

Die Seite der ASAS / La page de l'ASAS

Evaluation des Kartellgesetzes: Schlüsselthemen aus rechtlicher Sicht

Tagungsbericht zur gemeinsamen Veranstaltung der Landesgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht und der Schweizerischen Vereinigung für Wettbewerbsrecht (ASAS) vom 14. Mai 2009

FLORIAN BERARDI* / NIKLAUS MEIER**

Die Landesgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht hat zusammen mit der Schweizerischen Vereinigung für Wettbewerbsrecht (ASAS) am 14. Mai 2009 eine Tagung zur Evaluation des Kartellgesetzes durchgeführt. Die Diskussionen und Meinungsverschiedenheiten zwischen Mitgliedern der Evaluationsgruppe, Vertretern der Wettbewerbskommission (Weko), des Bundesverwaltungsgerichts und zahlreichen Wirtschaftsanwälten sowie Unternehmensjuristen in Bezug auf eine mögliche Reform der Institutionen, des Verfahrens und der Zusammenschlusskontrolle lassen den Schluss zu, dass mit dem Evaluationsbericht noch nicht das letzte Wort gesprochen wurde. Der Bericht hat vielmehr einen Stein angestossen, der nunmehr ins Rollen geraten ist – mit noch ungewisser Richtung.

- I. Übersicht über die Evaluation
- II. Empfehlungen zu den Institutionen
- III. Empfehlungen zum Verfahren
- IV. Zusammenschlusskontrolle
- V. Paneldiskussion

Im Rahmen der Kartellrechtsrevision von 2003 hat der Gesetzgeber in Art. 59a Kartellgesetz den Bundesrat mit der «Evaluation der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs» des Kartellgesetzes beauftragt. Diese gesetzlich vorgeschriebene Evaluation eines Gesetzes lehnt an die Praxis der Europäischen Gemeinschaft an¹, stellt hingegen in der Schweiz ein Novum dar.

Der Bericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz wurde am 5. Dezember 2008 vorgestellt, am 25. März 2009 durch die Stellungnahme des Bundesrates ergänzt, und wird seither von Lehre und Praxis intensiv diskutiert. Ziel der Tagung «Evaluation des Kartellgesetzes – Schlüsselthemen aus rechtlicher Sicht» vom 14. Mai 2009 war es, den Meinungsaustausch zu fördern, insbesondere in Bezug auf die Themen Institutionen, Verfahren und Zusammenschlusskontrolle.

I. Übersicht über die Evaluation

Für Dr. FRANZ HOFFET, Vorstandsmitglied der Studienvereinigung Kartellrecht, ist der Evaluationsbericht grundsätzlich begrüssenswert. Die Evaluation der Wirksamkeit eines Gesetzes stosse in der Praxis auf Zustimmung; die Frist von fünf Jahren sei jedoch wohl etwas zu kurz geraten, zumal viele Rechtsfragen zurzeit noch vor Gericht hängig seien. PIERRE KOBEL, Präsident der ASAS, bedauert, dass die Evaluationsgruppe nur die Effizienz des Verfahrens, nicht aber die Effektivität des Gesetzes untersucht habe. Die effektiven Auswirkungen auf den Konsumenten seien nicht ausreichend berücksichtigt worden. Der Bericht stellt für ihn somit noch lange keinen Schlusspunkt der Kartellrechtsrevision dar. Vielmehr sei die Diskussion über die Zukunft des Kartellgesetzes noch am Anfang.

RAFAEL CORAZZA, Vorsitzender der Evaluationsgruppe, stellt den Evaluationsbericht als «Untersuchung der Wirkung des Kartellgesetzes in einem weiten Sinn» vor. Der Bericht analysiere Effizienz und Effektivität des Kartellgesetzes und ermittle zukünftigen Revisionsbedarf.

¹ Siehe beispielsweise Verordnung 1400/ 2002/EG. «Die Kommission sollte die Funktionsweise dieser Verordnung bewerten und spätestens [fünf Jahre nach Inkrafttreten] einen Bericht veröffentlichen.»

Der auf 15 Studien basierende Synthesebericht zur Evaluation des Kartellgesetzes kommt zum Schluss, dass am 1995 eingeführten und 2003 revidierten Konzept des Kartellgesetzes grundsätzlich festzuhalten sei. Das Kartellgesetz zeige eine gute präventive Wirkung. Grund dafür seien insbesondere die direkten Sanktionen, die Hausdurchsuchungen und die Bonusregelung.

Dennoch enthält der Synthesebericht 14 Empfehlungen an den Gesetzgeber und die vollziehenden Behörden für die zukünftige Entwicklung des Kartellgesetzes, darunter vier primäre Empfehlungen, die eine Revision des Kartellgesetzes rechtfertigen würden. So seien insbesondere die Wettbewerbsbehörden von Politik und Wirtschaft unabhängiger zu strukturieren und weiter zu professionalisieren, wobei der Synthesebericht mit einer leichten Präferenz eine einstufige Behörde vorziehen würde. Die Zusammenarbeit von schweizerischen und ausländischen Behörden sei durch Kooperationsabkommen und eine formell-gesetzliche Grundlage für einen Datenaustausch zu stärken. In diesem internationalen Kontext sei auch die schweizerische Zusammenschlusskontrolle mit jener der EU zu harmonisieren. Dabei stünden die Eingreifkriterien für die Zusammenschlusskontrolle im Vordergrund; nur im Falle einer Überarbeitung letzterer wären gemäss dem Evaluationsbericht auch die Aufgreifkriterien anzupassen. Bei den vertikalen Restriktionen sei auf die im Gesetz verankerte Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu verzichten und eine Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung des Interbrand-Wettbewerbs einzuführen, wie es der empirischen Forschung und dem internationalen Trend entspricht.

Als sekundäre Empfehlungen nennt der Evaluationsbericht die Stärkung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts (welche bis heute «toter Buchstabe» geblieben ist) sowie die Stärkung des verfahrensrechtlichen Instrumentariums der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung. Die Strafbarkeit harter Kartelle gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sei in Art. 49a Abs. 1 KG ausdrücklich zu bestätigen, unabhängig von einer Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung. Die Sanktionsmöglichkeit im Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG solle nur bei Eröffnung einer Untersuchung wiederaufleben. Es sei die Einführung von Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen zu prüfen. Die Vertikalbekanntmachung sei dahingehend anzupassen, dass Interbrand-Wettbewerb genügen kann, um die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs zu widerlegen. Zudem sei die «Per se»-Erheblichkeit vertikaler Restriktionen aufzuheben. Die Massnahmen zur Verbesserung der Arbeitsweise in den Wettbewerbsbehörden seien in einem extern begleiteten Projekt weiter umzusetzen. Ausserdem solle das Präsidium der Weko mit einem unabhängigen Ökonomen ergänzt und die finanzielle und personelle Ausstattung des Sekretariats der Weko verbessert werden.

II. Empfehlungen zu den Institutionen

Prof. Dr. VINCENT MARTENET, Mitglied der Evaluationsgruppe und Vizepräsident der Weko, empfiehlt mit Bezugnahme auf den Evaluationsbericht unter den Stichworten Verkleinerung, Professionalisierung und Unabhängigkeit eine moderne Behörde für ein modernes Gesetz.

Die Verkleinerung der Wettbewerbskommission auf drei bis fünf Mitglieder soll zu mehr Effizienz ohne einen echten Verlust an Meinungsvielfalt führen. MARTENET weist in diesem Zusammenhang auf den Evaluationsbericht hin, welcher hervorhebt, dass schon die Verkleinerung von 15 auf zwölf Mitglieder per 1. Januar 2008 positiv spürbar gewesen und auch das Bundesgericht jeweils lediglich mit drei bis fünf Richtern besetzt sei. Die stetig ansteigende Komplexität der Materie und der einzelnen Fälle werde für eine Milizbehörde immer schwieriger zu bewältigen. Die Evaluationsgruppe empfiehlt deshalb eine Professionalisierung durch voll-, haupt- oder halbamtliche Mitglieder.

Die Unabhängigkeit der Wettbewerbskommission im Lichte von Art. 30 BV und Art. 6 EMRK bezeichnet die Evaluationsgruppe gemäss MARTENET als Scheinproblem. Einerseits sei gemäss Evaluationsbericht eine «vollständige» Unabhängigkeit von der Wirtschaft auch in anderen Bereichen nicht gegeben und nicht gefordert (etwa bei Handels- und Arbeitsgerichten); die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR sehe darin kein Problem. Andererseits garantiere die Möglichkeit einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit voller Kognition ein faires Verfahren. Der Evaluationsbericht spricht sich dennoch dafür aus, die «Interessenvertreter» in der Weko abzuschaffen. Damit soll der Anschein der Unabhängigkeit (in einem breiteren Sinne als Art. 30 BV und Art. 6 EMRK) und so die Glaubwürdigkeit und Legitimation der Behörde gestärkt werden. Vor diesem Hintergrund zieht der Evaluationsbericht eine einstufige Behörde vor. Der Gewinn an Effizienz und Schlagkraft wäre gross, wobei eine Zweistufigkeit nicht nötig sei. Schon heute gehe das Verfahren nämlich über EMRK-

Standards hinaus, etwa durch die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme schon vor dem erstinstanzlichen Entscheid.

THOMAS PLETSCHER, Mitglied der Geschäftsleitung von *economiesuisse* sowie Mitglied der Weko, vergleicht die Empfehlungen zu den Institutionen im Evaluationsbericht mit der unabhängig und selbstständig erarbeiteten «inoffiziellen» Evaluation des Kartellgesetzes durch *economiesuisse*. PLETSCHER erinnert daran, dass «Wettbewerb» immer eine gewisse Dynamik und Unsicherheit bedeute, und plädiert dafür, diese Unsicherheit nicht gänzlich wegzuregulieren. Insbesondere sage die Zahl der Eingriffe wenig über den tatsächlichen Zustand des Wettbewerbs aus, weshalb sie eine falsche Messgrösse für die Effizienz des Kartellgesetzes darstelle. Zudem seien vermehrt auch staatliche Wettbewerbsverzerrungen ins Auge zu fassen.

Die Anforderungen an die Institutionen seien Glaubwürdigkeit und Arbeitseffizienz. Zur Glaubwürdigkeit gehöre einerseits die Unabhängigkeit von Politik und Verwaltung, andererseits aber auch eine strikte Trennung zwischen Untersuchung und Urteil. Diesbezüglich sei die Situation heute unbefriedigend: Zwischen Wettbewerbskommission und Sekretariat bestehe faktisch keine richtige Trennung, die Aufgabenteilung sei häufig unklar. Hier wäre eine Verbesserung bereits im Rahmen des Gesetzes möglich. Erwägenswert wäre aber letztlich die Bildung einer neuen Wettbewerbsbehörde, welche als Gesamtbehörde etwa auch heutige Aufgaben der ComCom, der ECom oder des Postregulators übernehmen könnte. Dies würde Synergien ermöglichen und die Schaffung einer echten zweistufigen Behörde erleichtern.

Kein echtes Problem sieht PLETSCHER im Einsatz von Interessenvertretern, da diese der Behörde in wesentlichem Mass Sachverstand liefern und Interessenskonflikte in der Praxis keine Probleme bereiten würden. Als problematischer empfindet er die Wahl der Behörde durch den Bundesrat, wobei häufig nicht nach Sachverstand, sondern nach anderen Kriterien, wie z.B. der Gleichbehandlung der Landesteile, entschieden werde. PLETSCHER würde deshalb eine Wahl durch das Parlament vorziehen, wobei auf eine Zusammensetzung der Behörde aus ökonomischen und juristischen Fachleuten geachtet werden soll. Eine effiziente Arbeit der Institutionen soll vor allem durch genügende Kapazitäten erreicht werden; sie bedeutet aber auch, dass praxisorientierte, massvolle Eingriffe zu fordern sind.

III. Empfehlungen zum Verfahren

Für Dr. BEAT ZIRLICK, Leiter Recht im Sekretariat der Weko und Mitglied der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, genügt das aktuelle Verfahrensrecht grundsätzlich den heutigen Anforderungen der Praxis; prozessuale Anpassungen seien dennoch in gewissen Bereichen wünschenswert. ZIRLICK weist jedoch auf die Evaluationsgruppe hin, welche in ihrem Bericht zurzeit sowohl den Erlass eines separaten Kartellverfahrensrechts als auch einen integralen Verweis auf ein anderes Verfahrensrecht ablehnt. Ein separates Verfahrensrecht würde langfristig zu einer Rechtszersplitterung führen, und die anderen Verfahrensrechte, wie etwa das VStrR oder die StPO, seien für natürliche Personen konzipiert, nicht jedoch für Unternehmen. Die Evaluationsgruppe empfiehlt lediglich punktuelle Anpassungen des bestehenden Rechts. Anders zu beurteilen sei die Situation hingegen, wenn z.B. Sanktionen gegen natürliche Personen eingeführt werden oder wenn die Rechtsmittelinstanzen die Anforderungen an die Weko als erste Instanz erhöhen sollten.

ZIRLICK hebt hervor, dass die Dauer der heutigen Kartellverfahren aus Sicht der Evaluationsgruppe akzeptabel ist. Allfällige Verkürzungen der Verfahrensdauer würden wohl (auch) auf Kosten der Verfahrensrechte der Parteien gehen. Die Problematik um das Verbot des Selbstbelastungszwanges sei gemäss Evaluationsbericht de lege lata pragmatisch lösbar und bedürfe keiner gesetzgeberischen Intervention. Denkbar sei beispielsweise die Anwendung der Praxis der EU-Kommission: Die Parteien müssen sich nicht selbst belasten, sind jedoch gehalten, allgemeine Informationen über Tatsachen zu liefern. Im Falle eines umfassenden Schweigerechts müssten vermehrt Hausdurchsuchungen eingeleitet werden, was nicht im Interesse der Unternehmen sein könne und auch die Kapazitäten der Behörden sprengen würde.

Aus Praktikabilitätsgründen plädiert die Evaluationsgruppe, analog zum EU-Recht und zur Ehrverletzung im StGB, für eine Umkehr der Beweislast in Bezug auf Rechtfertigungsgründe bei Kartellrechtsverstössen, um die Behörden vom Negativbeweis zu entlasten. Unternehmen wüssten selbst am besten, aus welchen Gründen ihr Verhalten gerechtfertigt sei. Zudem müssten Entscheide der Weko sofort vollstreckbar sein, da die Unternehmen heute allein schon im Hinblick auf die Zinsen ein tat-

sächliches Interesse an Rechtsmitteln hätten. Gegen ein «legal privilege» für Unternehmensjuristen spreche aus Behördensicht u.a. die Gefahr, dass die Büros der Unternehmensjuristen zum «rechtsfreien Raum» werden könnten, was Hausdurchsuchungen erschweren würde. Des Weiteren sei gemäss Evaluationsbericht eine totale Sanktionsbefreiung bei Compliance-Programmen nicht mit dem Gerechtigkeitsgedanken vereinbar und schiesse über das Ziel hinaus. Denkbar sei allenfalls eine Sanktionsminderung, was jedoch heute bereits der Fall sei; in der KG-Sanktionsverordnung könnte indes eine entsprechende explizite Regelung verankert werden.

Gemäss Dr. MARCEL DIETRICH, Partner bei Homburger, wurde der Anpassungsbedarf von der Evaluationsgruppe nur ungenügend erkannt. Die Wirkungsweise der Behörde sei noch immer gleich wie 1962, während hingegen ihre Kompetenzen enorm erweitert worden seien; Anpassungen seien somit unumgänglich. DIETRICH kritisiert insbesondere die fehlende Unabhängigkeit und Unbefangenheit der Kommission, die Verletzung des Anklageprinzips sowie die Verletzung des Anspruchs auf ein unabhängiges Gericht. Dies sei ein klarer Verstoss gegen die Verfassung (Art. 30 Abs. 1 BV) sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK, zumal eine strukturelle Verletzung des Anspruches auf ein unabhängiges Gericht, wie sie bei den Sanktionsverfügungen der Weko vorliege, gemäss ständiger EGMR-Rechtsprechung, die vom Bundesgericht übernommen wurde, trotz der vollen Kognition des Bundesverwaltungsgerichts nicht geheilt werden könne².

DIETRICH weist darauf hin, dass die Organisation der schweizerischen Wettbewerbsbehörde nicht mit jener in Deutschland vergleichbar sei, da dort bei einem Bussgeldverfahren im Falle eines Einspruches stets in erster Instanz ein Gericht entscheidet (OLG Düsseldorf mit vier Kartellrechtssenaten zu je drei vollberuflichen Richtern) und somit der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht gewährleistet sei. Die Praxis der EU-Kommission könne ebenfalls nicht als Massstab übernommen werden, da das gemeinschaftsrechtliche Prinzip der «wirksamen gerichtlichen Überprüfung» nicht EMRK-konform sei und die EU die EMRK nicht ratifiziert hat. Als «Wink mit dem Zaunpfahl an die Weko» wertet DIETRICH den Hinweis des Bundesrates, dass Weko-interne Praxisänderungen möglicherweise Gesetzesanpassungen erübrigen könnten.

Den Vorschlag, die Beweislast der Rechtfertigungsgründe aus Effizienzgründen künftig den Unternehmen aufzuerlegen, weist DIETRICH zurück. Rechtsstaatliche Prinzipien sprächen für eine Beweisführungslast bei der Behörde. Bezüglich der Behördenorganisation empfiehlt DIETRICH ein zweistufiges Verfahren, da so eine höhere Qualität gewährleistet werden könne. Das Verbot des Selbstbelastungszwangs spräche gegen den Vorschlag des Evaluationsberichts, dass das Schweigerecht künftig nur noch gegen den Zwang zum Schuldeingeständnis schützen solle und andere Informationen offenzulegen seien. Das Schweigerecht müsse generell gelten, wenn durch die Auskunft das Risiko einer Strafverfolgung bestünde. Des Weiteren sei die künftige Ausweitung des Anwaltsgeheimnisses in Bezug auf Unternehmensjuristen notwendig und sinnvoll, da eine effiziente Compliance innerhalb der Unternehmen nur bei Zusicherung der Vertraulichkeit möglich sei, was letztendlich auch im Interesse der Weko sei. Dies würde nicht zuletzt auch die Rechtsposition der Schweizer Unternehmen in internationalen Verfahren stärken.

IV. Zusammenschlusskontrolle

FRANK STÜSSI, Mitglied der Evaluationsgruppe Kartellgesetz und Referent im Sekretariat der Weko, bestätigt, dass Zusammenschlüsse effizient und wohlfahrtssteigernd sein können und in der Regel kartellrechtlich nicht bedenklich sind. Dennoch bestehe insbesondere in oligopolistischen Industrien die Gefahr, dass gerade durch horizontale Zusammenschlüsse unilaterale und koordinierte Effekte bewirkt werden. Diese Gefahr könne durch eine Missbrauchskontrolle allein nicht gebannt werden; dazu sei auch eine Strukturkontrolle notwendig.

Die Ziele der Zusammenschlusskontrolle werden jedoch gemäss STÜSSI in der Schweiz nur unzureichend erfüllt. Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz kommt zum Schluss, dass die Zusammenschlusskontrolle in der Schweiz eine «stumpfe Klinge» aufweist und zu permissiv ist, insbesondere weil das Erlangen einer marktbeherrschenden Position ohne Missbrauchspotenzial für einen Eingriff noch nicht genügt. Besonders die jüngeren Entscheide im Bereich des Detailhandels liessen an den Eingriffsmöglichkeiten in der Schweiz zweifeln. So bestehe das Risiko, dass Zusammenschlüsse mit schädli-

² Vgl. Öztürk v. Deutschland, Nr. 8544/79, Urteil vom 21. Februar 1984; De Cubber v. Belgien, Nr. 9186/80, Urteil vom 26. Oktober 1984.

chen Effekten auf die schweizerische Volkswirtschaft zugelassen werden müssen. Angesichts der hohen Eingriffsschwelle stelle sich zudem die Frage, ob die Behandlung von durchschnittlich 31 vorläufigen und vier vertieften pro Jahr anfallenden Prüfungen nicht einen aufwendigen Leerlauf darstelle.

Zur Verbesserung der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle empfiehlt die Evaluationsgruppe eine Harmonisierung mit dem EU-Recht, insbesondere die Einführung des SIEC-Tests («Significant impediment to effective competition») anstelle des momentan angewendeten Dominance-Tests. Damit würde eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs für ein Eingreifen genügen und eine marktbeherrschende Stellung nicht mehr vorausgesetzt. Im Gegenzug sei die Effizienzeinrede für fusionierende Unternehmen zuzulassen. So würden aus Zusammenschlüssen erwachsende Effizienzen, die bei den Konsumenten anfallen, Rechnung getragen. Die allfällig erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs sowie die Effizienzen seien an einem dynamischen Konsumentenwohlstandsstandard zu messen. Wenn diese Eingreifkriterien angepasst werden, seien bei dieser Gelegenheit auch die Aufgreifkriterien und offene Fragen zu prüfen (etwa die Senkung der Schwellenwerte), namentlich um die Doppelspurigkeiten sowie Erschwernisse (etwa Unterschiede im Fristenlauf der Schweiz und der EU) bei internationalen Zusammenschlüssen zu beseitigen.

Dr. MARCEL MEINHARDT, Partner bei Lenz & Staehelin, macht auf die unnötige Kompliziertheit und Ineffizienz des schweizerischen Zusammenschlusskontrollverfahrens aufmerksam, etwa bei der Bestimmung des betroffenen Marktes in der Schweiz nach Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU bei überlappenden Märkten. Teilweise bestünde die Hauptsorge des Verfahrens im richtigen Timing im Verhältnis zum EU-Verfahren. Am Ende dieses aufwendigen Verfahrens gebe die Weko einen Zusammenschluss in aller Regel ohne Auflagen frei oder übernehme Zusagen aus der EU und damit implizit auch den SIEC-Test.

Aus anwaltlicher Sicht sei deshalb für internationale Zusammenschlüsse eine erheblich vereinfachte, formalisierte Meldung vorzusehen. Die Definition der betroffenen Märkte in Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU sei anzupassen und das Verfahren zeitlich flexibler auszugestalten; faktisch sei ein One-stop-shop für Zusammenschlüsse in der EU einzuführen. Zudem müsse der Begriff «Umsatz in der Schweiz» konkretisiert werden, Art. 9 Abs. 4 KG gestrichen oder ebenfalls konkretisiert werden und die Parteirechte eines nicht meldenden Unternehmens, welches durch den Fusionsentscheid als marktbeherrschend qualifiziert wird, festgelegt werden.

Gemessen an diesen praktischen Bedürfnissen stimmt MEINHARDT den Empfehlungen des Evaluationsberichts in vielen Teilen nicht zu. Tiefere Aufgreifkriterien würden sich nicht rechtfertigen; es fehle dazu an bekannten Fällen, in denen ein problematischer Zusammenschluss nicht gemeldet werden musste. Tiefere Eingreifkriterien seien ebenfalls nicht notwendig. Einerseits werde der SIEC-Test schon heute faktisch in der Mehrzahl der Fälle (rechtswidrigerweise) angewandt. Andererseits stelle sich die Frage, ob eine permissive Zusammenschlusskontrolle aus Sicht der Schweiz wirklich problematisch ist. Auch die fakultative Beurteilung nicht meldepflichtiger Zusammenschlüsse (wie etwa in Grossbritannien) sei aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen. Insgesamt gelte es zu beachten, dass die Zusammenschlusskontrolle einen der schärfsten Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit darstelle. Insbesondere mit Blick auf eine auch nach dem Zusammenschluss mögliche Verhaltenskontrolle sollte diese Eingriffsmöglichkeit deshalb nicht leichtfertig ausgeweitet werden.

Entgegen dem Evaluationsbericht fordert MEINHARDT vordringlich nicht eine schärfere Regelung; es seien stattdessen klare Normen für eine möglichst grosse Rechtssicherheit angebracht. Vor allem bestehe aber, in Übereinstimmung mit dem Evaluationsbericht, das Bedürfnis nach einem effizienten und praxistauglichen Verfahren.

V. Paneldiskussion

Die Revision des Kartellgesetzes wurde zum Abschluss der Tagung von Mitgliedern der Weko, der Evaluationsgruppe, des Bundesverwaltungsgerichts und Unternehmensjuristen anlässlich einer offenen Paneldiskussion unter Leitung von HOFFET und KOBEL engagiert debattiert.

Prof. Dr. RAINER BECHTOLD, Partner bei Gleiss Lutz, wirft die Frage der politischen Unabhängigkeit der Weko auf und weist darauf hin, dass es trotz der gewünschten Unabhängigkeit der Weko problematisch sein könne, wenn Beamte politisch relevante Entscheide fällen. PLETSCHER warnt jedoch davor, die Weko politisch einzugliedern, da der Staat in vielen Verfahren selbst Partei sei. Dr. CLAU-

DIA SEITZ, Legal Counsel, stellt zudem fest, dass ein möglicher Anschein von fehlender Unabhängigkeit im Hinblick auf eine etwaige Kooperation der Behörden mit dem Ausland bedenklich sein könne.

Dr. JÜRIG BORER, Partner bei Schellenberg Wittmer, kritisiert, dass das heutige Sanktionsverfahren nicht als das bezeichnet werde, was es eigentlich sei: Ein Strafverfahren mit horrenden Bussen. In diesem strafrechtlichen Bereich sei die Klärung der Zurechnungsproblematik und der Frage der Berücksichtigung einer Compliance-Defense unabdingbar. Heute sei ein Verstoss gegen das Kartellrecht quasi ein verschuldensunabhängiges Formdelikt. Die Sanktionen sollten aber präventiv wirken, und nicht die Monopolrente abschöpfen. BORER vertritt zudem die Ansicht, dass die heutigen Schwellenwerte der Zusammenschlusskontrolle nicht abgesenkt werden sollten, da die jetzigen Kriterien eine dynamische Situationsanalyse erlaubten. Dr. RETO JACOBS, Partner bei Walder Wyss, pflichtet dem bei: Bevor die Aufgreifkriterien gesenkt würden, müsste nachgewiesen werden, dass tatsächlich marktrelevante Zusammenschlüsse der Kontrolle entgangen seien – was seiner Kenntnis nach nicht der Fall ist.

PLETSCHER macht auf die Parallelen zwischen dem Kartell- und dem Aufsichtsrecht (z.B. Finma) aufmerksam. Er sieht eine Möglichkeit, die Abgrenzung zwischen Mitwirkungs- und Aussageverweigerungsrechten verfahrensübergreifend gesamtheitlich zu regeln, auch wenn dies politisch schwer durchsetzbar sei.

JACOBS pflichtet DIETRICH bei, dass eine Heilung des gemäss EMRK und BV mangelhaften Weko-Verfahrens trotz der vollen Kognition des Bundesverwaltungsgerichts nicht möglich sei, da diese Kognition nur in der Theorie existiere, sich in der Praxis jedoch auf eine Willkürprüfung beschränke und somit schlichtweg nicht ausgeübt werde. Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts müsste gemäss PLETSCHER insbesondere im Falle einer einstufigen Behörde, welche Untersuchung und Entscheidung vereine, gestärkt werden. MEINHARDT schlägt diesbezüglich vor, dass die Kognition des Gerichts auch in der praktischen Anwendung den Sachverhalt umfassen müsse und nicht auf die Prüfung des Rechts zu beschränken sei. SAID HUBER vom Bundesverwaltungsgericht unterstützt den Vorschlag, in der Weko vermehrt auch Ökonomen beizuziehen. Bereits heute zähle das Bundesverwaltungsgericht Ökonomen zu seinen Mitarbeitern, was auch bei der Weko wünschenswert sei.

BORER bezweifelt, ob ein einstufiges Gremium überhaupt personell möglich wäre. Er spricht sich für ein zweistufiges Gremium aus, wo das Sekretariat als Ankläger und der Anwalt des Unternehmens als Verteidiger auftreten und wo die Kommission als Entscheidbehörde fungiert. Die Qualitätssteigerung, die für BORER mit einem klar strukturierten Gremium zu erwarten wäre, würde zu einer Verringerung der Verfahren führen. Der Rechtsweg müsse nicht zwingend vereinfacht werden, da die noch kommende Gerichtspraxis mehr Klarheit bringen werde, selbst wenn eine Verkürzung des Rechtsweges aus Effizienzgründen durchaus Sinn machen könne. PLETSCHER weist darauf hin, dass bei einem zweistufigen Gremium auch das Sekretariat die Möglichkeit eines Rekurses haben müsste.

SEITZ weist auf das Problem der Bussenhöhe hin: Die Höhe der kartellrechtlichen Bussen sei heute nicht vorhersehbar, sodass der Bestimmtheitsgrundsatz verletzt werde. BECHTOLD bestätigt dies und verweist in diesem Zusammenhang auf die Schwierigkeit, ein Verfahren durch einen Vergleich zu beenden, solange die Höhe der Bussen nicht festgelegt sei, da die Unternehmen nicht abschätzen könnten, ob ein Vergleich für sie überhaupt von Vorteil sei.

HOFFET wirft abschliessend die Frage nach dem Sinn einer Schweizer Zusammenschlusskontrolle auf, da sich die Rolle der Weko oftmals auf den Nachvollzug der europäischen Entscheide beschränke. BECHTOLD bestätigt, dass die Sinnfrage angesichts des weitgehenden Gleichlaufs der Entscheide zwischen EU-Kommission und Weko gestellt werden müsse. Gegebenenfalls sei die Untersuchung der Weko auf die tatsächlichen Auswirkungen auf den Schweizer Markt zu beschränken; dafür sei es nicht erforderlich, den Vollzug eines internationalen Zusammenschlusses insgesamt durch ein schweizerisches Vollzugsverbot aufzuschieben. BORER wirft ein, dass die Rekurskommission der Weko in einem früheren Entscheid bereits das Auswirkungsprinzip eingeführt hatte und nur bei Relevanz für den Schweizer Markt eingriff, was jedoch vom Bundesgericht aufgehoben wurde.

Hier sei auf die alte Praxis zurückzukommen. PLETSCHER weist auf die Signal- und Präventivwirkung einer schweizerischen Zusammenschlusskontrolle hin, was gegen eine Abschaffung spreche. CORAZZA macht darauf aufmerksam, dass die Abschaffung der Fusionskontrolle ein falsches Signal senden würde und eine Aufgabenabgabe an die EU politisch kaum tragbar wäre. Eine permissive Zusammenschlusskontrolle könne nur mit grossen Vorbehalten durch eine Verhaltenskontrolle kompensiert werden.

* lic. iur., Zürich.

** MLaw, Zürich.