

b) Retail-Banking

70. Die Outcome-Entwicklung im Retail-Banking war positiv. Der Sektor zeichnete sich durch ein dynamisches Wachstum aus, welches sowohl vor als auch nach den Fallbearbeitungen durch die Wettbewerbsbehörden erkennbar war. Seit 1997 sinkt die Zinsmarge bei gleichzeitig zunehmender Hypothekarnachfrage. Sowohl das Branchenwachstum als auch die Arbeitsproduktivität konnten in den letzten Jahren massiv und im gesamtwirtschaftlichen Vergleich überdurchschnittlich gesteigert werden.

71. Eine Beeinflussung der Outcome-Entwicklung aufgrund der kartellrechtlichen Aktivitäten konnte im Retail-Banking nicht ausgemacht werden. Die wettbewerbspolitischen Entscheide, die in der Regel keine Eingriffe zur Folge hatten, haben den Konsolidierungsprozess in der Branche und damit die positive Outcome-Entwicklung gemäss Polynomics nicht behindert. Dies kann so interpretiert werden, dass durch den **Verzicht auf starke Eingriffe** wettbewerbspolitische **Fehler vermieden** wurden. Auch im Retail-Banking sind diese Ergebnisse der qualitativen Analyse mit den Ergebnissen der ökonometrischen Analyse vereinbar, bei der kein statistischer Einfluss der kartellrechtlichen „Nicht-Eingriffe“ identifiziert werden konnte.

c) Energieversorgung

72. Bezüglich der Outcome-Entwicklung konnten seit 2002 im Vergleich zum Ausland leicht sinkende Preise und ein Branchenwachstum, das starken jährlichen Schwankungen ausgesetzt war, beobachtet werden. In der Energieversorgung spielte insbesondere der Eingriff im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Elektrizitätsverteilnetzbetreiber nach Art. 7 KG gemäss Polynomics eine wichtige Rolle für die Outcome-Entwicklung. Damit wurde der Elektrizitätsmarkt in der Schweiz faktisch geöffnet, so dass zumindest rudimentär potenzieller Wettbewerb in Produktion, Handel und Lieferung entstand. Polynomics brachte dies mit den seit diesem Zeitraum relativ zu vorher und zum Ausland sinkenden Preisen in Verbindung.

73. Verstärkt wurde der Einfluss durch die mit dem Entscheid verbundene Neulancierung der Marktöffnungsdiskussion in der Schweiz und dem damit von den Akteuren erwarteten regulierten Netzzugang. All diese Faktoren dürften gemäss Polynomics einen **positiven Einfluss** auf den erwarteten Wettbewerbsdruck und das Outcome gehabt haben. Diese Einschätzung wird gemäss den Experten/innen durch die Ergebnisse der ökonometrischen Analysen gestützt. Für die Energiepreise konnten signifikante Einflüsse der kartellrechtlichen Entscheide bzw. der Marktöffnungsdiskussion identifiziert werden.

4.5 Wirkungen einzelner Entscheide (entscheidorientierte bzw. Impact-Ebene)

74. In den folgenden Abschnitten werden die vier Fallstudien der ZEW/KOF sowie die Fallstudie der FHNW zusammengefasst.⁴⁸

4.5.1 Fallstudie im Bereich der horizontalen Wettbewerbsabreden: Markt für Strassenbeläge

75. Im November 1998 reichten zwei unabhängige Strassenbauunternehmen im Nordosten der Schweiz Anzeige wegen **horizontaler Abreden** auf dem Markt für Strassenbeläge (Art. 5 KG) ein. Die Untersuchung durch die WEKO⁴⁹ deckte eine gesetzwidrige Alleinvertriebsvereinbarung auf, an der auch grenznahe deutsche Unternehmen beteiligt waren.

76. Gemäss Analyse von ZEW/KOF zeigten verschiedene Detaillierungsgrade des Schweizer Baupreisindizes, dass es im Nachgang zum Entscheid der WEKO zu **Preissenkungen** kam. Ob und in welchem Ausmass hierfür die Entscheidung ursächlich war oder ob andere Faktoren dafür die entscheidende Rolle spielten, konnte nicht genauer analysiert werden. Dies erstens aufgrund der Datenlage, zweitens aber auch wegen der fortbestehend **kollusionsfreundlichen Industriestruktur**, an der sich seit der Entscheidung nichts änderte. Angesichts Letzterer wäre nach ZEW/KOF zu überlegen, ob nicht ein verstärktes aktives **Monitoring** verdächtiger Branchen durch die WEKO eine lohnende Investition wäre.

77. Hypothetisch liess sich grob abschätzen, welches **Einsparpotenzial** eine durch Wettbewerbspolitik erzielte Preissenkung in den betroffenen Kantonen hätte. Geht man von einem erhöhten Kartellpreis von CHF 130 pro Tonne Mischgut aus und einem wettbewerblichen Preis von CHF 100, so liesse sich gemäss Schätzung von ZEW/KOF eine Kostenreduktion von ca. CHF 32 Millionen pro Jahr erzielen. Hierbei handelt es sich um eine zunächst wohlfahrtsneutrale Umverteilung der Produzenten- zur Konsumentenrente. Der eigentliche Wohlfahrtsverlust dürfte im vorliegenden Markt aufgrund der geringen Preiselastizität der Nachfrage sehr gering sein. Konsumenten/innen sind im betroffenen Markt vor allem die Gemeinden – es handelt sich also um Einkommen, die zu Lasten der Steuerzahler erzielt wurden.

78. Der eigentliche Wert der Entscheidung sollte nicht in direkten pekuniären Einsparungen gesehen werden, sondern vielmehr in der **Signalwirkung**, dass Wettbewerbsabreden nunmehr verboten sind und verfolgt werden. Wenn ein Kartell sich aufgrund dieser Aufdeckungsgefahr entscheiden sollte, den Preis für eine Tonne Mischgut von CHF 130 auf CHF 125 zu senken (um auf diese Weise die Aufdeckungswahrscheinlichkeit zu senken), so würde dies gemäss ZEW/KOF allein in den drei betroffenen Kantonen im Bereich der Belagsarbeiten zu Einsparungen von ca. CHF 5,5 Millionen pro Jahr auf Seiten der Auftraggeber und damit letztlich der Steuerzahler führen.

4.5.2 Fallstudie im Bereich Marktmachtmissbrauch: Swisscom ADSL

79. Am 7. März 2002 erhielt das Sekretariat eine erste summarische Eingabe der Tele Danmark Communications (TDC) Switzerland betreffend die am 1. März 2002 von der Bluewin bekannt gegebenen Preissenkung ihrer ADSL-Produkte. Am 6. Mai 2002 eröffnete die WEKO⁵⁰ eine Untersuchung, und die Swisscom wurde mittels vorsorglicher Massnahme verpflichtet, all ihren Kunden auf dem Wholesalemarkt für Breitbanddienste die gleiche Rabattstufe wie ihrer Tochter Bluewin zu gewähren. Am 15. Dezember 2003 erliess die

⁴⁸ Die vollständigen Studien sind den Anhängen 15 und 19 zu entnehmen.

⁴⁹ Vgl. RPW 2000/4, S. 588 ff.

⁵⁰ Vgl. RPW 2002/3, S. 440 ff.

WEKO⁵¹ eine Verfügung gegen die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG wegen **unzulässiger Verhaltensweise** gemäss Art. 7 KG betreffend das Wholesale Angebot für ADSL-Dienste. Eine unzulässige Quersubventionierung der Bluewin AG durch die Swisscom AG wurde aber durch die WEKO nicht bestätigt.

80. Gemäss ZEW/KOF zeigt der betroffene Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich eine gemischte Performance. Zwar gehört die Schweiz in den Kategorien Penetration, Abdeckung und öffentliche Investitionen zu den Spitzenreitern oder hat zumindest eine Position im oberen Mittelfeld inne, in den Bereichen Preise sowie Qualität nimmt sie jedoch nur Plätze im Mittelfeld ein. Ein internationaler Vergleich der Marktanteilsentwicklungen im Zeitablauf zeigt, dass die Marktanteilsgewinne der DSL-Anbieter in der Schweiz relativ rasant verlaufen sind. Diese Entwicklung könnte durch die von der WEKO als unzulässig befundenen Rabattvorteile für Bluewin beeinflusst worden sein, hängt allerdings wesentlich auch mit der imperfekten Regulierung, dem bestehenden Wachstumspotenzial der Kabeltechnologie sowie historisch bedingten Vorteilen der alteingesessenen Telekommunikationsanbieter zusammen.

81. Eine zentrale Voraussetzung für das Entstehen von Wettbewerb im Dienstleistungsbe-
reich ist gemäss ZEW/KOF eine effiziente Regulierung der monopolistischen Bereiche. Wird dies von staatlicher Seite nicht durch ein entsprechendes Regulierungsschema sichergestellt, so haben es die Konkurrenten der ehemaligen Staatsbetriebe schwer, sich im (ungleichen) Wettbewerb zu behaupten. Nach Ansicht von ZEW/KOF ist das **Zusammenspiel zwischen Regulierung und Wettbewerb** in der Schweiz derzeit **suboptimal** ausgestaltet.

82. Im untersuchten Fall sprechen die öffentlich verfügbaren Indizien gemäss ZEW/KOF dafür, dass vermutlich eine **wohlfahrtsmindernde strategische Rabattsetzung** vorlag, da die Rabatte nicht aufgrund unterschiedlicher Kosten gewährt wurden und lediglich das Ziel verfolgten, den Wettbewerb in ehemaligen Monopolnetzmärkten zu behindern. Trotz der eingehenden Analyse der WEKO in der Entscheidung Swisscom ADSL wurde der Einfluss der Entscheidung aber von Unternehmensseite als gering eingeschätzt.

83. Für ZEW/KOF erscheint für die Förderung und Intensivierung des Wettbewerbs im Breitbandmarkt bedeutsam, die bestehende **Sektorregulierung** effizienter auszugestalten. Denn zum einen würden die Entscheide der WEKO nicht ihre volle Wirkung entfalten können und zum anderen würde jungen Unternehmen der Wettbewerb mit alteingesessenen Marktteilnehmenden erschwert. Ferner empfehlen ZEW/KOF eine Reduzierung der Verfahrensdauern innerhalb der Sektorregulierung (nicht in der Anwendung des Kartellrechts) sowie die zukünftige Vermeidung der aufschiebenden Wirkung von Entscheiden. Im Bezug auf den Zugang zur letzten Meile sollte insbesondere die Frage der Preisgestaltung rasch geklärt werden.

4.5.3 Fallstudie im Bereich Unternehmenszusammenschlüsse: Pfizer Inc. / Pharmacia Corp.

84. Die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben ging bei der WEKO am 11. November 2002 ein. Die WEKO⁵² stellte fest, dass der Zusammenschluss den aktuellen Wettbewerb nicht stark beschränken würde und dass potenzieller Wettbewerb auf dem Schweizer Pharmamarkt vorhanden sei. Das **Zusammenschlussvorhaben** wurde allerdings nur unter **Auflagen** genehmigt: Diese verpflichten Pfizer und Pharmacia, das Produkt „Darifenacin“ (gegen Inkontinenz) und die Rechte von Pharmacia zur Entwicklung und Kommerzialisierung von Apomorphin-Hydrochlorid Nasenspray (gegen Erektionsstörungen) zu veräussern.

⁵¹ Vgl. RPW 2004/2, S. 407 ff.

⁵² Vgl. RPW 2003/2, S. 314 ff.

85. Die zahlreichen Fusionsaktivitäten in der Pharmaindustrie erschwerten ZEW/KOF die **isolierte Analyse** der Auswirkungen der Fusion von Pfizer und Pharmacia. Ferner gingen die Experten/innen davon aus, dass sich einige Effekte – wie beispielsweise die Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb – erst längerfristig bemerkbar machen.

86. Die Auflage im relevanten Markt der Produkte gegen Erektionsstörungen haben gemäss ZEW/KOF verhindert, dass alleine Patentrechte den **Markteintritt** neuer Produkte hätten abwenden können. Im relevanten Markt der Produkte gegen Inkontinenz konnte durch die Auflage eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Pharmacia abgewehrt werden. Mit Novartis wurde ein kompetenter Käufer für ein neues Produkt gefunden, der es unterdessen auf den Markt gebracht hat. In den anderen Märkten, in denen es eine Überschneidung der Geschäfte der beiden Unternehmen gab oder eines der beiden Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehatte, waren die Effekte der Fusion wegen der Preisregulierung der betroffenen Produkte oder Veränderungen im Produktportfolio von Pfizer nicht eruierbar.

87. ZEW/KOF empfehlen, dass die WEKO die **internationale Zusammenarbeit** mit Wettbewerbsbehörden bei der Zusammenschlusskontrolle – besonders in forschungsintensiven Industrien – intensivieren sollte. Denn die betreffende Fusion wurde letztlich in einer Vielzahl von Staaten untersucht, was zu Doppelspurigkeiten führte.

4.5.4 Fallstudie im Bereich der vertikalen Wettbewerbsabreden: Vertikale Abreden im Automobilhandel

88. Mit der „**Bekanntmachung** über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel“ (Beschluss der WEKO vom 21. Oktober 2002)⁵³ werden die aktuellen Regeln für den Automobilhandel in der Schweiz festgelegt. Die Bekanntmachung ist kompatibel mit analogen Regeln innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR), die am 1. Oktober 2002 in Kraft traten.

89. Die Bekanntmachung wurde gemäss ZEW/KOF zum Anlass genommen, **Händlerverträge** anzupassen. Von einigen Importeuren wurden die Bedingungen hinsichtlich der Qualitäts- und Investitionserfordernisse und der Rabattsysteme geändert. Insgesamt ist die Zahl der Händler nun rückläufig, auch weil Markteintritte aufgrund der neuen Händlerverträge erschwert wurden. Ausserdem ist eine leichte Konsolidierungstendenz zu verzeichnen.

90. Die angestrebte Idee, **Mehrmarkenhändler** zu fördern, haben nur sehr wenige Händler aufgenommen. Dies lag gemäss ZEW/KOF an den hohen Anforderungen, die die Importeure in ihren Händlerverträgen stellen. Multibranding wird weiterhin durch grosse Händlergruppen betrieben, aber die Anzahl kleinerer Mehrmarkenbetriebe hat aufgrund der WEKO-Bekanntmachung nicht zugenommen. Die Parallelimporte haben seit Inkrafttreten der Bekanntmachung nicht spürbar an Bedeutung gewonnen.

91. Die stärksten Änderungen aufgrund der WEKO-Bekanntmachung sind gemäss ZEW/KOF auf dem **Servicemarkt** und im **Ersatzteilhandel** zu beobachten. Hier wird die Konkurrenz durch Grosshändler oder durch freie Servicewerkstätten erleichtert, weil sie vereinfachten Zugang zu Ersatzteilen verschiedener Qualitätskategorien und zu den erforderlichen technischen Werkstattinformationen erhalten. Die klarere Definition der Ersatzteile in der Bekanntmachung hat dazu beigetragen, den Wettbewerb zu intensivieren.

92. Die allgemeine **Marktentwicklung** ist geprägt durch Bemühungen der Importeure, die Kunden im Service- und Reparaturgeschäft an die Markenwerkstatt zu binden. Dies geschieht durch das verstärkte Anbieten von Paketleistungen, bei welchen der Kunde mit einer einmaligen monatlichen Zahlung alle Leistungen im Zusammenhang mit einem Fahrzeug

⁵³ Vgl. RPW 2002/4, S. 770 ff., URL: http://www.weko.admin.ch/publikationen/00213/vertikalabreden_automobil.pdf?lang=de [06.11.08]; siehe Anhang 22.

abdeckt. Dies umfasst neben dem Fahrzeug selbst auch die Versicherung und alle anfallenden Reparaturen und Wartungsarbeiten. Das ist einer der Gründe dafür, weshalb die WEKO-Bekanntmachung im Bezug auf die Trennung von Service und Verkauf ihr Ziel einer Erleichterung von Markteintritten verfehlte.

93. Insgesamt wurde das **Ziel der WEKO**, den markeninternen Wettbewerb zu fördern, **nicht erreicht**. Der Wettbewerb zwischen verschiedenen Distributionskanälen hat nicht zugenommen. Die Rolle von innovativen Vertriebskanälen wie z. B. dem Internet bleibt im Automobilvertrieb beschränkt. Schlussfolgernd stellen ZEW/KOF fest, dass die Bekanntmachung nur geringfügige Auswirkungen auf den Wettbewerb im Schweizer Automobilmarkt hatte. Zwar waren Änderungen identifizierbar, allerdings lassen sich diese nicht eindeutig auf die Bekanntmachung zurückführen. Vielmehr hat insbesondere die allgemeine Marktentwicklung vermutlich zu einem verstärkten Wettbewerb geführt. Dieser Prozess könnte allerdings durch die Bekanntmachung beschleunigt worden sein.⁵⁴

94. Als unmittelbare Handlungsempfehlungen schlagen ZEW/KOF vor, aufgrund der Vorteile der Harmonisierung weiterhin **an EU-kompatiblen Regeln festzuhalten**. Dies führte zu einer Reduzierung der bestehenden Unsicherheit der Marktakteure. Für die Schweiz, aber auch die EU wäre es gemäss ZEW/KOF empfehlenswert, eine wohlfahrtsökonomische Analyse verschiedener Szenarien der Weiterentwicklung der Spezialregelung durchzuführen. Die Alternativszenarien sollen unbefangen die ganze Bandbreite berücksichtigen, von einem Beibehalten der aktuellen Regelung, über eine Weiterentwicklung bis hin zur vollständigen Deregulierung. Auf Basis der Ergebnisse könnte dann entschieden werden, *ob und in welcher Form die Besonderheiten des Automobilsektors eine gesonderte Bekanntmachung überhaupt erfordern*, ist doch zu berücksichtigen, dass die heutige Regelung einen recht hohen administrativen Aufwand verursacht.

4.5.5 Fallstudie FHNW zu den bisherigen Wirkungen der Aufhebung der Buchpreisbindung

95. Nach der Ablehnung des Gesuchs der Buchhändler/innen und Verleger/innen um Beibehaltung der Buchpreisbindung durch den Bundesrat am 2. Mai 2007 fiel der so genannte Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz („**Buchpreisbindung**“), dies nachdem der Entscheid der WEKO vom Bundesgericht am 6. Februar 2007 geschützt worden war.⁵⁵ Auf Wunsch einer parlamentarischen Kommission liess das SECO eine Untersuchung über die bisherigen Wirkungen der Aufhebung dieses Kartells durchführen.⁵⁶

96. Eine zentrale Frage im Zusammenhang mit der **Preisbildungspolitik** ist, ob die tatsächlich im Markt verlangten Preise (Verkaufspreise) sich von den Listenpreisen unterscheiden. Zu Zeiten der Buchpreisbindung entsprach der Ladenpreis stets auch dem Listenpreis. Gemäss der Studie der FHNW erfolgte im März 2008 im Mittel eine Reduktion der Verkaufspreise im Vergleich zu den Listenpreisen in der Grössenordnung von 1,4 %.

⁵⁴ Evenett, Simon J. und Meier, Michael schätzen in einem Working Paper (Competition Law and Europe's Open Borders: The Case of Motor Vehicle Distribution in Switzerland, St. Gallen, 2008) die Wohlfahrtseffekte der WEKO-Bekanntmachung im Kraftfahrzeughandel für die Schweizer Verbraucher und ihren Einfluss auf die Preise. Die Autoren ermitteln, dass die Automobilpreise im Mittelklassesegment und im Oberklassesegment zwischen 2003 bis 2005 namhaft gesunken sind. Diese Preissenkungen betrachten die Autoren/innen als Folge der WEKO-Bekanntmachung. Sie berücksichtigen aber insb. nicht, dass es andere Faktoren geben könnte, welche die Preise beeinflussen, beispielsweise ein verstärkter Wettbewerb durch die Globalisierung (siehe dazu ZEW/KOF 2008, S. 177).

⁵⁵ RPW 2007/2, S. 341 ff. Es ist zu bemerken, dass in der französisch- und italienischsprachigen Schweiz keine Buchpreisbindung bestand.

⁵⁶ Das SECO beauftragte die Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW) mit der Erarbeitung der Methodik, der Durchführung der Erhebung und der Auswertung der statistischen Daten.

97. Die **Buchhändler/innen** nutzen ihre Preissetzungsspielräume zunehmend. Die minimalen Verkaufspreise betragen heute im Extremfall weniger als die Hälfte des Listenpreises, die maximalen Verkaufspreise das bis zu 1,4fache des Listenpreises.

98. **Konsumenten/innen**, die ihre Bücher in der Schweiz (zum Zeitpunkt der Erhebung) stets im günstigsten Geschäft einkaufen, bezahlten im März 2008 dank der erfolgten Preisfreigabe und den nun zu beobachtenden Bandbreiten insgesamt weniger als in Deutschland (vgl. Tabelle 1). In der letzten Zeile der Tabelle 1 ist der durchschnittliche Ladenpreis dargestellt, der heute maximal gelten würde, falls die ursprünglich für Juni 2007 geplante neue Umrechnungstabelle der Branche in Kraft getreten wäre. Er lässt auf eine vorteilhafte Entwicklung für die Nachfrager schliessen, ist aber aufgrund des Wechselkurseffekts mit Vorsicht zu interpretieren.

Tabelle 1: Hypothetischer Verkaufspreis für ein typisches Buch⁵⁷ im Vergleich

Preise	Verkaufspreis in CHF März 2008
Durchschnittlicher Ladenverkaufspreis Schweiz	21.92
Durchschnittlicher Listenpreis Schweiz	22.37
Durchschnittlicher Listenpreis Deutschland (unter Preisbindung)	19.40 bis 20.63 ⁵⁸
Durchschnittlicher Ladenverkaufspreis Schweiz bei Einkauf stets im günstigsten Geschäft	18.29
Durchschnittlicher Ladenverkaufspreis Schweiz bei Einkauf stets im teuersten Geschäft	23.70

Quelle: FHNW

99. Darüber hinaus kann auf die in der kurzen Zeit seit der Freigabe der Buchpreise beobachteten **neuen Angebote** verwiesen werden:

- Mehrere grosse Schweizer Anbieter offerieren seit der Freigabe in Internet und Läden Rabatt auf den Listenpreis beim Vollsortiment (bis zu 15 %) und bis zu 50 % Rabatt auf Bestsellern. Inhaber von Mitgliederkarten erhalten weitere Rabatte.
- Ein grosser deutscher Internetbuchhändler/innen bietet Schweizer Kunden 25 % Rabatt auf den deutschen gebundenen Preis.
- Mehrere Fachbuchhandlungen verkaufen wissenschaftliche Bücher mit Rabatten, so dass die Preise seit Aufhebung der Preisbindung mit dem angrenzenden Ausland vergleichbar sind.
- Ein Grossverteiler hat damit begonnen, in seinen Einkaufszentren das Buchsortiment auszuweiten; es kommen auch andere neue Verkaufspunkte hinzu.
- Mehrere Buchhandlungen haben selektiv die Preise ausgewählter Titel oder Segmente erhöht.

⁵⁷ Hierbei handelt es sich um den absatzgewichteten Durchschnittspreis der von der FHNW erhobenen Bücher. Insgesamt wurden 129 Titel berücksichtigt.

⁵⁸ EUR 12.35 zum jeweils tiefsten und höchsten SNB-Monatsmittelkurs der Beobachtungsperiode umgerechnet (Minimum: März 2008 CHF/EUR=1.57, Maximum: Oktober 2007 CHF/EUR=1.67).

100. Die Aufhebung des Kartells hat in relativ kurzer Zeit zu einer Entwicklung verschiedener **Preis- und Qualitätsstrategien** geführt. Nach derart kurzer Zeit müssen die bisherigen Ergebnisse jedoch mit Vorsicht interpretiert werden. Aus Sicht des SECO kommt das neue Instrument der Preispolitik den Anbietern und den Nachfragern von Büchern zu Gute: Nachfrager können nun das ihren Präferenzen entsprechende Preis-/Leistungs-bündel berücksichtigen. Aufgrund der Erfahrung aus anderen Märkten ist davon auszugehen, dass durchaus auch eine grosse Kundschaft existiert, die bereit ist, für eine breite oder gezielte Sortimentsgestaltung, eine gute Geschäftslage und insbesondere Beratungsdienstleistungen einen Mehrpreis zu bezahlen. Den Buchhändlern/innen ist es neu möglich, auf die Konkurrenz aus dem Ausland, ihre Kostenstrukturen und die Bedürfnisse der Nachfrager direkt mit dem Preis zu reagieren.

4.6 Fazit

101. Die erstellten Studien zu den volkswirtschaftlichen **Wirkungen** des Kartellgesetzes verdeutlichen die Schwierigkeit, die exakte Höhe der wissenschaftlich unbestrittenen volkswirtschaftlichen Vorteile des wirksamen Wettbewerbs zu eruieren. Die verfügbaren Daten genügen häufig nicht – gerade auf der Outcome-Ebene – für eine fundierte wissenschaftliche Analyse, und der Vergleich mit der hypothetischen Situation eines schlechter funktionierenden Wettbewerbs bleibt stets zu einem gewissen Grad spekulativ. Trotzdem können aus den Studien – gerade auf der Impact-Ebene – einige Schlüsse gezogen werden.

102. Die Studien zeigen *erstens*, dass ein modernes Kartellrecht und eine aktive und unabhängige Wettbewerbsbehörde der Schweiz **hohen volkswirtschaftlichen Nutzen** bringen. So haben das Kartellgesetz und die WEKO gemäss Polynomics einen entscheidenden Beitrag zur Effizienzsteigerung in der Energieversorgung geleistet. Auch im Büchermarkt hat sich das Eingreifen der WEKO positiv ausgewirkt, wenn die Ergebnisse auch aufgrund der kurzen Zeit seit der Marktöffnung nur mit Vorsicht interpretiert werden dürfen; bisher lassen sich positive Tendenzen zu Gunsten der Konsumenten/innen hinsichtlich Preisen und Dienstleistungsvielfalt erkennen.

103. *Zweitens* lassen die Studien die **Vorteile eines massvollen Einsatzes** der Gesetzesinstrumente erkennen, birgt doch ein zu forsches Eingreifen Risiken des Regulierungsversagens. In den Studien zum Detailhandel und zum Retail-Banking erwähnen die Experten/innen von Polynomics explizit Vorteile der zurückhaltenden Eingriffe der Wettbewerbsbehörden, die in den betroffenen Branchen rasche Anpassungen ermöglicht und Skaleneffekte zugelassen haben. Insgesamt stellt Polynomics hier einen positiven Outcome fest.

104. In den Studien von ZEW/KOF zur Zusammenschlusskontrolle und zur Behandlung vertikaler Abreden im Automobilmarkt findet sich eine *dritte* Schlussfolgerung: **Kartellrecht** sollte stets so ausgestaltet sein, dass es einerseits griffig ist und die **Wettbewerbsbehörde** schlagkräftig ausstattet, andererseits aber auch die administrativen Kosten gering hält. In der Zusammenschlusskontrolle – infolge fehlender internationaler Harmonisierung – und bei der angesprochenen Bekanntmachung über die Behandlung von Vertikalabreden im Automobilmarkt – wegen des hohen administrativen Aufwandes der Spezialregelung – ergeben sich Hinweise auf Verbesserungspotenzial zur Senkung des administrativen Aufwandes.

105. *Viertens* haben sich auch Bereiche gezeigt, in denen das bestehende Kartellrecht bisher alleine noch nicht greift: In der Untersuchung von ZEW/KOF zum ADSL-Markt zeigte sich, dass dort, wo andere **staatliche Regulierungen** wichtigen Einfluss auf den Wettbewerb nehmen, das **Kartellgesetz** allein nicht alle Schwachstellen korrigieren kann.

106. In der Studie zur horizontalen Abrede im Bereich der Strassenbeläge war das Kartellgesetz zumindest im damaligen Zeitpunkt offenbar nicht griffig genug, um dem wirksamen Wettbewerb nach dem Entscheid zum wirklichen Durchbruch zu verhelfen. Aufgrund der kurzen Zeit seit der letzten Revision muss in den in diesem Abschnitt behandelten Studien offen bleiben, ob die Verschärfungen aus dem Jahr 2004 zu einem anderen Ergebnis geführt hätten.

ten. Es lässt sich aber festhalten, dass die Analysen von Polynomics zu den Wirkungen der neuen Instrumente im Ausland als *fünfte* Schlussfolgerung aufzeigen, dass der eingeschlagene Weg mit den **neuen Instrumenten**, konkret den direkten Sanktionen und der Bonusregelung, wichtig ist, um den wirksamen Wettbewerb zu stärken und so volkswirtschaftlich positive Wirkungen herbeizuführen.⁵⁹

5 Wirkung der neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes⁶⁰

107. Aus ökonomischer Sicht verstossen Unternehmen als rationale Entscheidungsträger solange gegen Wettbewerbsregeln, wie dies der gewinnmaximierenden Unternehmensstrategie entspricht. Wettbewerbsfeindliche Aktivitäten sind lohnenswert, solange das Kosten-Nutzen-Verhältnis nicht durch eine entsprechende (kostensteigernde) Intervention von staatlicher Seite glaubhaft und hinreichend beeinflusst wird. Vor diesem Hintergrund kann aus ökonomischer Sicht nur die Androhung von (hinreichend wahrscheinlichen und empfindlichen) Sanktionen verschiedener Art die gewünschten Veränderungen im Verhalten der Unternehmen erzielen. Die Verhaltensänderung von Unternehmen hängt dabei namentlich von der Generierung von glaubhaften Signalen ab, dass kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen von den Wettbewerbsbehörden entsprechend geahndet werden (präventiver Effekt des Kartellrechts)⁶¹. Vor diesem Hintergrund bilden die neu eingeführten Instrumente des revidierten Kartellgesetzes einen zentralen Bestandteil der schweizerischen Wettbewerbspolitik.

5.1 Untersuchung der Wirkung der neuen Instrumente – Vorgehen

108. Die Wirkungen der neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes wurden bei den direkt Betroffenen mittels Umfragen umfassend erhoben: a) zweimalige Umfrage bei kartellrechtlich spezialisierten Anwälten/innen (November 2005, Januar 2008), b) zweimalige Umfrage bei Unternehmen und Verbänden (April 2006, April 2008), c) dreimalige sekretariatsinterne Umfrage (November/Dezember 2005, 2006, 2007), d) einmalige Durchführung strukturierter Interviews durch ZEW/KOF (Januar bis März 2008) sowie e) einmalige Befragung ausländischer Experten/innen durch Polynomics (Frühling 2008).

109. Mittels Umfrage des Sekretariates der WEKO bei rund 70 kartellrechtlich spezialisierten **Anwälten/innen** sollte deren Wissen über das Verhalten von Unternehmen erfasst werden, welches nur den Anwälten/innen, nicht aber der WEKO zugänglich ist. Die interne Umfrage bei allen **Mitarbeitenden des Sekretariates der WEKO** diente dem Einholen des Wissens der Mitarbeitenden, das diese im täglichen Umgang mit der Materie und den Betroffenen aufbauen. Mit der Umfrage bei rund 100 **Unternehmen** und 50 **Verbänden** wurde beabsichtigt, die Wirkung der neuen Instrumente direkt bei den betroffenen Wirtschaftsvertreter/innen zu klären.⁶² Die mehrmalige Durchführung der Umfragen sollte die Erfassung von Entwicklungen über den betrachteten Zeitraum erlauben.

⁵⁹ Dazu Abschnitt 5.

⁶⁰ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf die folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Berichte und Studien: Projektbericht P1 (vgl. Anhang 1), Polynomics (vgl. Anhang 14), ZEW/KOF (vgl. Anhang 15).

⁶¹ Die Existenz eines Abschreckungseffekts wird in der Regel nicht bestritten, dennoch ist er in seinem Umfang und seiner Wirkung schwierig zu messen oder gar zu quantifizieren. Letztlich müsste eine sogenannte „kontrafaktische Welt“ („Counterfactual“) kreiert werden (in der es keine in den Markt eingreifende Entscheide gegeben hat), in welcher Mutmassungen über die Anzahl und Schwere der Wettbewerbsverstösse angestellt werden müssten.

⁶² Letztere Umfrage realisierte das SECO, so dass die Wettbewerbsbehörden keinen Einblick in die individuellen Antworten und Daten der Verbände und Unternehmen erlangten.

110. Die ZEW/KOF führten als eine Teilstudie⁶³ strukturierte Interviews mit Leitfäden bei sieben **Kartellrechtsanwälten**, zehn Schweizer **Grossunternehmen** sowie vier **Verbänden** durch, um differenzierte und detaillierte Erkenntnisse zu den Wirkungen des Kartellgesetzes zu erlangen. Im Vergleich zu den Umfragen des SECO und des Sekretariates der WEKO waren die Fragestellungen der ZEW/KOF umfangreicher und bedeutend tiefer.

111. Polynomics⁶⁴ erhob mithilfe eines strukturierten Fragebogens Erfahrungen über die Sanktionsmöglichkeiten sowie die Bonus- bzw. Kronzeugenregelung in Ländern, die bereits seit längerem über die in der Schweiz neu eingeführten Instrumente verfügen. In der EU, drei EU-Mitgliedsländern (Deutschland, UK und die Niederlande) sowie den USA wurden jeweils mindestens ein/e Vertreter/in einer **Wettbewerbsbehörde** sowie ein/e Vertreter/in einer privaten **Kanzlei**, der/die sich v. a. auf Wettbewerbsverfahren spezialisiert hat, befragt.

112. Die Umfrageergebnisse unterscheiden sich hinsichtlich Breite und Tiefe der gestellten Fragen. Sie decken sich über weite Strecken und ergänzen sich. Soweit Unterschiede bestehen, werden diese nachfolgend gekennzeichnet.

5.2 Gesamteffekt der neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes

113. Laut den Umfragen ist die Bedeutung des Kartellrechts in der Schweiz in den letzten Jahren deutlich angestiegen. Es zeigt sich insgesamt, dass die Kartellgesetzrevision die **präventive Wirkung** hinsichtlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen erhöht und sich als **nützlich** erweist, um Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb zu fördern. Durch die Kartellgesetzrevision erhöht sich die Kartellrechtskonformität und die Angst der Unternehmen, dass die Wettbewerbsbehörden ein unzulässiges Verhalten entdecken. Die Revision des Kartellrechts führte zu einer verstärkten Nachfrage nach anwaltlichen Beratungsleistungen; insbesondere Antitrust Compliance-Programme⁶⁵ sowie Leitfäden zum Verhalten bei Hausdurchsuchungen wurden verstärkt nachgefragt und sind vor allem bei Grossunternehmen stärker verbreitet. In der Übergangsperiode im Jahr 2004 gab es zudem einen substanziellen vorübergehenden Anstieg in der Nachfrage nach anwaltlicher Beratungsleistung im Bereich der Prüfung der Rechtmässigkeit von bestehenden Verträgen. Die Revision bewirkt im Weiteren, dass die Kooperationsbereitschaft der Parteien und Dritten gegenüber den Wettbewerbsbehörden insgesamt gestiegen ist. Die Position der Wettbewerbsbehörden wurde durch die neuen Instrumente gestärkt. Ausschlaggebend für all diese Wirkungen sind in erster Linie die direkten Sanktionen (drohende Geldbussen) und die Hausdurchsuchungen.

114. Die Kartellgesetzrevision bewirkt auch einen höheren **Verfahrensaufwand**. Zudem ging mit der Revision eine vorübergehende Senkung der **Rechtssicherheit** einher, die sich jedoch gemäss Aussagen der Anwälte/innen und Mitarbeitenden des Sekretariates der WEKO über weite Strecken gelegt hat⁶⁶ – es liegt in der Natur der Sache, dass mit der Einführung neuer Bestimmungen eine gewisse Rechtsunsicherheit einhergehen kann. Im Weiteren existieren Anzeichen dafür, dass analoge/ähnliche Verhaltensweisen unter neuem im Vergleich zum alten Recht von Seiten der betroffenen Unternehmen eher als kartellrecht-

⁶³ Vgl. Rz. 43 sowie Anhang 15.

⁶⁴ Siehe Rz. 43 sowie Anhang 14.

⁶⁵ Die Einführung von Compliance-Programmen umfasst namentlich die Entwicklung einer Compliance-Strategie, Abfassung entsprechender Regelwerke, Mitarbeiterauswahl und -schulung, Aufbau einer Compliance-Organisation, Definition klarer Verantwortlichkeiten, Setzen von Anreizen bzw. Sanktionen sowie die Schaffung eines Kontrollsystems.

⁶⁶ Laut der Umfrage der ZEW/KOF besteht nach wie vor eine höhere Rechtsunsicherheit als vor der Revision. Die Differenz der Ergebnisse aus den verschiedenen Umfragen lässt sich weitgehend dadurch erklären, dass ZEW/KOF nicht nur Fragen zu den neuen Instrumenten, sondern auch etwa zu Art. 5 Abs. 4 KG stellten.

lich bedenklich eingestuft werden, obwohl sie eventuell unbedenklich sind. Die Mitarbeitenden des Sekretariates der WEKO beobachten diese Entwicklung tendenziell auch innerhalb der Wettbewerbsbehörden.

115. Ein weiterer Indikator für die höhere Bedeutung des Wettbewerbsrechts liegt in der Einschätzung der durch ZEW/KOF befragten Anwälte im Bezug auf die wettbewerbsrechtlichen **Kenntnisse** ihrer Klienten/innen. Von den Anwälten wird eine vertieftere Kenntnis der Kartellrechtsregeln festgestellt. Die Revision des Kartellgesetzes hat hierzu spürbar beigetragen. Insbesondere die Einführung der Sanktionen, die mit Kartellrechtsverstössen verbundene Negativpublizität sowie die drohenden Verfahrenskosten (Anwaltskosten und Managementressourcen) werden als Hauptgründe für das gestiegene Interesse und Verständnis der Unternehmen genannt. Die vom SECO befragten Grossunternehmen weisen insgesamt ebenso gute Kenntnisse des revidierten Kartellgesetzes auf. Bei den KMU ist die Bilanz durchzogen: Während über 90 % der KMU über die Revision des Kartellgesetzes und die neue Sanktionsregelung im Bilde waren, kannten weniger als zwei Drittel das Widerspruchsverfahren und 55 % die Bonusregelung.

5.3 Sanktionen und Bonusregelung (Art. 49a Abs. 1 und 2 KG)

5.3.1 Sanktionen (Art. 49a Abs. 1 KG)

116. Die wohl grundlegendste Änderung im revidierten Kartellgesetz besteht in der Einführung der direkten Sanktionsmöglichkeiten gegen Unternehmen⁶⁷. Sanktionen waren im alten Kartellgesetz nur im Falle von wiederholten Verstössen möglich. In Art. 49a KG sind insbesondere die Höhe und die Bemessungskriterien für die Verhängung von Sanktionen sowie die Voraussetzungen für den gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf eine Sanktion (Bonusregelung) geregelt:

Art. 49a Abs. 1 und 2 KG Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

¹ *Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.*

² *Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden.*

117. Gemäss den Umfragen erhöhte die **direkte Sanktionsmöglichkeit** die **präventive Wirkung** des Kartellgesetzes, die **Kartellrechtskonformität** und die **Angst von Unternehmen**, dass die Wettbewerbsbehörden ein unzulässiges Verhalten entdecken, stark. Sie bildet einen zentralen Pfeiler des revidierten Kartellgesetzes und trägt massgeblich zu der erhöhten Nachfrage nach anwaltlichen Beratungsleistungen und der Verbreitung von Antitrust Compliance-Programmen bei.

118. Die **Abschreckungswirkungen** (präventive Wirkung) der Sanktionen erstrecken sich auf mehrere Dimensionen: Für manche Unternehmen hat die zu erwartende Geldstrafe die grösste Wirkung, aber auch Reputationseffekte werden als relevant angesehen (sie wirken sich namentlich auf die Rekrutierung von Mitarbeitern aus). Die Unternehmen gehen davon aus, dass gerade der wiederholte Verstoss gegen das Kartellrecht grosse negative Auswirkungen auf die Höhe der Strafe sowie die Reputation des Unternehmens hat. Andere erach-

⁶⁷ Die mit Geldbussen sanktionierten Verhaltensweisen bilden horizontale Abreden über Preise, Mengen und Gebietsaufteilungen (Art. 5 Abs. 3 KG), gewisse vertikale Abreden (Art. 5 Abs. 4 KG) sowie missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG).

ten die damit verbundenen unternehmensinternen und anwaltlichen Kosten nach wie vor als bedeutendsten Faktor.

119. Aus Sicht der Anwälte/innen und der durch ZEW/KOF befragten Unternehmen herrscht weitgehend Übereinstimmung darin, dass die Einführung direkter Sanktionen ein richtiger und wirksamer Schritt war. Die Möglichkeit von Sanktionen hat die Wahrnehmung von Wettbewerbsrecht in den Unternehmen erhöht. Die Einführung von Sanktionsmöglichkeiten wird insgesamt als notwendig betrachtet, um die gewünschte Akzeptanz des Gesetzes zu erreichen. Teilweise wurde in den Umfragen die Frage aufgeworfen, weshalb es überhaupt vorher ein entsprechendes Gesetz ohne nennenswerte Sanktionsmöglichkeiten gab. Die direkten Sanktionen führten auch zu einem höheren Verfahrensaufwand.

Exkurs zu Art. 49a KG

120. In der Lehre umstritten ist die Frage, ob die *direkte Sanktionsmöglichkeit* nach Art. 49a KG bei Abreden, die vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb beseitigen (Tatbestände nach den bestehenden Art. 5 Abs. 3 und 4 KG), auch *nach Umstossung der Vermutung bestehen bleibt*, soweit diese Abreden den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht gerechtfertigt werden können. Die Frage sollte bejaht werden: Nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass das BGer die Hürde für die Annahme der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs sehr hoch angesetzt hat, kam die WEKO in der Vergangenheit praktisch nie zum Ergebnis, dass der Wettbewerb (vollständig) beseitigt war; festgestellt wurden „lediglich“ erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen. Würde die Sanktionierbarkeit bei Umstossung der Vermutung entfallen, wären Sanktionen für unzulässige besonders schädliche horizontale oder vertikale Abreden in der Praxis kaum je möglich, was dem Willen des Gesetzgebers widersprechen dürfte. Insoweit wäre eine Klarstellung im Gesetz, dass die Sanktionierbarkeit von der allfälligen Widerlegung der Vermutung unabhängig ist, von Vorteil.

5.3.2 Bonusregelung (Art. 49a Abs. 2 KG)

121. Zur besseren Bekämpfung der schädlichsten Formen von Abreden zwischen Konkurrenten hat der Gesetzgeber mit der Revision des Kartellgesetzes von 2004 eine Bonusregelung ins Gesetz aufgenommen. Mit dieser Bonusregelung kann das Unternehmen, das der Wettbewerbsbehörde eine unzulässige Abrede anzeigt bzw. zur Aufdeckung, Feststellung und Beseitigung derselben beiträgt, eine Reduktion der Busse erlangen (oder die Busse entfällt gar ganz). Dies soll einen Anreiz für die beteiligten Unternehmen zur Aufdeckung von Kartellen und damit die Entdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen erhöhen sowie die Arbeit der Wettbewerbsbehörde vereinfachen. Um in den Vorteil des Bonus zu gelangen, muss das meldende Unternehmen mit der Wettbewerbsbehörde kooperieren, d. h. Unterlagen oder andere Beweismittel vorlegen, welche den Nachweis einer unzulässigen Abrede erlauben. Direkte Sanktionen und Bonusregelung sind **komplementäre Instrumente**.

122. Die Umfragen zeigen mehrheitlich, dass die Bonusregelung die **Kartellrechtskonformität** der Unternehmen erhöhte. Von der Mehrzahl der Anwälte/innen wurde bestätigt, dass die Bonusregelung spürbare Effekte bei der **Aufdeckung von Kartellen** leistet und demnach positiv wirkt. Die Bonusregelung trägt zur vermehrten Umsetzung von Antitrust Compliance-Programmen bei. Ferner erleichtert die Bonusregelung die Selbstanzeige, wenn im Falle personeller Neubesetzungen im Unternehmen bzw. Übernahmen von Unternehmen Wettbewerbsverstöße entdeckt werden und das neue Management diese auflösen möchte. Auch nach Ansicht der Mitarbeitenden des Sekretariats der WEKO erleichterte die Bonusregelung die Ergebnisfindung und erhöhte die Aufdeckungswahrscheinlichkeit. Sie stehen denn auch der Frage, ob die Bonusregelung nur Aufwand verursache, ab 2006 klar ablehnend gegenüber. Gerade die jüngeren Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden zeigen, dass die Bonusregelung zunehmend wichtiger für die Aufdeckung und den Beweis von Wettbewerbsbeschränkungen wird. Die Bonusregelung führte zu einer höheren Kooperationsbereitschaft von Parteien und Dritten, erhöhte allerdings auf Seiten der Anwälte/innen, Unternehmen und der Wettbewerbsbehörden tendenziell den **Verfahrensaufwand**.

123. **Einige Faktoren** scheinen bis anhin **hemmend** auf den Gebrauch der Bonusregelung zu wirken: Als Barrieren einer intensiveren Nutzung der Regelung wird von Grossunternehmen gemäss Umfrage von ZEW/KOF die befürchtete Ächtung in den jeweiligen Branchen gesehen. Die Bonusregelung wird zwar mehrheitlich begrüsst, allerdings gleichzeitig oftmals als mit der Schweizer Rechtstradition nur schwer vereinbar eingestuft. Im Weiteren ist bislang noch kein einziger Anwendungsfall der Bonusregelung juristisch abgeschlossen, weshalb für die Unternehmen und Anwälte/innen letztlich keine abschliessende Einschätzung darüber erfolgen kann, ob beispielsweise das erste meldende Unternehmen wirklich straffrei ausgeht oder am Ende – über denkbare Konstruktionen wie den Nachweis der Anführerschaft – doch noch zur Zahlung einer Strafe verpflichtet wird (tendenziell zu geringe Rechtssicherheit). Die Bonusregelung ist nur einer knappen Mehrheit der KMU-Verbände bekannt. Dies ist wohl auf die fehlende Entscheidpraxis zurückzuführen; auch andere Länder machten diese Erfahrungen bei Einführung einer Bonusregelung. Eine weitere Unklarheit besteht darin, dass nur das erste meldende Unternehmen von der WEKO zeitnah über seine Position informiert wird, nicht aber unmittelbar weitere meldende Unternehmen. Generell wird von anwaltlicher Seite bemerkt, dass klare Fristen und klare Regeln nötig sind, um den Erfolg der Bonusregelung zu maximieren.

124. Insgesamt erhöhte die Bonusregelung die Kartellrechtskonformität der Unternehmen, leistete spürbare Effekte bei der Aufdeckung von Kartellen und wirkte demnach positiv. Jedoch besteht ein Aufklärungspotenzial bzw. der Bedarf an ersten **Entscheiden** und einer gefestigten **Rechtspraxis**. Wie Erfahrungen in anderen Ländern zeigen, beginnt das Instrument der Bonusmeldung meist mit den ersten veröffentlichten Entscheiden, insbesondere wegen des erhöhten Bekanntheitsgrads und der Rechtssicherheit, richtig zu greifen. Entscheide würden dazu beitragen, die genannten Unklarheiten zu beseitigen.

5.3.3 Ausländische Erfahrungen

125. Im Rahmen der vergleichenden Analyse mit Vergleichsländern (EU, Deutschland, UK, Niederlande, USA) wird die Rolle von Sanktionen für wettbewerbsrechtliche Abreden von Unternehmen als sehr zentral eingestuft. Die Bonusregelung hat die Aufdeckungswahrscheinlichkeit erhöht. Über die grundsätzlich **positive Wirkung** der beiden Instrumente bei der Bekämpfung von wettbewerbsschädigenden Verhaltensweisen sind sich die ausländischen Experten/innen einig.

126. Die **Bonus- bzw. Kronzeugenregelung** stellt einen zentralen Faktor für die in allen Ländern zunehmend aufgedeckte Anzahl Kartelle dar und wird von den ausländischen Experten/innen als wirksames Mittel genannt, um Kartelle aufzuspüren. Die konsultierten Fachleute bezeugen auch, dass in Kartellrechtsfällen, in denen Geldbussen ausgesprochen wurden, im Regelfall Kronzeugen/innen involviert sind. Die Diagnosen von Wettbewerbsbehörden werden damit wirksam durch Dritte unterstützt. Die beste Quelle zur Aufdeckung eines wettbewerbswidrigen Vorgehens stammt jeweils von Unternehmen und Akteuren, die darin selbst auf die eine oder andere Weise verwickelt sind. Auf Kronzeugen/innen Rückgriff nehmen zu können, senkt somit die Aufdeckungs- und Prozesskosten erheblich. Die Wettbewerbsbehörden können auf diese Weise mit denselben Ressourcen mehr wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aufdecken und büssen. Entsprechend haben in den untersuchten Ländern in den letzten Jahren sowohl die Anzahl als auch die Höhe der ausgesprochenen Geldbussen zugenommen.

127. Die Befragung bei ausländischen Experten/innen zeigte, dass die Instrumente „Sanktionen“ und „Bonusregelung“ in den einzelnen Ländern in der Feingestaltung unterschiedlich ausfallen, aber unabhängig von der Ausgestaltung einen Beitrag zur Erhöhung der **Wirksamkeit** des Kartellrechts leisten.

5.4 Hausdurchsuchungen (Art. 42 Abs. 2 KG)

5.4.1 Ergebnisse der Umfragen

128. Im Rahmen der Revision 2003 erhielten die Wettbewerbsbehörden ausdrücklich die Befugnis, Hausdurchsuchungen durchzuführen. Liegen ausreichende Hinweise für das Vorliegen eines Wettbewerbsverstosses vor, so ist es der WEKO seither möglich, bei den betreffenden Unternehmen eine Hausdurchsuchung vorzunehmen. **Ziel** solcher Durchsuchungen ist das Auffinden von Beweisen für das Vorliegen unzulässigen Verhaltens.

129. Die Mehrheit der Umfragen bringt zu Tage, dass Gleiches wie für die direkte Sanktionsmöglichkeit in allen Punkten für die Hausdurchsuchungen gilt. Die Hausdurchsuchungen erhöhten gemäss Angaben der Anwälte/innen die **präventive Wirkung** des Kartellgesetzes, die **Kartellrechtskonformität** und die **Furcht der Unternehmen** vor der Entdeckung unzulässigen Verhaltens. Sie tragen massgeblich zu der erhöhten Nachfrage nach anwaltlichen Beratungsleistungen und der Verbreitung von Antitrust Compliance-Programmen bei. Sie führen auch zu einem höheren Verfahrensaufwand.

130. Die Möglichkeit einer Hausdurchsuchung wird von den Unternehmen als eine ernste Bedrohung wahrgenommen. Zusammen mit der direkten Sanktionsmöglichkeit bilden die Hausdurchsuchungen einen **zentralen Pfeiler** des revidierten Kartellgesetzes. Die Gefahr von Hausdurchsuchungen stellt einen bedeutenden Grund dafür dar, dass Unternehmen sich aktiv um die Vermeidung von Wettbewerbsverstössen bemühen. Darauf lassen namentlich die Reaktionen von Unternehmen auf die ersten durchgeführten Hausdurchsuchungen schliessen.

5.4.2 Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden

131. Auf der Basis der bisher durchgeführten Hausdurchsuchungen zeigt sich, dass diese ein **effizientes Mittel** sind, um Beweismittel zu erlangen, und Anreize für die Inanspruchnahme der Bonusregelung schaffen:

- Die bisherigen Hausdurchsuchungen erlaubten die Sicherstellung von Dokumenten und elektronischen Daten, welche die Existenz von Kartellen aufzeigen. Dabei handelt es sich namentlich um E-Mails, Korrespondenz, Notizen sowie Manuskripte. Es ist unwahrscheinlich, dass die Wettbewerbsbehörden ohne Hausdurchsuchungen in den Besitz dieser Dokumente und Daten gekommen wären.
- Der Überraschungseffekt der Hausdurchsuchungen und die Sanktionsmöglichkeit des Kartellgesetzes schaffen für die angezeigten Unternehmen spürbare Anreize, die Bonusregelung zu beanspruchen. Letzteres erleichtert die kartellrechtlichen Verfahren massgeblich und führt zu einem Zeitgewinn.

132. Hausdurchsuchungen sind allerdings sehr **personalintensiv** und verlangen vertiefte **Spezialkenntnisse**. Den Wettbewerbsbehörden stehen hierfür derzeit zu wenig Ressourcen zur Verfügung:

- Die Durchführung von Hausdurchsuchungen verlangt viel Personal, und die Wettbewerbsbehörden stossen dabei an gewisse Grenzen. Zum einen mussten Hausdurchsuchungen infolge Ressourcenmangels mehrere Male zurückgestellt werden. Zum anderen konnten in einem Fall nicht alle Kartellteilnehmenden untersucht werden, obwohl sämtliche Mitarbeiter/innen des Sekretariates der WEKO eingesetzt wurden.
- Die hauptsächlich verantwortlichen Mitarbeitenden benötigen Spezialkenntnisse. Die Leiter/innen (insbesondere Teamchefs) von Hausdurchsuchungen müssen speziell und aufwändig geschult werden. Dies erfordert – gerade im Hinblick auf die natürliche Fluktuationsrate einer kleinen Behörde – eine laufende Grundausbildung von neuen Mitarbeitenden wie auch eine vertiefte Ausbildung eines Kernteams und der Teamchefs.

- Hausdurchsuchungen sind zunehmend auf Informatik angewiesen und ausgerichtet. Um die elektronischen Daten bei den Unternehmen sicher, schnell und in genügendem Umfang sicherstellen und nachfolgend gut analysieren zu können, ist entsprechendes Know-how und eine aktuelle Ausrüstung erforderlich.
- Die Analyse der elektronischen Daten und der sichergestellten Dokumente ist sehr aufwändig und zeitintensiv.

5.4.3 Schlussfolgerung

133. Die Hausdurchsuchungen bilden einen zentralen Pfeiler des revidierten Kartellgesetzes (präventive Wirkung, Kartellrechtskonformität der Unternehmen, Sicherstellung von Beweismaterial). Sie schaffen einen Anreiz für die betroffenen Unternehmen, mit den Wettbewerbsbehörden – im Rahmen der Bonusregelung – zu kooperieren. Jedoch stossen die Wettbewerbsbehörden mit den vorhandenen Ressourcen an klare Grenzen, zum einen hinsichtlich der Anzahl durchführbarer Hausdurchsuchungen und zum anderen hinsichtlich der Anzahl im Rahmen einer einzelnen Hausdurchsuchung untersuchter Unternehmen. Um dieses wichtige Instrument des Kartellgesetzes vermehrt einsetzen und so entscheidend zur Aufdeckung von Kartellen beitragen zu können, benötigen die Wettbewerbsbehörden mehr Ressourcen.

5.5 Widerspruchsverfahren (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG)

134. In Art. 49a Abs. 3 lit. a KG sind die Voraussetzungen und das Verfahren für eine vorgängige Meldung allfällig unzulässiger Wettbewerbsabreden festgeschrieben:

Art. 49a KG Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

³ *Die Belastung entfällt, wenn:*

- a. *das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26–30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht.*

135. Das Widerspruchsverfahren bewirkte gemäss den Umfragen in der Tendenz, dass die Unternehmen (allenfalls) unzulässige Verhaltensweisen im Vergleich zum alten Recht häufiger meldeten, und vergrösserte tendenziell die **Rechtssicherheit**. Es erhöhte die Marktkennntnisse des Sekretariats der WEKO und in der Tendenz die Aufdeckungswahrscheinlichkeit von unzulässigen Verhaltensweisen. Im Weiteren steigerte es die **Kooperationsbereitschaft** von Parteien und Dritten gegenüber den Wettbewerbsbehörden. Das Widerspruchsverfahren scheint auch zu bewirken, dass analoge/ähnliche Verhaltensweisen unter neuem im Vergleich zum alten Recht eher als kartellrechtlich bedenklich eingestuft werden, obwohl sie eventuell unbedenklich sind. Andererseits führte es zu einem höheren Verfahrensaufwand.

136. Es besteht weitgehend Einigkeit über das **prinzipielle Erfordernis** eines solchen Verfahrens. Durch die Einführung substanzieller Sanktionsmöglichkeiten ist ein entsprechendes Verfahren, das die Prüfung des wettbewerbsschädlichen Potenzials von Geschäftsstrategien (insbesondere die Einführung von Produkten) ermöglicht, zur Herstellung grösstmöglicher Rechtssicherheit notwendig. Jedoch bestehen über die Ausgestaltung einige **Kritikpunkte**, die in der Praxis mitunter dazu führen, dass das Widerspruchsverfahren nicht oder nur sehr zurückhaltend genutzt wird. So wird insbesondere kritisiert, dass die Erkenntnisse aus den Abklärungen der Wettbewerbsbehörden im Rahmen von Widerspruchsverfahren lediglich unverbindlichen Charakter haben und Unternehmen nach wie vor nicht wissen, ob sie ein Produkt/eine Strategie nun implementieren dürfen oder nicht. Unternehmen müssen teilweise substanzielle Investitionsvolumina für eine Implementierung bereitstellen und benötigen demnach vorher eine Einschätzung der wettbewerbsrechtlichen Bedenklichkeit. Es muss ferner befürchtet werden, dass die Wettbewerbsbehörden im Zweifelsfall ein Verfahren eröff-

nen, wenn nicht sicher ist, ob wirklich ein kartellrechtliches Problem bestehen könnte, womit auch das Sanktionsrisiko wieder auflebt. Andererseits wird von Seiten der befragten Unternehmen teilweise ein gewisses Verständnis für die Situation der Wettbewerbsbehörden gezeigt, da es schwierig ist, geplante Produkteinführungen im Vorfeld auf Kartellrechtskonformität zu überprüfen, u. a. deshalb, weil die Wettbewerbsbehörden während eines Widerspruchsverfahrens – namentlich aufgrund der Geheimhaltungsverpflichtungen – nur beschränkt Umfragen durchführen können.

137. Die im Gesetz vorgesehene **Frist** von fünf Monaten wird teilweise als gerade noch akzeptabel, teilweise aber schon als deutlich zu lang empfunden. Gerade in dynamischen Märkten erscheint die Bearbeitungsdauer der Wettbewerbsbehörden von bis zu fünf Monaten viel zu lang, um die Meldemöglichkeit ernsthaft in Erwägung zu ziehen.

138. Zudem regten die von ZEW/KOF befragten Anwälte dazu an, dass das **Sanktionsrisiko** nicht bereits bei Einleitung eines Verfahrens **wieder aufleben** sollte, sondern erst mit Erlass einer anfechtbaren Feststellungsverfügung. Hintergrund bildet das Dilemma, das auftritt, wenn ein Unternehmen ein geplantes Projekt meldet, worauf das Sekretariat innert Frist eine Vorabklärung eröffnet und im Schlussbericht zum vorläufigen – und nicht anfechtbaren – Ergebnis gelangt, das geplante Vorhaben könnte wettbewerbsrechtlich problematisch sein, wenn es umgesetzt würde. Um in einer anfechtbaren Verfügung Gewissheit zu erhalten, ob die WEKO das geplante Projekt für unzulässig hält, müsste das Unternehmen das Projekt umsetzen, womit es sich dem Sanktionsrisiko aussetzen würde. Ohne Umsetzung eröffnen die Wettbewerbsbehörden mangels effektiver Wirkungen des bloss geplanten Projekts allerdings keine Untersuchung, denn die WEKO könnte im Ergebnis nicht feststellen, dass die bloss geplante Wettbewerbsbeschränkung unzulässig wäre, wenn sie umgesetzt würde. Somit bleibt eine Unsicherheit über die Zulässigkeit des geplanten Vorhabens, und das Unternehmen, das kein Sanktionsrisiko tragen will, wird auf die Umsetzung des Vorhabens verzichten müssen, ohne dass endgültig geklärt ist, ob dieses wettbewerbsrechtlich unzulässig wäre oder nicht.⁶⁸

5.6 Schlussbestimmung zum revidierten Kartellgesetz⁶⁹

139. Im Zuge des Übergangs vom alten zum revidierten Wettbewerbsrecht wurde den Unternehmen vom Gesetzgeber eine Übergangsperiode gewährt, in der wettbewerbsfeindliche Verhaltensweisen identifiziert und aufgelöst oder angezeigt werden konnten, ohne eine Sanktion befürchten zu müssen. Diese Übergangsregelung war gemäss den Umfragen eine sinnvolle Einrichtung sowohl für die Unternehmen als auch für die Wettbewerbsbehörden. Sie bewirkte, dass die Unternehmen (allenfalls) bestehende Wettbewerbsbeschränkungen den Wettbewerbsbehörden meldeten und so die Rechtsunsicherheit tendenziell reduziert wurde. Für diverse Unternehmen gab die Übergangsperiode Anlass dazu, bestehende Verträge, insbesondere Vertriebsverträge, sowie mögliche weitere kritische Problemfelder zu analysieren. Auch auf Seiten der Wettbewerbsbehörden wurde von der Übergangsregelung insofern profitiert, als auf diese Weise bessere Kenntnisse vieler Märkte erlangt wurden.

⁶⁸ Vgl. zum Ganzen das obiter dictum des BVGer im Entscheid vom 29.02.2008 (B-4037/2007) betreffend Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung bzw. Erlass einer Feststellungsverfügung i. S. Maestro Interchange Fee (vgl. RPW 2008/2, S. 361, E. 9.2.): Da die Wettbewerbsbehörden in Grenzfällen geplante Vorhaben, die sich möglicherweise als „wettbewerbsverträglich“ oder gar „wettbewerbsförderlich“ erweisen könnten, nicht prospektiv verbindlich beurteilen können, stellte das BVGer die Frage, ob de lege ferenda nicht ein auf besondere Ausnahmefälle beschränktes Opportunitätsprinzip ins Kartellgesetz aufgenommen werden müsste.

⁶⁹ Die Schlussbestimmung stellt nicht ein neues Instrument des revidierten Kartellgesetzes dar. Sie wurde aber zusammen mit den neuen Instrumenten in der Umfrage berücksichtigt und entsprechend in diesem Abschnitt behandelt.

140. Im Weiteren erhöhte die Schlussbestimmung in der Tendenz die Aufdeckungswahrscheinlichkeit von unzulässigen Verhaltensweisen. Die Schlussbestimmung zum revidierten Kartellgesetz bewirkte tendenziell, dass analoge/ähnliche Verhaltensweisen unter neuem im Vergleich zum alten Recht von Seiten der betroffenen Unternehmen eher als kartellrechtlich bedenklich eingestuft wurden, obwohl sie nach Einschätzung der Anwälte/innen eher unbedenklich waren.

5.7 Fazit

141. Insgesamt erweisen sich die neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes – direkte Sanktionen, Bonusregelung, Hausdurchsuchungen, Widerspruchsverfahren und Schlussbestimmung – gemäss den Umfragen als **nützlich**. Sie tragen zur **Verhinderung bzw. Aufdeckung von Wettbewerbsbeschränkungen** sowie zur **Förderung des Wettbewerbs** bei. Die Revisionsabsicht des Gesetzgebers ist grundsätzlich erreicht. Der Effekt des revidierten Kartellgesetzes ist vor allem auf die direkte Sanktionsmöglichkeit und die Hausdurchsuchungen zurückzuführen. Sie tragen entscheidend zur erhöhten, präventiven Wirkung des Kartellgesetzes, der höheren Kartellrechtskonformität und Angst von Unternehmen, dass die Wettbewerbsbehörden ein unzulässiges Verhalten entdecken, bei. Die neuen Instrumente erhöhen den Verfahrensaufwand und den Ressourcenbedarf. Gemäss den Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden, die sich mit den internationalen Erkenntnissen decken, erweist sich die Bonusregelung (in Kombination mit der direkten Sanktionsmöglichkeit) zunehmend als sehr wichtiges Instrument für die Aufdeckung und den Beweis von Wettbewerbsbeschränkungen.

142. **Verbesserungspotenzial** besteht bezüglich des *Widerspruchsverfahrens* und der zur Verfügung stehenden *Ressourcen*. Zudem gilt es Klarheit hinsichtlich direkter *Sanktionierbarkeit von besonders schädlichen Kartellabsprachen im Falle der Umstossung der Vermutung* zu schaffen.

II.b. Anzahl, Dauer, Ausgang von Verfahren (Output)

6 Statistik über die Anzahl Verfahren⁷⁰

143. Um eine Einschätzung und einen Überblick über die **Tätigkeiten und Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden** (Output) zu erhalten, wurden in einem ersten Schritt ihre gesetzlich vorgesehenen Tätigkeiten erfasst. In einem zweiten Schritt wurde ein **Teilvergleich** zwischen den schweizerischen und europäischen Wettbewerbsbehörden über die Anzahl der Tätigkeiten hinsichtlich einiger Verfahrensarten unter Berücksichtigung von Budget und Personal vorgenommen.

144. Die nachfolgend aufgeführten Angaben basieren hauptsächlich auf den Jahresberichten der WEKO der Jahre 1996 bis 2007⁷¹ und auf internen Statistiken, die teilweise durch die drei Dienste des Sekretariates der WEKO erstellt wurden. Für einzelne Aufgabenbereiche der WEKO wurde die Anzahl erledigter Geschäfte geschätzt.

145. Die Tätigkeit der WEKO und des Sekretariates gliedert sich wie folgt (für die tabellarische Übersicht siehe Anhang 4):

- Mittels **Marktbeobachtungen** beobachten die Wettbewerbsbehörden laufend die Wettbewerbsverhältnisse. Zwischen 2003 bis 2005 führte das Sekretariat der WEKO insgesamt rund 200 und jährlich etwa 70 Marktbeobachtungen durch.
- Mit **Vorabklärungen** sollen die untersuchungswürdigen Fälle ausgesondert werden. Seit Mitte 1996 bis Ende 2007 wurden 280 Vorabklärungen eröffnet und 294 abgeschlossen (14 Vorabklärungen wurden von der Kartellkommission übernommen). Jährlich wurden durchschnittlich jeweils ca. 25 Vorabklärungen geführt.
- Untersuchungen dienen der Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen i. S. v. Art. 5 oder 7 KG sowie den allenfalls zu ergreifenden Massnahmen. Im Zeitraum seit Juli 1996 wurden ca. 77 **Untersuchungen** eröffnet und etwa 74 abgeschlossen. Jährlich wurden damit durchschnittlich 6 bis 7 Untersuchungen abgeschlossen.
- Zwischen 2002 und 2007 hat das Sekretariat der WEKO Amtsstellen und Unternehmen in 198 **Beratungen** beraten. Jährlich wurden damit rund 33 Beratungen erbracht.⁷² Die Anzahl der Beratungen ist im Jahre 2005 beinahe doppelt so hoch wie der jährliche Durchschnitt. Dieser Umstand ist namentlich auf die am 1. April 2004 neu in Kraft getretenen KG-Bestimmungen und den damit verbunden erhöhten Beratungsbedarf zurückzuführen.
- Von 1998 bis 2007 wurden 15 **Gutachten** i. S. v. Art. 15 KG, wonach in einem zivilrechtlichen Verfahren die Sache der WEKO zur Begutachtung vorgelegt wird, sofern die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht, erstellt. Pro Jahr verfassten die Wettbewerbsbehörden damit durchschnittlich zwei solcher Gutachten. 30 Gutachten erstellte die WEKO seit 1996 gemäss Art. 47 KG, d. h. für andere Behörden (z. B. die Preisüberwachung), wenn sich Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen. Der jährliche Durchschnitt beläuft sich somit auf rund drei Gutachten.

⁷⁰ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf den folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Bericht: Projektbericht P4 (vgl. Anhang 3).

⁷¹ Vgl. jeweils die erste Nummer der RPW 1997/1, 1998/1 etc. bis RPW 2008/1.

⁷² Der Vollständigkeit halber sei hier angefügt, dass es sich bei den in der Tabelle aufgeführten Zahlen um Hochrechnungen handelt, die anhand der Angaben zweier Dienste des Sekretariates gemacht wurden und deren gemeinsamer Durchschnitt auf drei Dienste hochgerechnet wurde.

- Zwischen 2003 und 2007 führte das Sekretariat der WEKO insgesamt 417, pro Jahr durchschnittlich über 80 **Ämterkonsultationsverfahren** durch.⁷³ In diesen Verfahren sind dem Sekretariat der WEKO Entwürfe von wirtschaftlichen Erlassen des Bundes oder anderen Bundeserlassen, die den Wettbewerb beeinflussen können, vorzulegen, damit sie auf Wettbewerbsverfälschungen oder übermässige Wettbewerbsbeeinträchtigungen hin geprüft werden können.
- Zwischen 2003 und 2007 gab die WEKO insgesamt 92 Stellungnahmen im Rahmen von **Vernehmlassungsverfahren** ab, was einen Durchschnitt von rund 17 Stellungnahmen pro Jahr ergibt.
- Seit 1996 unterbreitete die WEKO 20 **Empfehlungen** an Behörden, die der Förderung von wirksamem Wettbewerb, insbesondere hinsichtlich der Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften, dienen. Somit ergingen jährlich knapp zwei Empfehlungen.
- Die Prüfung von **Unternehmenszusammenschlüssen** wird in zwei Phasen aufgeteilt. In Phase I wird den fusionswilligen Parteien innert Monatsfrist entweder die Unbedenklichkeit oder die Einleitung einer vertieften Prüfung mitgeteilt. Als Phase II wird die vier Monate dauernde vertiefte Prüfung bezeichnet. Zwischen 1996 bis 2007 (ohne 1999) wurden 295 vorläufige Prüfungen und 38 vertiefte Prüfungen durchgeführt. Dies ergibt pro Jahr rund 31 vorläufige Prüfungen sowie rund vier vertiefte Prüfungen.
- Bei den **Sanktionsverfahren nach Art. 50–52 KG** handelt es sich einerseits um Verstösse gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen (Art. 50 KG) und Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 51 KG), sowie um andere Verstösse (Art. 52 KG). Zwischen 1997 und 2007 wurden 16, d. h. jährlich rund zwei, Sanktionsverfahren geführt.
- **Sanktionsverfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG** wurden seit 2004 erfasst, da die entsprechende Bestimmung erst seit dem 1. April 2004 in Kraft ist. Im betrachteten Zeitraum schloss die WEKO drei Sanktionsverfahren ab (wobei zur Zeit ein Entscheid rechtskräftig ist; die anderen beiden Verfahren sind noch vor den oberen Instanzen rechtshängig). Diese Zahlen ergeben einen durchschnittlichen Wert von einem Sanktionsverfahren pro Jahr. Ein vierter Sanktionsentscheid wurde 2008 erlassen (rechtskräftig), ist aber in der Statistik nicht erfasst.
- Fälle von **Bonusregelungen** sind ebenfalls erst seit 2004 erfasst. Die Bonusregelung besagt, dass auf eine Belastung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ganz oder teilweise verzichtet werden kann, wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. In den Jahren 2004 bis 2007 gelangte die Bonusregelung in vier Verfahren zur Anwendung (innerhalb dieser Fälle haben teilweise mehrere Unternehmen die Bonusregelung beansprucht).⁷⁴ Die jüngsten Erfahrungen von 2008 zeigen eine zunehmende Tendenz.
- Auch das Instrument der **Hausdurchsuchungen** steht den Wettbewerbsbehörden erst seit dem 1. April 2004 zur Verfügung. Seit diesem Zeitpunkt bis Ende 2007 wurden drei Hausdurchsuchungen durchgeführt. Eine vierte erfolgte im Jahre 2008, ist aber in der Statistik nicht erfasst.

⁷³ Dabei ist anzufügen, dass es sich hierbei um eine „zurückhaltende“ Schätzung handelt, die auf den Angaben eines Dienstes des Sekretariats der WEKO basiert (Hochrechnung).

⁷⁴ Die Zahl der Bonusmeldungen ist höher als jene der abgeschlossenen Sanktionsverfahren. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Abschluss eines Verfahrens zeitlich nach der Bonusmeldung liegt und in einem Verfahren mehrere Bonusmeldungen eingereicht werden können. Zudem führen nicht alle Bonusmeldungen zu einem Verfahren.

- **Widerspruchsverfahren** existieren ebenfalls erst seit 2004. Seit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Regelung wurden 105 Widerspruchsverfahren durchgeführt. Dies ergibt einen jährlichen Mittelwert von rund 26 Verfahren.
- **Meldung gemäss Schlussbestimmungen** konnten nur vom 1. April 2004 bis 31. März 2005 erfolgen. Wurde eine allfällige Wettbewerbsbeschränkung innerhalb der Jahresfrist gemeldet oder aufgelöst, entfiel die Sanktionierbarkeit für die zu beurteilende Wettbewerbsbeschränkung. In der Übergangsfrist wurden 640 Meldungen eingereicht. Dabei ist die Anzahl eingereicherter Meldungen in der zweiten Hälfte der Frist wesentlich höher als in der ersten Hälfte.

146. In einem **Teilvergleich zwischen den schweizerischen und der europäischen Wettbewerbsbehörde** wurden zum einen die oben aufgeführten Vorabklärungen und Untersuchungen der schweizerischen Wettbewerbsbehörden mit den Verfahren nach Art. 81 und 82 EGV bzw. ehemals Art. 85 und 86 EGV der europäischen Wettbewerbsbehörde und zum anderen die Anzahl behandelte Fusionen für die Jahre 2002 bis 2005 verglichen.⁷⁵ Der Vergleich erfolgte unter Berücksichtigung von Budget und Personalbestand (Anzahl angestellter Personen).

- Das durchschnittliche Budget der europäischen Wettbewerbsbehörde für die Jahre 2002–2005 ist mit EUR 63,7 rund 16,2 Mal grösser als jenes der WEKO.⁷⁶ Die EU-Wettbewerbsbehörde beschäftigt mit einem durchschnittlichen Personalbestand von 512 Leuten 9,9 Mal mehr Leute als die schweizerische Wettbewerbsbehörde.
- Die WEKO bzw. deren Sekretariat schloss in den Jahren 2002–2005 durchschnittlich 31 Vorabklärungen und Untersuchungen ab. Die EU schloss im Vergleich jährlich rund 10,6 Mal mehr, d. h. rund 329 Verfahren nach Art. 81 und 82 EGV ab.
- Ein ähnliches Bild zeigt sich innerhalb der Zusammenschlusskontrolle. Während die WEKO bzw. deren Sekretariat pro Jahr durchschnittlich 31 Fusionen nach Art. 32 KG (Phase I und II zusammen) behandelte, sind es in der EU rund 261,9 bzw. 8,4 Mal mehr.

147. Die vorliegenden Angaben lassen den Schluss zu, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden zwischen 2002–2005 **ähnlich viele Verfahren** (in Relation zu Budget und Personalbestand) wie die europäischen Wettbewerbsbehörde führten. Gerade im Verhältnis zum Personal bewegen sich die schweizerische und europäische Wettbewerbsbehörde in ähnlichen Grössenordnungen.⁷⁷

⁷⁵ Siehe Statistik in Anhang 5. Ein Vergleich der anderen Tätigkeiten konnte mangels Daten und Vergleichbarkeit nicht durchgeführt werden. Unter der Annahme, dass sich in etwa ein ähnliches Bild ergeben sollte, braucht die schweizerische Wettbewerbsbehörde einen Effizienzvergleich mit der europäischen Wettbewerbsbehörde nicht zu scheuen.

⁷⁶ Soweit im Budget der WEKO zusätzlich Infrastruktur (Miete, Möbel) und IT (rund CHF 2 Mio.) berücksichtigt werden, ist das Budget der EU rund 10,7 bzw. 11,7 Mal höher als jenes der WEKO.

⁷⁷ Anzahl Verfahren und Fusionen in Relation zum Budget gesetzt, müsste die europäische Wettbewerbsbehörde zwar weitaus mehr Verfahren geführt haben. Da aber keine genaueren Angaben über die Gründe des höheren Budgets der europäischen Wettbewerbsbehörde vorliegen (denkbar ist beispielsweise ein höherer Koordinationsaufwand mit den Ländern inkl. Übersetzungen), ist dieser Vergleich mit Vorsicht zu ziehen.

7 Verfahrensdauer⁷⁸

7.1 Durchschnittliche Verfahrensdauer

148. Die vorliegende **Analyse der Verfahrensdauer von Vorabklärungen und Untersuchungen** basiert auf den in der Reihe Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) publizierten Verfahren im Zeitraum von Oktober 1996 bis Februar 2007.⁷⁹ Insgesamt wurden 142 Vorabklärungen nach Art. 26 KG, 79 Untersuchungen nach Art. 27 KG, 22 Verfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) bzw. dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer) sowie zehn Verfahren vor Bundesgericht (BGer) in die Auswertung miteinbezogen.⁸⁰

149. Nachfolgend wird die Verfahrensdauer auf zwei Arten dargestellt (vgl. detaillierte Tabelle in der Beilage):

- **Verfahrensdauer nach Verfahrensstadien** (Tabelle 2, „*horizontale*“ Betrachtung): Hierbei wird danach gefragt, wie lange durchschnittlich eine Vorabklärung, eine Untersuchung, ein Verfahren vor der REKO/WEF bzw. dem BVGer, ein Verfahren vor dem BGer und eine Weiterführung des Verfahrens infolge Kassation in Monaten gedauert hat.⁸¹
- **Verfahrensdauer nach Instanzenzug** (Tabelle 3, „*vertikale*“ Betrachtung): Hierbei wird danach gefragt, wie lange durchschnittlich die Behandlung einer allenfalls unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung (beispielsweise einer Preisabsprache über Fahrlehrertarife), die mit einer Vorabklärung oder Untersuchung begann und entweder in diesem Verfahrensstadium abgeschlossen wurde oder in weitere Verfahrensstadien mündete, dauerte.

150. Betrachtet man die verschiedenen Verfahrensstadien separat („**horizontale**“ **Betrachtung**), so ergeben sich die folgenden Resultate (vgl. Tabelle 2): Für die 142 *Vorabklärungen* betrug die durchschnittliche Verfahrensdauer im gemessenen Zeitraum rund zehn Monate. Für die 79 *Untersuchungen* betrug die mittlere Dauer einer Untersuchung 22 Monate. Die 22 *Verfahren vor der REKO/WEF bzw. heute vor dem BVGer* dauerten durchschnittlich 17 Monate. Die 10 *Verfahren vor dem BGer* dauerten durchschnittlich zehn Monate. In sechs Fällen wurden die Entscheide von einer oberen Instanz aufgehoben und an die untere Instanz zurückgewiesen (Verfahren infolge *Kassation*). Diese wiederaufgenommenen Verfahren dauerten durchschnittlich 18 Monate. In der entsprechenden Rubrik der *Kassation* (Verfahren infolge Rückweisung eines Verfahrens der oberen an die untere Instanz) wird die Zeit derjenigen Instanz, die sich erneut mit dem Fall befassen musste, ebenfalls erfasst.

⁷⁸ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf den folgenden, im Rahmen der Evaluation erstellten Bericht: Projektbericht P6 (vgl. Anhang 7).

⁷⁹ Aufgrund fehlender Informationen über einige Verfahren und Verfahrensschritte sowie deren Dauer ist die Datenbasis nicht ganz vollständig. Die fehlenden Daten beeinträchtigen das Resultat der Analyse aber nicht.

⁸⁰ Unter den Begriff „*Verfahren*“ fallen Vorabklärungen, Untersuchungen sowie Verfahren vor den Rechtsmittelinstanzen. Unternehmenszusammenschlüsse sind in der Statistik nicht erfasst, da die Verfahrensdauer für das erstinstanzliche Verfahren vorgegeben ist und nur wenige Fälle existieren, die an die Rechtsmittelinstanzen weitergezogen wurden.

⁸¹ Dies unabhängig davon, ob die allenfalls unzulässige Wettbewerbsbeschränkung über einen oder mehrere Instanzen hinweg beurteilt wurde.

Tabelle 2: Verfahrensdauer nach Verfahrensstadien („horizontale“ Betrachtung)

Verfahrensschritt	Anzahl Verfahren	Durchschnittliche Dauer der Verfahren (in Monaten)
Vorabklärungen	142	9,7
Untersuchungen	79	22,1
REKO/WEF/BVGer	22	17,0
BGer	10	9,9
Verfahren infolge Kassation	6	18,2

Quelle: RPW, eigene Berechnungen

151. Wird die durchschnittliche Verfahrensdauer über die verschiedenen Verfahrensstadien hinweg betrachtet („**vertikale**“ **Betrachtung**), können folgende Ergebnisse festgehalten werden (vgl. Tabelle 3):

- *Typ 1:* 88 der insgesamt 142 beurteilten Vorabklärungen mündeten *nicht* in einem weiteren Verfahrensschritt bzw. in einer Untersuchung, wurden also im Stadium der Vorabklärung abgeschlossen. Diese Vorabklärungen dauerten durchschnittlich rund elf Monate. Damit dauerten Vorabklärungen, die im Stadium der Vorabklärung verblieben und nicht weitergeführt wurden, im Durchschnitt rund einen Monat länger als die Gesamtheit der Vorabklärungen gemäss Tabelle 3. *Typ 3:* 42 Verfahren umfassten eine Vorabklärung sowie eine Untersuchung ohne weitere Verfahrensstadien. Diese dauerten im Durchschnitt 33 Monate. *Typ 5:* Jene Verfahren, die eine Vorabklärung, Untersuchung und zusätzlich ein Beschwerdeverfahren vor der REKO/WEF/BVGer umfassten, dauerten durchschnittlich 39 Monate. *Typ 7:* Mündeten die Verfahren gemäss Typ 5 zusätzlich in ein Beschwerdeverfahren vor dem BGer, betrug die Verfahrensdauer durchschnittlich 58 Monate. *Typ 9:* Verfahren des Typs 5, die eine Rückweisung (Kassation) der REKO/WEF bzw. des BVGer an die WEKO beinhalten (ohne Behandlung im BGer) und erneut behandelt wurden, dauerten insgesamt durchschnittlich 48 Monate.
- *Typ 2:* Von den insgesamt 79 analysierten Untersuchungen wurden 15 ohne Vorabklärung eröffnet und als Untersuchungen abgeschlossen, ohne dass sie in ein Rechtsmittelverfahren vor den Rechtsmittelbehörden mündeten. Sie dauerten durchschnittlich 25 Monate. *Typ 4:* Verfahren, die direkt mit einer Untersuchung begonnen und an die REKO/WEF bzw. an das BVGer weitergezogen wurden, dauerten durchschnittlich 33 Monate. *Typ 6:* Wurden Verfahren vom Typ 4 an das BGer weitergezogen, dauerten sie durchschnittlich 47 Monate. *Typ 8:* Wurden Verfahren des Typs 6 zusätzlich an eine untere Instanz zurückgewiesen (Kassation), dauerten diese Verfahren insgesamt durchschnittlich 63 Monate.

Tabelle 3: Verfahrensdauer nach Instanzenzug („vertikale“ Betrachtung)

Typ	Instanzenzug	Anzahl Verfahren	Durchschnittliche Dauer der Verfahren (in Monaten)
Typen mit Vorabklärung			
1	Vorabklärung	88	10,6
3	Vorabklärung, Untersuchung	42	33,0
5	Vorabklärung, Untersuchung, REKO/BVGer	6	38,6
7	Vorabklärung, Untersuchung, REKO/WEF/BVGer, BGer	3	57,5
9	Vorabklärung, Untersuchung, REKO/WEF/BVGer, Verfahren infolge Kassation	3	47,8
Typen ohne Vorabklärung			
2	Untersuchung	15	24,9
4	Untersuchung, REKO/BVGer	4	32,7
6	Untersuchung, REKO/BVGer, BGer	3	47,1
8	Untersuchung, REKO/WEF/BVGer, BGer, Verfahren infolge Kassation	3	62,8

Quelle: RPW, eigene Berechnungen

7.2 Zentrale Faktoren für die Verfahrensdauer

152. Die Dauer von Verfahren variiert stark und ist von **verschiedenen Faktoren** bzw. den *Umständen des Einzelfalles* abhängig. Die Dauer eines Verfahrens hängt namentlich von der *Komplexität* der Materie bzw. des Falles, den vorhandenen *Ressourcen* (Anzahl Mitarbeitende, Anzahl laufende Fälle pro Mitarbeitende) sowie der *Effizienz* der Wettbewerbsbehörden bei der Arbeitsweise und Entscheidungsfindung ab. Weiter wird die Verfahrensdauer vom *Verhalten der Verfügungsadressaten* (z. B. mehrmalige Fristerstreckungen, überlange Eingaben, „Beschwerdefreudigkeit“ etc.) und allenfalls der Behörden beeinflusst. Dabei gilt es indessen zu berücksichtigen, dass *Rechtsmittel* – egal ob durch die Parteien oder die Behörden erhoben –, auch in „Nebensachen“ das Verfahren zwar häufig (erheblich) verlängern, hingegen oft zur Klärung von offenen Rechtsfragen beitragen.

153. Beispielhaft wurden im Rahmen der Evaluation **fünf Fälle analysiert**,⁸² die zu jenen mit der längsten Dauer zählen: Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagszeugnisse in der Schweiz (Buchpreisbindung),⁸³ Terminierung Mobilfunk,⁸⁴ Flughafen Zürich AG (Unique; Valet Parking),⁸⁵ Kreditkarten (Interchange Fee)⁸⁶ und Vertrieb von Tie-

⁸² Vgl. Projektbericht P6, Anhang 7.

⁸³ RPW 2007/2, S. 341 ff.

⁸⁴ RPW 2007/2, S. 241 ff.

⁸⁵ RPW 2006/4, S. 625 ff.

⁸⁶ RPW 2006/1, S. 65 ff.

rarzneimitteln⁸⁷. Die Analyse zeigt, dass die Dauer dieser Verfahren zwischen drei bis neun Jahren durch obgenannte Gründe erklärt werden kann und nicht auf Leerläufe der Wettbewerbsbehörden zurückzuführen ist.

7.3 Beurteilung der Verfahrensdauer

154. Dem BJ wurde für eine Beurteilung der Verfahrensdauer von kartellrechtlichen Verfahren der Wettbewerbsbehörden ein Vorentwurf des im Rahmen der Evaluation erstellten Berichtes zur Verfahrensdauer vorgelegt.⁸⁸ Gemäss **Stellungnahme des BJ** dauern die Verfahren nicht übermässig lange: Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sind Zivil- und Strafverfahren innert angemessener Frist abzuschliessen. Massgebend sind gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR die Umstände des Einzelfalles, Hauptkriterien die Komplexität der Angelegenheit, das Verhalten der Behörden und der Betroffenen sowie die Bedeutung des Ausgangs des Verfahrens für Letztere. Aus den zur Verfügung gestellten Unterlagen zur Verfahrensdauer ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die vorliegend zu beurteilenden Verfahren übermässig lange dauerten.

7.4 Fazit

155. Die Analyse der Verfahrensdauer von 142 Vorabklärungen und 79 Untersuchungen nach Verfahrensstadien und Instanzenzug zeigt, dass die Dauer von Verfahren stark variiert und von verschiedenen Faktoren bzw. den Umständen des Einzelfalles abhängig ist. Auch wenn die Verfahrenseffizienz praktisch immer optimiert werden kann und soll, besteht für die Wettbewerbsbehörden grundsätzlich kein unmittelbarer Handlungsbedarf.

8 Ausgang von Verfahren⁸⁹

8.1 Vorgehen bei der Beurteilung des Verfahrensausgangs

156. Aus der Analyse des Ausgangs von Verfahren der Wettbewerbsbehörden soll hervorgehen, wie oft die WEKO – in der Hauptsache als auch in Nebensachen – einen **Erfolg** zu erzielen vermochte. Analysiert werden dabei auch die einzelnen Etappen des Rechtswittelweges bzw. die Bilanz der WEKO vor den einzelnen Rechtswittelinstanzen, d. h. vor der REKO/WEF bzw. dem BVGer (nachfolgend zusammengefasst: BVGer) und dem BGer. Als Datengrundlage dienen die im RPW publizierten Entscheide der vergangenen zehn Jahre (von 1997 bis 2007).

157. Ausgewertet wurden Verfahren nach Art. 5, 7 und 9 f. KG (inkl. Zwischen- und Teilverfügungen). Verfahren nach Art. 5 und 7 KG flossen in die Analyse ein, sofern sie in eine Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG mündeten. Unternehmenszusammenschlüsse gemäss Art. 9 f. KG wurden in die Analyse einbezogen, sofern eine vertiefte Prüfung gemäss Art. 10 KG stattfand oder der Zusammenschluss bereits nach vorläufiger Prüfung mit Auflagen genehmigt werden konnte. Ausschlaggebend ist somit, dass eine Verfügung erlassen wurde.

158. Die im RPW aufgeführten Entscheide wurden nach folgenden Kriterien bewertet:

- Bei *angefochtenen Verfügungen* wurde in erster Linie der Verfahrensausgang vor der letzten, den Fall entscheidenden Instanz betrachtet. In einigen Fällen verlor die WEKO zwar vor der Rechtswittelinstanz, dennoch konnte das Verfahren im Ergebnis als *Er-*

⁸⁷ RPW 2004/4, S. 1040 ff.

⁸⁸ Verlässliche, insb. internationale, Daten, die einen Vergleich mit den schweizerischen kartellrechtlichen Verfahren erlauben, existieren leider nicht.

⁸⁹ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf den folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Bericht: Projektbericht P5 (vgl. Anhang 4).

folg bezeichnet werden, da die Unternehmen ihr Verhalten nachträglich in dem von der WEKO beabsichtigten Sinne anpassten.⁹⁰

- *Unangefochtene Verfügungen* gelten als Erfolg, wenn a) eine einvernehmliche Regelung getroffen werden konnte, b) die WEKO den Parteien Bedingungen auferlegte, die Letztere nicht anfochten und somit akzeptierten, bzw. c) wenn die Parteien ihr Verhalten während des Verfahrens anpassten, so dass das Verfahren eingestellt werden konnte. Begründet wird dies durch die Erreichung des gewünschten Ziels seitens der WEKO. Hingegen ist der Ausgang eines Verfahrens, das mangels feststellbaren unzulässigen Verhaltens oder aufgrund der Unbedenklichkeit eines Unternehmenszusammenschluss eingestellt wurde, als *neutral* zu bewerten. In solchen Fällen sind die Unternehmen nicht zu Verhaltensanpassungen gezwungen.⁹¹
- Die Verfahren wurden nach Verfahren in der *Hauptsache* und in *Nebensachen* unterteilt.⁹²

8.2 Ausgang der Verfahren – Bilanz

159. In diesen Teil der Analyse flossen insgesamt 87 Verfahren in Hauptsachen und 30 Verfahren in Nebensachen ein. Von den 87 Verfahren in der **Hauptsache** wurden 58 nicht weitergezogen, da der erstinstanzliche Entscheid der WEKO akzeptiert oder aber das Verfahren eingestellt wurde. In 38 Fällen der unangefochtenen Verfahren erzielte die WEKO einen Erfolg, 20 gingen neutral aus. 29 Verfahren kamen vor eine Rechtsmittelinstanz, wovon 22 im Ergebnis einen Erfolg generierten, in sieben Fällen hatte die WEKO keinen Erfolg (vgl. Tabelle 4). In Prozenten ausgedrückt sind folglich 23 % der Verfahren in der Hauptsache als neutral zu bewerten, **69 %** der Verfahren gelten insgesamt als **Erfolg** und in 8 % erlangte die WEKO keinen Erfolg.

160. Verfahren in der Hauptsache können von Verfahren in **Nebensachen** begleitet werden. Neben den 87 Verfahren in der Hauptsache wurden 30 Verfahren in Nebensachen ausgetragen. Folglich führte die WEKO innerhalb der letzten zehn Jahre insgesamt 117 für diesen Bericht relevante Verfahren durch. 74 % aller Verfahren waren Verfahren in der Hauptsache und 26 % Verfahren in Nebensachen. Die Erfolgsquote bei Verfahren in Nebensachen sieht wie folgt aus: 3 % der Verfahren ging neutral aus. In **80 %** erzielte die WEKO einen **Erfolg**, keinen Erfolg hatte sie in 17 %.

⁹⁰ Im Fall Buchpreisbindung (nach Art. 5 KG; RPW 2007/1, S. 129) gab beispielsweise das BGer als letzte Instanz der WEKO Recht, weshalb das Verfahren mit der hier im Folgenden zu verwendenden Terminologie als *Erfolg* bezeichnet wird. Hingegen hob im Fall Directories (nach Art. 7 KG; RPW 2006/4, S. 698) das BVGer die Verfügung der WEKO auf, weshalb die WEKO in diesem Verfahren *keinen Erfolg* erzielt hat.

⁹¹ Als Beispiel kann der Fall Neue Eisenbahn-Alpentransversale (RPW 2007/3, S. 415) aufgeführt werden: Da keine unzulässigen Abreden festgestellt werden konnten, wurde die Untersuchung ohne Folgen eingestellt.

⁹² In erster Linie werden die Verfahren in der Hauptsache betrachtet. Diese betreffen den eigentlichen Verfahrensgegenstand, d. h. Unternehmenszusammenschlüsse gemäss Art. 9 f. KG, unzulässige Abreden gemäss Art. 5 KG oder Missbräuche marktbeherrschender Stellungen gemäss Art. 7 KG. Als eigenständig und somit als Hauptsacheverfahren gelten im vorliegenden Bericht auch die Meldungen gemäss Schlussbestimmung des revidierten Kartellgesetzes sowie jene Verfahren, welche lediglich die Verhängung einer vorsorglichen Massnahme behandeln – sofern auch ein Verfahren zur eigentlichen Hauptsache (Verfahren nach Art. 5, 7 oder 9 f. KG) geführt wird, gilt eine vorsorgliche Massnahme als Verfahren in einer Nebensache. Zu den Hauptverfahren ins Verhältnis gesetzt werden die parallel dazu laufenden Verfahren in Nebensachen (in der Regel Zwischen- und Teilverfügungen). Als solche gelten beispielsweise Verfahren betreffend Zuständigkeit der WEKO (z. B. Fragen nach Vorliegen eines Vorbehalts gemäss Art. 3 KG), Auskunftspflicht oder Verfahrenskosten. Verfahren nach Haupt- und Nebensachen werden gesondert beurteilt.

Tabelle 4: Anzahl beurteilter Verfahren nach Art. 5, 7 und 9 f. KG in der Hauptsache

87 Verfahren			
unangefochten: 58		angefochten: 29	
Erfolg	neutral	Erfolg	kein Erfolg
38	20	22	7

Quelle: RPW, eigene Berechnungen

161. Die **Verfahren nach Art. 5, 7 und 9 f. KG gesondert** betrachtet, zeigen sich in Relation zur Gesamtanalyse keine grossen Unterschiede. Verfahren nach Art. 7 KG weisen im Vergleich zu Art. 5 und 9 f. KG mehr Verfahren in Nebensachen auf. Verglichen mit Verfahren nach Art. 7 KG wurden Verfahren nach Art. 5 KG relativ oft einvernehmlich beigelegt bzw. wurden die Auflagen im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen von den Parteien in der Regel akzeptiert.

8.3 Bilanz vor den Rechtsmittelinstanzen

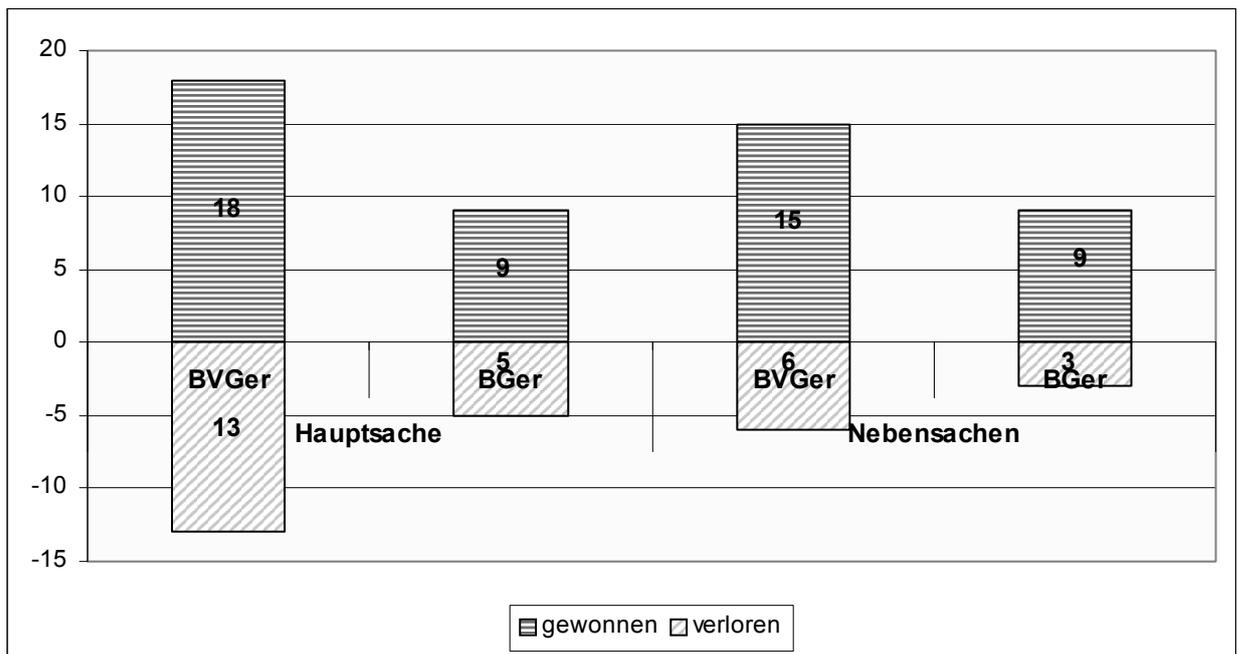
162. Im Folgenden werden die einzelnen Etappen des Rechtsmittelweges bzw. der Ausgang vor den Rechtsmittelinstanzen, BVGer sowie BGer, gesondert analysiert. Zur terminologischen Abgrenzung zu der Bewertung nach *Erfolg/kein Erfolg*, wird beim Ausgang vor den Rechtsmittelinstanzen zwischen *gewonnen/verloren* unterschieden.

163. Die WEKO gewann *vor dem BVGer* 18 Verfahren nach Art. 5, 7 und 9 f. KG in der Hauptsache und verlor deren 13. *Vor dem BGer* gewann die WEKO neun und verlor fünf Verfahren in der *Hauptsache*. In *Nebensachen* gab das BVGer der WEKO in 15 Fällen Recht, in sechs Fällen nicht. Vor BGer gewann die WEKO neun Verfahren in Nebensachen und verlor deren drei (vgl. Darstellung 2). Eine gesonderte Analyse der Verfahren nach Art. 5, 7 und 9 f. KG zeigt, dass zwischen den einzelnen Verfahren relativ kleine Unterschiede bestehen. Am häufigsten werden Entscheide nach Art. 7 KG angefochten, sowohl in der Hauptsache wie in Nebensachen.

164. Aus Darstellung 2 geht hervor, dass die WEKO *vor dem BVGer* (v. a. vor der ehemaligen *REKO/WEF*) relativ oft unterlag (auf der Ordinate sind die Anzahl Fälle aufgeführt; die von der WEKO verlorenen Verfahren sind mit negativem Vorzeichen versehen). Dies scheint im Widerspruch zu den Erfolgsraten in Haupt- und Nebensachen in Rz. 159 ff. zu stehen. Die Bilanz fällt insgesamt gut aus, da – nachdem die WEKO vor dem BVGer unterlag – entweder das BGer die Beschwerde der WEKO guthiess oder die Parteien, obschon das BVGer oder BGer ihre Beschwerde guthiessen, ihr Verhalten anpassten.⁹³

⁹³ Als Beispiel sei der Fall Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft (2002) aufgeführt: Obwohl die WEKO vor dem BVGer verlor und die Parteien somit Recht erhielten (RPW 2005/3, S. 530), einigten sie sich im Anschluss trotzdem darauf, das Verbot der Preisdifferenzierung in Kreditkarten-Annahmeverträgen („NDR-Klausel“) aufzugeben, wodurch sie ihr Verhalten in dem von der WEKO gewünschten Sinne anpassten (RPW 2006/2, S. 581; RPW 2007/1, S. 71). Die WEKO erzielte somit im Ergebnis dennoch einen Erfolg.

Darstellung 2: Verfahren vor dem BVGer und BGer (Art. 5, 7 und 9 f. KG)



Quelle: RPW, eigene Berechnungen

8.4 Fazit

165. Die Gesamtbilanz der WEKO fällt positiv aus. Einen Erfolg erzielte sie in 70 % aller Entscheide in der Hauptsache und in 80 % in Nebensachen. Die Analyse der Entscheide des BVGer und BGer zeigt auf, dass die WEKO Verfahren vor dem BGer öfters gewinnt als vor dem BVGer. Die leicht negativere Bilanz vor dem BVGer wird aber durch Entscheide des BGer und durch Verhaltensanpassungen von Unternehmen (trotz gewonnenen Verfahren) relativiert. In Verfahren in Nebensachen gewann die WEKO vor den Rechtsmittelinstanzen im Verhältnis öfters als in Hauptsachen.

166. Entscheide nach Art. 7 KG werden häufiger angefochten als solche nach Art. 5 und 9 f. KG. Verglichen mit Verfahren nach Art. 7 KG wurden Verfahren nach Art. 5 KG relativ oft einvernehmlich beigelegt bzw. wurden die Auflagen im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen von den Parteien in der Regel akzeptiert.

II.c. Konzept und Vollzug des Kartellgesetzes

9 Internationaler Vergleich des Kartellgesetzes⁹⁴

9.1 Hintergrund und Vorgehen

167. Gemäss dem Auftrag des EVD wurde ein Vergleich mit dem Wettbewerbsrecht anderer Länder vorgenommen. Der Blick ins Ausland ist für die zukünftige Weiterentwicklung des Schweizer Kartellrechts sinnvoll. Er erlaubt erstens, die aktuelle Schweizer Wettbewerbspolitik im internationalen Rahmen (inkl. Entwicklungen) einzuordnen, und zweitens ausländische Erfahrungen und Reformen einzubeziehen.

168. Der internationale Vergleich wurde auf zwei Ebenen durchgeführt:

- Zuerst wurde ein **breiter**, in erster Linie tabellarischer **Vergleich** des Schweizer Kartellgesetzes mit demjenigen von sechs ausgewählten Rechtsordnungen (EU, Deutschland, Frankreich, Niederlande, Vereinigtes Königreich, USA) angestellt.
- Auf Basis dieses Vergleichs beauftragte die Evaluationsgruppe Kartellgesetz A. Heinemann⁹⁵ und C. Baudenbacher⁹⁶ zur Durchführung eines **vertieften Vergleichs** von vier Themen, die für die zukünftige Entwicklung des Schweizer Wettbewerbsrechts bedeutsam sind: institutionelle Ausgestaltung, zivilrechtlicher Weg, Sanktionierung natürlicher Personen sowie vertikale Vereinbarungen. Die „Zusammenschlusskontrolle“ und die „internationale Zusammenarbeit“ bilden je Gegenstand eines internen Evaluationsberichts. Zudem untersuchte Polynomics die Wirkung der neuen Instrumente (direkte Sanktionsmöglichkeit und Bonusregelung).⁹⁷

169. Während Abschnitt 9.2 eine Zusammenstellung der zentralen Gemeinsamkeiten des Wettbewerbsrechts der Schweiz mit jenem von ausgewählten Ländern enthält, erfolgt in Abschnitt 9.3 eine Zusammenfassung jener Bereiche, in welchen Abweichungen festgestellt wurden.

9.2 Gemeinsamkeiten zwischen dem schweizerischen Kartellrecht und der internationalen „Best Practice“

170. Aus den Vergleichen ging hervor, dass das Schweizer Wettbewerbsrecht in vielen Bereichen **Gemeinsamkeiten** mit demjenigen anderer Industriestaaten und der EU aufweist und den Empfehlungen und Richtlinien der OECD sowie des International Competition Networks (ICN) genügt:

- Gemeinsam ist dem Schweizer Kartellgesetz und den ausländischen Pendanten die grundsätzliche *Zielsetzung* des wirksamen Wettbewerbs. Harte horizontale Absprachen stehen seit dem KG 1995 unter einer Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, was den im Ausland üblichen Kartellverboten relativ nahe kommt (womit dem Anliegen der OECD grundsätzlich entsprochen wird).

⁹⁴ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf die folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Berichte und Quellen: Projektbericht P9 (vgl. Anhang 10), Projektbericht P2 (vgl. Anhang 2), Projektbericht P17 (vgl. Anhang 17), C. Baudenbacher (vgl. Anhang 12), Projektbericht P8 (vgl. Anhang 9), A. Heinemann (vgl. Anhang 11), R. Specht (vgl. Anhang 16).

⁹⁵ Für die vollständige Studie vgl. Anhang 11.

⁹⁶ Für die vollständige Studie vgl. Anhang 12.

⁹⁷ Vgl. Rz. 111 und 125 ff. sowie Anhang 14.

- Seit 2004 kann die WEKO wie in den meisten Industriestaaten schon seit längerer Zeit üblich *direkte pekuniäre Sanktionen* gegen sich unzulässig verhaltende Unternehmen aussprechen.
- Gleichzeitig eingeführt wurden auch die international verbreiteten Instrumente der *Hausdurchsuchungen* und der *Bonus- bzw. Kronzeugenregelung*.
- Vergleichbar mit den untersuchten ausländischen Staaten sind die *Fristen*, die bei der Durchführung der *Zusammenschlusskontrolle* in der Schweiz gelten. Ein internationaler Vergleich der Verfahrensdauer konnte mangels Vergleichbarkeit der Rechtswege und Daten nicht durchgeführt werden.

9.3 Abweichungen des schweizerischen Kartellrechts

171. In den nachstehend dargestellten Bereichen wurden wichtige Abweichungen des Schweizer Wettbewerbsrechts von der international üblichen Praxis und entsprechenden Tendenzen festgestellt. Die Abweichungen werden an dieser Stelle u. a. auf Basis der in Abschnitt 3.3 erwähnten Teilberichte und Studien zusammengefasst. Eine vertiefte Auseinandersetzung ist den entsprechenden Abschnitten im Synthesebericht sowie den Teilberichten und Studien zu entnehmen.

9.3.1 Institutionelle Ausgestaltung⁹⁸

172. Einen **Sonderfall** stellt die institutionelle Ausgestaltung der Schweizer Wettbewerbsbehörden dar. Sie konzentriert die Umsetzung des Kartellgesetzes in einer einzigen Behörde, die untersucht und entscheidet, wobei die Trennung zwischen WEKO (Entscheidbehörde) und Sekretariat der WEKO (Untersuchungsbehörde) nicht konsequent ist. Die WEKO ist mit 11 bis 15 Mitgliedern im internationalen Vergleich gross. Unüblich ist international die Umsetzung einer wirtschaftlich derart wichtigen Aufgabe durch eine Milizbehörde wie in der Schweiz, verpönt ist international mittlerweile gar der Einsitz von Interessenvertretern/innen, wie er in der Schweiz immer noch besteht. Auch die OECD empfiehlt der Schweiz in ihrem Peer Review der Schweizer Wettbewerbspolitik die Stärkung der Unabhängigkeit und Professionalisierung der Mitglieder der WEKO.

173. C. Baudenbacher⁹⁹ empfiehlt in seiner **international vergleichenden Studie** eine Verkleinerung der WEKO auf 3 bis 5 Mitglieder sowie parallel dazu eine Professionalisierung, d. h. Anstellung der Mitglieder zu je mindestens 50 %. Für das Präsidium sollte gemäss Studie eine vollamtliche Position vorgesehen werden, beispielsweise besetzt durch eine Person, die für ihre Unabhängigkeit bekannt ist und bereits ein hohes öffentliches Amt innehatte. Um Spitzenkräfte für das wichtige Amt zu gewinnen, werden attraktive Anstellungsbedingungen gefordert. Das Institut der Interessenvertreter/innen sei abzuschaffen, da nur schon der Anschein der Befangenheit die Entscheide der WEKO unter rechtsstaatlichen Prinzipien angreifbar mache.

174. Eine klarere institutionelle **Struktur** drängt sich auf. Sowohl eine einstufige als auch eine zweistufige Behörde sind denkbar. C. Baudenbacher bevorzugt aufgrund der Kleinheit der Schweiz die Schaffung einer einstufigen Behörde. Die EMRK-Konformität wäre dabei durch die Rechtsmittelinstanzen sichergestellt.

9.3.2 Internationale Zusammenarbeit¹⁰⁰

175. Im Bereich der internationalen Zusammenarbeit ist festzuhalten, dass die Schweiz innerhalb Europas abseits des European Competition Networks steht, innerhalb dessen den

⁹⁸ Vgl. Abschnitt 10 und 20 des Syntheseberichtes.

⁹⁹ R. Specht gelangt in seiner Funktionalitätsanalyse zu analogen Resultaten.

¹⁰⁰ Vgl. Abschnitt 11 und 21 des Syntheseberichtes.

Wettbewerbsbehörden u. a. der Austausch von vertraulichen Informationen möglich ist. Die Schweiz kennt bis auf wenige Ausnahmen weder ein **internationales Kooperationsabkommen**, noch existiert eine **gesetzliche Norm**, die den formellen Informationsaustausch zwischen Wettbewerbsbehörden regeln würde. Auf bilateraler Ebene besteht einzig das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Luftverkehrsabkommen (LVA) zwischen der Schweiz und der EU (vgl. Art. 42a KG). Daneben enthalten auch Freihandelsabkommen Wettbewerbsbestimmungen, welche unter gewissen Voraussetzungen einen Informationsaustausch beinhalten. Als ein Argument für die fehlende Zusammenarbeit werden insbesondere die Geheimhaltungsinteressen angesehen.

176. Die OECD empfiehlt der Schweiz in ihrem Peer Review der Schweizer Wettbewerbspolitik die **Stärkung** bzw. den **Ausbau der internationalen Kooperation**. Auch C. Baudenbacher betont in einer Teilstudie, dass aus institutioneller Sicht ein Wettbewerbsabkommen mit der EU nützlich wäre. Dieses sollte sich aber weder am Freihandelsabkommen noch am Luftverkehrsabkommen orientieren, sondern vielmehr sei ein Verwaltungsabkommen anzustreben, wie es die EU bereits mit den USA und Kanada abgeschlossen hat.¹⁰¹

9.3.3 Sanktionierung natürlicher Personen¹⁰²

177. Bei den Instrumenten zur Durchsetzung der Wettbewerbspolitik ist international zunehmend ein **Trend** zu Sanktionen gegen Einzelpersonen zu beobachten, wie sie in der Schweiz noch nicht angewendet werden. In den USA sind Geld- und Gefängnisstrafen gegen an harten horizontalen Kartellen beteiligte leitende Angestellte üblich. Mehrere Industriestaaten sehen bereits Geldstrafen (Niederlande, Deutschland) oder sogar die Möglichkeit von Gefängnisstrafen (Frankreich, Irland, Norwegen, Japan, Israel, Kanada, Australien, Südkorea) für die Beteiligung an schwer wiegenden Verstössen gegen das Kartellrecht vor.

178. In der Studie von C. Baudenbacher wird davon ausgegangen, dass eine Reform der Sanktionsmechanismen in Richtung individueller Strafsanktionen im Schweizer Kartellrecht zu früh käme. Vorerst sei für die Schweiz eine tragfähige Sanktionspraxis gegenüber Unternehmen zu entwickeln, die eng mit den oben bereits angesprochenen institutionellen Reformen verbunden sei. Hingegen ist die Einführung **individueller Verwaltungssanktionen**, mit denen international positive Erfahrungen gemacht wurden, zu erwägen.

9.3.4 Behandlung vertikaler Abreden¹⁰³

179. Bei gewissen vertikalen Abreden wird in der Schweiz seit 2003 die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet. International ist im Gegensatz zur Schweiz eine Tendenz dazu zu beobachten, Vertikalabreden nicht mehr per se zu untersagen, sondern zunehmend nur noch in **Einzelfallanalysen** zu beurteilen. Es wird in steigendem Masse davon ausgegangen, dass bei der Existenz von intensivem **Interbrand-Wettbewerb** die Wahrscheinlichkeit höher ist, dass Vertikalabreden zu Effizienzvorteilen und der Intensivierung des wirksamen Wettbewerbs beitragen. Ist der Interbrand-Wettbewerb wirksam, haben die Produzenten Anreize, ein im Vergleich zu den Konkurrenten möglichst effizientes Vertriebssystem zu errichten. Die Tendenz zur lockereren Behandlung von Vertikalabreden ist in Europa weniger ausgeprägt als in den USA, aber doch erkennbar. Ein Argument für die strengere Behandlung in der Schweiz liefern Hindernisse der wirtschaftlichen Integration in den europäischen Binnenmarkt, die eine Abschottung erleichtern könnten. Dem gegenüber steht das Risiko, dass erstens Effizienzvorteile innerhalb vertikaler Vertriebssysteme aus Angst vor Sanktio-

¹⁰¹ Diese Abkommen der EU beinhalten nicht den Austausch vertraulicher Informationen. Es wäre aber gerade die Weitergabe von sensiblen Dokumenten und Informationen zwischen Wettbewerbsbehörden, welche die Umsetzung des Wettbewerbsrechts wesentlich vereinfachen würde (vgl. dazu Abschnitt 11 und 21 des Syntheseberichtes).

¹⁰² Vgl. Abschnitt 16 und 24.6 des Syntheseberichtes.

¹⁰³ Vgl. Abschnitt 13 und 23 des Syntheseberichtes.

nen ungenutzt bleiben und dass zweitens die vertikale Integration durch Unternehmenszusammenschlüsse vorangetrieben wird.

180. Die geltende **Vertikalbekanntmachung** wird der Komplexität des Marktgeschehens nicht gerecht. Unter dem Gesichtspunkt einer verfassungskonformen Auslegung ist es nach C. Baudenbacher angezeigt, Vertikalabreden nicht nur formalistisch, sondern aufgrund ihrer Wirkungen zu prüfen. Denn eine übermässige Förderung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs könne mitunter auch jene sozialen oder wirtschaftlichen Schäden bewirken, welche die schweizerische Wettbewerbspolitik zu beseitigen verpflichtet ist. Er empfiehlt deshalb erstens der WEKO, die Vertikalbekanntmachung so zu modifizieren, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch den Nachweis des Bestehens von Interbrand-Wettbewerb in bestimmten Fällen widerlegt werden kann. Zweitens solle über eine Neuformulierung von **Art. 5 Abs. 4 KG** nachgedacht werden, da mit einer weiteren Integration der Schweiz in den Europäischen Wirtschaftsraum die Wahrscheinlichkeit von Marktabschottungen sinke.

9.3.5 Zusammenschlusskontrolle¹⁰⁴

181. Die Zusammenschlusskontrolle blieb in der Schweiz seit 1995 im Wesentlichen unverändert. Der in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle verankerte Test, der kumulativ die Marktbeherrschung *und* die Möglichkeit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs verlangt, stellt im internationalen Vergleich eine sehr hohe **Eingriffshürde** dar. In der EU wurde der ökonomisch angemessenere und weniger permissive so genannte SIEC-Test entwickelt. Einzelne Mitgliedsstaaten wenden weiterhin einen Marktbeherrschungstest an (z. B. Deutschland), andere wie die USA einen SLC-Test (z. B. Frankreich, Grossbritannien). Darüber hinaus fallen die im internationalen Vergleich hohen Schwellenwerte auf, die dazu führen, dass in der Schweiz nur relativ wenige Fusionen erfasst werden. Mögliche Reformen der Zusammenschlusskontrolle wurden in einem internen Bericht, nicht aber durch externe Experten/innen vertieft geprüft.

9.3.6 Zivilrechtliche Kartellverfahren¹⁰⁵

182. Die Schweiz unterscheidet sich gegenüber anderen betrachteten Ländern durch die im internationalen Vergleich geringe **Bedeutung** von Zivilrechtsklagen. Dies rührt namentlich daher, dass das Verwaltungsverfahren für die Betroffenen (namentlich die Anzeigenden) im geltenden System der Schweiz grosse Vorteile aufweist (etwa bezüglich der Sachverhaltsabklärung und der Verfahrenskosten). Im Vergleich zur Schweiz besitzen Zivilrechtsklagen in den anderen Ländern eine wichtige oder wachsende Bedeutung. Andere Systeme, insbesondere im französischen oder niederländischen Recht, räumen den Zivilgerichten mehr Handlungsspielraum ein.

183. In ihren Studien empfehlen A. Heinemann und auch C. Baudenbacher eine umfassende **Stärkung** des zivilrechtlichen Wegs im Schweizer Kartellrecht. Die Betroffenen hätten damit einen grösseren Anreiz zur privatrechtlichen Geltendmachung ihrer Rechte als unter aktueller Rechtsordnung. Zentrale Pfeiler dafür bilden u. a. die Erweiterung der Aktivlegitimation (insbesondere auf Konsumenten/innen und Verbände), Erleichterungen bei der Beweisführung und die Verringerung des Kostenrisikos. Auf die Einführung des mehrfachen Schadenersatz und von „class actions“ (Sammelklagen) sollte hingewiesen werden.

9.3.7 Weitere Unterschiede

184. International vergleichend untersucht wurden im Rahmen der Evaluation nur Themen aus dem Kartellrecht im engeren Sinne, nicht aber eng verwandte Bereiche wie beispiels-

¹⁰⁴ Vgl. Abschnitt 12 und 22 des Syntheseberichtes, insb. zu den Definitionen für SIEC- und SLC-Test.

¹⁰⁵ Vgl. Abschnitt 13 und 24.1 des Syntheseberichtes.

weise das Beschaffungswesen oder **Sektorregulierungen**. Diese sind in der Schweiz ausserhalb des Kartellgesetzes geregelt (z. B. im Fernmeldegesetz, im Stromversorgungsgesetz oder im Postgesetz). Sektorregulierungen werden nicht durch die Wettbewerbsbehörden umgesetzt, sondern durch andere Regulatoren (z. B. durch Comcom, ElCom und PostReg). Einige Staaten haben Funktionen dieser Regulatoren entweder den Wettbewerbsbehörden zugewiesen oder mehrere Regulatoren aus Effizienzüberlegungen in einer einzigen Behörde zusammengefasst. Die OECD empfiehlt der Schweiz in ihrem Peer Review der Schweizer Wettbewerbspolitik, eine verstärkte Zusammenarbeit der Sektorregulatoren mit der WEKO anzustreben. Eine solche intensivere Zusammenarbeit erscheint sinnvoll, wurde aber im Rahmen der Evaluation aufgrund der Prioritätensetzung¹⁰⁶ nicht weiter geprüft, ist aber insbesondere bei der Revision von Sektorregulierungen zu prüfen.

185. Ebenfalls nicht näher untersucht wurde im Rahmen dieser Evaluation das **Beihilfenrecht**, das in der EU als Teil des Wettbewerbsrechts gilt. Im Gegensatz zur EU gibt es in der Schweiz kein grundsätzliches Verbot von Beihilfen, und es gibt auch keine zentrale staatliche Stelle, die diese überwacht und kontrolliert. Die Rolle der WEKO beschränkt sich auf ihre allgemeine „advocacy“-Funktion: Sie kann gemäss Art. 45 Abs. 2 und Art. 46 KG (allerdings unverbindliche) Stellungnahmen und Empfehlungen an die verantwortlichen Behörden richten, wenn sie der Auffassung ist, dass Regulierungen wettbewerbsverzerrend wirken. Die Schweiz ist damit im internationalen Vergleich keine Ausnahmeerscheinung. Eine Selbstdisziplin bei der Subventionsvergabe wird von Nationalstaaten aus eigenem Antrieb kaum je auferlegt. Angemerkt sei auch, dass die Subventionskontrolle in der EU nur mit Bezug auf die Mitgliedstaaten ausgeübt wird. Insgesamt gehört die EU selbst jedoch zu den weltweit grössten Subventionsgebern.

9.4 Fazit

186. Mit den Reformen 1995 und 2003 hat sich das Schweizer Kartellrecht an die internationale *Best Practice* angenähert. Zielsetzung und Instrumente entsprechen in vielerlei Hinsicht den Ansprüchen an ein modernes Kartellrecht. Der Vergleich hat aber auch aufgezeigt, dass das Schweizer Kartellgesetz in einigen Bereichen noch nicht den internationalen Standards entspricht. Dies einerseits, weil einige angedachte Reformschritte in der Schweiz im Rahmen vergangener Revisionen aufgeschoben wurden, und andererseits, weil sich die ausländischen Rechtsrahmen unterdessen weiterentwickelt haben. Auf Basis dieses internationalen Vergleichs besteht im Schweizer Kartellrecht insbesondere in folgenden Bereichen **Anpassungsbedarf**:

- Institutionelle Ausgestaltung: Professionalisierung und klarere Zuordnung der Zuständigkeiten;
- Internationale Zusammenarbeit: Anstreben des Abschlusses von Kooperationsabkommen mit wichtigen Handelspartnern;
- Zusammenschlusskontrolle: Modernisierung des Tests und Änderung der Aufgreifkriterien;
- Behandlung vertikaler Abreden: Lockerung der Handhabung, Anpassung an die Komplexität des Marktgeschehens und die aktuelle ökonomische Lehre;
- Zivilrechtlicher Weg: Umfassende Stärkung des zivilrechtlichen Wegs;
- Sanktionierung natürlicher Personen: Einführung von individuellen Verwaltungssanktionen.

¹⁰⁶ Vgl. Abschnitt 3.3 des Syntheseberichtes.

187. Diese Bereiche werden in der Evaluation eingehend behandelt. Mit Umsetzung der vorgeschlagenen Reformen in den genannten Bereichen entspräche das Schweizer Kartellrecht dem aktuellen Stand der Erkenntnisse.

10 Institutionelles¹⁰⁷

10.1 Hintergrund

188. Bereits bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Einführung direkter Sanktionen anlässlich der Revision 2003 wurde aufgrund des Mandats des EVD über die Vor- und Nachteile einer Kommission mit und ohne „Interessenvertreter/innen“¹⁰⁸ sowie über die Grösse der Kommission diskutiert. Dieser Revisionspunkt wurde nach Durchführung der Vernehmlassung aus politischen Gründen fallengelassen. Die geltende Situation wurde aber verschiedentlich wieder in Frage gestellt.

189. In diesem Zusammenhang sind die Forderungen der OECD¹⁰⁹ sowie die beiden *Interpellationen Baumann* und *Recordon*¹¹⁰ zu nennen, die eine Analyse der Wettbewerbsbehörden (WEKO und Sekretariat) nahe legen. Gemäss Auftrag des EVD hat die Evaluation eine Analyse der Arbeitsabläufe, des Managements und der Organisation der Wettbewerbsbehörden zu beinhalten.

190. Zwei Studien widmeten sich dem Thema „Institutionelles“: die Funktionsanalyse von R. Specht¹¹¹ und eine Teilstudie von C. Baudenbacher¹¹² im Rahmen des internationalen Vergleichs. Ferner äusserten sich zu Beginn der Evaluation verschiedene Experten/innen und Kritiker/innen¹¹³ zum Institutionellen. Gestützt auf diese Studien- und Umfrageergebnisse waren im Rahmen der Evaluation die folgenden Fragen zu beantworten:

- Sind die WEKO und das Sekretariat der WEKO in ihrer Arbeitsweise effizient?
- Welche Massnahmen können kurzfristig im Rahmen des bestehenden Kartellgesetzes (mit Änderungen des Geschäftsreglements) zur Verbesserung der Effizienz ergriffen werden (de lege lata)?
- Welche längerfristigen Massnahmen mit Änderungen des Kartellgesetzes sind sinnvoll (de lege ferenda)?

191. Es ist vorauszuschicken, dass der Bundesrat im Dezember 2007 die Zahl der Kommissionsmitglieder von 15 auf 12 reduzierte. Zudem bestellte der Bundesrat neben dem Präsidenten einen einzigen Vizepräsidenten (zuvor zwei). Daraufhin sistierte die Kommission die – bis zu jenem Zeitpunkt bestehende – Struktur mit drei Kammern und tagte fortan ausschliesslich im Plenum. Die zuvor in den Kammern geleisteten Vorarbeiten nahm dabei vermehrt das Präsidium, bestehend aus Präsident und Vizepräsident, wahr.

¹⁰⁷ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf die folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Berichte und Quellen: R. Specht (vgl. Anhang 16), C. Baudenbacher (vgl. Anhang 12), ZEW/KOF (vgl. Anhang 15), Projektbericht P10/11, Projektbericht P9 (vgl. Anhang 10).

¹⁰⁸ Mit dem Begriff „Interessenvertreter/innen“ sind vorliegend diejenigen Mitglieder der WEKO gemeint, welche *nicht* „unabhängige Sachverständige“ i. S. v. Art. 18 Abs. 2 KG sind, also namentlich die (abhängigen) Sachverständigen aus Kreisen der Wirtschaft (d. h. Vertreter übergeordneter Verbände; vgl. schon Botschaft 2001, S. 2040 [zit. Fn. 4]).

¹⁰⁹ Vgl. Rz. 22 ff.

¹¹⁰ Siehe Rz. 20 f.

¹¹¹ Vgl. für die vollständige Studie Anhang 14. Die Funktionsanalyse von R. Specht diente zudem der WEKO für die Ausrichtung der Struktur mit zwölf Mitgliedern (vgl. Rz. 191).

¹¹² Vgl. für die vollständige Studie Anhang 12.

¹¹³ Vgl. Rz. 45 ff.

192. Die Funktionsanalyse von R. Specht und die nachstehenden Aussagen sowie Empfehlungen beziehen sich mehrheitlich auf die Situation, wie sie bis Ende 2007 bestand. Die ersten Erfahrungen mit einer verkleinerten Kommission sowie ohne Kammerstruktur flossen jedoch in die vorliegende Analyse ein.

10.2 Hauptergebnis

193. Aus den durchgeführten Studien geht zusammenfassend hervor, dass auf Seiten der Kommission wie des Sekretariats Verbesserungen notwendig sind, auch wenn auf Basis der durch Gesetz und Geschäftsreglement vorgesehenen Organisation grundsätzlich gute Arbeit geleistet werden kann und der geltende (generisch gewachsene) Apparat in der Gesamtlage prinzipiell einen professionellen Charakter aufweist. Die Mängel im geltenden System sind hauptsächlich eine Folge der gewachsenen und ererbten Strukturen, die – wie der Gesetzgeber folgerichtig bei der letzten Revision bemerkt hat – in regelmässigen Abständen überprüft und im Sinne einer kontinuierlichen Weiterentwicklung verbessert und nachgeführt werden müssen. Damit die Professionalität und die Effizienz der Wettbewerbsbehörden verbessert werden kann, bedarf es erstens einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen (dazu Abschnitt 10.3). Bis diese in Kraft treten kann (und teilweise unabhängig davon), können zweitens innerhalb des geltenden Systems mit kurz- bis mittelfristigen Massnahmen hinsichtlich der Kommissionsorganisation und der Behandlung der Geschäfte (Arbeitsweise in den beiden Wettbewerbsbehörden) wesentliche Verbesserungen erzielt werden (dazu in Abschnitt 10.4). Die kurz- bis mittelfristigen Massnahmen dienen einer konsequenteren Umsetzung der vorhandenen Anlagen.

10.3 Längerfristige Effizienzsteigerungen (de lege ferenda)

194. Gemäss den im Rahmen der Evaluation durchgeführten Studien besteht hinsichtlich der Aufstellung und Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden, insbesondere im internationalen Vergleich, ein wesentliches Verbesserungspotenzial. Die georteten Problembereiche, die im Wesentlichen mit den Empfehlungen der OECD und den Forderungen der befragten Experten/innen und Kritiker/innen einhergehen, betreffen zum einen die **Institution**, zum anderen die **personelle und fachliche Zusammensetzung** der heutigen Kommission.

195. Die zentralen **fundamental-institutionellen Probleme** sind die Folgenden:

- Grösse und Struktur der Kommission genügen den gestellten Anforderungen, insbesondere auch im internationalen Vergleich, nicht.
- Nach Einschätzung vieler Experten/innen, aber auch interner Beobachter (Kommissionsmitglieder und Sekretariatsmitarbeitende) ist es der Milizkommission angesichts der Menge und der Komplexität der Fälle nicht möglich, den ihr gestellten Aufgaben in fachlicher und zeitlicher Hinsicht gerecht zu werden.
- Die Zusammenarbeit zwischen der Milizkommission und dem professionellen Sekretariat leidet an mehrfachen Ungleichgewichten (Wissenstand, Entscheidungsmacht, Prozesskontrolle).
- Die Trennung und Kompetenzzuordnung zwischen der Kommission (Entscheidbehörde) und deren Sekretariat (Untersuchungsbehörde) sind nicht konsequent vollzogen. Diese unscharfe Trennung führt insbesondere zu Führungs-, Qualitäts- und Unabhängigkeitsproblemen. Es bestehen Schnittstellenprobleme.
- Die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden von den Bundesbehörden und der Politik ist zu wenig sichergestellt.

- Die Stellen im Sekretariat der WEKO sind nicht ausreichend attraktiv gestaltet. So bestehen gewisse Rekrutierungsprobleme.¹¹⁴

196. Hinsichtlich der **personellen und fachlichen Zusammensetzung** der Kommission ist Folgendes festzuhalten:

- Es sind Verbesserungen nötig, um die Ausgewogenheit der Kräfte und der Fachkompetenz innerhalb der Kommission zu verbessern.
- Durch den Einsitz von Verbands- bzw. Interessenvertretern/innen in der Kommission weicht die Schweiz vom internationalen Standard der Unabhängigkeit und dem internationalen Trend zur Professionalisierung ab.
- Die unabhängigen Mitglieder stammen weitgehend aus dem universitären Bereich, womit ein Manko an Praxisnähe und Feld-/Branchenkompetenz droht.
- Das Amt des/der Präsidenten/in stellt hohe Anforderungen an den/die Inhaber/in.

197. Aus den erwähnten Studien gehen mehrere **Gestaltungsmassnahmen** hervor, um die vorhandenen Problembereiche zu bewältigen. Diese lassen sich in drei zentrale Punkte zusammenfassen:

- Die **Kompetenzzuordnung zwischen Kommission (Entscheidbehörde) und Sekretariat (Untersuchungsbehörde)** ist **klarer** zu gestalten, sei es durch eine klare Trennung (**zweistufige Behörde**) oder durch die Vereinigung von Kommission und Sekretariat (**einstufige Behörde**). Dabei steht die einstufige Behörde im Vordergrund (dazu Rz. 198 ff.). Unabhängig von der Wahl eines Modells ist es wichtig, Klarheit zu schaffen und eine Entscheidung für den einen oder anderen Ansatz zu treffen.
- Die Wettbewerbsbehörden sollten **umfassend unabhängig** sein (hinsichtlich Institution, Kommissionsmitgliedern und Mitarbeitenden):
 - Die Wettbewerbsbehörden sollten unabhängig von Politik und Verwaltung (Departement, Bundesrat, Parlament, andere Stellen) sein.
 - Die Mitglieder des Entscheidgremiums sowie die Mitarbeitenden in der ein- oder zweistufigen Behörde sollten unabhängig sein (ohne *Interessenvertreter/innen*, ohne *Verwaltungsratsmandate*). Betreffend Interessenvertretern/innen spielt die (tatsächliche oder vermeintliche) Erwartungshaltung ihres Verbandes in Sachen Interessensabhängigkeit ebenso eine Rolle wie die Tatsache, dass sie von ihrem Verband gestellt werden. Nur schon der Anschein der Befangenheit von Mitgliedern der WEKO macht deren Entscheide, die auch Sanktionen umfassen, unter rechtsstaatlichen Prinzipien angreifbar. Soweit die WEKO in einem konkreten Fall nicht über die erforderlichen Kenntnisse verfügen sollte, könnte sie fallspezifisch unabhängige Experten/innen beiziehen.
 - Die Stellen für die Mitglieder des Entscheidgremiums in der ein- oder zweistufigen Behörde sind auszuschreiben und durch ein Fachgremium zu beurteilen. Die Wahl erfolgt durch den Bundesrat oder das Parlament.

¹¹⁴ Das Sekretariat der WEKO ist zur Erfüllung seiner Aufgabe auf gut ausgebildete und spezialisierte Mitarbeitende (Juristen/innen und Ökonomen/innen) angewiesen. Da für Arbeitskräfte mit langjähriger Berufserfahrung in diesen Bereichen (z. B. Rechtsanwältinnen in Wirtschaftskanzleien) eine erhebliche Lohndifferenz zwischen Bundesverwaltung und Privatwirtschaft besteht, ist es dem Sekretariat nur schwer möglich, solche Personen zu rekrutieren. Dies ist mit ein Grund für die junge Mitarbeiterstruktur im Sekretariat der WEKO (dazu *Interpellation Recordon*, vgl. Rz. 20 f.). Dabei ist festzuhalten, dass dem Sekretariat der WEKO anlässlich der Revision 2003 15 zusätzliche Stellen in Aussicht gestellt wurden, um die Revision effizient umzusetzen (vgl. Botschaft 2001, S. 2049, zit. Fn. 4). Die bis Ende November 2008 zur Verfügung gestellten Mittel erlaubten es dem Sekretariat der WEKO lediglich fünf zusätzliche Stellen zu besetzen.

- Das Entscheidgremium in der ein- oder zweistufigen Behörde ist hinsichtlich **Grösse, Sachverstand, Anstellungsgrad, Rekrutierung** (Ausschreibung und Wahl), **pekuniärer und karrieremässiger Anreize** zu **professionalisieren**:
 - Das Entscheidgremium umfasst drei bis fünf Mitglieder, um namentlich eine effizientere Kommunikation und Diskussion, tiefere Entscheidfindungskosten, identifizierbare Leistungen und eine erhöhte Verantwortlichkeit der einzelnen Mitglieder zu erreichen.
 - Zumindest das Präsidium des Entscheidgremiums ist als Vollamt auszugestalten. Tendenziell sind auch weitere Mitglieder hauptamtlich anzustellen, um der Komplexität und dem Umfang der Geschäfte gerecht zu werden.
 - Die pekuniären und karrieremässigen Anreize für die Mitglieder des Entscheidgremiums sind gegenüber der heutigen Regelung zu verbessern, so dass eine echte Alternative zu anderen privaten und öffentlichen Ämtern und Stellen geschaffen wird. So können auch voll- oder hauptamtlich tätige kompetente und motivierte Kommissionsmitglieder angeworben werden.
 - Bei der Rekrutierung der Mitglieder des Entscheidgremiums ist neben Experten/innen der Universitäten auch an spezialisierte Anwälte/innen, Richter/innen, Unternehmer/innen, ausländische Personen (etwa von anderen Wettbewerbsbehörden) zu denken.
 - Das Kriterium der fachlichen Kompetenz muss bei der Wahl der Mitglieder des Entscheidgremiums die entscheidende Rolle spielen (vorzugsweise juristische Experten/innen in Kartell- und Verwaltungsrecht und ökonomische Experten/innen in Mikro- und Industrieökonomie). Des Weiteren bedarf es einer Ausbalancierung der ökonomischen und juristischen Kräfte.

198. Um eine **klarere Kompetenzzuordnung zwischen Kommission** (Entscheidbehörde) **und Sekretariat** (Untersuchungsbehörde) zu erreichen, sehen moderne Wettbewerbsgesetze grundsätzlich ein einstufiges oder ein zweistufiges Organisationsmodell vor. Für beide Organisationsformen gibt es, wie der internationale Vergleich zeigt, Vorbilder. Wenn auch beide Varianten mit Vor- und Nachteilen verbunden sind, *weist die einstufige gegenüber der zweistufigen Behörde – wie nachfolgend aufgezeigt – einige wichtige Vorteile auf.*

199. Zur **einstufigen Behörde** ist Folgendes festzuhalten:

- Das Entscheidgremium würde ähnliche Aufgaben wie die heutige Kommission übernehmen, zudem namentlich über Meilensteine in Verfahren befinden, die strategischen Leitlinien bestimmen und die Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden und internationalen Organisationen pflegen.
- In einem einstufigen System würden die Mitarbeitenden des heutigen Sekretariats der WEKO zu „Angestellten“ des entsprechenden Entscheidgremiums selbst. Das Entscheidgremium müsste das Recht haben, sämtliche Mitarbeitenden anzustellen. Die Sachbearbeiter/innen würden den Fall, den sie von Grund auf kennen, durch die verschiedenen Verfahrensstufen begleiten können.
- Mit einer einstufigen Behörde könnten Effizienzen gegenüber dem geltenden System geschaffen werden. Der Verfahrensaufwand würde im Vergleich zum geltenden System abnehmen. Das heutige Schnittstellenproblem zwischen dem Sekretariat der WEKO und der Kommission würde beseitigt.
- Rechtsvergleichend ist darauf hinzuweisen, dass beim deutschen Bundeskartellamt, einer der neben der Europäischen Kommission traditionsreichsten Wettbewerbsbehörden Europas, ein einstufiges System besteht, das bestens eingespielt ist. Es soll nicht postuliert werden, dass eine einstufige Behörde nach den deutschen Vorbild zu struk-

turieren wäre. Gerade gemäss den bisherigen Erfahrungen mit dem bis 31. Dezember 2007 angewendeten Kammersystem zeigte sich, dass die durchgehende Silostruktur (durch Sekretariat *und* Kammer) der „*unité de doctrine*“ abträglich war und die gegenseitige Kontrolle innerhalb der Kommission hemmte. Aus diesem Grunde sollte das Entscheidgremium die wichtigen Entscheide, insbesondere die Eröffnungen und Abschlüsse von Verfahren und strategische Führungsentscheide, gemeinsam fällen.

- Die einstufige Behörde müsste bei der Wahrnehmung der wettbewerbsrechtlichen Aufgaben unabhängig von Weisungen des Bundesrates, des Parlamentes oder anderer Stellen sein. Die Organisation der einstufigen Behörde wäre punkto Unabhängigkeit an Organisationen wie der Schweizerischen Nationalbank (SNB) oder der Finanzmarktaufsicht (FINMA) und nicht an der Organisation von Bundesämtern auszurichten. Namentlich die personelle Unabhängigkeit des Entscheidgremiums wäre dabei zu sichern.

200. Zur **zweistufigen Behörde** ist das Folgende festzuhalten:

- In einer zweistufigen Behörde wäre *de lege ferenda* sicherzustellen, dass die Untersuchung losgelöst von der Entscheidungsebene durchgeführt und die Verfügungen von der Entscheidungsbehörde unvoreingenommen und unabhängig getroffen werden. Die Kommission würde über eigene, von der Untersuchungs- und Instruktionsbehörde unabhängige wissenschaftliche Mitarbeiter/innen verfügen. Hier bestehen Vergleichsmöglichkeiten zu Gerichtshöfen: Die Erfahrungen des EGMR in Strassburg einerseits sowie des EuGH und des EFTA-Gerichtshofs in Luxemburg andererseits zeigen, dass grundsätzlich zwei Modelle zur Verfügung stehen. Denkbar ist einmal die Schaffung eines Pools von Assistenten/innen (wie am EGMR) oder ein Kabinettsystem (wie am EuGH und EFTA-Gerichtshof). Beide Systeme haben Vor- und Nachteile. In einem Kabinettsystem werden etwa heikle Fragen in der Tendenz kontroverser diskutiert als in einem Poolsystem.
- Die gegenseitige Verflechtung zwischen WEKO und Sekretariat müsste einer möglichst konsequenten Funktionsteilung weichen. Die Entscheidung über die Eröffnung eines Verfahrens und das Treffen von verfahrensleitenden Beschlüssen wären dem Sekretariat zu überlassen. Umgekehrt müsste sich das Sekretariat auf die untersuchende und anklagende Aufgabe beschränken und vor der Kommission im Verhältnis zu den Unternehmen gleichberechtigt auftreten.
- Als grosser Nachteil einer zweistufigen Behörde ist der deutlich höhere Gesamtaufwand und insbesondere Verfahrensaufwand im Vergleich zum geltenden System zu nennen. Durch die Trennung würde der Rechtsweg um eine zusätzliche Behörde erweitert.¹¹⁵ Die Verfahren würden damit deutlich länger dauern. Das Schnittstellenproblem zwischen dem Sekretariat und der Kommission würde im Vergleich zu heute nur teilweise gelöst.

201. Zusammenfassend ist die ein- der zweistufigen Behörde vorzuziehen. Es ist im Übrigen festzuhalten, dass prinzipiell beide Organisationsmodelle den Anforderungen der **EMRK** genügen sollten.¹¹⁶

¹¹⁵ Zu überlegen wäre, ein eigentliches Kartellgericht zu schaffen. Das heutige Sekretariat der WEKO funktionierte dann als eine Art Staatsanwaltschaft, welche das Untersuchungsverfahren instruiert und vor dem Kartellgericht Anklage erhebt. Zu entscheiden wäre auch, ob gegen die Urteile des Kartellgerichts Rechtsmittel an das BVGer und das BGer möglich wären oder nur an das BGer.

¹¹⁶ Vgl. Rz. 296 f.

10.4 Kurz- bis mittelfristige Effizienzsteigerungen (de lege lata)

202. Die kurz- bis mittelfristigen Massnahmen zur Steigerung der Effizienz der Wettbewerbsbehörden, die sich aus der Funktionsanalyse von R. Specht ergeben, betreffen zum einen die Kommissionsorganisation (Abschnitt 10.4.1) und zum anderen die Arbeitsweise (Behandlung der Geschäfte) in den beiden Wettbewerbsbehörden (Abschnitt 10.4.2).

10.4.1 Organisation der Kommission

203. Für die Organisation der Kommission steht unter den gesetzlichen Rahmenbedingungen eine Reihe von Organisationsmodellen zur Auswahl. Vier Modelle¹¹⁷ stehen nach der Reduktion auf zwölf Mitglieder im Vordergrund:

- Präsidiumsmodell (Plenum und Präsidium);
- Erweitertes Präsidiumsmodell (Plenum und Präsidium mit einer fix erweiterten Präsidialkammer oder mit variabel eingesetzten Referententandems);
- Wiedereinführung der Kammerstruktur (nach Märkten oder Verfahrensarten gegliedert) mit Präsidium (durch die Kammerpräsidenten/innen gebildet) und Plenum;
- Ausschusssystem (Präsidium, Ausschüsse, Plenum).

204. Die vier Organisationsmodelle haben ihre Vor- und Nachteile und sind an bestimmte Voraussetzungen gebunden, damit sie möglichst effizient funktionieren. Gestützt auf die ergangene Studie und bisherigen Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden weisen ein Präsidiumsmodell und ein erweitertes Präsidiumsmodell Vorteile gegenüber den anderen Modellen auf (auf Letztere wird an dieser Stelle nicht eingegangen):

- Im **Präsidiumsmodell** bestehen an Stelle von fünf Einheiten auf Stufe Kommission (Präsidium, drei Kammern, Plenum) noch deren zwei (Präsidium, Plenum). Entsprechend reduziert sich der Abgrenzungs-, Informations- und Abstimmungsaufwand. Das Präsidium hat dabei die Geschäfte des Plenums vorzubereiten, wichtige Geschäfte soweit als notwendig zu begleiten und von der Kommission delegierte Entscheide zu fällen (z. B. die Beurteilung von nicht vertieft zu prüfenden Zusammenschlussvorhaben). Der Wegfall der Kammersitzungen inkl. entsprechende Vorbereitung und die Delegation von Entscheiden an das Präsidium entlastet die Mitglieder der Kommission. Dies erlaubt bei unverändertem Zeitaufwand vertieftere Diskussionen im Plenum. Im Präsidium nimmt dabei weniger die zeitliche Beanspruchung als vielmehr die Verantwortung zu, die bisher mit den jeweiligen Kammern bzw. Kammerpräsidenten geteilt wurde.
- Das **erweiterte Präsidiumsmodell** zielt auf eine breitere Abstützung des Präsidiums ab, ohne grundsätzlich von zwei Einheiten abzukommen. Verschiedene Formen der Erweiterung sind denkbar:
 - Fixe Erweiterung „Präsidiumsmodell“: In diesem Modell wird das Präsidium um zwei, maximal drei Mitglieder zu einer „Präsidiumskammer“ erweitert. Diese hat grundsätzlich die gleichen Aufgaben wie das Präsidium im Präsidiumsmodell, entsprechend sind die Effizienzvorteile ähnlich. Die Entscheidungsfindung in der Präsidiumskammer ähnelt jener in der bis Ende 2007 geltenden Kammerlösung. Zwei bis drei Mitglieder nehmen dabei Einsitz in die Präsidiumskammer, womit ihnen ein vergleichsweise höherer Aufwand erwächst.
 - Variable Erweiterung durch Referententandems: In diesem Modell wird das Präsidium variabel (ad hoc) erweitert. Für die Aufgabe der Begleitung grösserer Fälle

¹¹⁷ Diese vier Modelle basieren auf einem gemeinsamen Positionspapier des Präsidiums der WEKO und des Direktors des Sekretariats der WEKO.

(etwa die vertiefte Prüfung von Zusammenschlüssen) wird das Präsidium mit variabel eingesetzten Referententeams (in der Regel je zwei Kommissionsmitglieder) ergänzt. Abgesehen von diesen Fällen bereitet das Präsidium die restlichen Plenumgeschäfte vor und fällt von der Kommission delegierte Entscheide. Durch die Referententandems wird eine bessere Abstützung, eine Spezialisierung der Mitglieder und zugleich eine gleichmässige Verteilung der Arbeits- und Verantwortungslast unter den Mitgliedern erreicht.

205. Insbesondere auf Basis der seit 1. Januar 2008 gesammelten Erfahrungen und nach Vorliegen wichtiger Erkenntnisse aus der Funktionsanalyse von R. Specht entschied die Kommission sich am 15. September 2008 für das Präsidiumsmodell und verabschiedete entsprechend am 17. November 2008 das überarbeitete Geschäftsreglement der WEKO vom 1. Juli 1996¹¹⁸.

10.4.2 Arbeitsweise in den beiden Wettbewerbsbehörden

206. Aus der Analyse von R. Specht sind mehrere **kurz- bis mittelfristige Massnahmen** zu entnehmen, welche die Arbeitsweise bzw. den Prozessablauf in den Wettbewerbsbehörden betreffen. Diese Massnahmen dienen der Effizienzsteigerung:

- Verbesserung der Leistungsfähigkeit und Führung der WEKO: Erarbeitung von Strategien und Visionen (inkl. laufende Überarbeitung), Delegation von Standardfällen innerhalb der Kommission, Aufbau einer Projektsteuerung, Überarbeitung der Arbeitsweise der Kommission im Zusammenhang mit Projektmanagement.
- Verbesserung der Entscheidungsprozesse der WEKO: Überarbeitung der Entscheidungsprozesse innerhalb der Kommission (inkl. Führung) und der koordinierenden Steuerungsfässer (Präsidiumssitzung, Geschäftsleitungssitzung) mit einer optimalen Einbindung der Dienstleiter und Aufbau einer wirksamen Umsetzungskontrolle der Prozess- und Projektorganisation der Fälle.
- Verbesserung der Prozessorientierung des Sekretariates der WEKO: Erarbeitung einer durchgehenden Projektmanagementstruktur für alle Hauptprozesse (Geschäfte), Wahl einer geeigneten Software-Unterstützung, Aufbau einer Prozessfortschrittskontrolle, Aufbau einer einfachen Geschäftskontrolle.
- Verbesserung der Unternehmenskultur im Sekretariat der WEKO: Gewährleistung von durchgängiger, dienstübergreifender „unité de doctrine“ (Prozessorientierung über das ganze Sekretariat), Entwicklung von gemeinsamen Führungsprinzipien, vollständige Durchsetzung der Projektorientierung sowie Aufbau einer expliziten Qualitätskontrolle (in Form einer Projektfortschrittskontrolle).
- Verbesserung der Koordination zwischen Kommission und Sekretariat: Klären der Aufgaben, Kompetenzen und gegenseitigen Erwartungen, Überdenken der Steuerungsinstrumente „Präsidiumssitzung“ und „Direktionssitzung“ sowie deren Zusammenspiel.

207. Die genannten Massnahmen sollten mit vertretbarem Aufwand in einem Zeithorizont von einigen Monaten zu deutlichen Verbesserungen der Arbeit in der laufenden Legislaturperiode führen. Für die Umsetzungen dieser Massnahmen beschloss die WEKO am 15. September 2008 ein **extern begleitetes Projekt** zu starten und eine entsprechende Organisationsentwicklungsgruppe einzusetzen.

10.5 Fazit

208. Auf Seiten der Kommission wie des Sekretariats der WEKO sind Verbesserungen notwendig, auch wenn auf Basis der durch Gesetz und Geschäftsreglement vorgesehenen Or-

¹¹⁸ Die Genehmigung durch den Bundesrat steht noch aus.

ganisation grundsätzlich gute Arbeit geleistet werden kann. Damit die Professionalität und die Effizienz der Wettbewerbsbehörden verbessert werden kann, bedarf es erstens zwingend einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen. Bis diese in Kraft treten kann (und teilweise unabhängig davon), können zweitens innerhalb des geltenden Systems mit kurz- bis mittelfristigen Massnahmen hinsichtlich der Kommissionsorganisation und der Behandlung der Geschäfte (Arbeitsweise in den beiden Wettbewerbsbehörden) wesentliche Verbesserungen erzielt werden.

209. **De lege ferenda:** Für die erforderliche Optimierung der gesetzlich vorgeschriebenen Aufstellung und Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden bedarf es folgender gesetzlicher Anpassung:

- Die Wettbewerbsbehörden sind **umfassend unabhängig** zu strukturieren: unabhängig von der Politik, ohne Einsitz von Interessenvertreter/innen, ohne Verwaltungsratsmandate, die Stellen für das Entscheidgremium in der einstufigen Behörde (oder der Kommission im zweistufigen Modell) sind auszuschreiben, die Personen durch ein Fachgremium zu beurteilen und durch den Bundesrat oder das Parlament zu wählen.
- Das **Entscheidgremium** in der ein- oder zweistufigen Behörde ist hinsichtlich Grösse (drei bis fünf Mitglieder), Sachverstand (Ausbalancierung von juristischen Experten/innen in Kartell- und Verwaltungsrecht und ökonomischen Experten/innen in Mikro- und Industrieökonomie), Anstellungsgrad (zumindest vollamtliches Präsidium), Rekrutierung (Ausschreibung und Wahl der Mitglieder) sowie pekuniärer und karrieremässiger Anreize zu **professionalisieren**.
- Die Kompetenzzuordnung zwischen der Kommission (Entscheidbehörde) und ihrem Sekretariat (Untersuchungsbehörde) ist klarer zu gestalten. Im Vordergrund steht dabei die Vereinigung von Kommission und Sekretariat in eine **einstufige Behörde**.

210. **De lege lata** führen die in der Funktionsanalyse erarbeiteten kurz- bis mittelfristigen Massnahmen mit vertretbarem Aufwand zu deutlichen Verbesserungen für die Arbeit in der laufenden Legislaturperiode. Diese sind in einem extern begleiteten Projekt umzusetzen. Die WEKO beschloss am 15. September 2008 entsprechende Schritte, die zu begrüessen sind. Zwischenzeitlich wurden die Arbeiten in den Wettbewerbsbehörden an die Hand genommen. Die Kommission entschied sich auch am 15. September 2008 für die Aufgabe des Kammermodells und die Einführung eines Präsidiumsmodells. Auch dieser Entscheid ist zu begrüessen. Allerdings sollte das Präsidium durch einen unabhängigen Ökonomen oder eine unabhängige Ökonomin (zweite/r Vizepräsident/in) ergänzt werden, um ein Gleichgewicht zwischen juristischen und ökonomischen Kenntnissen zu gewährleisten.

11 Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden¹¹⁹

11.1 Allgemein

211. Das schweizerische Wettbewerbsrecht ist historisch aus der Aussenhandelspolitik herausgewachsen. Nach wie vor sind in einer kleinen Volkswirtschaft offene Grenzen eine der wichtigsten Voraussetzungen für funktionierenden Wettbewerb. Mit der wachsenden wirtschaftlichen Verflechtung nehmen indessen auch **grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen** zu. Für eine effiziente Bekämpfung von länderübergreifenden Wettbewerbsverstössen ist die Schweiz auf grenzüberschreitende Zusammenarbeit mit ausländischen Partnerbehörden angewiesen.

212. In den letzten Jahren wuchs auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts international der Konsens, die materiellen Regeln haben sich angenähert. Dennoch kennt die Schweiz bis

¹¹⁹ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf die folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Berichte und Quellen: Projektbericht P8 (vgl. Anhang 9), C. Baudenbacher (vgl. Anhang 12).

heute weder ein vollständiges **internationales Kooperationsabkommen**, noch existiert eine nationale **gesetzliche Norm**, die den formellen Informationsaustausch zwischen Wettbewerbsbehörden regeln würde. Auf bilateraler Ebene besteht einzig das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Luftverkehrsabkommen (LVA)¹²⁰ zwischen der Schweiz und der EU (vgl. Art. 42a KG), das dem EG-Wettbewerbsrecht entnommene wettbewerbsrechtliche Vorschriften enthält. Die bestehenden *Freihandelsabkommen* enthalten zwar meist Wettbewerbsbestimmungen, die eine Kooperation vorsehen, das Niveau der Zusammenarbeit ist jedoch unterschiedlich und der Austausch vertraulicher Informationen ist nicht eingeschlossen. Das jüngst ausgehandelte Freihandelsabkommen mit Japan¹²¹ enthält zwar ein vollständiges Kapitel über Kooperation in Wettbewerbsfragen. Es erlaubt aber ebenfalls noch keinen Austausch von vertraulichen Informationen in konkreten Fällen. Die Kooperationsmöglichkeiten, die heute den schweizerischen Wettbewerbsbehörden zur Verfügung stehen, sind damit beschränkt, weshalb sich die Frage stellt, wie sie ausgebaut werden könnten.

213. Als Argument gegen eine umfassende Zusammenarbeit werden **Geheimhaltungsinteressen** genannt. Die Weitergabe sensibler Dokumente und Informationen zwischen Behörden tangiere nationale Geheimhaltungsinteressen und weise unter Umständen strafrechtliche Dimensionen auf, etwa bei der Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen (z. B. Art. 162, 271, 273, 299, 320 StGB). Als zusätzliche Hindernisse gelten auch die unterschiedlichen Sanktionssysteme der verschiedenen Länder.

214. Mangels echter formeller Kooperationsmöglichkeiten arbeitet die Schweiz mit ihren wichtigsten Handelspartnern (EU-Länder) derzeit gestützt auf die **OECD-Richtlinien** über Zusammenarbeit zwischen Behörden zu wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen (1995)¹²² und diejenigen zu harten Kartellen (1998)¹²³ zusammen. Diese haben allerdings keinen zwingenden Charakter, sondern stellen lediglich Empfehlungen dar. Auch ist der Inhalt der in den OECD-Empfehlungen statuierten Zusammenarbeit beschränkt. Die bestehende Rechtslage beeinträchtigt die Untersuchungsmöglichkeiten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Die Zustellung von Dokumenten hat völkerrechtskonform zu erfolgen, wofür grundsätzlich der diplomatische Weg beschritten werden müsste. Die Schweiz verfügt bei einer Auskunftsverweigerung eines ausländischen Unternehmens über keine Zwangsmittel, die gewünschten Auskünfte direkt zu erzwingen oder die von der ausländischen Behörden erhobenen Informationen zu erlangen. Ebenso wenig sind die schweizerischen Wettbewerbsbehörden befugt, in parallelen Verfahren der ausländischen Behörden nicht-öffentliche Informationen zu übermitteln. Der formelle Informationsaustausch ist folglich weitgehend beschränkt und erfolgt grundsätzlich losgelöst von den konkreten Fällen.

11.2 Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden ohne Abkommen

215. Die internationale Zusammenarbeit der Schweiz ist de lege lata begrenzt auf einen **informellen Informationsaustausch**. Es bestehen einerseits informelle Kooperationsmöglichkeiten zwischen schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden. Andererseits bieten internationale Organisationen eine Plattform für den informellen abstrakten Austausch „praktischer wettbewerbsrechtlicher Belange“ (z. B. OECD, International Competition Net-

¹²⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, abgeschlossen am 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (Luftverkehrsabkommen, LVA), BBl 1999, S. 6948 ff.

¹²¹ Es wird voraussichtlich im Jahre 2009 unterzeichnet werden.

¹²² OECD, Revised Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade, 27/28 July 1995, C(95)130/FINAL.

¹²³ OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 13/14 May 1998, C(98)35/FINAL.

work ICN). Der Informationsaustausch – sei es im Rahmen von internationalen Gremien, bilateralen Treffen (Tagungen) oder sonstigen Kontakten (Telefongespräche, informelle Treffen, Praktika etc.) – erfolgt jedoch grundsätzlich losgelöst von konkreten Fällen.

216. Im Bereich des „nichtstreitigen Verfahrens“ (**Zusammenschlusskontrolle**) kann in der Praxis eine darüber hinausgehende Zusammenarbeit erfolgen, da die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eine Ermächtigung für einen entsprechenden Informationsaustausch in der Regel ohne weiteres erteilen (sog. „Waiver“). Dies liegt letztlich in ihrem eigenen Interesse, da das Verfahren dadurch schneller zum Abschluss gebracht werden kann (der überwiegende Teil dieser Verfahren wird durch Gutheissung des Zusammenschlussvorhabens abgeschlossen).

217. Anders verhält es sich in den Verfahren zur Feststellung von **Wettbewerbsbeschränkungen**, namentlich wenn diese mit der Verhängung direkter Sanktionen verbunden ist (Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 7 KG). Hier sind die Unternehmen grundsätzlich nicht gewillt, eine entsprechende Einwilligung zu erteilen, da sie in der Regel kein Interesse an der Beschleunigung des Verfahrens haben und der Anreiz besteht, das Beweisverfahren zu erschweren. Selbst im Falle der freiwilligen Kooperation im Rahmen der Bonusregelung kann sich eine allfällige Einwilligung grundsätzlich nur auf Informationen des Unternehmens selbst, nicht aber auf solche von Dritten beziehen.

218. Einen vollumfänglichen oder weitergehenden Informationsaustausch von vertraulichen Informationen ohne internationale Abkommen behindern **strafrechtliche Bestimmungen** (insbesondere Art. 271 StGB, verbotene Handlungen für einen fremden Staat, Art. 273 StGB, wirtschaftlicher Nachrichtendienst, Art. 320 StGB, Amtsgeheimnisverletzung), wobei deren Bedeutung und Tragweite für Wettbewerbsfragen nicht restlos geklärt ist. Mangels einer gesetzlichen (völkerrechtlichen oder nationalen) Grundlage ist derzeit ein Informationsaustausch, der über informelle Kontakte hinausgeht, zwischen den in- und ausländischen Wettbewerbsbehörden zumindest heikel, wenn nicht gar ausgeschlossen.

11.3 Ausbau der internationalen Abkommen

219. Auf internationaler Ebene ist ein **Trend** zur Intensivierung der internationalen Zusammenarbeit zu beobachten. 2001 bzw. 2003 wurden das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN, European Competition Network) und das International Competition Network (ICN)¹²⁴ eingesetzt. Zudem haben im Laufe der vergangenen fünfzehn Jahre mehrere OECD-Länder bilaterale Zusammenarbeitsabkommen abgeschlossen. Eine solche Intensivierung ist die Folge eines grösseren Bedürfnisses nach Kooperation, welches auch in der Schweiz besteht. In Zukunft dürfte – nicht zuletzt als Resultat der Bonusregelung – der Druck zum Informationsaustausch zwischen in- und ausländischen (Wettbewerbs-)Behörden sowie der Druck auf die Unternehmen zur freiwilligen Kooperation, Auskunftserteilung und Ausstellung entsprechender Ermächtigungen steigen. Ein klarer Rahmen für die Zusammenarbeit würde auch den Aufwand für die Wettbewerbsbehörden im Falle einer grenzüberschreitenden Wettbewerbsbeschränkung im Vergleich zur heutigen Situation reduzieren und dank einem (schnelleren) Zugang zu relevanten Informationen oder dank der Koordination der Verfahren die Effizienz der Arbeit erhöhen. Aus einer juristischen und wettbewerbspolitischen Perspektive wäre der Ausbau der internationalen Abkommen umso wichtiger, weil die Schweiz nicht als Mitglied am Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN) partizipiert und keine Rechtshilfeabkommen in Verwaltungssachen abgeschlossen hat.

¹²⁴ Beim International Competition Network (ICN) handelt es sich um ein weltweites Netzwerk der (nationalen und multinationalen) Wettbewerbsbehörden von Industrie- und Entwicklungsländern zur Vereinfachung der effektiven Zusammenarbeit und zur Annäherung in zentralen Fragen der Wettbewerbspolitik durch projekt- und themenbezogenes Arbeiten.

220. Internationale Abkommen könnten daher die notwendige gesetzliche Grundlage schaffen, um die Zusammenarbeit auf eine solide Grundlage zu stellen. Dabei müssten gewisse **Grundsätze** beachtet werden: Es müssten Prioritäten in der Partnerwahl gesetzt werden. Im Vordergrund sollen Kooperationsabkommen mit den wichtigsten Handelspartnern, insbesondere der EU, stehen. Ein solches Abkommen müsste die Grundlage für eine Zusammenarbeitsmöglichkeit der Wettbewerbsbehörden schaffen, die auch den Austausch vertraulicher Informationen umfasst. Voraussetzungen sind *erstens* das Prinzip der Spezialität (nur Informationen im Zusammenhang mit den im Abkommen bezeichneten wettbewerbsrechtlichen Verfahren sind betroffen)¹²⁵, *zweitens* das Prinzip der beidseitigen Widerrechtlichkeit der in Frage stehenden Verhaltensweisen (heute zwischen den meisten OECD-Staaten sowie der EU und der Schweiz weitgehend gegeben) und *drittens* der Schutz der Verfahrens- bzw. Parteirechte (den Beteiligten dürfen wegen der Zusammenarbeit keine Beschränkungen des Rechtsschutzes erwachsen).

221. Um die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden zu fördern, sind mit den wichtigsten Handelspartnern (dabei steht die EU im Vordergrund) **Kooperationsabkommen** abzuschliessen, welche auch den Austausch vertraulicher Informationen zwischen den schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden in konkreten Fällen ermöglichen¹²⁶. Damit der Austausch von vertraulicher Informationen auch mit den (Wettbewerbs-)Behörden derjenigen Länder, mit welchen keine solchen Abkommen bestehen, stattfinden kann, ist ausserdem im Kartellgesetz eine **formell-gesetzliche Grundlage** einzuführen, welche die Abgabe von Informationen an ausländische Behörden vorsieht¹²⁷. Diese Abgabe ist allerdings an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen, so an die erwähnten Prinzipien der Spezialität, der beidseitigen Widerrechtlichkeit, des Schutzes der Verfahrens- bzw. Parteirechte sowie möglichst an die Reziprozität (Gewährung von Gegenrecht). Die Einführung der beiden von einander unabhängigen, sich aber ergänzenden Instrumente ermöglicht es, die dringend notwendige Kooperation in der internationalen Bekämpfung von grenzüberschreitenden Wettbewerbsverstössen zu erreichen.

222. Ein Informationsaustausch zwischen in- und ausländischen Wettbewerbsbehörden ist mit zusätzlichem **Aufwand** (Ressourcen) verbunden. Dieser dürfte allerdings mehr als kompensiert werden, da der Aufwand für eine anderweitige Informationsbeschaffung (Beweiserhebung) reduziert würde.

11.4 Fazit

223. Der internationale fachliche Austausch über wettbewerbsökonomische und -juristische Themen gewinnt für die tägliche Arbeit der Wettbewerbsbehörden an Wichtigkeit und erhöht das nationale und internationale Wissen von Behörden und die Chance, grenzüberschreitende Wettbewerbsverstösse zu ahnden. Die internationale Zusammenarbeit der Schweiz begrenzt sich jedoch derzeit auf einen informellen Informationsaustausch und erfolgt weitgehend losgelöst von konkreten Fällen. Für den formellen Austausch vertraulicher Informationen zwischen den schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden sind mit den wichtigsten Handelspartnern (dabei steht die EU im Vordergrund) **Kooperationsabkommen** abzuschliessen. Zum selben Zweck ist in Ergänzung dazu im Schweizer Recht eine **formell-**

¹²⁵ Kooperationsabkommen sollten genaue Regelungen vorsehen, die keinen oder nur wenig Auslegungsspielraum zulassen. Sie sollten den Umfang und die Grenzen des Austausches vorschreiben.

¹²⁶ Bei der Aushandlung von Freihandelsabkommen sind in diesem Sinne jeweils die Möglichkeiten zum Ausbau der Zusammenarbeit in Wettbewerbsfragen auf individueller Basis zu prüfen.

¹²⁷ Mehrere Gesetze sehen solche Lösungen schon vor (z. B. Bundesgesetze über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen, über den internationalen Kulturgütertransfer sowie das sich aktuell in der Vernehmlassung befindende Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb).

gesetzliche Grundlage einzuführen, welche die Wettbewerbsbehörden unter gewissen Voraussetzungen zur Bekanntgabe von Daten ermächtigt.

12 Zusammenschlusskontrolle¹²⁸

12.1 Schwächen der geltenden Zusammenschlusskontrolle

224. Es besteht heute international ein breiter Konsens, dass die Zusammenschlusskontrolle Instrumente bereitstellen sollte, um volkswirtschaftlich schädliche Fusionen zu verhindern.¹²⁹ Zwar besteht mit der Missbrauchskontrolle gemäss Art. 7 KG ein Instrument, welches es in gewissen Fällen erlaubt, anti-kompetitive Auswirkungen von Fusionen ex post zu korrigieren bzw. abzumildern. Es herrscht jedoch weitgehend Einigkeit, dass die Missbrauchskontrolle eine Strukturkontrolle, wie dies die Zusammenschlusskontrolle in ihrem Kern ist, nicht ersetzen kann. Die geltende **Ausgestaltung der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle** erlaubt es nicht, anti-kompetitiven Auswirkungen von Fusionen genügend Rechnung zu tragen. Dieses Resultat basiert auf den folgenden Erkenntnissen:

- *Internationaler Vergleich:* Der Vergleich von Eingreif- und Aufgreifkriterien des Kartellgesetzes mit ausländischen Regelwerken zeigt, dass die geltende schweizerische Zusammenschlusskontrolle äusserst permissiv ist.
- *Rechtliche Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffs durch das Bundesgericht:* Die permissive Auslegung der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle wurde vom BGer in den kontrovers diskutierten Entscheiden *Swissgrid*¹³⁰ und *BZ/20Minuten*¹³¹ gestützt. Gemäss BGer reicht die *Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung* nicht aus, um in der Schweiz eine Fusion zu untersagen. Die marktbeherrschende Stellung muss zusätzlich geeignet sein, *den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen* (nicht nur erheblich zu beeinträchtigen). Somit wird die Hürde zur Untersagung einer Fusion in der Schweiz klar höher angesetzt, als in europäischen Ländern mit vergleichbaren Regelwerken. Die Verhinderung von Fusionen aufgrund unilateraler Effekte¹³² unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle, ein international vieldiskutiertes Thema, scheint im Lichte dieser Rechtsprechung faktisch ausgeschlossen.
- *Einschlägige Literatur und Entwicklung des wirtschaftlichen Umfeldes:* Eine permissive Zusammenschlusskontrolle, wie sie in der Schweiz besteht, muss vor allem aufgrund des heutigen wirtschaftlichen Umfelds, welches durch stark zunehmende Konzentrationstendenzen in verschiedenen Industrien geprägt ist, als nicht mehr zielführend bezeichnet werden. In der einschlägigen Literatur herrscht weitgehend Einigkeit, dass Fusionen in konzentrierten, oligopolistischen Märkten – infolge unilateraler und/oder

¹²⁸ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf die folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Berichte und Quellen: Projektbericht P17 (vgl. Anhang 17), Projektbericht P9.

¹²⁹ Gemäss Art. 4 Abs. 3 lit. a KG wird eine Fusion unter dem Begriff des Unternehmenszusammenschlusses subsumiert. Im Folgenden werden die beiden Begriffe der Einfachheit halber synonym verwendet.

¹³⁰ 133 II 104.

¹³¹ 2A.327/2006 Urteil vom 22. Februar 2007.

¹³² Aufgrund der Elimination des Wettbewerbs zwischen den Fusionsparteien nimmt deren Marktmacht – gemessen durch den Lerner-Index – zu. Die an der Fusion beteiligten Unternehmen haben damit einen Anreiz, ihre Preise zu erhöhen (unilateraler Effekt). Zudem haben die anderen sich im Markt befindenden Firmen aufgrund der unilateralen Preiserhöhung der Fusionsparteien ebenso einen Anreiz, ihren Preis zu erhöhen (Gleichgewichtsreaktion als Anpassung auf die Preiserhöhung der Fusionsparteien).

koordinierter Effekte¹³³ – wohlfahrtsmindernde Auswirkungen zeitigen können. Eine zeitgemässe Zusammenschlusskontrolle muss dem wirtschaftlichen Umfeld Rechnung tragen und über ein angemessenes Instrumentarium verfügen, um anti-kompetitive Fusionen verhindern zu können.

225. Die WEKO war in **jüngster Vergangenheit** mit verschiedenen Fusionsfällen – so z. B. *Migros/Denner*,¹³⁴ *Coop/Fust*,¹³⁵ *Coop/Carrefour*,¹³⁶ *fenaco/Steffen-Ris*¹³⁷ – konfrontiert, welche aufgrund der resultierenden hohen Marktkonzentrationen klare Anzeichen für anti-kompetitive Auswirkungen enthielten. In allen genannten Fusionsverfahren hat die WEKO Auflagen und Bedingungen erlassen bzw. Zusagen der Parteien akzeptiert. Dabei blieb umstritten, ob die materiellen Eingreifsriterien erfüllt und ob die Auflagen und Bedingungen zur Lösung des diagnostizierten Problems geeignet waren. Es kann vermutet werden, dass die WEKO bestrebt war, die Lücke zwischen der bestehenden Gesetzgebung und dem wahrgenommenen Handlungsbedarf zu schliessen.

226. Ein wichtiger Grund, der für eine Revision spricht, ist der **Harmonisierungsgedanke**. So würde insbesondere die Angleichung der schweizerischen an die europäische Zusammenschlusskontrolle für in westlichen Industrieländern tätige Unternehmen mit Fusionsabsichten eine administrative Erleichterung darstellen. Auch für die Wettbewerbsbehörden hätte eine Harmonisierung Vorteile, da auf eine bestehende Rechtsprechung und eine breite Erfahrung anderer Behörden zurückgegriffen werden könnte.

227. Da die geltende Zusammenschlusskontrolle äusserst permissiv ist, stellt sich auch die Frage, wie sinnvoll der Einsatz von **Ressourcen** durch die Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich ist. Die Hürde zur Untersagung einer Fusion sind in der Schweiz derart hoch angesetzt, dass die Prüfung von Zusammenschlüssen auf Seiten der Behörden mit Leerläufen verbunden ist.

12.2 Massnahmen

228. Eine allfällige Revision der Zusammenschlusskontrolle kann grundsätzlich auf zwei Ebenen ansetzen:

- Auf der Ebene der **Aufgreifkriterien**: Dabei geht es um die Frage, welche Fusionen den Wettbewerbsbehörden gemeldet bzw. aufgegriffen werden müssen.
- Auf der Ebene der **Eingreifkriterien**: Hierbei wird die Frage ins Zentrum gerückt, nach welchen Kriterien eine Fusion – allenfalls unter Auflagen oder Bedingungen – zu genehmigen oder zu untersagen ist.

229. Bildlich gesprochen legen die Aufgreifkriterien die Menge der Fusionen fest, welche von den Wettbewerbsbehörden einer (Vor-)Prüfung unterzogen werden, währenddem die Eingreifkriterien die Teilmenge der als potenziell anti-kompetitiv eingeschätzten Fusionen bestimmen. Eine alleinige Revision nur der Aufgreifkriterien wäre nicht zweckführend. Dadurch würde sich nur die Anzahl meldepflichtiger Fusionen und somit der Aufwand für die Unternehmen und die Wettbewerbsbehörden erhöhen, ohne dass der skizzierten Problematik der permissiven Zusammenschlusskontrolle besser Rechnung getragen werden könnte.

¹³³ Neben unilateralen Effekten können horizontale Fusionen wegen der Marktstrukturveränderung auch Änderungen in der strategischen Interaktion zwischen den Firmen zur Folge haben. Solche Verhaltensänderungen – beispielsweise der Übergang von nicht kooperativem zu kooperativem (kollusivem) Verhalten – werden in der Literatur als koordinierte Effekte einer Fusion bezeichnet.

¹³⁴ RPW 2008/1 S. 129 ff.

¹³⁵ RPW 2008/3 S. 475 ff.

¹³⁶ RPW 2008/4, S. 544 ff.

¹³⁷ RPW 2008/2, S. 290 ff.

12.2.1 Eingreifkriterien

230. Betreffend Eingreifkriterien steht eine Revision des Tests zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung im Vordergrund. Um zu prüfen, ob eine Fusion den wirklichen Wettbewerb behindert, wird in der Praxis typischerweise einer der drei folgenden Tests verwendet:

- Mit dem **CSDP-Test**¹³⁸ („Creation or Strengthening of Dominant Position“) wird im Allgemeinen geprüft, ob der Zusammenschluss zur *Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert werden kann*.¹³⁹ Nach diesem Kriterium sind Fusionen zu verbieten, welche dazu führen, dass nach dem Zusammenschluss ein einzelnes Unternehmen über eine monopolähnliche Stellung verfügt (Einzelmarktbeherrschung) und/oder zwei oder mehr Unternehmen den Markt kollektiv beherrschen (kollektive Marktbeherrschung).
- Beim **SIEC-Test** („Significant Impediment to Effective Competition“) wird das zweite Glied des CSDP-Tests strikter formuliert und zum vorrangigen Beurteilungskriterium für den Zusammenschluss gemacht: Führt die Fusion zu einer *erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs*, so ist die Fusion zu untersagen. Im Gegensatz zum CSDP-Test lässt dieser Test auch Beurteilungen von Fusionen zu, die nicht zu einer Einzelmarktbeherrschung oder kollektiven Marktbeherrschung führen. Damit können Zusammenschlüsse auch aufgrund so genannter unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle untersagt werden.
- Der **SLC-Test** („Significant Lessening of Competition“) prüft, welcher Grad an nachteiliger Wettbewerbsveränderung, gemessen an der Zunahme von Marktmacht, ein Zusammenschluss nach sich zieht. Eine Fusion ist zu verbieten, wenn im relevanten Markt eine *erhebliche Verminderung des Wettbewerbs* prognostiziert wird. Mit diesem Test können Fusionen – analog zum SIEC-Test – aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle verboten werden.¹⁴⁰

231. Grundsätzlich kommen für die Revision der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle betreffend des Tests zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung zwei **Revisionsansätze** in Frage:

- (1) Eine *Modifikation des geltenden CSDP-Tests*, was primär eine Anpassung des bestehenden Art. 10 Abs. 2 KG beinhalten würde;
- (2) die *Einführung des SLC- bzw. SIEC-Test*, d. h. ein Regimewechsel in der Zusammenschlusskontrolle zu einem Test, wie er heute in der EU und verschiedenen anderen westlichen Industrieländern zur Anwendung kommt.

232. Beide Revisionsvorschläge würden die heute bestehenden Probleme in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle lösen, wobei insbesondere bei Revisionsvorschlag (2) die Frage nach der Erfassung von unilateralen Effekten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle restlos geklärt wäre. Während Revisionsvorschlag (1) zu einer Angleichung der Zusammenschlusskontrolle an das deutsche Regime führen würde, stünde bei Revisionsvorschlag (2) eine Harmonisierung mit der EU-Zusammenschlusskontrolle im Vordergrund.

¹³⁸ Der CSDP-Test wird auch als Dominance- oder Marktbeherrschungs-Test bezeichnet.

¹³⁹ Bei dem in der Schweiz angewandten CSDP-Test wird zusätzlich verlangt, dass die durch den Zusammenschluss begründete marktbeherrschende Stellung geeignet sein muss, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

¹⁴⁰ Der SLC-Test („Substantial Lessening of Competition“-Test) und der SIEC-Test („Significant Impediment to Effective Competition“-Test) können aus ökonomischer Sicht als gleichwertig bezeichnet werden. Während der SLC-Test vor allem im angelsächsischen Raum (USA, Grossbritannien, Irland, Kanada etc.) zur Anwendung kommt, werden Fusionen in der EU seit dem Inkrafttreten der neuen EG-Fusionskontrollverordnung anhand des SIEC-Tests beurteilt.

233. Mit einer Revision des Tests zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung würde sich bei der Beurteilung von Fusionen auch die Frage nach der Berücksichtigung von Effizienzgewinnen stellen, d. h. die Einführung einer so genannten **Effizienzeinrede**. Konzeptionell hat die Effizienzeinrede zum Ziel, dem unter Umständen bestehenden Trade-off zwischen anti-kompetitiven Effekten (z. B. Tendenz zu Preiserhöhungen infolge gesteigerter Marktmacht) und pro-kompetitiven Effekten (z. B. Tendenz zu Preissenkungen infolge synergiebedingter Kostensenkungen) einer Fusion Rechnung zu tragen. Die Effizienzeinrede soll folglich sicherstellen, dass eine Fusion, durch welche Effizienzgewinne realisiert werden, die allfällige anti-kompetitive Effekte überkompensieren, nicht verhindert wird. Damit sie im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Prüfung einer Fusion berücksichtigt werden können, wird in der Regel als Minimalanforderung verlangt, dass Effizienzen überprüfbar und fusions-spezifisch sind.

234. Eng mit der Frage der Effizienzeinrede ist die Wahl des **Wohlfahrtsstandards** verknüpft. Dieser legt weitgehend fest, welche Art von Effizienzgewinnen im Rahmen der Effizienzeinrede berücksichtigt werden können, und hat somit einen Einfluss auf die Höhe der Eingreifschwelle in der Zusammenschlusskontrolle. Grundsätzlich werden zwei Wohlfahrtsstandards unterschieden:

- *Konsumentenwohlfahrts-Standard*: Unter diesem Standard werden die erwarteten Preisänderungen der Anbieter im relevanten Markt als Beurteilungskriterium herangezogen. Eine Fusion ist zu erlauben, sofern die positiven Effekte auf die Konsumentenwohlfahrt insgesamt den negativen Effekt aufgrund höherer Preise überwiegen.
- *Gesamtwohlfahrts-Standard*: Unter diesem Standard wird eine Fusion immer dann genehmigt, wenn die Wohlfahrt insgesamt steigt. Dabei ist es unerheblich, ob die Effizienzeffekte bei den *Konsumenten/innen* oder den *Unternehmen* im Markt anfallen. Ein allfälliger Wohlfahrtstransfer von den Konsumenten/innen hin zu den Produzenten wird folglich hingenommen, falls die Fusion insgesamt zu einer Wohlfahrtssteigerung führt.

235. Aus ökonomischer Sicht gibt es verschiedene Argumente, welche für bzw. gegen den einen oder den anderen Wohlfahrtsstandard sprechen. Vereinfachend kann gesagt werden, dass der Gesamtwohlfahrts-Standard theoretisch das korrektere Mass darstellt, da er den gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen einer Fusion Rechnung trägt. Dessen praktische Umsetzung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ist jedoch schwierig, da nicht nur die Effekte auf die Konsumenten, sondern auch auf alle potenziell betroffenen Produzenten abzuschätzen sind. Als Mittelweg zwischen diesen beiden Ansätzen bietet sich die Verwendung eines *dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards* an. Dieser würde eine Maximierung der Konsumentenwohlfahrt über die Zeit in den Vordergrund rücken und somit nicht nur statische, sondern auch ökonomisch wichtige dynamische Effekte berücksichtigen. Mit anderen Worten dürfte bei einer dynamischen Betrachtung der Konsumentenwohlfahrt die konkrete Wahl des Wohlfahrtsstandards eine untergeordnete Rolle spielen, da in der Praxis kaum mit unterschiedlichen Resultaten zu rechnen ist.

12.2.2 Aufgreifkriterien

236. Sollte eine Revision der Eingreifkriterien zu Stande kommen, bietet sich gleichzeitig eine Modifikation der Aufgreifkriterien an. Die Aufgreifkriterien legen fest, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen ein Zusammenschlussvorhaben vor dem Vollzug den Wettbewerbsbehörden melden müssen. Gleichzeitig legt die Ausgestaltung der Aufgreifkriterien aber auch fest, bei welchen Fusionen keine anti-kompetitiven Effekte erwartet bzw. fingiert werden.¹⁴¹

¹⁴¹ Somit besteht das Risiko, dass durch Unternehmen – bei gegebenen Aufgreifkriterien – anti-kompetitive Fusionen vollzogen werden, ohne dass dies durch die Wettbewerbsbehörden verhindert

237. In drei Bereichen bestehen **Handlungsmöglichkeiten**:

- (1) Die *Grenzbeträge (Schwellenwerte)*, welche in der Schweiz eine Meldepflicht auslösen, sind im europäischen Vergleich äusserst grosszügig festgelegt. Dies bewirkt, dass insbesondere Fusionen zwischen kleineren und mittelgrossen Unternehmen im Binnenmarkt, welcher oft konzentrierte, oligopolistische Strukturen aufweist, der Kontrolle durch die Wettbewerbsbehörden entzogen sind. Deshalb erscheint eine Reduktion der Grenzbeträge auf ein ähnliches Niveau wie in anderen europäischen Ländern sinnvoll.
- (2) Aufgrund der fortschreitenden Globalisierung weist heute ein beträchtlicher Teil der gemeldeten Fusionen eine internationale Dimension auf. Dadurch entstehen insbesondere im Verhältnis zu den europäischen Wettbewerbsbehörden Doppelspurigkeiten, da viele Fusionen mit primär europaweiten/internationalen Auswirkungen auch in der Schweiz meldepflichtig sind. Verschiedene bestehende Instrumente – wie z. B. die Kooperation zwischen Wettbewerbsbehörden aufgrund eines „Waivers“ oder die in Art. 12 VKU vorgesehene erleichterte Meldung – lassen dieses Problem als nicht absolut vorrangig erscheinen. Dennoch wäre ein *bilaterales Abkommen*¹⁴² mit der EU (und allenfalls anderen europäischen Ländern), das auch die Behandlung grenzüberschreitender Zusammenschlüsse regelt, sinnvoll, da dieses zur Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle beitragen und damit die Rechtssicherheit in den Verfahren erhöhen würde. Zudem würde damit eine Aufwandsreduktion für die Wettbewerbsbehörden bewirkt.
- (3) Alternativ oder begleitend zur Senkung der Grenzbeträge ist die Einführung eines *Vermutungstatbestandes für nicht meldepflichtige Fusionen* zu überlegen. Dies würde bedeuten, dass grundsätzlich die Vermutung gilt, dass Fusionen, die nicht meldepflichtig sind, nicht anti-kompetitiv sind. Den Wettbewerbsbehörden würde jedoch die Möglichkeit gegeben, gezielt problematisch erscheinende, nicht meldepflichtige Fusionen aufzugreifen und die Vermutung gegebenenfalls zu widerlegen. Damit hätten die Wettbewerbsbehörden ein Instrument zur Verfügung, mit welchem sie jede Fusion, die anti-kompetitive Effekte vermuten lässt, aufgreifen könnte.

238. Zwischen Revisionsvorschlag (1) und (3) aus Rz. 237 bestehen offensichtlich Interdependenzen. Welches genau der optimale Mix zwischen diesen Revisionsvorschlägen wäre, müsste im Falle einer Revision der Zusammenschlusskontrolle vertieft abgeklärt werden.

12.3 Verhältnis von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG und Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG hinsichtlich des Begriffs „Marktbeherrschung“

239. Die Begriffe **Marktmacht** und **Marktbeherrschung** spielen eine Rolle bei der Beurteilung von Sachverhalten nach Art. 7 KG (missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) und Art. 10 KG (Zusammenschlusskontrolle). Im Zusammenhang mit Fällen nach Art. 5 KG (Wettbewerbsabreden), insbesondere von vertikalen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG, ist nicht geklärt, ob Marktmacht ebenfalls von Bedeutung sein soll.¹⁴³

240. Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a KG ist in der Praxis nach wie vor umstritten, ob ein qualifizierter Marktbeherrschungsbegriff zur Anwendung gelangen soll, der über die Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 Abs. 1

werden könnte. Dieses Risiko lässt sich mit weniger toleranten Aufgreifkriterien verringern; damit verbunden ist aber auch ein höherer Aufwand sowohl für die Wettbewerbsbehörden als für die meldepflichtigen Unternehmen. In der Praxis ist diesem Trade-off bei der Festlegung der Aufgreifkriterien Rechnung zu tragen.

¹⁴² Siehe Abschnitt 11.

¹⁴³ Für eine ausführliche Darstellung vgl. Anhang 2 des Projektberichtes P17 (Anhang 17).

KG hinausgeht. Dies hängt insbesondere davon ab, ob dem Terminus „durch die wirksamer Wettbewerb beseitigten werden kann“ eine eigenständige Bedeutung zukommt oder nicht. Während die Praxis der WEKO bislang eher von einem „gewöhnlichen“ Marktbeherrschungsbegriff (ohne eigenständige Bedeutung des genannten Terminus) ausging, tendieren zahlreiche Lehrmeinungen und die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu einem qualifizierten Marktbeherrschungsbegriff mit eigenständiger Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“.

241. In der Praxis sind indessen kaum Fälle vorstellbar, in welchen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, ohne dass zugleich auch die blosser Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bejaht werden könnte – mehr verlangt Art. 10 Abs. 2 lit. a KG nicht. Da die Voraussetzungen für dieses (umstrittene) zusätzliche Tatbestandselement mit anderen Worten bei Vorliegen einer Marktbeherrschung praktisch immer erfüllt sein dürften, nähern sich die beiden Auslegungsvarianten einander im Ergebnis an.

242. Aufgrund der letztlich unklaren Formulierung in Art. 10 Abs. 2 lit. a KG bleibt das Verhältnis der beiden Tatbestandsmerkmale „marktbeherrschende Stellung“ und „Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs“ bis heute aber nicht restlos geklärt. Ein Klärungsbedarf erscheint insbesondere deshalb angezeigt, weil je nach Auslegung die Anforderungen an ein Untersagen eines Zusammenschlusses höher oder tiefer ausfallen. Sollte einer der in Rz. 231 erwähnten Revisionsvorschläge 1 oder 2 umgesetzt werden, dürften die vorliegend aufgeworfenen Probleme gelöst werden.

12.4 Fazit

243. Die geltende **schweizerische Zusammenschlusskontrolle** ist äusserst **permissiv**. Um eine Fusion zu untersagen, reicht die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht aus. Die marktbeherrschende Stellung muss zusätzlich geeignet sein, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (nicht nur erheblich zu beeinträchtigen). Somit wird die Hürde zur Untersagung einer Fusion in der Schweiz klar höher angesetzt, als in europäischen Ländern und anderen Industriestaaten mit vergleichbaren Regelwerken.

244. Eine **Harmonisierung** der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle mit jener der EU und damit insbesondere für den heute in der EU zur Anwendung kommenden SIEC-Test zwecks Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung ist mit vielen Vorteilen verbunden. Mit der Wahl des SIEC-Tests würde die Einführung einer Effizienzeinrede einhergehen. Es empfiehlt sich dabei, sich an der EU-Lösung zu orientieren. Dies insbesondere, um möglichst weitgehend von einer Harmonisierung der schweizerischen mit der europäischen Zusammenschlusskontrolle zu profitieren. Im Hinblick auf den der Effizienzeinrede zu Grunde zu legenden Wohlfahrtsstandard erscheint aber die Wahl des dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards – anstelle des in der EU angewandten Konsumentenwohlfahrts-Standards, der aus ökonomischer Sicht das zu bevorzugende Mass wäre – sinnvoll.

245. Soweit der Test zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung (Einführung eines SIEC-Tests) revidiert wird, sind auch die **Aufgreifkriterien** zu überprüfen: a) Senkung der Grenzbeträge auf ein ähnliches Niveau wie in anderen europäischen Ländern, b) der Abschluss eines bilateralen Abkommens mit der EU (und allenfalls wichtigen Industriestaaten) betreffend grenzüberschreitende Fusionen und c) Einführung eines Vermutungstatbestandes für nicht meldepflichtige Fusionen. Dabei ist insbesondere den Interdependenzen zwischen a und c Rechnung zu tragen.

246. Im Falle einer Revision der Zusammenschlusskontrolle wären zudem verschiedene **juristische Anliegen**¹⁴⁴ vertieft zu prüfen, die sich auch im Laufe der Evaluation der Zusammenschlusskontrolle ergeben haben. Dabei handelt es sich insbesondere um die Anforder-

¹⁴⁴ Vgl. dazu Projektbericht P17 (Anhang 17).

rungen an eine Meldung von Zusammenschlüssen mit räumlich relevanten Märkten von internationaler Dimension, der Möglichkeit einer Verlängerung der gesetzlich vorgesehenen Fristen zur Beurteilung eines Zusammenschlusses, den Parteirechten von Dritten im Rahmen einer Feststellung kollektiver Marktbeherrschung und der Frage, ob veränderten Verhältnissen auf einem Markt bei Anwendung der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG genügend Rechnung getragen wird.

13 Vertikale Absprachen¹⁴⁵

13.1 Revidierter Gesetzesartikel und revidierte Vertikalbekanntmachung

247. Auf 1. April 2004 trat der neue Art. 5 Abs. 4 KG in Kraft:

Art. 5 Abs. 4 KG Unzulässige Wettbewerbsabreden

Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

248. Der Gesetzgeber erliess Art. 5 Abs. 4 KG vor dem Hintergrund der - bereits vor wie auch nach der Revision des Kartellgesetzes stattfindenden - Diskussion, ob und wie stark die Schweiz im Vergleich zum Ausland (v. a. EU) eine **Hochpreisinsel** sei. Vertikale Abreden waren schon vor der Revision 2003 vom Abrededebegriff von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst und konnten damit materiell auf ihre Zulässigkeit nach dem Kartellgesetz (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG) überprüft werden. Sie fanden aber keine explizite Erwähnung im Gesetz. Anders als später das Parlament vertrat der Bundesrat in der Botschaft noch die Auffassung, Vertikalabreden könnten auf Grund ihrer Vielfalt bzw. ihrer unbestimmten wirtschaftlichen Auswirkungen nicht grundsätzlich als volkswirtschaftlich schädlich oder sinnvoll eingestuft werden. Mit der gesetzlichen Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG wurden indessen gewisse vom Gesetzgeber als besonders wettbewerbsschädlich qualifizierte Arten von vertikalen Abreden (Mindest- und Festpreise sowie Gebietsabsprachen) den qualifizierten horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG gleichgestellt (harte horizontale Abreden): Einerseits wurde eine Vermutung geschaffen, dass auch diese vertikalen Abreden den Wettbewerb beseitigen, und andererseits sind im Falle ihrer Unzulässigkeit neu ebenso direkte Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu verhängen. Mit dem neu geschaffenen Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 4 KG wollte das Parlament eine Angleichung an die Praxis der Europäischen Kommission bei vertikalen Restriktionen und eine Vermeidung von „marktabstottenden Abreden“ bewirken.

249. In der Folge – und insbesondere unter dem weiterhin anhaltenden politischen Druck¹⁴⁶ stehend – verabschiedete die WEKO am 2. Juli 2007 ihre revidierte Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (**Vertikalbekanntmachung**)¹⁴⁷. Mit der Bekanntmachung zeigt die WEKO auf, nach welchen Kriterien sie die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und die Erheblichkeit im Lichte von Art. 5 Abs. 1 KG beurteilen wird. Namentlich zu erwähnen sind Ziff. 10 und

¹⁴⁵ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf die folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Berichte und Quellen: Projektbericht P2 (vgl. Anhang 2), C. Baudenbacher (vgl. Anhang 12).

¹⁴⁶ So begründet die WEKO, dass die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs nicht durch den blossen Nachweis von Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden kann, namentlich damit, dass diese Regel dem in den parlamentarischen Beratungen ausgedrückten Willen des Gesetzgebers entspricht (vgl. Ziff. 6 der Erwägungsgründe der Vertikalbekanntmachung).

¹⁴⁷ RPW 2007/4, 675 ff. (Anhang 21), URL: http://www.weko.admin.ch/publikationen/00213/Vertikalbekanntmachung_d.pdf?lang=de [11.11.08].

12 der Bekanntmachung, die besonders Gegenstand von Kritik bilden. Ziff. 10 (**Vermutungstatbestände**) lautet wie folgt:

(1) *Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG vermutet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:*

- a) *Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen. Als solche gelten auch in Empfehlungsförmig gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen.*
- b) *Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden).*

(2) *Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann nicht durch den blossen Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) widerlegt werden.*

(3) *Auch wenn die Vermutung widerlegt wird, führen die in Ziffer 10 (1) genannten vertikalen Wettbewerbsabreden zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.*

250. Auch zahlreiche weitere, in Ziff. 12 der Bekanntmachung genannte Typen von vertikalen Wettbewerbsabreden führen aufgrund ihres Gegenstands ohne weiteres und unabhängig von Marktanteilen – d. h. „**per se**“ – zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (Ziff. 12 der Bekanntmachung).

251. Art. 5 Abs. 4 KG bildet auch Gegenstand des *Postulates der Kommission für Rechtsfragen NR* aus Abschnitt 2.2.¹⁴⁸

13.2 Ergebnisse aus Interviews und Umfragen

252. Sowohl der Gesetzesartikel als auch die Vertikalbekanntmachung der WEKO waren und sind Gegenstand der **Kritik** von Experten/innen, Anwälten/innen und Verbänden, welche im Rahmen der Evaluation in verschiedenen Umfragen¹⁴⁹ gesammelt wurde und sich wie folgt zusammenfassen lässt:

- Bereits der Gesetzgebungsprozess um Art. 5 Abs. 4 KG sei zu wenig fundiert an die Hand genommen worden. Wenn auch das politische Anliegen verstanden wird, sei fraglich, ob Art. 5 Abs. 4 KG das geeignete Instrument darstelle, um gegen die „Hochpreisinsel Schweiz“ vorzugehen. Die Bestimmung stehe im Gegensatz zu wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen. Es sei falsch gewesen, einzelne vertikale Vereinbarungen als schädlicher als andere zu betrachten.
- Grundsätzlich hätte eine geeignete Rechtsprechung den allfälligen Fehlgriff des Parlamentes aufwiegen können. Praktisch fehle die Rechtsprechung aber gänzlich oder sei nicht gefestigt. Formelle und materielle Leitentscheide stünden aus (Vollzugsdefizit). Durch die fehlende Praxis werde die Präventivwirkung, die Rechtssicherheit sowie der Impact des revidierten Kartellgesetzes geschmälert.
- Die Bekanntmachung über vertikale Vereinbarungen sei zu früh und nicht auf der Basis von Fallentscheidungen erlassen worden. Zudem stehe die Haltung der WEKO betreffend Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb entgegengesetzt zu gefestigten ökonomischen Erkenntnissen. Die WEKO gehe zudem über die Regelung in der EU hinaus.

¹⁴⁸ Vgl. Abschnitt 2.2.

¹⁴⁹ Siehe Abschnitt 3.4 (Gespräche mit Experten/innen und Kritiker/innen) sowie Anhang 15 (strukturierte Interviews durch ZEW/KOF).

- In diesem Zusammenhang wurden von Unternehmen teilweise Indizien dafür festgestellt, dass ein Schutz von (kleinen) Wettbewerbern und nicht ein Schutz des Wettbewerbs resultieren würde.
- Einig waren sich die Anwälte/innen darüber, dass Art. 5 Abs. 4 KG und die Vertikalbekanntmachung bei den Unternehmen Wirkung zeitigen. Die Unternehmen würden sich an die Bestimmungen halten. Damit einher geht die Befürchtung, dass die Unternehmen suboptimale, weniger effiziente Verhaltensweisen wählen müssten, um nicht in Konflikt mit dem Kartellgesetz zu geraten.

13.3 Internationaler Vergleich

253. Ein internationaler Rechtsvergleich der Schweiz mit der EU, den USA, Deutschland, den Niederlanden, dem Vereinigten Königreich (UK) und Schweden (vertiefend durch C. Baudenbacher)¹⁵⁰ zeigt, dass verschiedene dieser Kritikpunkte nicht unberechtigt sind. Der Rechtsvergleich hat ergeben, dass international eine allgemeine Tendenz in Richtung Flexibilisierung und **Einzelfallbetrachtung** von vertikalen Restriktionen aufgrund der konkreten Marktverhältnisse besteht. Die Erkenntnis, dass keine allgemein gültigen Aussagen über die Auswirkungen gewisser Kategorien vertikaler Vereinbarungen auf den Wettbewerb getroffen werden können, setzt sich international zunehmend durch. Im Gemeinschaftsrecht der EU findet bei der Beurteilung vertikaler Beschränkungen eine sukzessive Lockerung (permissivere Beurteilung) statt. Entsprechendes gilt in den verschiedenen Jurisdiktionen der EU-Mitgliedstaaten und in den USA.

254. Aus dem internationalen Vergleich ergibt sich entsprechend, dass bei der Beurteilung von Vertikalbeschränkungen eine Art „**rule of reason**“, ein flexibler Test, angemessen wäre. Das hängt mit den unbestimmten wirtschaftlichen Auswirkungen vertikaler Restriktionen zusammen. Aufgrund von Ziff. 10 Abs. 2 der Vertikalbekanntmachung besteht vor diesem Hintergrund überdies die Gefahr, dass die schweizerische Wettbewerbspolitik im Bereich der Vertikalbeschränkungen der Komplexität des Marktgeschehens nicht gerecht wird.

255. Das schweizerische Recht weicht damit zum einen bereits wegen der Gesetzesbestimmung von Art. 5 Abs. 4 KG vom europäischen und internationalen **Trend** ab. Zum anderen hat die WEKO überdies in ihrer Vertikalbekanntmachung festgelegt, dass die Widerlegung nicht durch den Nachweis blossen Interbrand-Wettbewerbs möglich ist. Gerade hier liegt eine relevante Abweichung des Schweizer Kartellrechts von internationalen Entwicklungen. Aus rechtsvergleichender Sicht muss es in bestimmten Fällen möglich sein, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch den Nachweis des Bestehens von Interbrand-Wettbewerb widerlegen zu können.

13.4 Ökonomische Grundhaltung (Theorie und Empirie)

256. Die ökonomische Theorie und Empirie bestätigen die Ergebnisse des internationalen Vergleichs und die Bedenken aus den Umfragen. So können aus der Ökonomie die folgenden Lehren betreffend vertikale Restriktionen gezogen werden:

- Einfache Regeln, ob eine bestimmte vertikale Restriktion pro- oder anti-kompetitiv wirkt, gibt es nicht. Entscheidend ist, in welchem Kontext und zu welchem Zweck sie angewendet wird. Diese Aussage gilt für jede Art von vertikalen Restriktionen, ob preisbezogen oder nicht preisbezogen. Aus ökonomischer Sicht gibt es deshalb keinen Grund, verschiedene Arten von vertikalen Restriktionen wettbewerbsrechtlich unterschiedlich zu beurteilen bzw. zu behandeln. Mit anderen Worten kann eine **selektiv restriktivere Haltung** gegenüber gewissen vertikalen Restriktionen (z. B. ein *per se* Verbot von Preisbindungen zweiter Hand) ökonomisch **nicht gerechtfertigt** werden.

¹⁵⁰ Vgl. Anhang 12.

Ob sich eine vertikale Restriktion anti- oder pro-kompetitiv auswirkt, ist immer im Einzelfall zu prüfen.

- Vertikale Restriktionen sind im Allgemeinen ein effizientes Instrument zur Lösung von Koordinationsproblemen innerhalb vertikaler Produktionsketten (Internalisierung externer Effekte) und wirken sich in der Regel wohlfahrtssteigernd aus. Negative Auswirkungen von vertikalen Restriktionen können allenfalls dann auftreten, wenn der Interbrand-Wettbewerb schwach ausgeprägt ist. Als Daumenregel kann festgehalten werden, dass vertikale Restriktionen nur anti-kompetitive Auswirkungen zeitigen können, falls Unternehmen mit Marktmacht involviert sind. Sofern aufgrund der Marktstruktur (Konzentrationslevel, Markteintrittsbedingungen, Marktdynamik etc.) ein **funktionsfähiger Interbrand-Wettbewerb** besteht, ist es sehr unwahrscheinlich, dass vertikale Restriktionen schädliche Auswirkungen zeitigen. Das heisst mit anderen Worten, dass eine vertikale Restriktion, je nach der konkreten Marktstruktur und der vorhandenen Marktmacht von Unternehmen, eine unterschiedliche Wirkung haben kann.
- Je intensiver der Wettbewerb zwischen einzelnen Marken ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass vertikale Restriktionen effizient und wohlfahrtssteigernd sind. Wettbewerbsbehörden sollten sich bei der Beurteilung von vertikalen Restriktionen primär auf das Ausmass des bestehenden **Interbrand-Wettbewerbs** konzentrieren. Sofern Interbrand-Wettbewerb besteht, sind vertikale Restriktionen normalerweise ökonomisch unproblematisch. Dies gilt selbst für den Fall, dass eine vertikale Restriktion den Intrabrand-Wettbewerb eliminiert.

13.5 Fallstudie im Automobilhandel zum Bereich vertikaler Vereinbarungen

257. Als Beispiel der kartellrechtlichen Beurteilung und Behandlung einer vertikalen Restriktion durch die WEKO analysierte ZEW/KOF¹⁵¹ die Wirkung der **Bekanntmachung** der WEKO über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im **Kraftfahrzeughandel**. Die Bekanntmachung hat zum Ziel, den Wettbewerb im Automobilgeschäft zu fördern und dadurch den Verbrauchern Verbesserungen beim Kauf von Neufahrzeugen und beim Zugang zu Reparatur- und Serviceleistungen zu bieten. Ziel der Fallstudie war es zu untersuchen, ob die wettbewerbschädlichen Effekte früherer vertikaler Vereinbarungen zumindest teilweise beseitigt wurden und ob Effizienzgewinne durch die neuen Verhältnisse im Automobilmarkt festzustellen sind.

258. Insgesamt konnten ZEW/KOF feststellen, dass die Bekanntmachung eher geringfügige Auswirkungen auf den Wettbewerb im Schweizer Automobilmarkt hatte und das **Ziel der WEKO** nicht erreicht wurde. Zwar sind Änderungen identifizierbar, allerdings lassen sich diese nicht eindeutig auf die Bekanntmachung zurückführen. Vielmehr hat insbesondere die allgemeine Marktentwicklung vermutlich zu einem verstärkten Wettbewerb geführt.

259. Diese Analyse zeigt, dass es zum einen schwierig ist, eine generelle wettbewerbsrechtliche „ex ante“-Regelung von vertikalen Restriktionen effizient aufzustellen, und zum anderen, dass durch eine solche Regelung ein hoher administrativer Aufwand für die Marktteilnehmenden und Behörden droht.

13.6 Output der Wettbewerbsbehörden

260. Art. 5 Abs. 4 KG bildet zudem Gegenstand des *Postulates der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates* (06.3634, 03.11.2006; vertikale Vereinbarungen). Der Bundesrat wird darin eingeladen, dem Parlament aufzuzeigen, wie Art. 5 Abs. 4 KG seit seiner Inkraftsetzung durchgesetzt worden ist. Zu berichten sei insbesondere darüber, wie viele wettbe-

¹⁵¹ Vgl. Abschnitt 4.5.4.

werbswidrige vertikale Vertriebsabreden damit verhindert bzw. aufgelöst worden seien. Namentlich aus diesem Grunde wurde der Output der Wettbewerbsbehörden untersucht und **91 Geschäfte der Wettbewerbsbehörden** analysiert.¹⁵² Im Rahmen dieser Analyse bestätigt sich, dass weder Leitentscheide gefällt noch Sanktionen ausgesprochen wurden. Jedoch führten die Wettbewerbsbehörden eine Vielzahl von Geschäften durch (über 90 % fielen dabei in den Bereich der Produktemärkte): 3 Untersuchungen, 20 Vorabklärungen, 19 Marktbeobachtungen, 46 Beratungen (mündlich oder schriftlich), 2 Widerspruchsverfahren und 1 Meldung gemäss Schlussbestimmung. In den behandelten Geschäften bildeten vor allem Gebietsbeschränkungen und Preisbindungen Gegenstand der Ermittlungen (je gegen 45 % aller Geschäfte). Dies ist nicht weiter erstaunlich, da sie den zentralen Bestandteil von Art. 5 Abs. 4 KG bilden und direkt sanktionierbar sind. Eine untergeordnete Rolle spielten andere vertikale Restriktionen, namentlich jene zu Vertriebssystemen.

261. Die **meisten vertikalen Restriktionen**, die an die Wettbewerbsbehörden herangetragen wurden, erweisen sich als **zulässig** (oder Indizien für unzulässige Verhaltensweisen fehlten). Hauptgrund dafür ist (in nahezu 70 % aller Geschäfte), dass sich die Verhaltensweisen nicht erheblich auswirkten (und soweit der Vermutungstatbestand zum Tragen kam, die Vermutung umgestossen wurde). Ein anderer Grund liegt in der Verhaltensanpassung der Parteien, nachdem sie in Kontakt mit den Wettbewerbsbehörden getreten sind. So kam es in zehn Geschäften zu einer informellen Verhaltensanpassung der Parteien und in sechs Geschäften zu einer formellen Verhaltensanpassung. Die Verhaltensanpassungen waren meist die Folge davon, dass die Wettbewerbsbehörden das Verhalten als unzulässig oder als möglicherweise unzulässig erachteten. In ca. 10 % aller Geschäfte wurden durch die Wettbewerbsbehörden unzulässige oder möglicherweise unzulässige vertikale Restriktionen verhindert bzw. aufgelöst.

262. Zwei Ergebnisse aus den Interviews und Umfragen in Abschnitt 13.2 bestehen in der unbestritten vorhandenen Wirkung von Art. 5 Abs. 4 KG und der Vertikalbekanntmachung sowie der Befürchtung, dass Unternehmen suboptimale, weniger effiziente Verhaltensweisen wählen, um nicht in Konflikt mit dem Kartellgesetz zu geraten. Der Output der Wettbewerbsbehörden unterstützt diese Ergebnisse. Ob der Gesetzesartikel und die Bekanntmachung korrekt ausgerichtet sind und die vorhandene Wirkung „richtig“ ist, bleibt aber strittig.

13.7 Fazit

263. Zusammenfassend lenkte der schweizerische Gesetzgeber die kartellrechtliche Behandlung von vertikalen Restriktionen mit der Verabschiedung von Art. 5 Abs. 4 KG in eine andere Richtung, als sie international zu beobachten sowie der herrschenden ökonomischen Lehre und Empirie zu entnehmen ist. Die WEKO verschärfte die vom Parlament gewählte Lösung mit der revidierten Vertikalbekanntmachung zusätzlich. Die Ergebnisse der Studie von C. Baudenbacher, die Stellungnahmen der im Rahmen der Evaluation befragten Experten/innen, die theoretischen und empirischen ökonomischen Erkenntnisse und die bisherigen Erfahrungen der schweizerischen Wettbewerbsbehörden legen Anpassungen in Gesetz und Vollzug nahe.

264. Zum einen sind die **Ziff. 10 und 12 der Vertikalbekanntmachung** durch die WEKO anzupassen:

- Je intensiver der Wettbewerb zwischen einzelnen Marken ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass vertikale Restriktionen effizient und wohlfahrtssteigernd sind. Wettbe-

¹⁵² Es wurde keine Vollerhebung sämtlicher Fälle vorgenommen. Die gesammelten Fälle für den nur teilweise erfassten Zeitraum zwischen 1. April 2004 und 31. Dezember 2006 vorsichtig hochgerechnet, ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden seit Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes bis 1. April 2008 ca. 170 Geschäfte im Bereich von Art. 5 Abs. 4 KG behandelt haben.

werbsbehörden sollten sich somit bei der Beurteilung von vertikalen Restriktionen primär auf das Ausmass des bestehenden Interbrand-Wettbewerbs konzentrieren. Folglich soll es möglich sein, dass der Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs genügen kann.

- Ob sich eine vertikale Restriktion anti- oder pro-kompetitiv auswirkt, ist im Einzelfall zu prüfen. Eine selektiv restriktivere Haltung gegenüber gewissen vertikalen Restriktionen ist ökonomisch nicht gerechtfertigt. Aus Ziff. 10 und 12 der Vertikalbekanntmachung ergibt sich aber für bestimmte vertikale Restriktionen eine automatische Bejahung der Erheblichkeit („per se“-Erheblichkeit). Damit führt die WEKO ohne zwingenden sachlichen Grund und ohne gesetzliche Grundlage eine Fiktion zu Lasten der Unternehmen ein.

265. Zum anderen ist **Art. 5 Abs. 4 KG** durch den Gesetzgeber anzupassen:

- Im Gegensatz zu harten horizontalen Absprachen sind vertikale Vereinbarungen nicht generell schädlich, sondern im Einzelfall zu beurteilen. Auch bei Mindest- oder Festpreisen sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten drängt sich eine fallweise Beurteilung insbesondere auch der Effizienzgründe auf. Unter dem geltenden Art. 5 Abs. 4 KG bleibt die notwendige Prüfung von Effizienzgründen jedoch verwehrt, soweit die gesetzlich verankerte Vermutung auf Beseitigung des Wettbewerbs nicht widerlegt wird.
- Folglich ist auf die im Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG (Mindest- und Festpreise, Gebietsbeschränkungen) verankerte Vermutung (nicht aber auf die direkte Sanktionierbarkeit) zu verzichten. Damit ist **Art. 5 Abs. 4 KG zu streichen und Art. 49a Abs. 1 KG anzupassen**, so dass die Sanktionierbarkeit der in Art. 5 Abs. 4 KG genannten Typen von vertikalen Abreden erhalten bleiben.

266. Mit den Anpassungen im Vollzug lässt sich ein Teil der ausgeführten Probleme von Art. 5 Abs. 4 KG beseitigen. Ohne Gesetzesanpassung lastet jedoch zum einen weiterhin ein ungebührlicher Druck auf den Wettbewerbsbehörden. Zum anderen ist bei vertikalen Abreden vom Vermutungstatbestand abzusehen, so dass die Effizienzgründe in jedem Fall überprüft werden können.

267. Diesen Ausführungen ist auch bei der anstehenden Überprüfung der **Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel** Rechnung zu tragen, wobei insbesondere auch die aktuellen Entwicklungen in der EU aufmerksam zu beobachten sind¹⁵³. Gemäss Ziff. 11 bis 17 dieser Bekanntmachung stellen verschiedene vertikale Verhaltensweisen Wettbewerbsbeschränkungen dar, die „in der Regel erheblich“ und „nicht gerechtfertigt“ sind.

¹⁵³ Die Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor läuft im Jahre 2010 aus (URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002R1400:EN:NOT> [13.11.08]). Auf Basis eines evaluierenden Berichtes über die Verordnung zieht die Kommission in Erwägung, die Verordnung vorläufig nicht zu erneuern bzw. vollständig auslaufen zu lassen (URL: http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/motor_vehicles/news.html [13.11.08]).

14 Zivilrechtliche Kartellverfahren¹⁵⁴

14.1 Umfrage bei Gerichten und Experten/innen

268. Mittels einer **Umfrage** bei den zuständigen kantonalen Gerichten für kartellzivilrechtliche Verfahren wurde ermittelt, wie viele entsprechende Verfahren in den letzten zehn Jahren durchgeführt wurden und inwieweit die Instrumente und Mittel in kartellzivilrechtlichen Verfahren ausreichend sind oder ob (und wie) diese allenfalls verbessert werden könnten. Wie in Abschnitt 3.4 ausgeführt, wurde zudem in einem frühen Stadium der Evaluation einer Reihe von Experten/innen und Kritiker/innen eine Plattform für Anregungen und Kritik geboten. Diese Umfragen und Gespräche werden nachstehend zusammengefasst.¹⁵⁵

269. Innerhalb von rund elf Jahren wurden vor den zuständigen kantonalen Gerichten – soweit ersichtlich – 45 kartellzivilrechtliche Verfahren geführt. Über die Zeit gesehen, lassen sich – gerade wegen der geringen **Anzahl Verfahren** – keine klaren Entwicklungen oder Tendenzen feststellen.

270. Von den 26 befragten Gerichten beantworteten lediglich deren acht die Fragen. In den restlichen Kantone lehnten die Gerichte eine Beantwortung grundsätzlich ab, da sie sich mangels Praxis nicht dazu in der Lage sahen. Die **Antworten** fielen zusammengefasst wie folgt aus:

- Die Beurteilung der Frage, ob eine *Teilung des Kartellrechtes in Verwaltungs- und Zivilverfahren* sinnvoll sei oder nicht, fiel unterschiedlich aus. Einerseits wird anerkannt, dass dem Kartellverwaltungsrecht ein griffiges Kartellzivilrecht zur Seite gestellt werden müsste, um eine hinreichend abschreckende Wirkung zu gewährleisten. Andererseits liege in der Teilung eine Gefahr für Auslegungs- oder Kompetenzkonflikte: Da das Kartellrecht vorwiegend öffentlich-rechtlichen Charakter aufweise, wäre zu prüfen, ob die zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten in das Verwaltungsrecht zu überführen wären.
- Die den Gerichten zur Verfügung stehenden *Mittel und Instrumente*, um ein kartellzivilrechtliches Verfahren durchzuführen, erachteten die sich äussernden kantonalen Gerichte – aufgrund der aktuell geringen Anzahl an Verfahren – zwar als ausreichend, selbst wenn sie teilweise eingestehen, dass sie kaum über die notwendigen kartellrechtlichen Kenntnisse verfügen und nicht ausreichend spezialisiert seien.
- Eine *Verstärkung des zivilrechtlichen Weges* erachtet die grosse Mehrheit der Gerichte als nicht sinnvoll. Insbesondere wegen des Kostenrisikos einer Beschreitung des zivilrechtlichen Weges wird eher ein Ausbau des verwaltungsrechtlichen Verfahrens als sachgerecht erachtet.

271. Die Experten/innen sind sich mehrheitlich einig darin, dass **bei vorliegender Ausgestaltung** eine Verstärkung des zivilrechtlichen Weges kaum aktuell sei. Begründet wird dies u. a. mit der fehlenden Spezialisierung der Gerichte oder etwa dem hohen Prozesskostenrisiko für den Kartellrechtskläger. Wie die Kantonsgerichte bestätigen, werden die Chancen für zivilrechtliche Klagen auch dadurch erschwert, dass bis heute kaum zivilrechtliche Leitescheide vorliegen. Teilweise wird gefordert, dass die WEKO Fälle, die keine praktische Relevanz für die Volkswirtschaft haben, an Zivilgerichte verweisen soll. Erst wenn die kantonalen Gerichte vermehrt kartellrechtsrelevante Verfahren führen müssten, trete ein Lerneffekt ein und eine kartellzivilrechtliche Praxis könne entstehen.

¹⁵⁴ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf die folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Berichte und Quellen: Projektbericht P7 (vgl. Anhang 8), A. Heinemann (vgl. Anhang 11), C. Baudenbacher (vgl. Anhang 12).

¹⁵⁵ Vgl. für den vollständigen Bericht Anhang 8.

272. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Häufigkeit von Zivilverfahren vor den zuständigen kantonalen Gerichten gering und deren Relevanz tief ist. Die Ansichten, ob eine Verstärkung des zivilrechtlichen Weges bzw. der Ausbau von Mitteln und Instrumenten als sinnvoll erachtet werden, divergieren insbesondere bei den Experten/innen. Die Gerichte sprechen sich tendenziell gegen einen Ausbau aus.

14.2 Verstärkung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts

273. Entgegen der zurückhaltenden Position der Gerichte und der im Rahmen der Vorgespräche befragten Experten/innen und Kritiker/innen werden **international** Diskussionen über die Bedeutung des kartellzivilrechtlichen Weges geführt und Schritte in Richtung einer Stärkung des Kartellzivilrechts unternommen. Es wurden daher im Rahmen der Evaluation zwei Studien¹⁵⁶ zum Thema „Internationaler Vergleich“ in Auftrag gegeben. Wie die Studie von A. Heinemann ausführlich aufzeigt, stehen einem Ausbau des zivilrechtlichen Weges in der Schweiz verschiedene Faktoren entgegen. Eine Aufwertung des Privatrechtswegs setzt eine Änderung der Rahmenbedingungen voraus: Dieser wäre so anzupassen, dass die Betroffenen unter dem Strich einen Anreiz zur privatrechtlichen Geltendmachung ihrer Rechte haben. Die Änderungen müssten sich in das bestehende Rechtssystem einfügen.

274. Im Folgenden werden gestützt auf die Studie von A. Heinemann (und teilweise auf jene von C. Baudenbacher) verschiedene Massnahmen aufgeführt, die **Handlungsoptionen** und Empfehlungen zusammenfassen, mit denen eine Aufwertung des Privatrechtswegs im Bereich des Kartellrechts erzielt werden könnte. Als zentrale Massnahmen zu nennen sind Verbesserungen insbesondere im Zusammenhang mit der Beweisführung (Rz. 275), der Aktivlegitimation (Rz. 279) und dem Schadenersatz (Rz. 280). Um Übertreibungen zu vermeiden, ist auf mehrfachen Schadenersatz und „class actions“ (Sammelklagen) zu verzichten.

14.2.1 Prozessrecht

275. **Beweisführung:** Einer der Hauptgründe für die geringe praktische Bedeutung der kartellrechtlichen Privatklagen sind Beweisschwierigkeiten¹⁵⁷. Verschiedene Handlungsoptionen stehen zur Verfügung, um die Beweisschwierigkeiten des Klägers zu verringern: (1) Einführung des Untersuchungsgrundsatzes im Kartellzivilprozess, (2) Zugang zu Beweismaterial der anderen Partei, (3) Untersuchungskompetenzen der Kartellbehörden, (4) Spezielle Auskunftsrechte und (5) Zusätzliche Vermutungstatbestände bzw. Beweiserleichterungen. Es wird empfohlen, den Optionen (2) und (5) zu folgen. Die Grundmaximen des Zivilprozessrechts bleiben hierbei gewahrt. Der Kläger erhält eine realistische Chance, seine kartellrechtlichen Ansprüche zu beweisen, ohne dass die Rechte des Beklagten unangemessen eingeschränkt werden. Der Zugang zu Beweismaterial der anderen Partei soll sich an den Vorschlägen der Europäischen Kommission orientieren¹⁵⁸. Der Gefahr von *„fishing expeditions“* wird durch die Kriterien der Plausibilität, Zumutbarkeit und Verhältnismässigkeit begegnet. In geeignetem Umfang sind neue Vermutungstatbestände einzuführen.

276. **Kosten des Rechtsstreits:** Nach aktienrechtlichem Vorbild sollte eine Kostentragungsregel für den Kartellzivilprozess geschaffen werden, nach welcher der unterlegene Kläger nicht die (gesamten) Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, wenn er begründeten Anlass zu Klage hatte. Zusätzlich könnte dem Richter die Möglichkeit eingeräumt werden, den Streitwert an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Klägers anzupassen.

¹⁵⁶ Vgl. A. Heinemann (vgl. Anhang 11) C. Baudenbacher (vgl. Anhang 12).

¹⁵⁷ Sie werden durch spezifische Aspekte des Kartellrechts verursacht: z. B. durch das Phänomen der Geheimstrategien, die ökonomische Prägung der kartellrechtlichen Tatbestandsmerkmale und die Komplexität der wirtschaftlichen Zusammenhänge.

¹⁵⁸ Und soll somit nicht den Regeln des amerikanischen Common Law (so genanntes „pretrial discovery“) folgen.

277. **Zuständigkeitskonzentration:** Kartellrechtliche Streitigkeiten zeichnen sich durch ihre hohe Komplexität aus. Zumindest auf mittlere Sicht wäre zu überlegen, die Zuständigkeit für kartellrechtliche Streitigkeiten bei einem neu zu schaffenden *Bundeskartellgericht* zu konzentrieren. In der Zwischenzeit sollten die Kantone von der Möglichkeit der interkantonalen Zusammenarbeit Gebrauch machen und die erstinstanzliche Zuständigkeit bei ausgewählten Gerichten konzentrieren.

278. **Schiedsverfahren:** Die Streiterledigung durch Schiedsgerichte bietet gerade auch auf dem Gebiet des Handels- und Wirtschaftsrechts grosse Vorteile. Die Staatsferne der Schiedsgerichte sollte aber nicht zu einer Schwächung des Kartellrechts einschliesslich der zivilrechtlichen Aspekte führen. Der Begriff des *ordre public* i.S. von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG sollte deshalb – entgegen der Rechtsprechung des BGer – um die zentralen kartellrechtlichen Vorschriften angereichert werden.

14.2.2 Materielles Recht

279. **Aktivlegitimation:** Im Gegensatz zum KG 1985 enthält das geltende Recht keine ausdrückliche Bestimmung zum Klagerecht gewerblicher Verbände. In der Literatur wird die Frage kontrovers diskutiert. Im Interesse der eigenständigen Bedeutung zivilrechtlicher Verfahren sollten die Verbände nicht auf ihre Beteiligungsrechte im Verwaltungsverfahren verwiesen werden. Die Aktivlegitimation von *Berufs- und Wirtschaftsverbänden* sollte ausdrücklich im Gesetz verankert werden. Des Weiteren ist es paradox, die Ordnung der Wirtschaft auf das Wohlergehen der Konsumenten/innen auszurichten, ihnen aber bei rechtswidrigen Eingriffen in den Wettbewerbsmechanismus eigene Ansprüche zu verwehren. In das KG sollte deshalb (analog zum UWG) eine ausdrückliche Bestimmung über die Aktivlegitimation der *Konsumenten* aufgenommen werden. Schliesslich sind die Nachteile kartellrechtswidriger Verhaltensweisen häufig so fein fragmentiert, dass die Geltendmachung eigener Ansprüche durch den einzelnen Verbraucher ineffizient ist. Die *Konsumentenorganisationen* sollten deshalb das Recht erhalten, die kartellrechtlichen Interessen der Verbraucher wahrzunehmen. Zu diesem Zweck sind den Konsumentenorganisationen neben Unterlassungs- und Beseitigungs- neu auch Schadenersatzansprüche einzuräumen. Der im Fall des Obsiegens erzielte Schadenersatz sollte an die betroffenen Konsumenten ausgeschüttet werden.

280. Hinsichtlich **Schadenersatzes** sind folgende Handlungsoptionen zu thematisieren:

- Eines der meist diskutierten Probleme des Kartellprivatrechts ist die Problematik der *Schadensabwälzung (passing on defence)*¹⁵⁹. Die Problematik der Schadensabwälzung ist eng mit dem Problem verknüpft, ob indirekte Abnehmer eigene Schadenersatzansprüche haben sollten.¹⁶⁰ In Übereinstimmung mit der Auslegung des geltenden Rechts durch die herrschende Lehre sollten im Ergebnis der passing on-Einwand zugelassen sowie die eigenen Ansprüche für indirekte Abnehmer anerkannt werden: Im Gesetz sollte ausdrücklich festgeschrieben werden, dass der *passing on*-Einwand erhoben werden kann, und dass seine Voraussetzungen von demjenigen zu beweisen sind, der diesen Einwand erhebt. Den Konsumenten sollten neben Unterlassungs- und Beseitigungs- auch Schadenersatzansprüche zustehen, die auch von den Konsumentenorganisationen geltend gemacht werden können (vgl. schon Rz. 279).
- Die Regel über *mehrfachen Schadenersatzes (punitive damages)* ist einer der Gründe für den Erfolg des US-amerikanischen Kartellprivatrechts. Strafschadenersatz existiert auch im Vereinigten Königreich und in Irland. Auch wenn dieses Instrument intensiver

¹⁵⁹ Es geht um die Frage, ob sich der Schädiger gegenüber dem Schadenersatzanspruch des direkten Abnehmers darauf berufen kann, dass dieser den Schaden über eine Erhöhung seiner Verkaufspreise auf die nachgelagerte Marktstufe abgewälzt habe.

¹⁶⁰ Vier Optionen stehen für die Lösung dieses „Doppelproblems“ zu Verfügung: Anerkennung bzw. Ablehnung des passing on-Einwands jeweils in Kombination mit eigenen Ansprüchen bzw. keinen Ansprüchen für indirekte Abnehmer.

Diskussion bedarf, wird hier dessen Ablehnung empfohlen. Zu fremd ist die Pönalfunktion dem System des geltenden Haftpflichtrechts. Um so wichtiger ist es allerdings, Fortschritte in den anderen hier diskutierten Fragen zu erzielen.

- In der Literatur wird das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung teilweise an hohe Voraussetzungen geknüpft. Im Gegensatz hierzu sollte ein *Verschulden* des Verletzers nur dann verneint werden, wenn er alle notwendigen Massnahmen ergriffen hat, um sich der Rechtmässigkeit seines Handelns zu versichern. Die Unsicherheiten bei der Bestimmung des Sorgfaltsmassstabs haben abschreckende Wirkung auf die Erhebung kartellrechtlicher Schadenersatzklagen. Zur Herstellung von Prognosesicherheit sollte eine milde Kausalhaftung eingeführt werden, das Verschulden des Verletzers also widerlegbar vermutet werden.
- Die einjährige (relative) *Verjährungsfrist* des ausservertraglichen Haftungsrechts ist eine Gefahr für die Praktikabilität kartellrechtlicher Ausgleichsansprüche. Es steht nicht genug Zeit für die Vorbereitung einer Klage zur Verfügung. Es empfiehlt sich, diese Frist in einer kartellrechtlichen Spezialregel auf drei Jahre zu verlängern. Ausserdem sollten durch einen Wettbewerbsverstoss Geschädigte die Möglichkeit haben, den Abschluss des kartellbehördlichen Verfahrens abzuwarten, bevor sie zivilrechtliche Klage erheben. Es sollte deshalb eine Vorschrift eingefügt werden, nach welcher die Verjährung kartellrechtlicher Ausgleichsansprüche durch die Einleitung eines kartellverwaltungsverfahrenlichen Verfahrens unterbrochen wird.

281. **Beweislastverteilung:** Momentan herrscht Einigkeit, dass bei Art. 5 KG die Existenz einer Wettbewerbsabrede, die wirksamen Wettbewerb beseitigt bzw. die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, von derjenigen Partei zu beweisen ist, die diesen Vorwurf erhebt. Die Rechtfertigung einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung mit dem Argument der Effizienzvorteile ist hingegen von demjenigen zu beweisen, der sich hierauf beruft. Zwecks Vermeidung von Diskussionen sollte der aktuelle befriedigende Rechtszustand (in Parallele zum europäischen Kartellrecht) durch eine ausdrückliche Regel über die Beweislastverteilung festgeschrieben werden.

282. **Zivilrechtliche Ansprüche und Zusammenschlusskontrolle:** Art. 12 KG ist nach überwiegender Auffassung lediglich auf unzulässige Wettbewerbsabreden und unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen anwendbar. Es besteht kein sachlicher Grund, das Fusionskontrollrecht von den allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsfolgen auszuschliessen. Die Vorschrift ist entsprechend anzupassen.

283. **Kartellrechtliches Übermassverbot:** Nach Art. 12 Abs. 3 KG können kartellzivilrechtliche Ansprüche selbst bei zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen entstehen, nämlich dann, wenn Behinderungen praktiziert werden, die über das Mass hinausgehen, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist. Die Vorschrift ist systemwidrig. Behinderungen, welche das für eine Rechtfertigung notwendige Mass übersteigen, stellen Kartellverstösse dar und unterliegen den allgemeinen Regeln. Die Sonderregel ist zu streichen.

284. **Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit mit Beseitigungsfunktion:** In Anlehnung an das UWG sowie das ZGB (und in Anknüpfung an das KG 1985) sollte im KG ein Anspruch auf Feststellung der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung aufgenommen werden.

285. **Urteilsveröffentlichung:** Es ist für den Kartellzivilprozess allgemein anerkannt, dass der obsiegenden Partei bei Vorliegen eines entsprechenden Rechtsschutzinteresses ein Anspruch auf Veröffentlichung des Urteils auf Kosten der anderen Seite zusteht. Eine ausdrückliche Vorschrift in diesem Sinn sollte – in Parallele zum Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht – in das Kartellgesetz aufgenommen werden.

286. **Unzulässigkeit ex tunc kartellrechtswidriger Verhaltensweisen:** Die herrschende Lehre und das Bundesgericht gehen (im Gegensatz zur Botschaft zum KG 1995) zu Recht

von der *ex tunc*-Unzulässigkeit kartellrechtswidriger Verhaltensweisen aus. Art. 13 lit. a KG ist entsprechend anzupassen: Es sollte nicht von der *Anordnung* der *Ungültigkeit* von Verträgen, sondern von der *Feststellung* der *Nichtigkeit* solcher Verträge die Rede sein.

287. Anwendbares Recht: Die Geltendmachung kartellprivatrechtlicher Ansprüche setzt in Fällen mit Auslandsbezug die Bestimmbarkeit des anzuwendenden Rechts voraus. Das Schweizer Recht enthält zu diesem Zweck in Art. 137 IPRG eine allseitig ausgestaltete Kollisionsnorm. Probleme entstehen bei Wettbewerbsbehinderungen, die sich gleichzeitig in mehreren Ländern auswirken. Nach herrschender Lehre hat in diesen Fällen eine „Mosaikbetrachtung“ stattzufinden: Die Rechtsordnungen der betroffenen Staaten sind parallel anwendbar, und zwar jeweils für die im betreffenden Land erfolgten Wettbewerbsbehinderungen. Die gleichzeitige Anwendbarkeit verschiedener Rechtsordnungen kann kartellrechtliche Ansprüche unpraktikabel machen und ist deshalb in Frage zu stellen.

14.2.3 Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Zivilprozess

288. Bindungswirkung von Behördenentscheidungen: Die Beweisführung im Zivilprozess wird erleichtert, wenn in derselben Sache bereits eine kartellverwaltungsrechtliche Verfügung vorliegt („*follow on*-Klagen“). Nach geltendem Recht sind diese Erleichterungen aber lediglich faktischer Natur. Die Zivilgerichte sollten auch formell an rechtskräftige Verfügungen der WEKO bzw. der Rechtsmittelinstanzen gebunden werden. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, den rechtskräftigen Behördenfeststellungen den Status einer widerlegbaren Vermutung zuzuerkennen.

289. Die Aufgaben der WEKO im Zivilprozess: Nach geltendem Recht haben die Zivilgerichte einen Fall der WEKO zur Begutachtung vorzulegen, wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht. Weitere Befugnisse der WEKO im Zivilprozess sind nicht vorgesehen. Dies erscheint nicht ausreichend. Der WEKO sollte ein aktiverer Part im Zivilprozess eingeräumt werden: Sie sollte an der Verhandlung teilnehmen, Stellungnahmen abgeben und auf Tatsachen und Beweismittel hinweisen dürfen. Die WEKO sollte auch in Verfahren vor dem BGer einbezogen werden. *De lege ferenda* ist im Interesse der Prioritätensetzung zu überlegen, ob man die Konsultationspflicht der Gerichte in ein Recht der WEKO zur Stellungnahme umwandeln sollte.

290. Schadenersatzklagen öffentlicher Stellen: Der Staat (und seine Untergliederungen) sollte konsequent Schadenersatzansprüche geltend machen, wenn er selbst durch unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen betroffen ist.

14.3 Fazit

291. Die Häufigkeit von kartellzivilrechtlichen Verfahren vor den zuständigen kantonalen Gerichten ist in der Schweiz gering und deren Relevanz tief. Zumindest unter den geltenden Rahmenbedingungen divergieren die Ansichten der befragten Experten/innen darüber, ob eine Verstärkung des zivilrechtlichen Weges bzw. der Ausbau von Mitteln und Instrumenten als sinnvoll erachtet wird. Die Gerichte sprechen sich tendenziell gar gegen einen Ausbau aus.

292. International werden jedoch Diskussionen über die Bedeutung des kartellzivilrechtlichen Weges geführt und Schritte in Richtung einer Stärkung des Kartellzivilrechts unternommen. Der zivilrechtliche Weg im Bereich des Kartellrechtes ist mittels einer Reihe von verschiedenen Massnahmen **aufzuwerten**. Der privatrechtliche Weg steht dabei nicht in Konkurrenz zum Verwaltungsverfahren, sondern tritt als weiteres Instrument zur Durchsetzung des Kartellrechtes hinzu. Die Reibungen infolge Nebeneinander von Zivil- und Verwaltungsverfahren können klein gehalten werden.

15 Verfahrensrecht und EMRK¹⁶¹

293. Im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2003 blieb das Verfahrensrecht weitgehend unangetastet. Dies ist insofern bemerkenswert, als sich insbesondere mit der Einführung direkter Sanktionen, der Bonusregelung und der Hausdurchsuchungen im Zusammenhang mit dem übergeordneten Recht (BV und EMRK) bzw. den Anforderungen an ein faires, aber auch effizientes Verfahren zahlreiche Fragen stellen.

294. Im Folgenden geht es in einem ersten Schritt darum, anhand ausgewählter wichtiger Themenbereiche zu prüfen, ob bzw. wie aus Sicht der Verfahrensbetroffenen wie auch der verantwortlichen Behörden den Anforderungen an eine rechtsstaatliche und effiziente Durchsetzung des Kartellrechts Genüge getan werden kann: sei es durch eine pragmatische Anwendung bzw. durch Anpassungen und Ergänzungen des bestehenden (Verfahrens-)Rechts oder durch den Erlass eines separaten Kartellverfahrensrechts. In einem zweiten Schritt wird beantwortet, ob der Erlass eines separaten Verfahrensrechts für kartellrechtliche Verfahren angezeigt ist und ob sich aus der EMRK (verfahrensrechtliche) Probleme in der Anwendung des Kartellgesetzes ergeben.

15.1 Themenbereiche

295. Das Verfahren für die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen ist im Kartellgesetz nur rudimentär geregelt (vgl. Art. 26 ff. KG). Art. 39 KG verweist ergänzend auf das VwVG. Da das Kartellverfahren seit der Revision – zumindest aus Sicht der EMRK – teilweise strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter hat, stellt sich die Frage, ob die Anwendung des Verwaltungsverfahrensrechts noch sachgerecht ist oder ob andere Lösungen gefunden werden müssen (z. B. Verweis auf ein Strafverfahrensrecht oder Erlass eines separaten Kartellverfahrensrechts). In diesem Zusammenhang wurden u. a. die nachfolgenden Themenbereiche einer Beurteilung unterzogen.

15.1.1 Trennung zwischen Sekretariat und WEKO

296. **Art. 6 EMRK** („fair trial“) statuiert das Recht, dass über die „strafrechtliche Anklage“ durch ein unabhängiges und unbefangenes Gericht befunden wird (vgl. Art. 30 Abs. 1 BV). Es ist umstritten, ob die WEKO ein solches Gericht darstellt, da in der Praxis – in Übereinstimmung mit dem Kartellgesetz und dem Geschäftsreglement – keine strikte Trennung zwischen Untersuchungsbehörde (Sekretariat) und Entscheidbehörde (WEKO) stattfindet. So führt das Sekretariat wie ein Untersuchungsrichter die Untersuchung durch, vertritt wie die Staatsanwaltschaft den Entscheidantrag vor der WEKO und nimmt wie ein Gerichtsschreiber an der Urteilsfindung der WEKO teil (inkl. Protokollführung und Redaktion der Verfügung). Im Ergebnis ist die Frage der Qualifikation der WEKO jedoch zweitrangig: Die Anforderungen an das Gericht und die Verfahrensrechte nach EMRK müssen im gesamten Verfahren grundsätzlich nur *einmal* erfüllt sein. Das BVGer genügt den Anforderungen an ein Gericht, da es über volle Kognition verfügt. Selbst wenn der WEKO die nötige institutionelle Unabhängigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK abgesprochen wird, wäre davon auszugehen, dass dieser Mangel vor der oberen Instanz, dem BVGer, geheilt werden kann¹⁶².

297. Nur im – sehr unwahrscheinlichen – Fall, dass die Rechtsmittelinstanzen die Ansicht vertreten, weder genüge die WEKO diesen Anforderungen an ein Gericht, noch könne dieser Mangel vor dem BVGer geheilt werden, hätte dies umfangreiche organisatorische und insti-

¹⁶¹ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf den folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Bericht: Projektbericht P10/11 (siehe Anhang 13).

¹⁶² Gewisse diesbezügliche Fragen sind im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens (im Fall „Swisscom Terminierungsgebühren“) vor dem BVGer hängig.

tutionelle Anpassungen im Kartellgesetz zur Folge (z. B. die klare Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde).¹⁶³

15.1.2 Einschränkung der Mitwirkung des Präsidiumsmitglieds bei Sanktionsverfahren

298. Gemäss Art. 27 Abs. 1 KG erfolgt die Eröffnung einer Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO; das Sekretariat führt die Untersuchung und stellt der WEKO einen Entscheidantrag. Demgegenüber sieht Art. 53 Abs. 1 KG vor, dass bei sanktionierbaren Verstössen die ganze Untersuchung – nicht nur deren Eröffnung – „im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums“ zu erfolgen hat¹⁶⁴. Unklar ist nun, ob bei der Untersuchung direkt sanktionierbarer Fälle nur für die Eröffnung oder aber für alle Untersuchungshandlungen das Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums notwendig ist. Zwecks Klärung der Lage und Verhinderung zusätzlicher Vermischung der Kompetenzen von Untersuchungs- und Entscheidbehörde ist **Art. 53 Abs. 1 KG** ersatzlos zu **streichen**.

15.1.3 Ernennung von unabhängigen Sachverständigen als WEKO-Mitglieder

299. Die Unabhängigkeit der WEKO wird durch den Einsitz von Interessenvertretern/innen in Frage gestellt. Es wäre erstrebenswert, dass der Bundesrat bei der Ernennung von neuen Mitgliedern nur noch **unabhängige** Sachverständige berücksichtigt. Ein solches Vorgehen widerspricht nicht dem Wortlaut des geltenden Kartellgesetzes (dieses sieht vor, dass Interessenvertreter/innen ernannt werden dürfen, nicht aber müssen). De lege ferenda wäre zu begrüssen, wenn bereits im Gesetz nur noch die Nominierung unabhängiger Sachverständiger vorgesehen würde¹⁶⁵.

15.1.4 Beweislastverschiebung auf die Unternehmen hinsichtlich Rechtfertigungsgründen

300. Ein Verstoß gegen das Kartellgesetz ist gemäss Untersuchungsmaxime grundsätzlich durch die **Behörden** nachzuweisen (zu beachten ist auch der Grundsatz „in dubio pro reo“), wobei die Parteien eine Mitwirkungspflicht trifft. Denn niemand kennt die Gründe, warum ein bestimmtes Verhalten gerechtfertigt sein könnte, besser als das betroffene Unternehmen selber. Kann die gesetzliche Vermutung von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG (harte horizontale bzw. vertikale Kartelle) umgestossen werden und ist die Abrede erheblich, so sollte der *Nachweis des Bestehens von Rechtfertigungsgründen* durch eine Anpassung von Art. 5 Abs. 2 KG auf die Unternehmen überwältigt werden¹⁶⁶. Eine solche gesetzliche Verschiebung der Beweislast dürfte sich praktizieren lassen, ohne dass damit gegen übergeordnetes Recht (Art. 6 Abs. 2 EMRK) verstossen wird.

301. Eine entsprechende Regelung wäre auch für den Nachweis von **legitimate business reasons** im Rahmen der Missbrauchskontrolle (Art. 7 KG) prüfenswert. Art. 7 KG erwähnt die Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen – anders als Art. 5 Abs. 2 KG – nicht explizit. Ein Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens kann indessen erst und nur dann missbräuchlich sein, wenn dafür keine sachlichen Gründe bestehen. Mit anderen Worten ist das Fehlen von legitimate business reasons dem Tatbestandselement des miss-

¹⁶³ Dies ist auch für Abschnitt 10 „Institutionelles“ relevant.

¹⁶⁴ Vor der Revision 2003 war diese Spezialnorm nur in den praktisch äusserst seltenen Fällen relevant, dass ein Unternehmen gegen eine Verfügung der WEKO verstossen hatte und deshalb in der Folge ein Sanktionsverfahren nach Art. 50 KG stattfand (zweistufiges Verfahren) bzw. in den Fällen von Art 51 f. KG.

¹⁶⁵ Vgl. schon oben Rz. 172 f. und 197.

¹⁶⁶ Eine entsprechende Regel könnte von Art. 173 Abs. 2 StGB bzw. Art. 2 VO 1/2003 inspiriert werden.

bräuchlichen Verhaltens (implizit) immanent, die Verschiebung der Beweislast müsste aber explizit erfolgen. Aufgrund der unterschiedlichen Konzeption wäre eine entsprechende Umformulierung von Art. 7 KG schwieriger als eine solche von Art. 5 KG.

15.1.5 Klärung der Auskunftspflicht

302. Aus Art. 6 Abs. 3 EMRK wird das Recht abgeleitet, sich nicht selbst zu belasten bzw. nicht gegen seinen Willen zur eigenen strafrechtlichen Überführung beitragen zu müssen (Verbot des **Selbstbelastungszwangs**). Im Kartellverfahren stellt sich die Frage nach dem Umfang dieses Aussageverweigerungsrechts. Dies insbesondere deshalb, weil Art. 40 KG explizit eine **Auskunftspflicht** der Beteiligten und damit verbunden Sanktionen bei Verstößen vorsieht (Art. 52 und 55 KG). Ein absolutes Aussageverweigerungsrecht würde das in der Praxis wichtigste Mittel der Behörden zur Sachverhaltsabklärung (schriftliche und mündliche Befragung) faktisch unbrauchbar machen. Im Sinne einer pragmatischen Lösung hat sich das Schweigerecht daher auf diejenigen Fragen zu beschränken, welche das Unternehmen zwingen, sich selber direkt zu belasten, indem es z. B. ein sanktionierbares Verhalten eingestehen hätte¹⁶⁷. Unzulässig ist mit anderen Worten der Zwang zu einem Geständnis. Nicht umfasst vom Schweigerecht sollten hingegen Fragestellungen sein, die sich auf Begebenheiten beziehen, durch welche sich das Unternehmen *nicht* direkt selber belasten kann: Zulässig sind insbesondere Fragen bezüglich rein tatsächlicher Begebenheiten wie z. B. nach Preisen, Umsätzen, Daten, Orten und Namen der Unternehmen und Personen, die an einer Zusammenkunft teilgenommen haben, und die Forderung nach Herausgabe von Reisedokumenten (Flugscheine usw.) dieser Personen. Unter Einhaltung dieser Vorgaben sollten sich die Wettbewerbsbehörden weiterhin auf die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG sowie die damit verbundene Sanktionsandrohung stützen dürfen. Im Einzelfall kann es indessen sachgerechter sein, die entsprechenden Informationen und Unterlagen mit dem Zwangsmittel der Hausdurchsuchung direkt beim Unternehmen zu beschlagnahmen. Hierzu bedarf es letztlich wohl keiner Änderungen der gesetzlichen Grundlagen.

15.1.6 Klärung des Legal Privilege

303. Bisher hat das **Anwaltsgeheimnis** (so genanntes „legal privilege“) für kartellrechtliche Hausdurchsuchungen keine grosse Rolle gespielt. Gemäss der aktuellen Rechtsprechung kann die Anwaltskorrespondenz, die sich im Gewahrsam des Unternehmens befindet, nämlich nur dann nicht beschlagnahmt werden, wenn sie die Verteidigung im konkreten Verfahren zum Gegenstand hat. Solche Verteidigerkorrespondenz dürfte aber zum Zeitpunkt von Hausdurchsuchungen, welche regelmässig zu Beginn des Verfahrens stattfinden, kaum je vorhanden sein. Das Gewahrsamskriterium wurde in der neuen StPO ausdrücklich verworfen, so dass es durch die Rechtsprechung auch für kartellrechtliche Fälle aufgegeben werden könnte. Ein weiteres kontroverses Thema bildet der Schutz der Arbeitserzeugnisse von **Unternehmensjuristen/innen** (in-house lawyer/in-house counsel). Das Bundesstrafgericht hat in einem aktuellen Entscheid erstmals festgehalten, dass Unternehmensanwälte Art. 321 StGB nicht unterstellt sind und demzufolge bei ihnen Dokumente durchsucht und beschlagnahmt werden dürfen¹⁶⁸. Das Bundesgericht hat hingegen die umstrittenen Fragen, ob das Anwaltsgeheimnis für Unternehmensjuristen/innen gilt und ob die Unternehmensanwälte dem beschuldigten Unternehmen zuzurechnen sind oder nicht, offen gelassen¹⁶⁹. Derzeit ist aber ein Gesetzgebungsprojekt im Gange, welches die Unternehmensanwälte und eventuell sogar Unternehmensjuristen/innen bezüglich des Anwaltsgeheimnisses den freiberuflichen

¹⁶⁷ So auch die EU-Praxis, vgl. den 23. Erwägungsgrund der VO 1/2003 sowie die Fälle Orkem SA und Mannesmannröhren-Werke AG.

¹⁶⁸ BStrGer, 14.3.2008 (BE.2007.10–13). Auch vom EuG wurde das legal privilege für Unternehmensanwälte kürzlich verworfen (vgl. Joined Cases T-125/03 and T-253/03, Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd., Rz. 166–168; nicht rechtskräftig).

¹⁶⁹ BGE 1B_101/2008, 28.10.2008 i. S. Panalpina etc.

Anwältinnen/innen gleichstellen will. Dokumente, welche aus dem Verkehr zwischen einer „beschuldigten Person“ (unternehmensinterne Stelle) und dem/der Unternehmensanwalt/anwältin oder -juristen/in stammen, dürften – unabhängig vom Ort, an dem sie sich befinden – nicht mehr beschlagnahmt werden. Dieser schrankenlose Schutz würde die Durchführung von Hausdurchsuchungen erheblich erschweren, was einer effizienten Durchsetzung des Kartellrechts hinderlich wäre.

15.1.7 Dauer der Verfahren, Umfang von Parteieingaben

304. Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sind Zivil- und Strafverfahren innert angemessener Frist abzuschliessen. Massgebend sind gemäss dem EGMR die Umstände des Einzelfalls: Hauptkriterien sind die Komplexität der Angelegenheit, das Verhalten der Behörden und des Betroffenen sowie die Bedeutung des Ausgangs des Verfahrens für Letzteren. Abgesehen vom Zusammenschlusskontroll- und vom Widerspruchsverfahren¹⁷⁰ enthält das Kartellgesetz keine Fristen, welche die Wettbewerbsbehörden zwingen würden, ein Verfahren innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens durchzuführen.

305. Wie im Projektbericht P10/P11 dargelegt, scheint es nicht sinnvoll, *Ordnungsfristen* für Instruktionshandlungen des Sekretariats bzw. für die Entscheidphase vor der WEKO im Kartellgesetz zu verankern. Zwar könnten der Verzicht auf die Berücksichtigung der im VwVG vorgesehenen *Gerichtsferien*, die *Verkürzung von behördlichen Fristen* und die *Einschränkung von Verlängerungsmöglichkeiten* im Kartellgesetz speziell geregelt werden. Angesichts der zu wahrenen Verteidigungsrechte der Betroffenen (inkl. ausreichende Vorbereitungszeit) und der Komplexität der Fälle kann die in der Praxis herausgebildete Fristen-Praxis indessen kaum als zu grosszügig bezeichnet werden. Auch eine generelle gesetzliche Beschränkung des Umfangs der heute oft über 100 Seiten langen Eingaben der Parteien stünde im Spannungsfeld zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte: Infolge der Komplexität sind wohl gewisse Zugeständnisse an den Umfang zu machen. Die Einführung spezieller Formvorschriften im Kartellgesetz, die sich z. B. an VwVG und BGG orientieren würden¹⁷¹, ist zwar denkbar, aber nicht zwingend nötig.

15.1.8 Einschränkung des Rechts auf Stellungnahme zum Verfügungsentwurf

306. Die Spezialvorschrift von Art. 30 Abs. 2 KG erweitert den üblichen Anspruch auf **rechtliches Gehör** (vgl. BV und VwVG) um das Recht, sich gesondert zum Entscheidentwurf der Behörde äussern zu können. Die Rechtsmittelinstanzen tendieren zu einer extensiven Auslegung dieser Bestimmung, so dass für die Wettbewerbsbehörden ein erhöhtes Risiko besteht, Gehörsverletzungen zu begehen. Um in einem konkreten Fall die Gefahr eines formellen Fehlers zu minimieren, müsste der Antrag des Sekretariats bzw. Verfügungsentwurf der WEKO den Parteien bei Änderungen stets nochmals zur Stellungnahme unterbreitet werden. Gewähren indessen die Behörden das rechtliche Gehör zu weitgehend, so haben die Rechtsmittelinstanzen nie einen Anlass, die Grenze des Gehörsanspruchs festzulegen (die Parteien werden eine zu weit gehende Gehörgewährung nicht anfechten), womit die exzessive Gehörgewährung perpetuiert würde.

307. Folglich drängt sich ein gesetzgeberischer Eingriff zur Gewährleistung der Verfahrenseffizienz auf: Aus Sicht der Verfahrenseffizienz könnte Art. 30 Abs. 2 KG ersatzlos gestrichen werden, womit nach Art. 39 KG die bestehenden Bestimmungen des VwVG zur Anwendung gelangen würden. Allenfalls wäre auch eine Präzisierung von Art. 30 Abs. 2 Satz 1 KG möglich, wonach die WEKO vom Antrag des Sekretariates abweichen darf, ohne dass sie ihren Entscheid den Parteien vorgängig zur Stellungnahme zu unterbreiten hat.

¹⁷⁰ Art. 32 Abs. 1 und 33 Abs. 3 bzw. Art. 49a Abs. 3 lit. a KG.

¹⁷¹ Art. 52 Abs. 2 VwVG bzw. Art. 42 Abs. 2 BGG: Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde, insb. Begründung in klarer, gedrängter Form.

15.1.9 Massenverfahren

308. Bei einer Vielzahl von Unternehmen, welche an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt sind, ist der Nachweis des KG-Verstosses und die Auferlegung einer separat berechneten Sanktion für jedes einzelne Unternehmen mittels Verfügung mit bisweilen kaum praktikablem **Aufwand** verbunden. Mangels einer gesetzlichen Grundlage im KG erscheint die Übernahme einer „Kaskadenhaftung“ in Analogie zum EU-Recht¹⁷² ausgeschlossen; deren gesetzliche Einführung wäre unter dem Aspekt der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) zumindest bedenklich. Auch die Lösung, dass sich die Wettbewerbsbehörden in Massenverfahren lediglich auf eine Auswahl von Parteien beschränken und das Verfahren nur gegen diese führen, erscheint ohne explizite gesetzliche Grundlage unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich. Insofern könnte diesbezüglich gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehen.

15.1.10 Klärung der Gebührenpflicht und der Verzugszinspflicht

309. Die in der KG-Revision eingeführte **Delegationsnorm** für Gebührenerhebung (Art. 53a KG) ist sowohl unpräzise als auch unvollständig und könnte bei Gelegenheit überarbeitet werden. Wenn ein Unternehmen zu einer (hohen) Busse verurteilt wird und es den Rechtsmittelweg beschreitet, der erfahrungsgemäss mehrere Jahre dauert, stellt sich die Frage, ob bei letztinstanzlichem Unterliegen das Unternehmen für die Verfahrensdauer Verzugszins zahlen muss. Die Frage ist im Gesetz nicht geregelt. Um den Unternehmen jeglichen Anreiz zu nehmen, nur zwecks Zeit- und somit Zinsgewinns ein Rechtsmittel einzulegen, erscheint eine entsprechende Gesetzesvorschrift sinnvoll.

15.1.11 Sofortige Vollstreckbarkeit

310. Es würde die Durchschlagskraft von Kartellverfahren verstärken, wenn Verwaltungsbeschwerden gegen Verfügungen der WEKO grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung mehr hätten¹⁷³. Eine solche Lösung würde sich zu Gunsten des Wettbewerbs und meist auch zu Gunsten der Konsumenten und der Mitbewerber auswirken. Nur ausnahmsweise, wenn das von der Verfügung betroffene Unternehmen im Einzelfall hinreichende Gründe geltend machen könnte, würde die WEKO der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen¹⁷⁴. Eine solche Umkehr des heute bestehenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist in Art. 55 Abs. 5 VwVG dem Grundsatz nach bereits vorgesehen. Dieser Norm entsprechend wäre ein neuer Art. 44 KG etwa mit folgendem Text zu erlassen: „Beschwerden gegen Verfügungen der WEKO haben in der Regel keine aufschiebende Wirkung.“

15.1.12 Einvernehmliche Streitbeilegung und „Plea Bargaining“

311. Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen¹⁷⁵. Ohne den Gesetzeswortlaut zu verändern, hat die KG-Revision 2003 das Instrument der einvernehmlichen Streitbeilegung für direkt sanktionierbare Verstösse faktisch

¹⁷² Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003 enthält ein kompliziertes, mehrstufiges Verfahren zur Festsetzung der Haftung im Falle einer Vielzahl von Unternehmen, die in einem Verband organisiert sind.

¹⁷³ Vgl. zum geltenden Recht Art. 39 VwVG und 55 Abs. 1 und 2 VwVG. Demgegenüber hat die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (Art. 82 ff. und Art. 103 Abs. 1 und 2 BGG).

¹⁷⁴ Eine entsprechend pragmatische Lösung sieht das deutsche Recht vor (§ 64 GWB).

¹⁷⁵ Vgl. Art. 26 Abs. 2 und Art. 29 Abs. 1 KG.

eingeschränkt¹⁷⁶, da diese aufgrund der *Offizialmaxime* zu verfolgen und zu sanktionieren sind¹⁷⁷. Andernfalls könnten die an einem KG-Verstoss beteiligten Unternehmen ihr Verhalten kurz vor Abschluss des Verfahrens anpassen und damit einer Sanktionierung regelmässig entgehen. Dies würde Art. 49a Abs. 1 KG seiner (Präventions-)Wirkungen berauben und widerspräche dem Willen des Gesetzgebers zur Revision 2003. Schliesslich stünde es auch im Widerspruch zur Bonusregelung, wenn beim Abschluss einer einvernehmlichen Regelung auf eine Sanktionierung gänzlich verzichtet würde, obwohl das Unternehmen die strengen Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion gemäss Art. 8 SVKG nicht erfüllt.

312. Bei denjenigen Wettbewerbsbeschränkungen, welche **direkt sanktionierbar** sind, ist eine einvernehmliche Streitbeilegung somit zwar für das in der Vergangenheit liegende Verhalten ausgeschlossen, bleibt aber in Bezug auf die Art und Weise der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes – in die Zukunft gerichtet – noch möglich. Die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung wird in der aktuellen Praxis der WEKO sanktionsmildernd berücksichtigt (Reduktion der Sanktion bis zu 40 %); ein Verzicht auf die Sanktion hingegen ist (ausserhalb der Bonusregelung) nicht vorgesehen.

313. Ebenfalls kein Raum besteht *de lege lata* für ein Aushandeln der Sanktion bzw. der Sanktionshöhe zwischen Unternehmen und Behörden im Sinne eines eigentlichen „**Plea Bargainings**“, d. h. das Eingeständnis eines Wettbewerbsverstosses durch das Unternehmen im Austausch mit einer (deutlich) geringeren Sanktion, als sie nach der üblichen Berechnung gemäss KG und KG-Sanktionsverordnung zu erwarten wäre. Die gesetzliche Einführung eines „Plea Bargainings“ dürfte für die Schweiz nicht ein dringliches Anliegen darstellen. Die Form der Ausgestaltung sowie die Vor- und Nachteile der Einführung dieses unserer Rechtskultur fremden Instruments müsste sorgfältig abgeklärt werden. Da die direkten Sanktionen gerade erst eingeführt wurden, erscheint es sinnvoll, wenn sich zunächst eine „Sanktionierungspraxis“ bilden kann.

15.1.13 Sanktionsbefreiung dank Antitrust Compliance-Programmen?

314. In zwei parlamentarischen Vorstössen wird verlangt, dass direkte Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG entfallen, sofern das Unternehmen nachweist, dass es ein angemessenes Compliance-Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regeln eingeführt und nachhaltig betrieben hat¹⁷⁸. Bereits heute haben Compliance-Programme positive Effekte für das Unternehmen: Ist das Programm wirksam, so kommen keine Kartellverstösse vor, weshalb dem Unternehmen auch keine Sanktionen drohen. Versagt ein Compliance-Programm im Einzelfall, indem sich z. B. einzelne Manager bzw. Mitarbeiter an Kartellen beteiligen, so dürfte bereits nach der geltenden gesetzlichen Regelung unbestritten sein, dass das Compliance-Programm für das Unternehmen als **sanktionsmildernd** berücksichtigt wird.

315. Die **weitergehende Berücksichtigung** von Compliance-Programmen als sanktionsausschliessendes Kriterium ist aus folgenden Gründen **abzulehnen**: a) Aushebelung der erst im April 2004 eingeführten direkten Sanktionierbarkeit von Unternehmen, indem der Anreiz untergraben würde, das Kartellgesetz zu befolgen; b) Erklärungsschwierigkeit, weshalb ein Compliance-Programm die Sanktionierbarkeit gerade in denjenigen Fällen ausschliessen sollte, in welchen erwiesen ist, dass es versagt hat; c) faktische Reduktion des Kartellverfahrens auf die Prüfung der für den Wettbewerbsschutz nicht relevanten Frage, ob ein Compliance-Programm, das in der Praxis versagt hat, genügend war oder nicht; d) Schwierigkeit für

¹⁷⁶ Vor der KG-Revision 2003 wurde das Verfahren im Falle einer Anpassung des mutmasslich wettbewerbswidrigen Verhaltens durch das Unternehmen mangels Gegenstandslosigkeit i.d.R. ohne Folgen eingestellt. Dies ist auch heute noch möglich bei nicht direkt sanktionierbaren Fällen.

¹⁷⁷ Vgl. die in der Revision 2003 erfolgte Klarstellung in Art. 27 KG, wonach auch in der Vergangenheit liegende, abgeschlossene, d. h. nicht mehr praktizierte Verhaltensweisen geprüft und direkt sanktioniert werden sollen.

¹⁷⁸ Vgl. *Motion Schweiger* und *Parlamentarische Initiative Kaufmann* (siehe Rz. 20).

die Behörden, die einzelnen Programme zu beurteilen und auf ihre grundsätzliche Tauglichkeit zu prüfen; e) Infragestellen der Bonusregelung, weil nur noch ein geringerer Anreiz bestünde, eine Selbstanzeige einzureichen, wenn ein Unternehmen davon ausgehen kann, dass es dank seines Compliance-Programms sowieso sanktionsfrei ausgehen wird; f) schliesslich würde das Schweizer Kartellrecht durch die Einführung der geplanten Sanktionsbefreiung dank Compliance, welche – soweit ersichtlich – nirgends bekannt ist, international zum Sonderfall, was der Rechtssicherheit nicht förderlich wäre.

316. Folglich sollten Compliance-Programme – wie bis anhin – nur, aber immerhin, sanktionsmildernd (nicht aber sanktionsausschliessend) berücksichtigt werden. Im Einzelfall ist es aufgrund des grossen Ermessensspielraums der Behörden nicht ausgeschlossen, dass die Sanktion bis auf einen symbolischen Betrag gesenkt werden kann.

15.1.14 Diskussion neuer Instrumente, insbesondere erweiterte Überwachungs- und Ermittlungsmassnahmen

317. Anderen Behörden (insbesondere den Strafverfolgungsbehörden) stehen weitere Instruktionsmassnahmen zur Verfügung, die dem geltenden Kartellgesetz fremd sind. Zu denken ist an **Überwachungsmassnahmen** (z. B. Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Einsatz von technischen Überwachungsgeräten wie Wanzen, Foto-, oder Filmkameras etc.), die ohne das Wissen des Betroffenen, also geheim durchgeführt werden. Sie greifen dadurch besonders stark in die Privatsphäre ein und treffen unter Umständen auch Personen, welche mit der Straftat und der Untersuchung direkt nichts zu tun haben. Bei der **verdeckten (heimlichen) Online-Durchsuchung** kann mittels spezieller Computerprogramme (so genannte Trojaner) ein Datenverarbeitungssystem online und ohne Wissen der Betroffenen durchsucht werden¹⁷⁹. Zur Diskussion steht weiter der Einsatz von **verdeckten Ermittlern** (V-Mann), d. h. die Informationsbeschaffung mittels Personen, welche für die Polizei verdeckt im „kriminellen“ Umfeld tätig sind (undercover agents oder Informanten)¹⁸⁰. Denkbar wäre zudem das Instrument des **Beobachters** nach dem Vorbild des BankG, obwohl dieses Instrument im Bereich des Wettbewerbsrechts auf internationaler Ebene wenig erprobt ist¹⁸¹.

318. Da Wettbewerbsbeschränkungen infolge der Einführung der direkten Sanktionen zunehmend im Verborgenen stattfinden, wären solche zusätzliche Ermittlungsmöglichkeiten an sich als nützlich anzusehen. Sie könnten die Beweisfindung und -führung unterstützen und erleichtern. Ob solche Massnahmen, welche intensive Eingriffe in die Rechtsstellung der Betroffenen darstellen, verhältnismässig bzw. überhaupt durchführbar wären, ist indessen schwierig zu beurteilen.

319. Möglich ist indessen die Beschaffung von Informationen durch Personen, welche bereits im Unternehmen sind und verdeckt für die Wettbewerbsbehörden Informationen beschaffen (**Whistleblower**).¹⁸² In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellt sich v. a. die Frage nach

¹⁷⁹ Dieses Instrument ist derzeit erst im BWIS (Entwurf zur Revision des Gesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit) geplant, in der neuen StPO jedoch noch nicht vorgesehen.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 286–298 StPO. Die „undercover agents“ sind im Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung geregelt (BVE, SR 312.8).

¹⁸¹ Grundgedanke dieses Instrumentes ist es, dass sich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im täglichen Geschäftsgang eines Unternehmens widerspiegeln müssen. Die Funktionsweise einer Wettbewerbsbeschränkung lässt sich dann durch die Beobachtung der Geschäftsabläufe über eine gewisse Zeitspanne eruieren.

¹⁸² Hier gilt es zu unterscheiden: Das Entgegennehmen von Informationen eines Angestellten eines Unternehmens (ohne Wissen des Arbeitgebers) stellt noch keine verdeckte Ermittlung dar und ist bereits heute möglich. Allerdings kommen solche Fälle kaum vor, so dass ausländische Behörden prüfen, ob Informanten nicht finanziell entschädigt werden sollten.

Anonymität und Vertraulichkeit¹⁸³. Im Kartellrecht können in diesem Bereich Art. 27 und 28 VwVG angewendet und der Name des Whistleblowers geheim gehalten werden. In der Praxis dürfte es allerdings dann zu Schwierigkeiten kommen, wenn die Wettbewerbsbehörden direkt auf Informationen des Whistleblowers abstellen möchten (z. B. Zeugenaussage oder zur Begründung eines Entsiegelungsbegehrens). Dann kann der Wunsch des Whistleblowers nach Vertraulichkeit mit den verfassungsmässigen Rechten des Angeschuldigten kollidieren.

15.2 Geltendes Verfahrensrecht

320. Die Frage, ob das aktuelle Verfahrensrecht den Anforderungen an kartellrechtliche Verfahren **genügt**, kann aufgrund der im Projektbericht P10/P11 erfolgten und oben zusammengefassten Beurteilung der Situation zwar grundsätzlich bejaht werden. Die dargestellten Anpassungen und neuen Massnahmen, welche zum Teil nicht nur das Verfahrens-, sondern auch das materielle Recht betreffen, könnten jedoch einer rascheren und effizienteren Anwendung und Durchsetzung des materiellen Kartellrechts förderlich sein und sind somit aus Sicht des Wettbewerbs grundsätzlich zu begrüssen.

321. Da das Verfahrensrecht im Rahmen der Revision 2003 weitgehend unangetastet blieb, war und ist aus der Sicht der Wettbewerbsbehörden eine „**pragmatische**“ **Vorgehensweise** angezeigt in dem Sinne, dass die bestehenden Bestimmungen weiterhin angewendet werden, gegebenenfalls angepasst an die Erfordernisse einer verfassungs- bzw. völkerrechtskonformen Auslegung. In der Praxis bedeutet dies, dass die einzelnen Verfahrensfragen anhand von konkreten Einzelfällen durch die Wettbewerbsbehörden und allenfalls durch die Rechtsmittelinstanzen (BVGer, BGer, gegebenenfalls EGMR) zu klären sind. Dies ist teilweise bereits geschehen, wobei einige Entscheide noch vor den Rechtsmittelinstanzen hängig sind.

322. Solange die Anwendung der bestehenden Verfahrensbestimmungen im Kontext des neuen Rechts durch die Rechtsmittelinstanzen **nicht definitiv geklärt** ist, bleibt es schwierig festzustellen, ob das Verfahrensrecht den Anforderungen an ein effizientes kartellrechtliches Verfahren tatsächlich genügt oder nicht. Allgemein sind die Wettbewerbsbehörden bestrebt, die bestehenden Bestimmungen dergestalt auszulegen, dass eine möglichst effiziente Anwendung und Durchsetzung des Kartellgesetz gewährleistet ist. Diese Vorgehensweise kann jedoch in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Verfahrensrechten der Beteiligten stehen. Die mit der Revision 2003 einhergegangene Verschärfung des materiellen kartellrechtlichen Instrumentariums (insbesondere durch die Einführung von direkten Sanktionen) ruft – im Sinne der Waffengleichheit – nach einer sorgfältigen Wahrung der Verteidigungsrechte der Parteien.

323. Wie gross der Spielraum für eine zusätzliche **Verschärfung** des Verfahrensrechts ist, bleibt daher von vornherein ungewiss. Je nach konkreter gesetzlicher Ausgestaltung oder praktischer Handhabung könnte eine Verschärfung ganz oder teilweise mit dem übergeordneten Recht (BV, EMRK) kollidieren. Denn eine Verschärfung des Verfahrensrechts geht meist mit einer Beschränkung der Parteirechte einher. Verfahrensrechtlichen Massnahmen zur rascheren und effizienteren Anwendung bzw. Durchsetzung des materiellen Kartellrechts, welche weiter gehen als die im vorliegenden Bericht bereits umschriebenen, sind zwar nicht a priori ausgeschlossen, dennoch dürften ihnen **enge Grenzen** gesetzt sein, sollen die aus der Verfassung bzw. dem Völkerrecht fliessenden Prinzipien nicht verletzt werden. Die Fra-

¹⁸³ Im Ausland sind im Zusammenhang mit grossen Korruptionsaffären Gesetze in Kraft getreten, welche Whistleblower schützen. In der Schweiz wurde die Motion Gysin überwiesen, welche den Bundesrat beauftragt, das Arbeitsrecht derart abzuändern, dass Whistleblower vor ungerechtfertigter Entlassung und weiteren Diskriminierungen geschützt sind (Motion Gysin Remo 03.3212, 07.05.2003; „Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption“).

ge, ob vom übergeordneten Recht ausdrücklich abgewichen werden soll bzw. ob dies politisch überhaupt durchführbar wäre, wird im vorliegenden Bericht ausgeklammert.

15.3 Neues Verfahrensrecht für Kartellverfahren?

324. Insoweit davon auszugehen ist, dass das aktuelle Verfahrensrecht für Kartellverfahren nicht (mehr) genügend ist, stellt sich die Frage nach Alternativen. Die heutige Lösung – d. h. explizite Spezialvorschriften im Kartellgesetz und ein Verweis auf die ergänzenden Vorschriften des VwVG (Art. 39 KG) – könnte durch einen Verweis auf andere Verfahrensrechte oder durch den Erlass eines neuen, separaten „Kartellverfahrensgesetzes“ ersetzt werden.

15.3.1 Integraler Verweis (Anwendung anderer Verfahrensrechte)

325. Seit der KG-Revision 2003 stellt sich die Frage, ob sich Kartellrecht und Strafrecht im Bereich der direkten Sanktionen nicht derart angenähert haben, dass es sich rechtfertigt, verfahrensrechtlich vom VwVG weg auf eine eigentliche Strafprozessordnung umzuschwenken. Neben dem VStrR könnte auch die Anwendung der neuen gesamtschweizerischen StPO geprüft werden. Es stellt sich damit die Frage nach den Vor- und Nachteilen eines integralen Verweises in Art. 39 KG auf ein anderes Verfahrensrecht.

326. Der Hauptvorteil einer integralen Übernahme einer anderen Verfahrensordnung – nämlich die Einfachheit und Konsistenz einer solchen Lösung – wird aber schon auf dieser Stufe in Frage gestellt: Es müsste nämlich geprüft werden, ob der Verweis auf die direkt sanktionierbaren Tatbestände beschränkt werden sollte und ob für die anderen Fälle (nicht-sanktionierbare Tatbestände, Zusammenschlusskontrolle etc.) weiterhin das VwVG sachgerechter wäre. Damit wären aber mehrere parallele Verfahrensrechte einschlägig und Abgrenzungsfragen bei der Zuweisung der Fälle zu einem bestimmten Verfahrensrecht absehbar (namentlich stellt sich die Abgrenzung zwischen sanktionierbaren und nicht-sanktionierbaren Tatbeständen oft erst im Laufe eines konkreten Verfahrens heraus). Im Projektbericht P10/P11 werden Vor- und Nachteile eines integralen Verweises auf das VStrR bzw. die StPO aufgezeigt.

15.3.2 Erlass eines neuen, separaten „Kartellverfahrensgesetzes“

327. Als Alternative zum integralen Verweis auf ein bereits bestehendes Verfahrensrecht (insbesondere VwVG, VStrR, StPO) könnten auch ein eigenes Kartellverfahrensgesetz oder eine Kartellverfahrensverordnung erlassen werden. Die bestehende gesetzliche Regelung enthält keine genügende Delegationsnorm für den Erlass einer *eigenständigen Verfahrensverordnung*. Selbst wenn eine genügende Delegationsnorm im Gesetz bestünde, bliebe aus rechtsstaatlichen Gründen fraglich, ob ein Verfahren, welches in eine Sanktion münden kann, auf Verordnungsstufe normiert werden kann. Anstelle einer Verordnung könnte der Gesetzgeber auch ein *Kartellverfahrensgesetz* erlassen. In dieses neue Gesetz müssten die bestehenden KG-Verfahrensbestimmungen in angepasster Form überführt und durch zahlreiche neue Vorschriften ergänzt werden. Der Erlass eines separaten Gesetzes wäre sehr aufwändig und vom Ergebnis her **nicht notwendig** bzw. allenfalls gar überschüssig, weshalb er auch politisch nur schwer begründbar sein dürfte. Zudem müsste ein allfälliges separates Kartellverfahrensrecht grundsätzlich ebenfalls verfassungs- und völkerrechtskonform ausgestaltet sein, womit der Handlungsspielraum von vornherein beschränkt sein wird.

15.3.3 Punktuelle Änderungen (KG/VwVG)

328. Als Alternative zum integralen Verweis auf andere Verfahrensrechte und zum Erlass eines separaten Kartellverfahrensgesetzes bietet sich an, punktuelle Änderungen im Kartellgesetz selbst und gegebenenfalls im VwVG vorzunehmen, um den Anforderungen an ein zeitgemässes, BV-/EMRK-konformes und dennoch effizientes Verfahrensrecht (weiterhin) zu

genügen. Im Projektbericht P10/P11 findet sich eine Tabelle mit zahlreichen Änderungsanregungen für das KG und das VwVG.

15.3.4 Schlussfolgerung

329. Wie Abklärungen im Rahmen des Projekts P10/P11 gezeigt haben, erscheint der Erlass eines separaten Verfahrensrechts für kartellrechtliche Verfahren weder aus juristischen noch aus praktischen Gründen angezeigt, zumal das Kartellgesetz bereits eine Reihe von spezifischen verfahrensrechtlichen Bestimmungen enthält, die den allgemeinen, subsidiär anwendbaren Verfahrensbestimmungen des VwVG vorgehen. Diese Regelung hat sich im Grossen und Ganzen bis heute bewährt. Wenn schon, sind daher lediglich punktuelle Änderungen in Kartellgesetz und VwVG angebracht.

15.4 EMRK und Kartellgesetz

330. Wie bereits dargelegt, ist die Frage, ob sich aus der EMRK (verfahrensrechtliche) Probleme in der Anwendung des Kartellgesetzes ergeben, differenzierend zu beantworten: In einzelnen Bereichen gibt es zwar Berührungspunkte (bzw. Probleme) zwischen dem Kartellverfahren (im weitesten Sinn) und übergeordnetem Recht. Zu nennen sind namentlich die bereits erwähnten Probleme bzw. Fragen im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit der WEKO (Rz. 296 ff.), der Unschuldsvermutung (Rz. 300 ff.), dem Verbot des Selbstbelastungszwangs (Rz. 302 ff.) sowie gewisser Ermittlungsinstrumente (Rz. 302, 306 f., 317 ff.). Wie oben dargelegt, lassen sich diese Probleme jedoch lösen.

15.5 Fazit

331. Ein unmittelbarer gesetzlicher Anpassungsbedarf in Bezug auf das Verfahrensrecht besteht grundsätzlich nicht. Auch der Erlass eines separaten Verfahrensrechts für kartellrechtliche Verfahren ist weder aus juristischen noch aus praktischen Gründen angezeigt. Zahlreiche Probleme lassen sich durch eine pragmatische Anwendung der bereits bestehenden Normen lösen. Entsprechendes gilt für die sich bei der Anwendung des Kartellgesetzes aus der EMRK ergebenden (verfahrensrechtlichen) Probleme.

332. Es gibt im Gesetz indessen einzelne *Unklarheiten bzw. Auslegungsspielraum*, was für die Behörden wie für die Unternehmen zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führt. Insofern ist eine teilweise Anpassung der gesetzlichen Grundlage – wie im Projektbericht „Verfahrensrecht“ (insbesondere Kapitel C.2 mit der dazugehörigen Tabelle) dargestellt – wünschenswert. Zu nennen sind insbesondere:

- Einschränkung des Rechts auf Stellungnahme zum Verfügungsentwurf der WEKO (Art. 30 Abs. 2 KG),
- Klärung der Abgrenzung von Dritten zu Parteien im Sinne des VwVG (Art. 43 KG),
- Klärung des Auskunftsverweigerungsrechts/Selbstbelastungsverbots (Art. 40, 42 KG),
- Präzisierung, dass für die Sanktionierung nicht Rechtskraft, sondern Vollstreckbarkeit vorausgesetzt ist und dass die Regelung auch für vorsorgliche Massnahmen gilt (Art. 50 KG),
- Beschränkung der Mitwirkung des Präsidiumsmitglieds bei Sanktionsverfahren (Art. 53 Abs. 1 KG),
- Klärung der Verzugszinspflicht und der Gebührenpflicht (Art. 53a KG),
- Regelung von Massenverfahren und
- Klärung der Noven-Problematik im Rechtsmittelverfahren.

333. Nicht gänzlich auszuschliessen ist ferner, dass die *Rechtsprechung der Rechtsmittelinstanzen* eine (zwingende) Revision des Gesetzes zur Folge haben wird, sofern sie ein

pragmatisches und verfahrensökonomisches Tätigwerden der Wettbewerbsbehörden gegen Wettbewerbsbeschränkungen faktisch stark erschweren oder gar verunmöglichen sollte. Unabhängig davon soll eine Anpassung des Verfahrensrechts auch im Rahmen einer allgemeinen (materiellen) KG-Revision an die Hand genommen werden. Dies betrifft vor allem die Frage der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden (insbesondere die Trennung zwischen Sekretariat und WEKO) sowie der Ernennung von Interessenvertretern/innen als WEKO-Mitglieder.

334. Einen gesetzlichen Anpassungsbedarf gibt es schliesslich, wenn *neue Instrumente* eingeführt werden sollen, welche den Behörden und den Privaten die Durchsetzung des Kartellrechts erleichtern und somit wirksamen Wettbewerb fördern sollen. Zu nennen sind hier:

- Verschiebung der Beweislast für Rechtfertigungsgründe auf die Unternehmen (Art. 5 und 7 KG),
- gesetzlicher Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde als Regelfall (Einführung der sofortigen Vollstreckbarkeit),
- Verbesserung des zivilrechtlichen Wegs,
- Verbesserung der internationalen Rechtshilfe,
- Einführung direkter Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen,
- Schutz von Whistleblowern und
- neue (technische) Ermittlungsinstrumente.

335. Schliesslich gilt es zu verhindern, dass durch neue Gesetzgebung die *Durchsetzung des Kartellrechts behindert* wird, etwa durch Massnahmen, welche den Behörden das Tätigwerden erschweren. Zu nennen sind beispielsweise eine mögliche Regelung im Unternehmensanwaltsgesetz, welche die Wirkungen kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen vermindern (Legal Privilege), oder die Einführung der Sanktionsbefreiung bei Compliance-Programmen¹⁸⁴.

16 Sanktionierung natürlicher Personen¹⁸⁵

16.1 Hintergrund

336. Sowohl in der Schweiz als auch international werden Diskussionen über die Bedeutung der möglichen Sanktionierung von natürlichen Personen geführt. In den Eidgenössischen Räten wurden vor kurzer Zeit zwei Vorstösse eingereicht, welche beide die Verankerung von Sanktionen gegen natürliche Personen im Kartellgesetz anregen¹⁸⁶. Im Rahmen der Evaluation wurde eine Studie¹⁸⁷ zum Thema Sanktionierung natürlicher Personen in Auftrag gegeben.

337. Individualsanktionen kommen in verschiedenen Formen vor: Hauptformen sind finanzielle Sanktionen und Freiheitsstrafen¹⁸⁸. Individualsanktionen können als **Verwaltungs-** oder **Strafsanktionen** ergehen. Diese unterscheiden sich u. a. durch einen graduell ver-

¹⁸⁴ *Motion Schweiger* und *parlamentarische Initiative Kaufmann* (vgl. Rz. 20 f.).

¹⁸⁵ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf die folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Berichte und Quellen: C. Baudenbacher (vgl. Anhang 12), Projektbericht P10/11 (vgl. Anhang 13).

¹⁸⁶ Vgl. *Motion Schweiger* und *Parlamentarische Initiative Kaufmann* (vgl. Rz. 20).

¹⁸⁷ C. Baudenbacher (vgl. Anhang 12).

¹⁸⁸ Mit der Verhängung von Berufsverboten, der Veröffentlichung von Verurteilungen und der Verurteilung zu gemeinnütziger Tätigkeit stehen weitere Sanktionsformen zur Verfügung.

schiedenen Repressionscharakter, durch das Strafsanktionen innewohnende Element der sozialetischen Missbilligung und durch die ausschliesslich bei Strafsanktionen vorhandene Möglichkeit zur Verhängung von Freiheitsstrafen. Verwaltungssanktionen werden erstinstanzlich von Verwaltungsbehörden in einem Verwaltungsverfahren erlassen, Strafsanktionen hingegen in der Regel von Strafgerichten in einem Strafverfahren.

338. Kartellrechtliche *Strafsanktionen* gegen Individuen sind mittlerweile **international** relativ weit verbreitet – zu nennen sind neben den USA auch Dänemark, Frankreich, das Vereinigte Königreich, Irland und Estland; in Deutschland und Österreich sind Submissionsab-sprachen strafbewehrt; in den Niederlanden ist ein entsprechender Gesetzesentwurf in Vor-bereitung –, die Anwendungspraxis ist aber sehr unterschiedlich. *Administrative Verwal-tungssanktionen* gegen Individuen wegen Verletzung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften gibt es heute lediglich in Deutschland und in den Niederlanden, Praxiserfahrung besteht bis-lang nur in Deutschland.

16.2 Aktuelle Situation in der Schweiz

339. Das schweizerische Recht kennt erst seit der Revision 2003 *direkte Verwaltungssank-tionen gegen Unternehmen* (Art. 49a Abs. 1 KG). Die Bussenpraxis der WEKO befindet sich noch in einem Frühstadium: Bisher hat die WEKO erst vier Direktsanktionen gegen Unter-nehmen verhängt, wovon bis heute nur zwei rechtskräftig sind. Bereits vor der Revision be-stand die Möglichkeit von *indirekten Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen* wegen Missachtung einer behördlichen Verfügung bzw. gesetzlichen Pflicht (vgl. Art. 50–52 KG). In den ebenfalls bereits vor der Revision bestehenden Art. 54 f. KG ist die Möglichkeit vorgese-hen, *Strafsanktionen gegen Individualpersonen* zu verhängen, die allerdings atypischen Cha-rakter haben: Natürliche Personen können gemäss diesen Bestimmungen lediglich indirekt für unzulässige Wettbewerbsverstösse sanktioniert werden, indem das in diesen Vorschriften unter Strafe gestellte Verhalten mittelbar an eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bzw. Missachtung der Auskunftspflicht anknüpft. Verhängt werden können Bussen; auf die Möglichkeit einer Freiheitsstrafe wurde verzichtet.

340. In der **Praxis** der WEKO haben die indirekten Verwaltungssanktionen gegen Unter-nehmen nur wenig Bedeutung, (indirekte) Strafsanktionen gegen Individualpersonen wurden noch nicht ausgesprochen. Direkte Verwaltungssanktionen wie auch direkte Strafsanktionen gegen Individualpersonen kennt das aktuelle Kartellgesetz nicht. Mit anderen Worten hat sich das schweizerische Kartellrecht zwar bezüglich natürlicher Personen in Nebenbereichen formell für ein strafrechtliches Sanktionierungssystem entschieden (Art. 54 f. KG). Die zent-ralen Verstösse wie harte Kartellabsprachen und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sind indessen nicht strafbewehrt.

16.3 Studienergebnisse und Schlussfolgerungen

341. Gemäss den durch Polynomics¹⁸⁹ befragten ausländischen Experten/innen besteht aus Sicht der Unternehmen kein wesentlicher Unterschied, ob ein Unternehmen oder eine Pri-vatperson sanktioniert wird, da in Unternehmen Kompensationszahlungen für sanktionierte Mitarbeitende möglich sind, so dass letztlich oft das Unternehmen die Busse trägt. Trotzdem gewinnt in jüngerer Zeit international die Ansicht an Boden, dass ein wirksamer Wettbe-werbsschutz neben der Sanktionierung der Unternehmen auch die Sanktionierung der ver-antwortlichen Personen voraussetzt¹⁹⁰. Wie in der Studie von C. Baudenbacher aufgezeigt, überwiegen unter dem Strich die Vorteile von Individualsanktionen. Sie besitzen, gleich ob in Form von Verwaltungs- oder Strafsanktionen, aus der Sicht der natürlichen Personen erheb-lich höheren Abschreckungseffekt als Unternehmenssanktionen. Soweit sie auch natürlichen

¹⁸⁹ Vgl. Rz. 111 sowie Rz. 125 ff. (Anhang 14).

¹⁹⁰ Die Befürworter verweisen insb. auf die langjährigen positiven Erfahrungen in den USA.

Personen zugänglich sind, führen sie zu einer effektiveren Inanspruchnahme von Bonusprogrammen durch die Unternehmen. Zudem erhöhen sie das allgemeine Rechtsbewusstsein und sind damit geeignet, die Rechtstreue zu verbessern. Aufgrund der in der Studie ausführlich dargelegten Gründe ist das Rechtsinstitut der **Individualsanktion** daher grundsätzlich als taugliches gesetzgeberisches Handlungsinstrument zur effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts anzusehen.

342. Damit kann die Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen zwar ein **wirk-sames Mittel** zur Verschärfung des Kartellrechts sein. Dabei ist zu beachten, dass deren Einführung erhebliche Änderungen des gesetzlichen Rahmens voraussetzen dürfte. Darüber hinaus drängen sich in der Schweiz entsprechende Massnahmen zur Zeit nur beschränkt auf: Denn im Gegensatz zu den meisten in der Studie untersuchten Jurisdiktionen ist das Institut der Verwaltungssanktion gegen Unternehmen in der Schweiz noch nicht ausgeschöpft worden¹⁹¹. Bevor die Möglichkeiten des Art. 49a KG ausgelotet sind, ist es schwierig, die schweizerische Situation etwa mit derjenigen in den USA, der EU oder Deutschland zu vergleichen. Ein Sanktionssystem muss in seiner Gesamtheit (Verwaltungs-, Straf- und Privatrecht) gesehen werden. Die WEKO sollte zunächst gestützt auf das geltende Recht eine **konsistente Verwaltungssanktionspraxis gegen Unternehmen** entwickeln, indem sie Leitentscheidungen erlässt und damit für die Unternehmen und die verantwortlichen natürlichen Personen Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit schafft¹⁹².

343. Die Einführung **individueller Strafsanktionen** (inkl. Freiheitsstrafen) würde ein erhebliches Abschreckungspotenzial schaffen. Auch gemäss den Umfrageergebnissen von Polynomics kann eine stärkere Abschreckungswirkung erreicht werden, wenn Privatpersonen mit Freiheitsstrafen rechnen müssen.¹⁹³ Strafen könnten aber allenfalls nicht durch die WEKO verhängt werden. Würde ein und derselbe Verstoss gegen das Kartellgesetz hinsichtlich des Unternehmens von der WEKO, hinsichtlich der verantwortlichen natürlichen Person von einem Strafgericht beurteilt, bestünde erheblicher Koordinationsbedarf. Zudem ist auch die volle Entfaltung des Abschreckungseffekts zweifelhaft, da unsicher ist, ob die befassen Straferichte von den Strafen tatsächlich Gebrauch machen würden. Als Argument gegen die Einführung von individuellen Strafsanktionen lässt sich auch die mangelnde praktische Relevanz in den Mitgliedstaaten der EU vorbringen. Aus rechtsvergleichender Sicht sollte diese Entwicklung abgewartet werden, um den Nutzen besser einschätzen zu können. Zudem lehrt die Entwicklung in anderen Staaten, dass man sinnvollerweise erst einmal die Möglichkeiten des bestehenden Art. 49a KG ausschöpfen sollte. Im Ergebnis erscheint die Einführung von Strafsanktionen für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen daher zum jetzigen Zeitpunkt nicht ratsam. Sollte der Gesetzgeber deren Einführung dennoch in Erwägung ziehen, wäre deren Anwendung auf ausgewählte, besonders schwerwiegende Wettbewerbsverstösse zu beschränken¹⁹⁴.

¹⁹¹ In anderen Ländern wird die Einführung neuer Sanktionsformen indessen zumeist vor dem Hintergrund einer etablierten Verwaltungssanktionspraxis gegen Unternehmen diskutiert.

¹⁹² Die beiden parlamentarischen Vorstösse (Fn. 186), welche Unternehmen mit einem sehr guten Compliance-Programm aus der Verantwortung entlassen wollen und dafür die Einführung von Individualsanktionen nach ausländischem Vorbild fordern, kommen somit zu früh.

¹⁹³ Für derartige Eingriffe müsste jedoch eine besondere Rechtfertigung gegeben sein, so dass Freiheitsstrafen nur für wettbewerbsökonomisch unumstrittene Tatbestände, d. h. harte Kartelle, in Frage kommen sollten.

¹⁹⁴ So sind insb. Submissionsabsprachen in zahlreichen untersuchten Ländern unter Strafe gestellt.

344. Die Einführung **individueller Verwaltungssanktionen** ist indessen durchaus eine Option, die erwogen werden kann und muss:

- Solche Sanktionen müssten *kumulativ* zu den Sanktionen für die Unternehmen hinzukommen¹⁹⁵. Immerhin könnte mit deren Einführung eine gerechtere Haftungsverteilung zwischen Unternehmen und individuellen Mitarbeitern erzielt werden. Die Sanktionen wären zu beschränken auf *besonders schädliche, harte Kartelle*¹⁹⁶. Zwecks Vermeidung der Spaltung der Zuständigkeiten sollte die Verwaltungssanktionsgewalt, soweit möglich, dem *Verwaltungsweg* und damit der WEKO und dem BVGer übertragen werden.
- Zudem müssten zur *Wahrung der Präventivwirkung* gesetzliche Vorkehrungen getroffen werden, welche garantieren, dass die Individualsanktion des Mitarbeiters nicht auf das Unternehmen überwälzt und somit letztlich doch vom Unternehmen bezahlt wird. Um die Effektivität der bestehenden Bonusregelung nicht zu gefährden und die Bemühungen zur Aufdeckungen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu behindern, müssten individuelle Verwaltungssanktionen sodann mit der Möglichkeit eines *Bonus-Programms für natürliche Personen* verbunden werden (analog Art. 49a Abs. 2 KG).
- Bei aller Offenheit gegenüber dem neuen Instrument der Verwaltungssanktionen gegen Einzelpersonen darf nicht übersehen werden, dass dessen Einführung sehr komplexe juristische Fragestellungen nach sich ziehen wird: Zu nennen sind neben den soeben genannten insbesondere die Verfahrensrechte der Angeschuldigten sowie Beweis- und Verfahrensstandards.

16.4 Fazit

345. Die Einführung individueller Strafsanktionen (inkl. Freiheitsstrafen) würde zwar ein erhebliches Abschreckungspotenzial schaffen, jedoch erscheint deren Einführung derzeit verfrüht. Dafür ist aufbauend auf einer konsistenten Unternehmenssanktionspraxis die Einführung direkter Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen in Erwägung zu ziehen.

17 Geistiges Eigentum und Kartellrecht¹⁹⁷

17.1 Hintergrund

346. Unter die Gesetzgebung über das geistige Eigentum fallen Sachverhalte, welche ein **Immaterialgüterrecht** zum Gegenstand haben, also namentlich Urheber-, Marken-, Design- und Patentrechte. Die entsprechenden Gesetze räumen den jeweiligen Schutzrechtsinhabern bestimmte Ausschliesslichkeitsrechte ein, wie z. B. Dritten zu verbieten, eine patentierte Vorrichtung zu verwenden. Im Spannungsfeld zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht geht es u. a. darum zu klären, ob Immaterialgüterrechte – neben dem Schutz vor Nachahmungen – zusätzlich auch ermöglichen, den (grenzüberschreitenden) Handel mit immaterialgüterrechtlich geschützten Produkten, die durch den Schutzrechtsinhaber selbst oder mit dessen Zustimmung durch Dritte auf den Markt gesetzt worden sind („Parallelimport“), zu beschränken.

347. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG „*fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben*“, nicht unter das Kartellge-

¹⁹⁵ Zudem sollte die Einführung individueller Verwaltungssanktionen – anders als in den beiden parlamentarischen Vorstössen vorgesehen (Fn. 186) – unabhängig von der Frage nach den Auswirkungen von Compliance-Programmen erfolgen (vgl. dazu oben Rz. 314 ff.).

¹⁹⁶ Preis-, Mengen- und Gebietskartelle i. S. v. Art. 5 Abs. 3 KG.

¹⁹⁷ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf den folgenden im Rahmen der Evaluation erstellten Bericht: Projektbericht P2 (vgl. Anhang 2).

setz. Satz 2 sieht vor: „*Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz*“. Dieser zweite Satz („Hingegen ...“) geht auf das Kodak-Urteil¹⁹⁸ des Bundesgerichtes zurück und wurde erst anlässlich der KG-Revision 2003 eingeführt.

348. Im **Kodak-Urteil** hatte das Bundesgericht entschieden, dass für das *Patentrecht* das Prinzip der *nationalen Erschöpfung*¹⁹⁹ gilt. Gleichzeitig stellte es fest, dass die Ausübung der Befugnis, Parallelimporte zu verhindern, unter bestimmten Umständen wettbewerbswidrig sein könne. Denn das patentrechtliche Verbot räume dem Rechtsinhaber in Bezug auf die Einfuhr eine „überschiessende Rechtsmacht“ ein, sofern die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen beim Inverkehrbringen im Ausland mit den Bedingungen in der Schweiz vergleichbar seien. In diesen Fällen seien die Einfuhrbeschränkungen gestützt auf das Patentrecht einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle zu unterstellen, womit das Kartellgesetz und insbesondere dessen Art. 5 und 7 KG grundsätzlich anwendbar seien.²⁰⁰ Folglich setze das Kartellrecht der nationalen Erschöpfung im Patentrecht Grenzen.

17.2 Abgrenzung von Immaterialgüter- und Kartellrecht

349. Art. 3 Abs. 2 KG stellt in der Praxis weder in seiner ursprünglichen noch in seiner anlässlich der Revision 2003 um den zweiten Satz ergänzten Fassung einen **Vorbehalt** für die Anwendung bzw. Geltung des Kartellgesetzes dar. Zunächst ist ohnehin im Einzelfall mit immaterialgüterrechtlichem Bezug anhand von Art. 2 KG der Geltungsbereich des Kartellgesetzes zu prüfen. Schliesslich erfolgt aufgrund des Gesetzesvorbehaltes gemäss Art. 3 Abs. 2 KG eine Abgrenzung von Immaterialgüter- und Kartellrecht. Mit der herrschenden Lehre ist zu fordern, dass diese Bestimmung restriktiv auszulegen ist, was dazu führt, dass ein Sachverhalt mit immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Komponente praktisch immer aufgrund des materiellen Kartellrechts (Art. 5 oder 7 KG) geprüft werden kann.

350. In der Lehre wird auch darauf hingewiesen, dass die Norm zwar eine **Trennungslinie** zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht suggeriere, die jedoch vom konkreten Fall losgelöst zu ziehen nicht möglich sei. Eine argumentativ schlüssige Anwendung der Norm in der Praxis sei daher zum Scheitern verurteilt. Dies könnte mitunter ein Grund dafür sein, weshalb in der bisherigen wettbewerbsrechtlichen Praxis Art. 3 Abs. 2 KG noch nicht eingehend thematisiert wurde.

351. Des Weiteren lässt sich eine **unterschiedliche Behandlung von Eigentumsrechten** (Sacheigentum und geistiges Eigentum) in Bezug auf das Kartellrecht nicht rechtfertigen. Die Ausübung von Eigentumsrechten sowohl gestützt auf Sachenrecht wie auch auf Immaterialgüterrecht sollte grundsätzlich wettbewerbsrechtlich überprüfbar sein, soweit die Beachtung der dem Allgemeinwohl dienenden Wettbewerbsregeln – stets in Relation zu den dem Immaterialgüter- bzw. Sachenrecht innewohnenden wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen gesetzt – dies erfordert. Die von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG suggerierte (und nun durch den Begriff „Hingegen“ in Satz 2 noch verstärkte) teilweise Immunität von Immaterialgüterrechten gegenüber dem Kartellrecht und somit deren Privilegierung gegenüber dem Sachenrecht erscheinen nicht sachgerecht.

¹⁹⁸ BGE 126 III 129 ff. (Kodak).

¹⁹⁹ Gemäss dem Prinzip der nationalen Erschöpfung gehen die Verbotrechte aus einem für das Inland erteilten Schutzrecht an einem Erzeugnis unter, wenn dieses mit der Zustimmung des Patentinhabers im Inland in Verkehr gebracht wird. Der rechtmässige Erwerber des Erzeugnisses erlangt ein freies Gebrauchs- und Weiterveräußerungsrecht. Wird ein geschütztes Erzeugnis im Ausland in Verkehr gebracht, so erschöpfen sich die daran bestehenden Schutzrechte im Inland nicht und ermöglichen dem Inhaber eines Patentes, nach Absatzländern differenzierte Preise durchzusetzen. Für die Einfuhr der im Ausland in Verkehr gebrachten Erzeugnisse ist die Zustimmung des Schutzrechtsinhabers erforderlich.

²⁰⁰ BGE 126 III 129 ff., E. 9.

352. Speziell in Bezug auf Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG ist aus juristischer Sicht festzuhalten, dass das **Kartellrecht** mit seinen materiellen Eingriffsvoraussetzungen in der Praxis **nur bedingt** dazu **geeignet** ist, eine befriedigende Lösung für die Frage des Parallelimports zu finden. Offenbar ist den potenziell interessierten Akteuren heute die Rechtsunsicherheit bzw. das (Verfahrens-)Risiko zu gross, weshalb sie lieber auf Parallelimporte verzichten, statt sich auf die „korrektive“ Wirkung von Art. 3 Abs. 2 sowie Art. 5 und 7 KG zu verlassen.

353. Art. 3 Abs. 2 KG gibt vor, dass eindeutig zwischen der legitimen Ausübung von Immaterialgüterrechten und unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen unterschieden werden könne. In der Praxis erscheint eine klare Abgrenzung jedoch schwierig. Es ist daher fraglich, ob diese Bestimmung den ihr zgedachten Zweck, d. h. den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes auf bestimmte immaterialgüterrechtliche Sachverhalte zu beschränken, erfüllen kann.

17.3 Praktische Bedeutung

354. Die praktische Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 KG besteht insbesondere im Zusammenhang mit **Parallelimporten** patentgeschützter Güter aus dem Ausland. Werden Parallelimporte infolge vertraglicher Vereinbarungen und/oder einer „entsprechenden“ faktischen Verhaltensweise des Schutzrechtsinhabers unterbunden bzw. eingeschränkt, kann dieser Sachverhalt nach den materiellrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes beurteilt werden. Zur Diskussion stehen namentlich Art. 5 Abs. 4 und Art. 7 KG. In Bezug auf die konkreten Konsequenzen der kartellrechtlichen Anwendbarkeit auf immaterialgüterrechtliche Einfuhrverbote herrscht indessen grosse rechtliche und faktische Unsicherheit. Aus Art. 5 oder Art. 7 KG ergeben sich jedenfalls eine ganze Reihe von Hürden und Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, bevor ein Vorgehen gegen Parallelimporte als wettbewerbswidrig qualifiziert werden kann.

355. Auch wenn Daten über das **Volumen** von Parallelimporten fehlen, so ist – entgegen den Erwartungen anlässlich der KG-Revision 2003 – doch davon auszugehen, dass deren Bedeutung sich de facto in engen Grenzen hält. Im Rahmen von Gesprächen, welche das SECO zwecks Beantwortung des Postulats David²⁰¹ mit Händlern, produzierenden Unternehmen und Parallelimporteuren führte, wurden der Patentschutz und das Kartellgesetz am Rande zum Thema. Angesprochen auf die Möglichkeit, bei spürbaren Preisdifferenzen zum umgebenden Ausland selber direkt zu importieren, gaben die Gesprächspartner auf Handelsstufe überwiegend eine zurückhaltende bzw. negative Antwort.

356. Die möglichen **Gründe** dafür, warum Parallelimporte unterbleiben, selbst wenn sie rechtlich zulässig wären, dürften vielfältig sein. Das Risiko eines allfälligen Patentrechtsstreits mit dem Hersteller und somit auch die Funktionsweise des revidierten Art. 3 Abs. 2 KG standen dabei jedoch nicht im Vordergrund. Vielmehr wurden andere Gründe für die Zurückhaltung bzw. den Verzicht auf Parallelimporte geltend gemacht. Dennoch kann die Tatsache, dass der Produzent mit seinem Patentrecht drohen kann (Stichwort „nationale Erschöpfung“)²⁰², den Händler im Einzelfall dazu bewegen, all den Unannehmlichkeiten und Risiken auszuweichen und auf den Parallelimport zu verzichten. Anstatt das Problem bei der WEKO zu melden, wird aufgrund des Aufwands und des gerichtlichen Risikos, das u. a. auch aufgrund fehlender Präjudizien besteht, das betreffende Produkt entweder zum höheren Preis auf dem „offiziellen“ Kanal bezogen oder aber aus dem Sortiment genommen.

²⁰¹ Postulat Eugen David (05.3816, 14.12.2005): Preisinsel Schweiz.

²⁰² Händler/Parallelimporteure weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es oft um relativ „unbedeutende“ patentierte Bestandteile geht, aufgrund derer ein Parallelimport verhindert wird (so genannte Doppelschutzproblematik, d. h. die Konstellation, dass ein Produkt durch mehrere verschiedene Immaterialgüterrechte geschützt wird).

357. Der Bundesrat erachtet Leitentscheide als wichtig, um gestützt auf das Immaterialgüterrecht im Hinblick auf die Verhinderung von Parallelimporten präventive Wirkung zu erzielen. Abgesehen vom bereits erwähnten Bundesgerichtsentscheid i. S. Kodak, welcher die KG-Revision 2003 beeinflusste, existiert indessen – soweit ersichtlich – weder unter dem alten noch unter dem revidierten Kartellgesetz eine **Fallpraxis**, die sich eingehend mit der Anwendung von Art. 3 Abs. 2 KG auseinandergesetzt hätte. Aus der Praxis sind lediglich vier Fälle²⁰³ bekannt, zwei von Wettbewerbsbehörden und zwei von Handelsgerichten, denen jedoch der erwünschte Präjudizcharakter zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit kaum zukommt.

17.4 Fazit

358. Nach der KG-Revision 2003 dürfte im Ergebnis zumindest klargelegt sein, dass die Verhinderung von Parallelimporten, sei es aufgrund vertraglicher Vertriebssysteme, sei es aufgrund einseitiger Durchsetzung immaterialgüterrechtlicher Schutzpositionen, stets und generell der Prüfung durch die Wettbewerbsbehörden und somit den kartellrechtlichen Schranken und Sanktionsandrohungen untersteht.

359. Dennoch stellt sich die Frage, ob es sinnvoll ist, das Wettbewerbsrecht als Korrektiv im Bereich patentrechtlich geschützter Güter herbeizuziehen. Eine aktive Förderung von Parallelimporten kann nicht auf dem Umweg über das Kartellrecht geschehen, und Art. 3 Abs. 2 KG kann höchstens beschränkt als Gegengewicht zum Prinzip der nationalen Erschöpfung im Patentrecht dienen. Falls gewünscht wird, dass wettbewerbsbeeinträchtigende Abschottungswirkungen, die durch die nationale Erschöpfung entstehen können, verhindert werden, müsste die Korrektur am wirksamsten im Patentgesetz erfolgen, das sich zur Zeit in parlamentarischer Beratung befindet.

360. Aus juristisch-dogmatischer Sicht könnte die „Sondernorm“ von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und 2 KG grundsätzlich ersatzlos gestrichen werden. Das Schweigen des Gesetzes wäre dann in dem Sinne zu verstehen, dass einerseits alle Eigentumsrechte grundsätzlich gleich behandelt werden und andererseits Wettbewerbsbeeinträchtigungen auch gestützt auf Eigentumsrechte grundsätzlich der materiellen Prüfung des Kartellgesetzes unterstehen (womit noch nichts über deren Un-/Zulässigkeit gesagt ist). Jedoch können politische Gründe für eine Beibehaltung von Art. 3 Abs. 2 KG sprechen.

²⁰³ Schlussbericht des Sekretariats vom 29.05.2006 betreffend Medikamentenpreis Thalidomid, RPW 2006/3, S. 433 ff., 435 Rz. 26 ff.; Verfügung der WEKO vom 22.11.2004 i. S. Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten, RPW 2005/1, S. 54 ff., 90 ff. Rz. 231 ff.; Urteil des Handelsgerichtes Bern vom 06.07.2005, publ. in: sic! 5/2006, S. 348 ff., insb. 353 f.; Entscheid des Handelsgerichtes Aargau „Milchschaumer“ vom 23.08.2005 (nicht rechtskräftig nach Berufung und Rückweisung durch das BGer).

18 KMU-Klausel und Bekanntmachung über Kalkulationshilfen²⁰⁴

18.1 Hintergrund

361. Kurz nach Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes haben die Wettbewerbsbehörden die Umsetzung des neuen Art. 6 Abs. 1 lit. e KG²⁰⁵ an die Hand genommen. Nach zwei Vernehmlassungen wurde mit Beschluss vom 19. Dezember 2005 die **KMU-Bekanntmachung**²⁰⁶ verabschiedet. Nach deren Ziffer 10 hat die WEKO die Auswirkungen der Bekanntmachung nach spätestens zwei Jahren zu überprüfen.

362. Der Schweizerische Gewerbeverband (SGV) gelangte mit dem Ersuchen an die Wettbewerbsbehörden, neben der KMU-Bekanntmachung auch die **Bekanntmachung über Kalkulationshilfen**²⁰⁷ zu überarbeiten. In der Folge beschloss die WEKO, die Erfahrungen zu sammeln und eine Umfrage bezüglich beider Bekanntmachungen durchzuführen.²⁰⁸ Damit werden die Anliegen der *Interpellationen Darbellay* und *Engelberger* berücksichtigt bzw. aufgenommen.

363. Der KMU-Artikel und die Bekanntmachung über Kalkulationshilfen bilden nicht Teil der ausgewählten Evaluationsprojekte.²⁰⁹ Es zeichnete sich aber im Verlaufe der Evaluation ab, dass die Wettbewerbsbehörden die Auswirkungen der Gesetzesklausel und der genannten Bekanntmachungen überprüft. Die Analyse der Wettbewerbsbehörden wurde in die Evaluation gemäss Art. 59a KG aufgenommen.

18.2 Erfahrungen mit der KMU-Bekanntmachung

364. Die KMU-Bekanntmachung hat zum **Ziel**, den KMU aufzuzeigen, welche Verhaltensweisen kartellrechtlich problematisch sind und welche nicht. Mit der KMU-Bekanntmachung klärt sich insbesondere, dass KMU – dem Willen des Gesetzgebers entsprechend – in Bezug auf die besonders schädlichen Kartellabsprachen (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) nicht anders behandelt werden können als alle anderen Unternehmen. Dagegen sind andere Arten von Absprachen unter KMU bzw. Kleinstunternehmen gemäss KMU-Bekanntmachung unter bestimmten Voraussetzungen als unbedenklich einzustufen. Die WEKO hält entsprechend Ziffer 1 Abs. 3 der KMU-Bekanntmachung fest, dass von Amtes wegen grundsätzlich keine Fälle aufgegriffen werden, welche Abreden zum Gegenstand hatten, die im Dienste einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen stehen und nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen oder an denen nur Kleinstunternehmen i. S. v. Ziffer 4 der KMU-Bekanntmachung beteiligt sind. Anstelle einer umfassenden KMU-Definition arbeitete die WEKO mit Marktanteilsschwellen. Dadurch trug die WEKO dem Bedürfnis Rechnung, ei-

²⁰⁴ Dieser Abschnitt stützt sich im Wesentlichen auf die folgende Quelle: WEKO (vgl. Anhang 20).

²⁰⁵ Gemäss Art. 6 Abs. 1 KG können in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. Darunter fallen gemäss lit. e Abreden mit dem Zweck, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu verbessern, sofern sie nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen.

²⁰⁶ Vgl. RPW 2006/1 S. 209 ff.; URL: <http://www.weko.admin.ch/publikationen/00213/Bekanntmachung-KMU-D.pdf?lang=de> [12.09.08].

²⁰⁷ Vgl. RPW 1998/2, S. 351 ff.; URL: <http://www.weko.admin.ch/publikationen/00213/Kalkulationshilfen-D.pdf?lang=de> [12.09.08].

²⁰⁸ Das Interesse an der Umfrage fiel – gemessen an den Antworten und deren Umfang – eher gering aus. Die Überarbeitung der Bekanntmachung scheint für die betroffenen Branchen nicht vordringlich zu sein.

²⁰⁹ Vgl. zur Auswahl Abschnitt 3.3.

ne Art allgemeine „de minimis-Regel“ zu erlassen, die nicht nur für KMU, sondern auch für alle anderen Unternehmen gilt.

365. **Nach Erlass** der KMU-Bekanntmachung erfolgten bei den Wettbewerbsbehörden nur wenige Auslegungsanfragen. Diese betrafen meist die Anwendung des Kartellgesetzes auf besonders schädliche Kartellabsprachen unter KMU, eine Frage, die mit Hilfe der KMU-Bekanntmachung eindeutig beantwortbar ist. Zur besseren Verständlichkeit beigetragen haben dürfte in diesem Zusammenhang der Umstand, dass Vertreter des Sekretariates der WEKO bereits vor, aber auch nach dem Erlass der KMU-Bekanntmachung, deren Umfang und Tragweite anlässlich verschiedener Veranstaltungen und Tagungen erläutert haben (zudem steht es den KMU offen, den Wettbewerbsbehörden geplante Verhaltensweisen in einem Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG zur Prüfung vorzulegen oder sie um eine Beratung i. S. v. Art. 23 Abs. 2 KG zu ersuchen).

366. Das **Gewerbe** brachte (über den SGV) in der Umfrage über weite Strecken bekannte Argumente vor, wie sie teilweise bereits im Vorfeld zum Erlass der KMU-Bekanntmachung geäußert wurden (etwa die Forderung nach Ausnahmen vom Verbot besonders schädlicher Absprachen für Unternehmen oder die Ergänzung der KMU-Bekanntmachung mit Erläuterungen und Beispielen, ungenügende Verständlichkeit der KMU-Bekanntmachung). Diese Forderungen wurden von der WEKO beim Erlass der KMU-Bekanntmachung bereits eingehend diskutiert und – soweit dies im gesetzlichen Rahmen möglich ist – berücksichtigt. Die übrigen Befragten (Behörden, Gerichte etc.) äusserten sich – wenn überhaupt – nur sehr zurückhaltend. Sie gehen in der Tendenz davon aus, dass die KMU-Bekanntmachung, selbst wenn sie keinen grossen Nutzen gebracht haben sollte, jedenfalls nicht geschadet hat. Die generelle Kritik der Verständlichkeit verhallt bei Betrachtung der Antworten: Der grosse Teil der Antwortenden, mitunter auch des Gewerbes, erachtet die einzelnen Artikel der KMU-Bekanntmachung als klar. Ein allfälliger Anpassungsbedarf scheint daher auch von Seiten des Gewerbes nicht eindeutig gegeben zu sein.

18.3 Erfahrungen mit der Bekanntmachung über die Kalkulationshilfen

367. In dieser Bekanntmachung regelt die WEKO, unter welchen Voraussetzungen Abreden zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe über den Gebrauch von Kalkulationshilfen sowie entsprechende Vermittlungstätigkeiten von Branchenverbänden oder Dritten sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel rechtfertigen lassen.²¹⁰

368. Die Bekanntmachung über die Kalkulationshilfen hat sich über Jahre hinweg **bewährt**, zumal sie aufzeigt, unter welchen Voraussetzungen eine zulässige Kalkulationshilfe vorliegt, und diese von den unzulässigen Preisabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG abgrenzt. Zudem haben die WEKO und das Sekretariat verschiedenen Gruppen von Angehörigen der freien Berufe und Verbänden Alternativen zu Preisempfehlungen aufgezeigt, die einerseits den Bedürfnissen dieser Berufsgruppen entsprechen dürften, andererseits als kartellrechtskonform einzustufen sind: Dies betrifft zum einen Leistungsbeschreibungen ohne jegliche Tarif- oder Grössenangaben (etwa eine Auflistung von Kostenfaktoren für Miete, Löhne, Mobiliar etc.), zum anderen die Veröffentlichung historischer, erhebungsgestützter, aggregierter Angaben, die durch unabhängige Dritte erhoben werden. Das Sekretariat der WEKO hat zu diesen beiden Vorgehensweisen mehrere positive Rückmeldungen erhalten. Die Resultate der Umfrage zur Bekanntmachung über Kalkulationshilfen lassen darauf schliessen, dass eine Anpassung dieser Bekanntmachung nicht notwendig ist.

²¹⁰ Gemäss Art. 6 Abs. 1 KG können in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. Dabei können nach lit. b Abreden über die Spezialisierung und Rationalisierung, einschliesslich diesbezügliche Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen, in Betracht gezogen werden.

18.4 Fazit

369. Die Wettbewerbsbehörden gelangten am 3. März 2008 zur Auffassung, dass sich eine Änderung der **KMU-Bekanntmachung** und der **Bekanntmachung über Kalkulationshilfen** nicht aufdrängt und sich ein Teil der aus Gewerbekreisen geäußerten Forderungen (z. B. Zulässigkeit harter horizontaler Absprachen für KMU) mit dem Kartellgesetz nicht vereinbaren liesse.

370. Die Wettbewerbsbehörden haben nach Ansicht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz ausreichend begründet, dass die beiden Bekanntmachungen Rechtssicherheit geschaffen und Wirkung erzielt haben. Ein Revisionsbedarf der beiden Bekanntmachungen ist somit nicht gegeben.

III. Ergebnisse – Handlungsbedarf und Empfehlungen

371. **Hauptgegenstand der vorliegenden Evaluation** gemäss Art. 59a KG bilden die direkten Sanktionen und die damit verbundenen Instrumente, d. h. die Bonusregelung und das Widerspruchsverfahren. Gegenstand bilden auch weitere neue Instrumente (Hausdurchsuchungen) und Bestimmungen (Verhältnis zum geistigen Eigentum, vertikale Absprachen, KMU-Klausel). Darüber hinaus galt es, die Wirkung des Kartellgesetzes als Ganzes soweit als möglich zu beurteilen. Die Evaluation hat zudem verfahrensrechtliche Fragen zu klären, einen Vergleich mit dem Wettbewerbsrecht anderer Länder sowie eine Evaluation der Arbeitsabläufe, des Managements und der Organisation der Wettbewerbsbehörde zu beinhalten.

372. Die Evaluation des Kartellgesetzes dient letztlich dazu, den allfälligen **Revisionsbedarf** des Kartellgesetzes zu ermitteln. Der Bundesrat hat dem Parlament entsprechend Bericht zu erstatten, in welchen Bereichen Handlungsbedarf besteht.

373. Nachfolgend wird in Abschnitt 19 dargelegt, wie weit die Absicht des Gesetzgebers mit der Verabschiedung des Kartellgesetzes und dessen Revision erfüllt wurde. In den darauffolgenden Abschnitten werden jene Themenbereiche dargestellt, in welchen Handlungsbedarf existiert. Der letzte Abschnitt enthält Empfehlungen an den Gesetzgeber und die Vollzugsorgane (Bundesrat, EVD und die Wettbewerbsbehörden).

374. Die Empfehlungen nehmen die Anliegen der politischen Vorstösse gemäss Abschnitt 2.2 auf und können als behandelt betrachtet werden.²¹¹ Einzig eine der Forderungen aus der *Motion de Buman* (jene zum Verbotprinzip) wurde nicht weiterverfolgt.

19 Bewährtes Konzept des Kartellgesetzes

375. Der gesamtwirtschaftliche Ertrag und das langfristige Wachstumspotenzial einer Volkswirtschaft hängen von einer grossen Anzahl wirtschaftspolitischer Einflussfaktoren und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen ab. Es ist vielfach belegt, dass eine der Hauptbedingungen für die Erreichung gesamtwirtschaftlicher Effizienz und damit auch für die Optimierung der Wohlfahrt wirksamer Wettbewerb ist. Im Rahmen der Evaluation zeigte sich, dass ein modernes Kartellrecht und eine aktive und unabhängige Wettbewerbsbehörde der Schweiz **hohen volkswirtschaftlichen Nutzen** bringen.²¹²

376. Die **neuen Instrumente** des revidierten Kartellgesetzes – direkte Sanktionen, Bonusregelung, Hausdurchsuchungen, Widerspruchsverfahren und Schlussbestimmung zum revidierten Kartellgesetz – erweisen sich insgesamt gesehen als nützlich und tragen zur Verhinderung bzw. Aufdeckung von Wettbewerbsbeschränkungen und damit zur Förderung des Wettbewerbs bei.²¹³ Die neuen Instrumente tragen entscheidend zur erhöhten präventiven Wirkung des Kartellgesetzes, der höheren Kartellrechtskonformität und zur Angst von Unternehmen bei, dass die Wettbewerbsbehörden ein unzulässiges Verhalten entdecken. Neben den zentralen Instrumenten der direkten Sanktionsmöglichkeit und der Hausdurchsuchungen

²¹¹ Zur *Interpellation Baumann* vgl. Abschnitt 9 und 10 sowie die Handlungsempfehlung in Abschnitt 20; zum *Postulat der Kommission für Rechtsfragen NR* vgl. Abschnitt 9 und 13 (insb. 13.6) sowie die Handlungsempfehlungen in Abschnitt 23; zu den *Interpellationen Darbellay* und *Engelberger* vgl. Abschnitte 18 und 19; zur *Motion Schweiger* und zur *parlamentarischen Initiative Kaufmann* vgl. Abschnitte 15.1.13 und 16 sowie die Handlungsempfehlung in Abschnitt 24.6; zur *Motion de Buman* vgl. Abschnitte 2.3, 7, 9, 10, 11, 14, 16 und 19 sowie die Handlungsempfehlungen in Abschnitt 20, 21, 24.5 und 24.6; zur *Interpellation Recordon* vgl. Abschnitt 10 sowie die Handlungsempfehlung in Abschnitt 24.5.

²¹² Dazu Abschnitt 4.

²¹³ Dazu Abschnitt 5.

erweist sich zunehmend auch die Bonusregelung als sehr wichtiges Instrument für die Aufdeckung und den Beweis von Wettbewerbsbeschränkungen.

377. Die Analyse der **Anzahl**, der **Dauer** und des **Ausgangs der durch die Wettbewerbsbehörden geführten Verfahren** ergibt ein zufriedenstellendes Bild.²¹⁴ Die schweizerische und die europäische Wettbewerbsbehörde bewegen sich bezüglich Anzahl der zwischen 2002–2005 durchgeführten Verfahren in Relation zu Budget und Personalbestand in ähnlichen Grössenordnungen. Ein Handlungsbedarf hinsichtlich der Dauer von kartellrechtlichen Verfahren besteht grundsätzlich nicht. Die Entscheidungsbilanz der WEKO zeigt, dass sie in 70 % aller Entscheide einen Erfolg erzielte (in Entscheiden zu Nebensachen gar 80 %).

378. Ein separates **Verfahrensrecht** für das Kartellrecht braucht es nicht. Die vorhandenen Probleme lassen sich durch eine pragmatische Anwendung der bereits bestehenden Normen und punktuelle Anpassungen des Kartellrechts sowie des Verfahrensrechts lösen (vgl. auch Abschnitt 24.2). Gleiches gilt für die sich in der Anwendung des Kartellgesetzes aus der EMRK ergebenden (verfahrensrechtlichen) Probleme.²¹⁵

379. Zum neuen Art. 3 Abs. 2 KG (**geistiges Eigentum**) ist zu bemerken, dass sich dessen Bedeutung in engen Grenzen hält. Diese Bestimmung kann aufgrund der bisher vorliegenden praktischen Erfahrungen nicht als Korrektiv betrachtet werden, um allfällige sich aus der nationalen Erschöpfung im Patentrecht ergebende Wettbewerbsbeschränkungen nachhaltig zu bekämpfen. Ein Handlungsbedarf auf kartellrechtlicher Ebene besteht indessen nicht. Falls eine Förderung von Parallelimporten gewünscht wird, ist diese am wirksamsten durch eine Änderung des Patentgesetzes umzusetzen.²¹⁶

380. Die auf den **KMU-Artikel** (Art. 6 Abs. 1 lit. e KG) basierende **KMU-Bekanntmachung** und die **Bekanntmachung über Kalkulationshilfen** haben Rechtssicherheit geschaffen und Wirkung erzielt. Ein Handlungsbedarf ist nicht gegeben.²¹⁷

381. Insgesamt hat sich das **Konzept des Kartellgesetzes bewährt**. Die zentralen neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes erfüllen die Absicht des Gesetzgebers.

382. Es besteht aber in verschiedenen Punkten Handlungsbedarf und Entwicklungspotenzial. Darauf wird im Folgenden eingegangen, wobei die Reihenfolge die Wichtigkeit der Themen aus Sicht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz widerspiegelt. Für die konkrete Umsetzung der Empfehlungen auf Gesetzesstufe und die Formulierung der entsprechenden Gesetzesartikel schlägt die Evaluationsgruppe Kartellgesetz vor, dass der **Bundesrat eine Expertengruppe** einsetzt bzw. das EVD dazu ermächtigt.

Empfehlung: Am 1995 eingeführten und 2003 revidierten **Konzept des Kartellgesetzes** ist festzuhalten. Die 2003 neu eingeführten Instrumente direkte Sanktionen, Bonusregelung und Hausdurchsuchungen bedürfen keiner grundlegenden Überarbeitung.

20 Institutionelle Reform²¹⁸

383. Auf Seiten der Kommission wie des Sekretariats sind Verbesserungen notwendig, auch wenn auf Basis der durch Gesetz und Geschäftsreglement vorgesehenen Organisation grundsätzlich gute Arbeit geleistet werden kann. Damit die Professionalität und die Effizienz der Wettbewerbsbehörden verbessert werden können, bedarf es erstens zwingend einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen. Bis diese in Kraft treten kann (und teilweise unab-

²¹⁴ Dazu Abschnitte 6, 7 und 8.

²¹⁵ Dazu Abschnitt 15.

²¹⁶ Dazu Abschnitt 17.

²¹⁷ Dazu Abschnitt 18.

²¹⁸ Dazu Abschnitte 9 und 10.

hängig davon), können zweitens innerhalb des geltenden Systems mit kurz- bis mittelfristigen Massnahmen hinsichtlich der Kommissionsorganisation und der Behandlung der Geschäfte (Arbeitsweise in den beiden Wettbewerbsbehörden) wesentliche Verbesserungen erzielt werden. Diese Massnahmen nahmen die Wettbewerbsbehörden bereits an die Hand.

20.1 Handlungsbedarf für den Gesetzgeber (de lege ferenda)

384. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt für die erforderliche Optimierung der gesetzlich vorgeschriebenen Aufstellung und Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden gesetzliche Anpassungen:

- Die Wettbewerbsbehörden sind – ob in einer ein- oder zweistufigen Organisationsform – **umfassend unabhängig** zu strukturieren: unabhängig von der Politik, ohne Einsitz von Interessenvertreter/innen, ohne Verwaltungsratsmandate; die Ausschreibung der Posten für das Entscheidgremium in der ein- oder zweistufigen Behörde erfolgt auf Basis eines Vorschlages eines Fachgremiums und die Wahl durch den Bundesrat oder das Parlament.
- Das **Entscheidgremium** in der ein- oder zweistufigen Behörde ist hinsichtlich Grösse (drei bis fünf Mitglieder), Sachverstand (Ausbalancierung von juristischen Experten/innen in Kartell- und Verwaltungsrecht sowie ökonomischen Experten/innen in Mikro- und Industrieökonomie), Anstellungsgrad (zumindest vollamtliches Präsidium), Rekrutierung sowie pekuniärer und karrieremässiger Anreize zu **professionalisieren**.
- Die Kompetenzzuordnung innerhalb der Wettbewerbsbehörden – der Kommission (Entscheidbehörde) und ihrem Sekretariat (Untersuchungsbehörde) – ist klarer zu gestalten, sei es durch die Vereinigung der beiden Behörden (einstufige Behörde) oder durch eine klare Trennung (zweistufige Behörde). Im Vordergrund steht für die Evaluationsgruppe Kartellgesetz die **einstufige Behörde**.

Empfehlung: Die **Wettbewerbsbehörden** sind von Politik und Wirtschaft unabhängig zu strukturieren und die Entscheidträger zu professionalisieren. Kommission und Sekretariat sind in eine einstufige Behörde zu überführen.

20.2 Handlungsbedarf im Vollzug (de lege lata)

385. Auf 1. Januar 2008 wurde die WEKO von 15 auf 12 Mitglieder reduziert. Auf Basis der entsprechend gesammelten Erfahrungen und nach Vorliegen wichtiger Erkenntnisse aus der Funktionsanalyse entschied die WEKO am 15. September 2008, das Kammermodell aufzugeben und definitiv ein Präsidiumsmodell einzuführen. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz begrüsst diesen Entscheid.

386. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt dem Bundesrat, das Präsidium der WEKO baldmöglichst mit einem **unabhängigen Ökonomen** oder einer **unabhängigen Ökonomin** als **zweiten Vizepräsidenten bzw. zweite Vizepräsidentin** zu ergänzen, um ein Gleichgewicht zwischen juristischen und ökonomischen Kenntnissen zu gewährleisten.

387. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt den Wettbewerbsbehörden, die in der Funktionsanalyse erarbeiteten **kurz- bis mittelfristigen Massnahmen** in einem **extern begleiteten Projekt** weiterhin umzusetzen. Diese dienen der Verbesserung der Leistungsfähigkeit, Führung und Entscheidprozesse der WEKO, der Verbesserung der Prozessorientierung und Unternehmenskultur im Sekretariat der WEKO sowie der Verbesserung der Koordination zwischen der Kommission und ihrem Sekretariat. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz erklärt sich dazu bereit, das EVD auf seinen Wunsch hin über die Schritte der Wettbewerbsbehörden sowie die Ergebnisse bis Mitte März 2009 zu informieren, so dass der Bundesrat dem Parlament auf aktualisierter Basis Bericht gemäss Art. 59a KG erstatten kann.

Empfehlung: Das **Präsidium der WEKO** ist mit einem unabhängigen Ökonomen oder einer Ökonomin als zweite/n Vizepräsidenten/in zu ergänzen.

Empfehlung: Die in der Funktionsanalyse erarbeiteten kurz- bis mittelfristigen Massnahmen zur Verbesserung der Arbeitsweise in den **Wettbewerbsbehörden** sind in einem extern begleiteten Projekt weiter umzusetzen.

21 Erweiterung der internationalen Zusammenarbeit²¹⁹

388. Mit der zunehmenden weltweiten wirtschaftlichen Verflechtung und Liberalisierung haben auch grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen, die in den Zuständigkeitsbereich der Behörden von mehreren Ländern fallen, zugenommen. Der internationale fachliche Austausch über wettbewerbsökonomische und -juristische Themen gewinnt für die tägliche Arbeit der Wettbewerbsbehörden an Wichtigkeit und erhöht das nationale und internationale Wissen von Behörden sowie die Chance, grenzüberschreitende Wettbewerbsbeschränkungen zu ahnden. Ein entsprechendes Bedürfnis besteht auch für die Schweiz. Die internationale Zusammenarbeit der Schweiz ist jedoch weitgehend auf einen **informellen Informationsaustausch** begrenzt. So bestehen lediglich informelle Kooperationsmöglichkeiten zwischen schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden sowie internationalen Organisationen (OECD, ICN). Sie bieten eine Plattform für einen Informationsaustausch, der grundsätzlich losgelöst von den konkreten Fällen erfolgt. Die bestehenden Freihandelsabkommen enthalten zwar meist Wettbewerbsbestimmungen, die eine Kooperation vorsehen, das Niveau der Zusammenarbeit ist jedoch unterschiedlich und der Austausch vertraulicher Informationen ist nicht eingeschlossen.

389. Um die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden zu fördern, empfiehlt die Evaluationsgruppe Kartellgesetz, mit den wichtigsten Handelspartnern (dabei steht die EU im Vordergrund) **Kooperationsabkommen** abzuschliessen, welche auch den Austausch vertraulicher Informationen zwischen den schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden in konkreten Fällen ermöglichen. Damit dieser Austausch auch mit den (Wettbewerbs-)Behörden derjenigen Länder, mit welchen keine solchen Abkommen bestehen, stattfinden kann, ist in Ergänzung dazu im Kartellgesetz eine **formell-gesetzliche Grundlage** einzuführen, welche die Abgabe von Informationen an ausländische Behörden vorsieht. Diese Abgabe ist allerdings an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen (Spezialität, beidseitige Widerrechtlichkeit, Schutz der Partei- bzw. Verfahrensrechte sowie möglichst Reziprozität). Die Einführung der beiden von einander unabhängigen, sich aber ergänzenden Instrumente ermöglicht es, die dringend notwendige Kooperation in der internationalen Bekämpfung von grenzüberschreitenden Wettbewerbsverstössen zu erreichen.

Empfehlung: Für den formellen Austausch vertraulicher Informationen zwischen den schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden sind mit den wichtigsten Handelspartnern **Kooperationsabkommen** abzuschliessen. Zum selben Zweck ist in Ergänzung dazu im Schweizer Recht eine **formell-gesetzliche Grundlage** einzuführen, welche die Wettbewerbsbehörden unter gewissen Voraussetzungen zur Bekanntgabe von Daten ermächtigt.

²¹⁹ Dazu Abschnitte 9 und 11.

22 Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle²²⁰

390. Die geltende schweizerische Zusammenschlusskontrolle ist äusserst permissiv. Um eine Fusion zu untersagen, reicht die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht aus. Die marktbeherrschende Stellung muss zusätzlich geeignet sein, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (nicht nur erheblich zu beeinträchtigen). Somit wird die Hürde zur Untersagung einer Fusion in der Schweiz klar höher angesetzt, als in europäischen Ländern und anderen Industriestaaten mit vergleichbaren Regelwerken.

391. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt eine **Harmonisierung** der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle mit jener der EU und damit insbesondere die Einführung des heute in der EU zur Anwendung kommenden **SIEC-Tests** zwecks Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung. Dies insbesondere, um möglichst weitgehend von den Vorteilen einer Harmonisierung zu profitieren. Mit der Wahl des SIEC-Tests würde die Einführung einer **Effizienzeinrede** einhergehen. Im Hinblick auf den der Effizienzeinrede zu Grunde zu legenden Wohlfahrtsstandard ist die Evaluationsgruppe Kartellgesetz jedoch der Ansicht, dass ein „Swiss Finish“ vertreten werden kann: Anstelle des in der EU angewandten Konsumentenwohlfahrt-Standards und des mit praktischen Umsetzungsproblemen verbundenen Gesamtwohlfahrts-Standards, welcher aus ökonomischer Sicht das zu bevorzugende Mass wäre, wird die Verwendung des **dynamischen Konsumentenwohlfahrt-Standards** empfohlen.

392. Sofern der Test zur Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung bzw. das Eingreifkriterium in der dargestellten Weise revidiert wird, empfiehlt die Evaluationsgruppe Kartellgesetz zudem, folgende Vorschläge betreffend die **Aufgreifkriterien** zu prüfen – dabei ist insbesondere den Interdependenzen zwischen (i) und (iii) Rechnung zu tragen:

- (i) die Senkung der Grenzbeträge (Schwellenwerte) auf ein ähnliches Niveau wie in anderen europäischen Ländern;
- (ii) der Abschluss eines bilateralen Abkommens mit der EU (und allenfalls wichtigen Industriestaaten) betreffend grenzüberschreitende Fusionen (zur Behandlungserleichterung und Aufwandreduktion);
- (iii) die Einführung eines Vermutungstatbestandes für nicht meldepflichtige Fusionen (Möglichkeit, problematisch erscheinende, nicht meldepflichtige Fusionen aufzugreifen).

393. Weiter empfiehlt die Evaluationsgruppe Kartellgesetz im Falle einer Revision der Zusammenschlusskontrolle eine Reihe von **juristischen Anliegen** vertieft zu prüfen. Dabei geht es insbesondere um die Anforderungen an eine Meldung von Zusammenschlüssen mit räumlich relevanten Märkten von internationaler Dimension, die Möglichkeit einer Verlängerung der gesetzlich vorgesehenen Fristen zur Beurteilung eines Zusammenschlusses, die Parteirechte von Dritten im Rahmen einer Feststellung kollektiver Marktbeherrschung und die Frage, ob veränderten Verhältnissen auf einem Markt bei Anwendung der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG genügend Rechnung getragen wird.

Empfehlung: Die schweizerische **Zusammenschlusskontrolle** ist mit jener der EU zu harmonisieren: Einführung des SIEC-Test und der Effizienzeinrede mit einem auf die Schweiz angepassten Wohlfahrtsstandard (dynamischer Konsumentenwohlfahrt-Standard). Zugleich sind die Aufgreifkriterien anzupassen (insbesondere Senkung der Grenzbeträge).

²²⁰ Dazu Abschnitte 9 und 12.

23 Anpassung bei vertikalen Absprachen²²¹

394. Der schweizerische Gesetzgeber lenkte die kartellrechtliche Behandlung von vertikalen Restriktionen mit der Verabschiedung von Art. 5 Abs. 4 KG in eine andere Richtung, als sie international zu beobachten ist. Sie entspricht nicht den Erkenntnissen der herrschenden ökonomischen Lehre und Empirie und den Aussagen der klaren Mehrheit der in der Evaluation befragten Experten/innen. Die WEKO verschärfte die vom Parlament gewählte Lösung mit dem Erlass der revidierten Vertikalbekanntmachung zusätzlich. Damit besteht das Risiko, dass effiziente vertikale Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmenden verschiedener Marktstufen verhindert werden.

23.1 Handlungsbedarf für den Gesetzgeber (de lege ferenda)

395. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt, auf die im Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG (Mindest- und Festpreise, Gebietsbeschränkungen) verankerte **Vermutung** zu verzichten. Damit ist Art. 5 Abs. 4 KG zu streichen und Art. 49a Abs. 1 KG so anzupassen, dass die **Sanktionierbarkeit** der in Art. 5 Abs. 4 KG genannten Typen von vertikalen Abreden erhalten bleibt.

396. Im Gegensatz zu „harten“ horizontalen Absprachen sind vertikale Vereinbarungen nicht generell schädlich, sondern im Einzelfall zu beurteilen. Auch bei Mindest- oder Festpreisen sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten drängt sich eine fallweise Beurteilung und eine Beurteilung der Effizienzgründe auf. Unter dem geltenden Art. 5 Abs. 4 KG bleibt die notwendige Prüfung von Effizienzgründen jedoch verwehrt, soweit die gesetzlich verankerte Vermutung auf Beseitigung des Wettbewerbs nicht widerlegt wird.

397. Mit den nachstehenden Anpassungen im Vollzug lässt sich ein Teil der ausgeführten Probleme von Art. 5 Abs. 4 KG beseitigen. Ohne Gesetzesanpassung lastet jedoch zum einen weiterhin ein ungebührlicher Druck auf den Wettbewerbsbehörden. Zum anderen ist bei vertikalen Abreden vom Vermutungstatbestand abzusehen, so dass die Effizienzgründe in jedem Fall überprüft werden können.

Empfehlung: Bei **vertikalen Restriktionen** ist auf die im Gesetz verankerte Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu verzichten. An der direkten Sanktionierbarkeit von unzulässigen Mindest- und Festpreisen sowie Gebietsbeschränkungen ist hingegen festzuhalten.

23.2 Handlungsbedarf im Vollzug (de lege lata)

398. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt der WEKO, **Ziff. 10 und 12 der Vertikalbekanntmachung** anzupassen.

399. Je intensiver der Wettbewerb zwischen einzelnen Marken ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass vertikale Restriktionen effizient und wohlfahrtssteigernd sind. Wettbewerbsbehörden sollten sich somit bei der Beurteilung von vertikalen Restriktionen primär auf das Ausmass des bestehenden Interbrand-Wettbewerbs konzentrieren. Folglich soll es möglich sein, dass der Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken, der **Interbrand-Wettbewerb**, für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs genügen kann.

400. Ob sich eine vertikale Restriktion anti- oder pro-kompetitiv auswirkt, ist im Einzelfall zu prüfen. Eine selektiv restriktivere Haltung gegenüber gewissen vertikalen Restriktionen ist nicht gerechtfertigt. Aus Ziff. 10 und 12 der Vertikalbekanntmachung ergibt sich aber für bestimmte vertikale Restriktionen eine automatische Bejahung der Erheblichkeit („per se“-Erheblichkeit). Damit führte die WEKO ohne gesetzliche Grundlage eine empirisch und theo-

²²¹ Dazu Abschnitte 9 und 13.

retisch nicht gestützte Fiktion zu Lasten der Unternehmen ein. Von der „per se“-**Erheblichkeit von vertikalen Restriktionen** ist abzusehen.

401. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt der WEKO, diesen Ausführungen auch bei der anstehenden Überprüfung der **Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel** entsprechend Rechnung zu tragen (insbesondere Ziff. 11 bis 17).

Empfehlung: Ziff. 10 und 12 der **Vertikalbekanntmachung** sind anzupassen. Zum einen muss der Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs genügen können. Zum anderen ist von der „per se“-Erheblichkeit von vertikalen Restriktionen abzusehen. Dem ist auch bei der anstehenden Überprüfung der **Bekanntmachung zum Kraftfahrzeughandel** Rechnung zu tragen.

24 Weiterer Handlungsbedarf und weitere Empfehlungen

402. Die obgenannten zentralen Handlungsempfehlungen sind durch die Umsetzung der nachstehenden Empfehlungen zu begleiten, so dass das Kartellgesetz griffig und die Wettbewerbsbehörden schlagkräftig ausgestattet sind.

24.1 Verstärkung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts²²²

403. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt, das Instrumentarium der **zivilrechtlichen Durchsetzung** des Kartellrechtes mittels einer Reihe von verschiedenen Massnahmen auszubauen und zu verstärken.

404. Die Häufigkeit von kartellzivilrechtlichen Verfahren vor den zuständigen kantonalen Gerichten ist in der Schweiz unter den geltenden Rahmenbedingungen gering und deren Relevanz tief. International werden jedoch Diskussionen über die Bedeutung des kartellzivilrechtlichen Weges geführt und Schritte in Richtung einer Stärkung des Kartellzivilrechts unternommen.

405. Als wichtige Massnahmen zu nennen sind insbesondere Verbesserungen im Zusammenhang mit der Beweisführung, der Aktivlegitimation und dem Schadenersatz. Der privatrechtliche Weg steht dabei nicht in Konkurrenz zum Verwaltungsverfahren, sondern tritt als weiteres Instrument zur Durchsetzung des Kartellrechts hinzu. Die Reibungen infolge Nebeneinander von Zivil- und Verwaltungsverfahren können klein gehalten werden.

Empfehlung: Das Instrumentarium der **zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechtes** ist zu verstärken. So sollen von Wettbewerbsbeschränkungen betroffene Unternehmen, Konsumenten/innen und Verbände bessere Möglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Rechte erhalten (insbesondere hinsichtlich Beweisführung, Aktivlegitimation und Schadenersatz).

24.2 Anpassung des Verfahrensrechts²²³

406. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt, das **Verfahrensrecht** (Kartellgesetz, VwVG) **punktuell anzupassen**, um die bestehenden Unklarheiten zu beseitigen. Die im Projektbericht P10/P11 aufgeführten und vorliegend in Abschnitt 14 zusammengefassten Handlungsoptionen und Empfehlungen werden zur Umsetzung bzw. – wo nötig – zur genaueren Prüfung empfohlen.

²²² Dazu Abschnitte 9 und 14.

²²³ Dazu Abschnitt 15.

407. Ein grundsätzlicher Anpassungsbedarf in Bezug auf das **Verfahrensrecht** besteht nicht. Ein „separates“ Verfahrensrecht für das Kartellrecht erweist sich als nicht notwendig. Zahlreiche der bestehenden Probleme lassen sich durch eine pragmatische Anwendung der bereits bestehenden Normen und punktuelle Anpassungen des Verfahrensrechts lösen. Dies gilt auch für die sich in der Anwendung des Kartellgesetzes aus der EMRK ergebenden (verfahrensrechtlichen) Probleme.

408. Hingegen sind **punktuelle Änderungen** im Kartellgesetz und allenfalls im VwVG angezeigt:

- Einerseits gibt es im Gesetz mehrere *Unklarheiten* bzw. *Auslegungsspielraum*, was für die Behörden wie auch für die Unternehmen zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führt. Klärungsbedarf besteht z. B. hinsichtlich der Auskunftspflicht der Verfahrensbeteiligten, des Legal Privilege, der Gebührenpflicht, der Verzugszinspflicht, der Mitwirkungspflicht des Präsidiums bei Untersuchungen, des Rechts der Parteien auf Stellungnahme zum Verfügungsentwurf sowie der Praktikabilität von Massenverfahren. Insofern hätte eine Anpassung der gesetzlichen Grundlagen – wie im Projektbericht P10/P11 (inklusive Kapitel C.2 mit der dazugehörigen Tabelle) dargestellt – Vorteile.
- Andererseits könnte die *Rechtsprechung der Rechtsmittelinstanzen* in Zukunft eine Revision des Kartellgesetzes erfordern, sofern sie das Tätigwerden der Behörden gegen Wettbewerbsbeschränkungen faktisch stark erschweren oder gar verunmöglichen sollte. Zu nennen sind v. a. institutionelle Fragen im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit der Behörden bzw. der Abgrenzung von Aufgaben und Kompetenzen der Untersuchungs- und Entscheidbehörde.

409. Umgekehrt ist – insoweit die bisherige gesetzliche Konzeption gute Wirkungen zeigt – von *Änderungen und insbesondere Abschwächungen der bisherigen Regeln* abzusehen (z. B. Verhinderung einer Regelung im Unternehmensanwaltsgesetz, welche die Wirkungen kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen vermindert [Legal Privilege] und Verhinderung der Sanktionsbefreiung bei Compliance-Programmen²²⁴).

410. Ein gesetzlicher Anpassungsbedarf besteht auch, wenn *Verfahrenserleichterungen* bzw. *neue Instrumente* zur Verbesserung der Aufdeckung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt werden sollen (z. B. die Verschiebung der Beweislast für Rechtfertigungsgründe auf die Unternehmen, die sofortige Vollstreckbarkeit der kartellrechtlichen Entscheide, erweiterte Überwachungs- und Ermittlungsmassnahmen, die Sanktionierung von natürlichen Personen etc.).

Empfehlung: Das Instrumentarium der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts (**Verfahrensrecht**) ist zu verbessern (z. B. hinsichtlich Vollstreckbarkeit, Beweislastverschiebung, Massenverfahren). Abzulehnen sind dagegen namentlich ein Legal Privilege für Unternehmensjuristen/innen und die Sanktionsbefreiung bei Compliance-Programmen.

24.3 Formulierung von Art. 49a Abs. 1 KG²²⁵

411. Um dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen, empfiehlt die Evaluationsgruppe Kartellgesetz in der Formulierung von Art. 49a Abs. 1 KG zu bestätigen, dass besonders schädliche unzulässige Wettbewerbsabreden (harte Kartelle) sanktionierbar sind, unabhängig von der Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.

412. Die Frage, ob die direkte Sanktionsmöglichkeit nach Art. 49a KG bei Abreden, die vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb beseitigen, auch nach Umstossung der Vermu-

²²⁴ *Motion Schweiger* und *parlamentarische Initiative Kaufmann*, vgl. Rz. 20 f.

²²⁵ Dazu Abschnitt 5.3.

tung bestehen bleibt, soweit diese Abreden den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht gerechtfertigt werden können, ist strittig. Das BGER hat die Hürde für die Annahme der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs sehr hoch angesetzt. Gerade deshalb kam die WEKO in der Vergangenheit praktisch nie zum Ergebnis, dass der Wettbewerb (vollständig) beseitigt war. Festgestellt wurden „lediglich“ erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen. Würde folglich die Sanktionierbarkeit bei Umstossung der Vermutung entfallen, wären Sanktionen für besonders schädliche harte horizontale oder vertikale Abreden in der Praxis kaum je möglich, was dem Willen des Gesetzgebers widersprechen würde.

Empfehlung: In Art. 49a Abs. 1 KG (**direkte Sanktionsmöglichkeit**) ist ausdrücklich zu bestätigen, dass besonders schädliche unzulässige Wettbewerbsabreden (harte Kartelle) sanktionierbar sind, unabhängig von der Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.

24.4 Verbesserung des Widerspruchsverfahren²²⁶

413. Durch die Einführung substanzieller Sanktionsmöglichkeiten ist ein entsprechendes Widerspruchsverfahren, das die Vorprüfung des wettbewerbsschädlichen Potenzials von geplanten Geschäftsstrategien und Produkten ermöglicht, zur Herstellung einer grösstmöglichen Rechtssicherheit notwendig. Prinzipiell wird das Widerspruchsverfahren aus Sicht der befragten Unternehmen, Verbände, Anwälte/innen und Wettbewerbsbehörden als richtig und sinnvoll befunden. Das aktuelle Widerspruchsverfahren weist aber Verbesserungspotenzial auf.

414. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26–30 KG mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die direkte Sanktionsmöglichkeit nach Art. 49a Abs. 1 KG nicht. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt, dass dabei die direkte Sanktionsmöglichkeit im Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG nicht bei Eröffnung einer Vorabklärung, sondern nur bei **Eröffnung einer Untersuchung** wiederauflebt.

415. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt, die gesetzlich vorgesehene **Frist von fünf Monaten** zu kürzen. Denkbar ist eine Frist von zwei bis drei Monaten oder ähnlich zur Zusammenschlusskontrolle eine Frist von einem Monat mit Option auf Verlängerung um zwei Monate (soweit für weitere Abklärungen die Notwendigkeit besteht).

Empfehlung: Die direkte Sanktionsmöglichkeit im **Widerspruchsverfahren** nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG hat nicht bei Eröffnung einer Vorabklärung, sondern nur bei Eröffnung einer Untersuchung wiederaufzuleben. Die gesetzliche Frist von fünf Monaten ist zu kürzen.

24.5 Mehr Ressourcen für die Wettbewerbsbehörden²²⁷

416. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt dem EVD, dem **Sekretariat der WEKO mehr Ressourcen** zur Verfügung zu stellen, selbst wenn mit der Umsetzung der in der Funktionsanalyse erarbeiteten kurz- bis mittelfristigen Massnahmen bereits gewisse Verbesserungen erzielt werden können.

417. Die neuen Instrumente sind mit einem höheren **Verfahrensaufwand** verbunden. Es zeigt sich am Beispiel der Hausdurchsuchungen, die einen zentralen Pfeiler des revidierten Kartellgesetzes bilden, dass das Sekretariat der WEKO für die gesetzlich vorgesehenen Aufgaben an klare Grenzen stösst. Hausdurchsuchungen stellen ein effizientes Mittel dar,

²²⁶ Dazu Abschnitt 5.5.

²²⁷ Dazu Abschnitt 5 und 10.

um Beweismaterial für die Existenz von unzulässigen Verhaltensweisen sicherzustellen, und schaffen einen Anreiz für die betroffenen Unternehmen, mit den Wettbewerbsbehörden – im Rahmen der Bonusregelung – zu kooperieren. Wegen begrenzter Ressourcen wird das Sekretariat der WEKO jedoch in seinen Aktivitäten beschränkt, zum einen hinsichtlich der Anzahl durchführbarer Hausdurchsuchungen und zum anderen hinsichtlich der Anzahl im Rahmen einer einzelnen Hausdurchsuchung untersuchter Unternehmen.

418. Es ist festzuhalten, dass dem Sekretariat der WEKO anlässlich der **Revision 2003** 15 zusätzliche Stellen in Aussicht gestellt wurden, um die Revision effizient umzusetzen. Die bis Ende November 2008 zur Verfügung gestellten Mittel erlaubten es dem Sekretariat der WEKO lediglich fünf zusätzlich Stellen zu besetzen.

419. Zudem bestehen im Sekretariat der WEKO gewisse **Rekrutierungsprobleme**. Das Sekretariat der WEKO ist zur Erfüllung seiner Aufgabe auf gut ausgebildete und spezialisierte Mitarbeitende (Juristen/innen und Ökonomen/innen) angewiesen. Da für Arbeitskräfte mit langjähriger Berufserfahrung in diesen Bereichen (z. B. Rechtsanwälte/innen aus Wirtschaftskanzleien) eine erhebliche Lohndifferenz zwischen Bundesverwaltung und Privatwirtschaft besteht, ist es in der Regel nicht möglich, solche Personen zu rekrutieren. Dies ist mit ein Grund für die junge Mitarbeiterstruktur des Sekretariats der WEKO.

Empfehlung: Zur effektiveren Durchsetzung des Kartellrechts ist die finanzielle und personelle **Ausstattung** des Sekretariates der WEKO zu verbessern.

24.6 Verwaltungssanktionen gegen Einzelpersonen²²⁸

420. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz empfiehlt, einen Vorschlag für die **Einführung von individuellen Verwaltungssanktionen** auszuarbeiten.

421. Die Einführung von **Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen** kann ein wirksames Mittel zur Verschärfung des Kartellrechts sein. Die Wettbewerbsbehörden sollten indessen zunächst gestützt auf das geltende Recht eine konsistente Verwaltungssanktionspraxis gegen Unternehmen entwickeln, indem sie Leitentscheidungen erlassen und damit für die Unternehmen und die verantwortlichen natürlichen Personen Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit schaffen. Solche Sanktionen müssten kumulativ zu den Sanktionen für die Unternehmen hinzukommen. Mit deren Einführung könnte eine gerechtere Haftungsverteilung zwischen Unternehmen und individuellen Mitarbeitern erzielt werden. Diese Sanktionen wären zu beschränken auf besonders schädliche, harte horizontale Abreden. Zwecks Vermeidung der Spaltung der Zuständigkeiten sollte die Verwaltungssanktionsgewalt, soweit möglich, dem Verwaltungsweg und damit der WEKO und dem BVGer übertragen werden. Zudem müssten zur Wahrung der Präventivwirkung gesetzliche Vorkehrungen getroffen werden, welche garantieren, dass die Individualsanktion des Mitarbeiters nicht auf das Unternehmen überwälzt und somit letztlich doch vom Unternehmen bezahlt wird. Um die Effektivität der bestehenden Bonusregelung nicht zu gefährden und die Bemühungen zur Aufdeckungen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu behindern, müssten individuelle Verwaltungssanktionen sodann mit der Möglichkeit eines Bonus-Programms für natürliche Personen verbunden werden (analog Art. 49a Abs. 2 KG).

Empfehlung: Für die Einführung von **Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen** ist ein Vorschlag auszuarbeiten.

²²⁸ Dazu Abschnitte 9 und 16.

25 Übersicht über die Empfehlungen

Die *zentrale Aussage* der Evaluation bildet Empfehlung 1:

1. Am 1995 eingeführten und 2003 revidierten **Konzept des Kartellgesetzes** ist festzuhalten. Die 2003 neu eingeführten Instrumente direkte Sanktionen, Bonusregelung und Hausdurchsuchungen bedürfen keiner grundlegenden Überarbeitung.

Die in den Empfehlungen 2 bis 5 angesprochenen Verbesserungsmöglichkeiten sind *prioritär* und rechtfertigen eine Revision des Kartellgesetzes:

2. Die **Wettbewerbsbehörden** sind von Politik und Wirtschaft unabhängig zu strukturieren und die Entscheidträger zu professionalisieren. Kommission und Sekretariat sind in eine einstufige Behörde zu überführen.
3. Für den formellen Austausch vertraulicher Informationen zwischen den schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden sind mit den wichtigsten Handelspartnern **Kooperationsabkommen** abzuschliessen. Zum selben Zweck ist in Ergänzung dazu im Schweizer Recht eine **formell-gesetzliche Grundlage** einzuführen, welche die Wettbewerbsbehörden unter gewissen Voraussetzungen zur Bekanntgabe von Daten ermächtigt.
4. Die schweizerische **Zusammenschlusskontrolle** ist mit jener der EU zu harmonisieren: Einführung des SIEC-Test und der Effizienzeinrede mit einem auf die Schweiz angepassten Wohlfahrtsstandard (dynamischer Konsumentenwohlfahrt-Standard). Zugleich sind die Aufgreifkriterien anzupassen (insbesondere Senkung der Grenzbeträge).
5. Bei **vertikalen Restriktionen** ist auf die im Gesetz verankerte Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu verzichten. An der direkten Sanktionierbarkeit von unzulässigen Mindest- und Festpreisen sowie Gebietsbeschränkungen ist hingegen festzuhalten.

Im Zuge einer Revision sind *ausserdem* die Empfehlungen 6 bis 10 umzusetzen:

6. Das Instrumentarium der **zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechtes** ist zu verstärken. So sollen von Wettbewerbsbeschränkungen betroffene Unternehmen, Konsumenten/innen und Verbände bessere Möglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Rechte erhalten (insbesondere hinsichtlich Beweisführung, Aktivlegitimation und Schadenersatz).
7. Das Instrumentarium der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechtes (**Verfahrensrecht**) ist zu verbessern (z. B. hinsichtlich Vollstreckbarkeit, Beweislastverschiebung, Massenverfahren). Abzulehnen sind dagegen namentlich ein Legal Privilege für Unternehmensjuristen/innen und die Sanktionsbefreiung bei Compliance-Programmen.
8. In Art. 49a Abs. 1 KG (**direkte Sanktionsmöglichkeit**) ist ausdrücklich zu bestätigen, dass besonders schädliche unzulässige Wettbewerbsabreden (harte Kartelle) sanktionierbar sind, unabhängig von der Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.
9. Die direkte Sanktionsmöglichkeit im **Widerspruchsverfahren** nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG hat nicht bei Eröffnung einer Vorabklärung, sondern nur bei Eröffnung einer Untersuchung wiederaufzuleben. Die gesetzliche Frist von fünf Monaten ist zu kürzen.
10. Für die Einführung von **Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen** ist ein Vorschlag auszuarbeiten.

Im Rahmen des *Vollzugs* sind ohne Gesetzesänderungen die Empfehlungen 11 bis 14 zu realisieren:

11. Ziff. 10 und 12 der **Vertikalbekanntmachung** sind anzupassen. Zum einen muss der Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs genügen können. Zum anderen ist von der „per se“-Erheblichkeit von vertikalen Restriktionen abzusehen. Dem ist auch bei der anstehenden Überprüfung der **Bekanntmachung zum Kraftfahrzeughandel** Rechnung zu tragen.
12. Die in der Funktionsanalyse erarbeiteten kurz- bis mittelfristigen Massnahmen zur Verbesserung der Arbeitsweise in den **Wettbewerbsbehörden** sind in einem extern begleiteten Projekt weiter umzusetzen.
13. Das **Präsidium der WEKO** ist mit einem unabhängigen Ökonomen oder einer Ökonomin als zweite/n Vizepräsidenten/in zu ergänzen.
14. Zur effektiveren Durchsetzung des Kartellrechts ist die finanzielle und personelle **Ausstattung** des Sekretariates der WEKO zu verbessern.

IV. Ausführliches Inhaltsverzeichnis

Das Wichtigste in Kürze.....	I
Inhaltsübersicht.....	V
Abkürzungsverzeichnis	VI
Glossar	VIII
Zusammenfassung	IX
I. Ausgangslage, Ziele und Aufbau der Evaluation	1
1 Das Kartellgesetz.....	1
1.1 Allgemein.....	1
1.2 Kartellgesetze von 1962 und 1985 (KG 62 und KG 85)	1
1.3 Kartellgesetz von 1995 (KG 95)	2
1.4 Das revidierte Kartellgesetz von 2003.....	3
2 Auftrag und Forderungen	4
2.1 Evaluationsauftrag gemäss Kartellgesetz und EVD	4
2.2 Politische Vorstösse	5
2.3 Peer Review der OECD – Empfehlungen	6
3 Organisation, Evaluationsebenen und -projekte.....	7
3.1 Organisation und Vorgehen.....	7
3.2 Evaluationsebenen und Wirkungsmodell	9
3.3 Evaluationsprojekte	12
3.4 Vorgespräche mit Experten/innen und Kritikern/innen	18
II. Analyse – Evaluationsthemen.....	21
II.a. Wirkung des Kartellgesetzes (Outcome, Impact).....	21
4 Volkswirtschaftliche Wirkungen des Kartellgesetzes.....	21
4.1 Die wohlfahrtssteigernde Wirkung des Wettbewerbs	21
4.2 Herausforderungen der ökonomischen Wirkungsanalyse (Outcome).....	22
4.3 Institute und Studien.....	22
4.4 Wirkungen in Branchen (Outcome-Ebene).....	23
4.4.1 Methodik	23
4.4.2 Ergebnisse der Analysen der Wirkungen des KG 1995.....	24
4.5 Wirkungen einzelner Entscheide (entscheidorientierte bzw. Impact-Ebene)	26
4.5.1 Fallstudie im Bereich der horizontalen Wettbewerbsabreden: Markt für Strassenbeläge	26
4.5.2 Fallstudie im Bereich Marktmachtmissbrauch: Swisscom ADSL	26
4.5.3 Fallstudie im Bereich Unternehmenszusammenschlüsse: Pfizer Inc. / Pharmacia Corp.	27
4.5.4 Fallstudie im Bereich der vertikalen Wettbewerbsabreden: Vertikale Abreden im Automobilhandel	28

4.5.5	Fallstudie FHNW zu den bisherigen Wirkungen der Aufhebung der Buchpreisbindung	29
4.6	Fazit.....	31
5	Wirkung der neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes	32
5.1	Untersuchung der Wirkung der neuen Instrumente – Vorgehen	32
5.2	Gesamteffekt der neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes.....	33
5.3	Sanktionen und Bonusregelung (Art. 49a Abs. 1 und 2 KG)	34
5.3.1	Sanktionen (Art. 49a Abs. 1 KG).....	34
5.3.2	Bonusregelung (Art. 49a Abs. 2 KG)	35
5.3.3	Ausländische Erfahrungen.....	36
5.4	Hausdurchsuchungen (Art. 42 Abs. 2 KG)	37
5.4.1	Ergebnisse der Umfragen	37
5.4.2	Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden.....	37
5.4.3	Schlussfolgerung	38
5.5	Widerspruchsverfahren (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG)	38
5.6	Schlussbestimmung zum revidierten Kartellgesetz	39
5.7	Fazit.....	40
II.b.	Anzahl, Dauer, Ausgang von Verfahren (Output).....	41
6	Statistik über die Anzahl Verfahren	41
7	Verfahrensdauer	44
7.1	Durchschnittliche Verfahrensdauer	44
7.2	Zentrale Faktoren für die Verfahrensdauer	46
7.3	Beurteilung der Verfahrensdauer	47
7.4	Fazit.....	47
8	Ausgang von Verfahren	47
8.1	Vorgehen bei der Beurteilung des Verfahrensausgangs.....	47
8.2	Ausgang der Verfahren – Bilanz.....	48
8.3	Bilanz vor den Rechtsmittelinstanzen.....	49
8.4	Fazit.....	50
II.c.	Konzept und Vollzug des Kartellgesetzes	51
9	Internationaler Vergleich des Kartellgesetzes.....	51
9.1	Hintergrund und Vorgehen	51
9.2	Gemeinsamkeiten zwischen dem schweizerischen Kartellrecht und der internationalen „Best Practice“	51
9.3	Abweichungen des schweizerischen Kartellrechts.....	52
9.3.1	Institutionelle Ausgestaltung	52
9.3.2	Internationale Zusammenarbeit	52
9.3.3	Sanktionierung natürlicher Personen.....	53

9.3.4	Behandlung vertikaler Abreden.....	53
9.3.5	Zusammenschlusskontrolle	54
9.3.6	Zivilrechtliche Kartellverfahren.....	54
9.3.7	Weitere Unterschiede	54
9.4	Fazit.....	55
10	Institutionelles	56
10.1	Hintergrund.....	56
10.2	Hauptergebnis	57
10.3	Längerfristige Effizienzsteigerungen (de lege ferenda)	57
10.4	Kurz- bis mittelfristige Effizienzsteigerungen (de lege lata).....	61
10.4.1	Organisation der Kommission.....	61
10.4.2	Arbeitsweise in den beiden Wettbewerbsbehörden.....	62
10.5	Fazit.....	62
11	Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden.....	63
11.1	Allgemein.....	63
11.2	Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden ohne Abkommen	64
11.3	Ausbau der internationalen Abkommen	65
11.4	Fazit.....	66
12	Zusammenschlusskontrolle	67
12.1	Schwächen der geltenden Zusammenschlusskontrolle	67
12.2	Massnahmen	68
12.2.1	Eingreifkriterien	69
12.2.2	Aufgreifkriterien.....	70
12.3	Verhältnis von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG und Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG hinsichtlich des Begriffs „Marktbeherrschung“	71
12.4	Fazit.....	72
13	Vertikale Absprachen.....	73
13.1	Revidierter Gesetzesartikel und revidierte Vertikalbekanntmachung	73
13.2	Ergebnisse aus Interviews und Umfragen.....	74
13.3	Internationaler Vergleich.....	75
13.4	Ökonomische Grundhaltung (Theorie und Empirie).....	75
13.5	Fallstudie im Automobilhandel zum Bereich vertikaler Vereinbarungen	76
13.6	Output der Wettbewerbsbehörden	76
13.7	Fazit.....	77
14	Zivilrechtliche Kartellverfahren.....	79
14.1	Umfrage bei Gerichten und Experten/innen	79
14.2	Verstärkung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts.....	80
14.2.1	Prozessrecht	80

14.2.2	Materielles Recht	81
14.2.3	Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Zivilprozess.....	83
14.3	Fazit.....	83
15	Verfahrensrecht und EMRK.....	84
15.1	Themenbereiche.....	84
15.1.1	Trennung zwischen Sekretariat und WEKO	84
15.1.2	Einschränkung der Mitwirkung des Präsidiumsmitglieds bei Sanktionsverfahren ...	85
15.1.3	Ernennung von unabhängigen Sachverständigen als WEKO-Mitglieder.....	85
15.1.4	Beweislastverschiebung auf die Unternehmen hinsichtlich Rechtfertigungsgründen.....	85
15.1.5	Klärung der Auskunftspflicht	86
15.1.6	Klärung des Legal Privilege	86
15.1.7	Dauer der Verfahren, Umfang von Parteieingaben.....	87
15.1.8	Einschränkung des Rechts auf Stellungnahme zum Verfügungsentwurf	87
15.1.9	Massenverfahren	88
15.1.10	Klärung der Gebührenpflicht und der Verzugszinspflicht.....	88
15.1.11	Sofortige Vollstreckbarkeit	88
15.1.12	Einvernehmliche Streitbeilegung und „Plea Bargaining“	88
15.1.13	Sanktionsbefreiung dank Antitrust Compliance-Programmen?	89
15.1.14	Diskussion neuer Instrumente, insbesondere erweiterte Überwachungs- und Ermittlungsmassnahmen	90
15.2	Geltendes Verfahrensrecht.....	91
15.3	Neues Verfahrensrecht für Kartellverfahren?	92
15.3.1	Integraler Verweis (Anwendung anderer Verfahrensrechte).....	92
15.3.2	Erlass eines neuen, separaten „Kartellverfahrensgesetzes“	92
15.3.3	Punktuelle Änderungen (KG/VwVG).....	92
15.3.4	Schlussfolgerung	93
15.4	EMRK und Kartellgesetz	93
15.5	Fazit.....	93
16	Sanktionierung natürlicher Personen	94
16.1	Hintergrund.....	94
16.2	Aktuelle Situation in der Schweiz	95
16.3	Studienergebnisse und Schlussfolgerungen	95
16.4	Fazit.....	97
17	Geistiges Eigentum und Kartellrecht	97
17.1	Hintergrund.....	97
17.2	Abgrenzung von Immaterialgüter- und Kartellrecht.....	98
17.3	Praktische Bedeutung	99

17.4	Fazit.....	100
18	KMU-Klausel und Bekanntmachung über Kalkulationshilfen.....	101
18.1	Hintergrund.....	101
18.2	Erfahrungen mit der KMU-Bekanntmachung.....	101
18.3	Erfahrungen mit der Bekanntmachung über die Kalkulationshilfen.....	102
18.4	Fazit.....	103
III.	Ergebnisse – Handlungsbedarf und Empfehlungen	105
19	Bewährtes Konzept des Kartellgesetzes.....	105
20	Institutionelle Reform.....	106
20.1	Handlungsbedarf für den Gesetzgeber (de lege ferenda).....	107
20.2	Handlungsbedarf im Vollzug (de lege lata).....	107
21	Erweiterung der internationalen Zusammenarbeit.....	108
22	Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle	109
23	Anpassung bei vertikalen Absprachen	110
23.1	Handlungsbedarf für den Gesetzgeber (de lege ferenda).....	110
23.2	Handlungsbedarf im Vollzug (de lege lata).....	110
24	Weiterer Handlungsbedarf und weitere Empfehlungen.....	111
24.1	Verstärkung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts.....	111
24.2	Anpassung des Verfahrensrechts	111
24.3	Formulierung von Art. 49a Abs. 1 KG.....	112
24.4	Verbesserung des Widerspruchsverfahren	113
24.5	Mehr Ressourcen für die Wettbewerbsbehörden	113
24.6	Verwaltungssanktionen gegen Einzelpersonen.....	114
25	Übersicht über die Empfehlungen	115
IV.	Ausführliches Inhaltsverzeichnis	117
V.	Anhänge	123

V. Anhänge

1. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Umfragen (bei Anwälte/innen, Wirtschaft, Mitarbeitenden des Sekretariates der WEKO) bezüglich des Effektes von neuen KG-Instrumenten, Projektbericht P1 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
2. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Studien zu Einzelbestimmungen (Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen), Projektbericht P2 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
3. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Output-Statistik zur Anzahl der Verfahren der Wettbewerbsbehörden, Projektbericht P4 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
4. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Outputstatistik (Auszug aus Projektbericht P4).
5. Tabelle zu Teilvergleich zwischen der WEKO und der DG Competition (Auszug aus Projektbericht P4).
6. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Statistik zum Ausgang der Verfahren der Wettbewerbsbehörden, Projektbericht P5 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
7. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Beurteilung der Verfahrensdauer kartellrechtlicher Verfahren, Projektbericht P6 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
8. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Statistik zu den kartellrechtlichen Fällen und Gutachten im Rahmen des zivilrechtlichen Wegs, Projektbericht P7 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
9. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Analyse zur tatsächlichen und wünschbaren Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden, Projektbericht P8 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
10. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Internationaler Vergleich des schweizerischen Kartellgesetzes mit jenem von ausgewählten Ländern, Projektbericht P9 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
11. Heinemann, Andreas, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Zürich, 2008; zu Projekt P9 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG.
12. Carl Baudenbacher, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, St. Gallen, 2008; zu Projekt P9 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG.
13. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Verfahrensrecht und EMRK, Projektbericht P10/11 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
14. Polynomics, Evaluation des Kartellgesetzes, Themenschwerpunkt Outcome-Analyse, Olten, 2008; zu Projekt P12 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG.
15. Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung ZEW und die eidgenössische technische Hochschule KOF, Studien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes, Mannheim und Zürich, 2008; zu Projekt P13/15 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG.
16. Rolf Specht, Funktionsanalyse, Richterswil 2008; zu Projekt P16 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG.
17. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Zusammenschlusskontrolle; Überprüfung der Notwendigkeit einer Revision, Projektbericht P17 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.

18. Zusammenfassung der Gespräche mit Experten/innen und Kritiker/innen.
19. SECO, Erste Auswirkungen der Aufhebung der Buchpreisbindung. Begleitbericht des SECO zur Studie der FHNW, Bern, 2008. Dazu auch: Forschungsbericht der Fachhochschule Nordwestschweiz, Erste Auswirkungen der Abschaffung der Buchpreisbindung, Brugg, 2008.
20. Wettbewerbskommission, KMU-Bekanntmachung und Bekanntmachung über Kalkulationshilfen: Überprüfung der Auswirkungen und allfälliger Anpassungsbedarf, 2008 (RPW 2008/1, S. 213 ff.).
21. Wettbewerbskommission, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007 (RPW 2007/4, 675 ff.).
22. Wettbewerbskommission, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2002 (RPW 2002/4, S. 770 ff.).
23. Pflichtenheft zur Evaluation gemäss Art. 59a KG (Stand 17. Oktober 2007).
24. Zusammenstellung der politischen Vorstösse zum Kartellgesetz zwischen 11.05.2006 und 24.11.2008.

Die Anhänge werden in der Reihe «Strukturberichterstattung» des SECO veröffentlicht (Nr. 44)

In der Reihe „Grundlagen der Wirtschaftspolitik“ des Staatssekretariats für Wirtschaft sind bislang erschienen:

1	Gächter T.(2000): Vereinfachte Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge in Privathaushalten und KMU	18.-
2	Glowka L. (2001): Towards a Certification System for Bioprospecting Activities	21.-
3D	Eidg. Volkswirtschaftsdepartement (2002): Der Wachstumsbericht	27.-
3F	Département fédéral de l'économie (2002): Le rapport sur la croissance	27.-
4	State Secretariat for Economic Affairs (Editor) (2002): Economic growth and sustainable development: trade-off or win-win-win situation?	23.-
5	Gerfin M. u.a. (2002): Steuergutschriften, Mindestlöhne und Armut unter den Erwerbstätigen in der Schweiz	31.-
6	Leistungsbereich „Wirtschaftspolitische Grundlagen“ des seco: Hintergrundstudien zum Wachstumsbericht des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements (Band 1)	36.-
7	Domaine de prestation „Analyses et politique économique“ du seco: Etudes complémentaires au rapport sur la croissance du Département fédéral de l'économie (volume 2)	30.-
8D	Interdepartementale Arbeitsgruppe « Wachstum » : Massnahmen für eine wachstumsorientierte Wirtschaftspolitik	23.-
8F	Groupe interdépartemental de travail „croissance“: Mesures pour une politique économique de croissance	23.-
9D	Interdepartementale Arbeitsgruppe „Wachstum“. Das Wachstumspaket des Bundesrates: Detaillierte Beschreibung und Stand der Umsetzung Ende 2004	20.-
9F	Groupe de travail interdépartemental „Croissance“. Le train de mesures du Conseil fédéral en faveur de la croissance : description détaillée et mise en œuvre fin 2004	20.-
10D	Strategische Ausrichtung der schweizerischen Aussenwirtschaftspolitik (2005)	18.-
10F	Orientation stratégique de la politique économique extérieure de la Suisse (2005)	18.-
11D	Bewilligungspflichten des Bundesrechts bei wirtschaftlichen Betätigungen : heutiger Stand und Entwicklung 1998 - 2004	28.-
11F	Les procédures d'autorisation du droit fédéral s'appliquant aux activités économiques: état actuel et évolution 1998 - 2004	28.-
12D	Staatssekretariat für Wirtschaft (2005): Bericht zur Dienstleistungsliberalisierung in der Schweiz im Vergleich zur EU	28.-
12F	Secrétariat d'Etat à l'économie (2005): Rapport comparatif sur la libéralisation des services en Suisse et dans l'UE	29.-
13D	Vereinfachung des unternehmerischen Alltags – Bericht des Bundesrates (2006)	23.-
13F	Simplifier la vie des entreprises – Rapport du Conseil fédéral (2006)	23.-
14D	Staatssekretariat für Wirtschaft (2008): Wachstumsbericht 2008	38.-
14F	Secrétariat d'Etat à l'économie (2008): Rapport sur la croissance 2008	38.-
15D	Wachstumspolitik 2008-2011 - Bericht des Bundesrates (2008)	22.-
15F	Politique de croissance 2008-2011 - Rapport du Conseil fédéral (2008)	22.-
16	Staatssekretariat für Wirtschaft (2008): Preisinsel Schweiz	34.-
17	Evaluationsgruppe Kartellgesetz (2009): Evaluation gemäss Art. 59a Kartellgesetz Synthesebericht	24.-

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO

Direktion für Wirtschaftspolitik

Effingerstrasse 31, 3003 Bern

Vertrieb: Tel. +41 (0)31 324 08 60, Fax +41 (0)31 323 50 01, 3.2009 200

www.seco.admin.ch, wp-sekretariat@seco.admin.ch

ISBN 3-907846-79-6