Aspekte der Kartellgesetzrevision

Peter Hettich, lic. iur. HSG, St. Gallen
Stephan Winkler, lic. iur. HSG, St. Gallen*

** *AJP/PJA 2001 Seite 675* **

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage ... 1
2. Revisionsbestrebungen ... 2
3. Verfassungsrechtliche Aspekte ... 2
3.1. Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Auftrags zur Wettbewerbspolitik ... 3
3.2. Beurteilung der vorgeschlagenen Regelungen hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Auftrags ... 4
3.2.1. Gesetzliche Grundlage ... 5
3.2.2. Verhältnismässigkeit ... 6
3.2.3. Rechtsschutz und verfassungstreue Anwendung ... 7
4. Wettbewerbliche Würdigung des Entwurfs ... 8
4.1. Einführung direkter Sanktionen ... 8
4.1.1. Ökonomische Analyse ... 8
4.1.2. Schwächen der geltenden Sanktionsordnung ... 9
4.1.3. Wettbewerbspolitische Würdigung ... 10
4.2. Ambivalenter Charakter der direkten Sanktionen ... 11
4.2.1. Kronzeugenregelung ... 12
4.2.2. Neustrukturierung der Wettbewerbskommission ... 13
5. Schlussbemerkungen ... 14

1. Ausgangslage

Mit dem Kartellgesetz vom 6.10.1995[1] wurde ein modernes, konsequent dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs verpflichtetes Gesetz geschaffen. Im Gegensatz zu seinen Vorgängern enthält es griffige materielle Regelungen zur Bekämpfung von Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG), missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) und wettbewerbsgefährdenden Veränderungen der Marktstruktur durch Zusammenschlüsse (Art. 10 KG).[2] Die Wirksamkeit des Kartellgesetzes wird jedoch beschränkt durch den zugrundeliegenden Missbrauchsansatz, der ein per-se-Verbot von Kartellen ausschliesst; weiter ist es nicht möglich, unzulässiges und somit volkswirtschaftlich oder sozial schädliches Verhalten direkt zu sanktionieren oder die von den Unternehmen während der Dauer der Wettbewerbsbeschränkung erwirtschaftete

---

* Für die kritische Durchsicht des Manuskripts danken wir herzlich Prof. Dr. Christian J. Meier-Schatz.

1 BG vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), SR 251.

2 Ausführlich dazu z.B. AJP-Sondernummer 7/1996.

Kartellrente abzuschöpfen. Bussen können nur im Wiederholungsfall, bei Missachtung einer Verfügung der Wettbewerbskommission (Art. 30 KG) verhängt werden (Art. 50 KG).[3]

2. Revisionsbestrebungen

Hauptpunkte des vorliegenden Revisionsentwurfs sind die Einführung direkter Sanktionen, die Änderung der Zusammensetzung der Wettbewerbskommission (Weko) sowie die Streichung der speziellen Aufgreifkriterien bei Zusammenschlüssen von Medienunternehmen.[4] Ausgeklammert wird die Frage der Zulässigkeit von Parallelimporten patentrechtlich geschützter Produkte.

Gemäss Art. 49a VE sollen Unternehmen, die an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG (sog. harte Kartelle) beteiligt sind oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhalten (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung), mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. Dabei ist neben Dauer und Schwere der Wettbewerbsbeschränkung der durch das unzulässige Verhalten erzielte Gewinn zu berücksichtigen. Reduziert oder entfallen soll die Belastung, wenn sich das Unternehmen bei Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung kooperativ zeigt ("Kronzeugenregelung"). Entfallen soll die Belastung auch bei vorgängiger Meldung der Wettbewerbsbeschränkung oder bei Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach Art. 8 KG.

Die Wettbewerbskommission, in der heute neun Unabhängige, fünf Branchenvertreter und ein Vertreter des Bundes Einsitz haben, soll nach Art. 18 Abs. 2 VE künftig nur noch aus sieben unabhängigen Sachverständigen bestehen. Aufgrund der Vernehmlassung will der Bundesrat nun auf diesen Vorschlag verzichten.

3. Verfassungsrechtliche Aspekte

Ausgangspunkt einer verfassungsrechtlichen Prüfung des Instruments direkter Sanktionen bildet die geltende Wirtschaftsverfassung, "namentlich der ordnungspolitische Grundentscheid für eine prinzipiell wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft (Art. 27 i.V. m. Art. 94 und 96 BV)".[5]

Danach entscheidet sich der Verfassungsgeber für eine Wirtschaftsordnung, die grundsätzlich den Privaten obliegt, also grundsätzlich "jede Lenkung der Wirtschaft durch den Staat ausschliesst".[6] Des weiteren ist der Verfassung zu entnehmen, dass "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" unerwünscht und dementsprechend zu bekämpfen sind.[7] Dies bedeutet nicht, dass Gruppenvereinbarungen,

---

3 Dazu OECD, Economic Surveys -- Switzerland (December 2000), Paris 2000, 78; Erläuternder Bericht vom 18.9.2000 zum Vorentwurf für eine Änderung des Kartellgesetzes, 4 f.; Schlussbericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle vom 11.10.2000 zum Kartellrecht: Standortbestimmung, 17 ff.

4 Der Problemkreis "Medienkonzentration" wird jedoch von Art. 67 f. VE RTVG teilweise wieder aufgegriffen.

5 Klaus A. Vallender/Peter Hettich, Ausgewählte Erlasse zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht -- mit einer einführenden Wegleitung sowie Hinweisen auf Literatur und Praxis, Bern 2001, 3. Ausführlich zum ordnungspolitischen Grundentscheid Klaus A. Vallender/Marc D. Veit, Skizze des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, ZBJV Sonderband 135ter, Bern 1999, 22 f. Vgl. weiter Jörg P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Bern 1999, 637; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse -- Vol. II: Les droits fondamentaux, Bern 2000, 317, 339; René A. Rhinow, Kommentar BV zu Art. 31bis, N 187; Fritz Gygi/Paul Richli, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. A., Bern 1997, 61, 149; Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., 294.

6 J.P. Müller (FN 5), 637 f.

7 Vgl. K.A. Vallender, Grundzüge der "neuen" Wirtschaftsverfassung, AJP/PJA 1999, 677 ff., 684.

beispielsweise in Form von Kartellverträgen, generell unzulässig wären.[8] Kartelle, die nicht volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind, geniessen den Schutz der Wirtschaftsfreiheit (begrenzte Kartellfreiheit).[9] Der Kartellgesetzgeber hat sich um "Herstellung praktischer Konkordanz" zwischen institutioneller und individualrechtlicher Dimension der Wirtschaftsfreiheit zu bemühen.[10]

Gemäss den allgemeinen Grundsätzen müssen sich (repressive) Sanktionen auf eine hinreichende Kompetenz sowie auf eine genügend bestimmte, generell-abstrakte Norm stützen können. Weiter ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren.[11] Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine Prüfung auf Verfassungsmässigkeit der vorgeschlagenen Regelung hier nur in abstrakter Weise erfolgen kann. Analog den Grundsätzen, die das Bundesgericht für die abstrakte Normenkontrolle entwickelt hat, ist eine Norm nicht leichthin als verfassungswidrig zu qualifizieren. Massgebend ist, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sie mit den Verfassungsgarantien vereinbar erscheinen lässt. Abzuklären sind dabei die Tragweite eines Grundrechtseingriffs, die Gewährleistung eines hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutzes im konkreten Fall und die Wahrscheinlichkeit verfassungstreuer Anwendung.[12] Bei Revision eines Erlasses sind auch bestehende Normen, denen durch die Änderung eine veränderte Bedeutung zukommt, verfassungsrechtlich zu prüfen.[13]

3.1. Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Auftrags zur Wettbewerbspolitik

Art. 96 Abs. 1 BV verpflichtet den Bundesgesetzgeber, Vorschriften "gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" zu erlassen.[14] Durch Auslegung dieser Kompetenznorm ergibt sich folgender verfassungsrechtlicher Rahmen für den Kartellgesetzgeber: Hinsichtlich des Geltungsbereichs werden "Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen" erfasst.[15] Hinsichtlich Zielrichtung sollen "volkswirtschaftlich oder

---

8 Vgl. J.P. Müller (FN 5), 637 Fn. 25; F. Gygi/P. Richli (FN 5), 56; K.A. Vallender, Die Konzeption der Wirtschaftsfreiheit, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen -- FS Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, 891 ff., 897 f.

9 Vgl. K.A. Vallender, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 3. A., Bern 1995, 168; Leo Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. A., Bern 1994, 472; R. Rhinow (FN 5), N 187; René Rhinow/Giovanni Biaggini, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Roger Zäch/Peter Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, 93 ff., 97 f.; Y. Hangartner, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts -- Bd. II: Grundrechte, Zürich 1982, 131; Etienne Grisel, Liberté du commerce et de l'industrie -- Vol. II: Partie spéciale, Bern 1995, 175 f.

10 Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. A., Heidelberg 1995, N 317 f.; R. Rhinow (FN 5), N 195; R. Rhinow/G. Biaggini (FN 9), 100.

11 Vgl. Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung -- Bd. I: Allgemeiner Teil, 6. A., 1986, 297; Ulrich Häfelin/GeorgMüller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998, N 916 ff., 943; Pierre Moor, Droit administratif -- Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, Bern 1991, 90 f.; F. Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, 318 ff.

12 BGE 124 I 150 f.; 124 I 14; 123 I 116 f.; 118 Ia 433; 116 Ia 380; 114 Ia 354; 113 Ia 131; 111 Ia 25. Dazu Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern 1994, 198 f.

13 BGE 122 I 224; 110 Ia 12; 108 Ia 130. Vgl. W. Kälin (FN 12), 349 f.

14 Mit der Verfassungsreform 1999 wurde klargestellt, dass Ziel der Wettbewerbspolitik die Sicherung einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung ist; sie dient der Stützung und Stärkung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit und steht daher im Einklang mit Art. 27 BV. Die Kontroverse um Rolle und Bedeutung des Kartellartikels (Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV) wurde damit beendet; vgl. dazu Botschaft BV (FN 5), 301; R. Rhinow (FN 5), N 185, 194 f.; K.A. Vallender/M.D. Veit (FN 5), 25; J.P. Müller (FN 5), 657; F. Gygi/P. Richli (FN 5), 155.

15 Das Kartellgesetz konkretisiert den verfassungsrechtlichen Geltungsbereich, indem es Wettbewerbsabreden, Ausübung von Marktmacht und Unternehmenszusammenschlüsse erfasst (Art. 2 Abs. 1 KG). Vgl. weiter L. Schürmann (FN 9), 469; R. Rhinow (FN 5), N 204 ff.

sozial schädliche Auswirkungen" verhindert werden. Eine nähere Umschreibung dieses Ziels oder Hinweise auf das zulässige Instrumentarium lässt der Verfassungstext vermissen. Immerhin lässt sich dem Verfassungstext nach der h.L. entnehmen, dass dem Gesetzgeber die Einführung eines generellen Kartellverbots untersagt ist, geht doch der Verfassungstext implizit auch von der Existenz volkswirtschaftlich oder sozial nicht schädlicher Kartelle aus, deren Bekämpfung dem Kartellgesetzgeber verwehrt ist (sog. "Missbrauchsgesetzgebung",

*** AJP/PJA 2001 Seite 677 ***

"Verbot der Verbotsgesetzgebung").[16] Nach dem Gesagten wird deutlich, dass die Umschreibung "volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen" im Wesentlichen dem Gesetzgeber überlassen ist. "Insbesondere verzichtet der Verfassungstext darauf, dem Gesetzgeber die Verwendung bestimmter Mittel vorzuschreiben oder ihm bestimmte Mittel vorzuenthalten".[17] So soll es nach h.L. dem Gesetzgeber auch nicht verwehrt sein, vorbeugend gegen gewisse Arten von Kartellen vorzugehen, beispielsweise ein selektives Kartellverbot zu verhängen, sofern dieses Mittel zielkonform und verhältnismässig eingesetzt würde.[18] "Der Gesetzmässigkeitsgrundsatz, in Verbindung mit dem Gleichbehandlungsgebot und der Rechtssicherheit (verlangt), dass dafür gesorgt wird, dass die einzelnen ihren verwaltungsrechtlichen Pflichten nachkommen."[19] Mit dem Auftrag zur Kartellgesetzgebung einher geht demgemäss der Auftrag zur Durchsetzung der vom Gesetzgeber geschaffenen Ordnung, sei es mittels unmittelbarem Zwang, repressiven Sanktionen etc.

Der Gesetzgeber hat den verfassungsrechtlichen Schädlichkeitsbegriff in Art. 5 (Wettbewerbsabreden), Art. 7 (Missbrauch von Marktmacht) und Art. 10 KG (Unternehmenszusammenschlüsse) konkretisiert. Nur in Ausnahmefällen können nach diesen Bestimmungen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen – z.B. Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 2 KG) – zugelassen werden (Art. 8 bzw. 11 KG). Hinsichtlich des Instrumentariums hat der Gesetzgeber für einzelne kartellrechtliche Tatbestände die (widerlegbare) Vermutung eingeführt, dass durch diese der wirksame Wettbewerb auf einem Markt beseitigt wird, die Abreden also i.d.R. als "volkswirtschaftlich oder sozial schädlich" zu beurteilen sind (Art. 5 Abs. 3 KG).

3.2. Beurteilung der vorgeschlagenen Regelungen hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Auftrags

Die in Art. 49a VE vorgeschlagene Regelung knüpft an dem – vom Gesetzgeber in zulässiger Weise konkretisierten – verfassungsrechtlichen Schädlichkeitsbegriff an und belegt Unternehmen, die an einer als unzulässig erklärten Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 3 oder Art. 7 KG

---

16 Vgl. R. Rhinow (FN 5), N 208 ff.; L. Schürmann (FN 9), 469; F. Gygi, Verfassungsrechtliche Richtpunkte einer schweizerischen Kartellgesetzgebung, in: F. Gygi (Hrsg.), Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Bern 1986, 141 ff., 156; K.A. Vallender (FN 9), 169; P. Richli, Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze, Bern 1983, 126; R. Rhinow/G. Biaggini (FN 9), 101; L. Schürmann, Der Kartellartikel der Bundesverfassung, WuR 1958, 181 ff., 199.

17 René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998, 431.

18 Vgl. F. Gygi (FN 16), 157; R. Rhinow/G. Biaggini (FN 9), 103 f.; K.A. Vallender (FN 9), 171; L. Schürmann (FN 9), 469. Auch ein Blick in die Materialien bestätigt diese Auffassung; vgl. Botschaft BV (FN 5), 301 und Votum Pierre Aeby (Berichterstatter), Amtl. Bull. S 1998, 89 f. (Sonderdruck Reform BV): "Il convient tout de même de rappeler ici qu'en matière de cartels, la marge d'action du législateur, c'est-à-dire du Parlement, est tout à fait importante. Le Parlement pourrait notamment, dans certain cas, en application de cet article, utiliser l'instrument de l'interdiction des cartels". Ferner Botschaft vom 23. November 1994 zu einem BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., 635.

19 F. Gygi (FN 11), 318. Vgl. weiter P. Moor (FN 11), 63 f.; U. Häfelin/G. Müller (FN 11), N 913.

beteiligt sind, mit einer verwaltungsrechtlichen Sanktion. Die Sanktionierung dieser unzulässigen Verhaltensweisen wird durch den Verfassungsauftrag "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" zu verhindern, gedeckt.[20] Ob die Sanktionierung unmittelbar an durch Rechtssatz begründete Pflichten oder -- wie bisher -- an eine den Rechtssatz konkretisierende Verfügung anknüpft, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.[21]

3.2.1. Gesetzliche Grundlage

Die Sanktionsnorm muss genügend bestimmt, d.h. so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.[22] Anzumerken ist, dass mit der Intensität des Eingriffs auch die Anforderungen an die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien steigen.[23] Nach dem Gesagten mag der -- entsprechend dem europäischen Recht gestaltete[24] -- weite Ermessenspielraum der Weko für die Bemessung einer Sanktion erstaunen. Dieser Sanktionsrahmen soll auch in schwerwiegenden Fällen eine abschreckende Wirkung gewährleisten, in geringfügigen Fällen aber die Belastung mit Beträgen von lediglich symbolhaftem Charakter ermöglichen. Die Höhe der Sanktion soll sich nach der Dauer und der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung unter Berücksichtigung der erzielten Kartellrente bemessen.[25] Dadurch wird u.E. der Spielraum der Wettbewerbsbehörden bei der

Bestimmung der Sanktionshöhe kaum eingeschränkt, was unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebots zumindest fragwürdig scheint. Analog zum europäischen Recht ist eine Konkretisierung von Art. 49a VE – u.U. durch Erlass einer entsprechenden Verordnung (Art. 60 KG) – angebracht.[26] So hat die Europäische Kommission neben Kriterien zur Ermittlung von "Schwere" und "Dauer" des Verstosses auch zu berücksichtigende "erschwerende" und "mildernde Umstände" publiziert.[27] Zudem sieht die Kommission bei fehlenden Präzedenzfällen, die das beanstandete

---

20 Allgemein dazu R. Rhinow (FN 5), N 195; J.P. Müller (FN 5), 657; R. Rhinow/G. Biaggini (FN 9), 100.

21 Vgl. U. Häfelin/G. Müller (FN 11), N 915a f.; P. Moor (FN 11), 68; F. Gigy (FN 11), 119.

22 BGE 109 Ia 283 ; dazu P. Moor (FN 11), 65; U. Häfelin/G. Müller (FN 11), N 309 ff., 918; Thomas Cottier, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, 2. A., Chur/Zürich 1991, 68 ff.

23 Vgl. K.A. Vallender (FN 8), 901.

24 Nach Art. 15 Abs. 2 VO Nr. 17 des Rates vom 6.2.1962 kann die Europäische Kommission durch Entscheidung Geldbussen bis zu 10% des von dem einzelnen an der Zuwiderhandlung gegen Art. 81 und 82 EGV beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festsetzen. Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbusse ist neben der Schwere des Verstosses auch die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen.

25 Vgl. erläuternder Bericht (FN 3), 7.

26 So wurden denn auch in der neueren Praxis zu Art. 51 Abs. 1 KG von der Weko Kriterien für die Bemessung der Höhe einer Sanktion eingeführt. Bei Verletzung der Meldepflicht nach Art. 9 KG wird die Bedeutung des Unternehmens, das die Meldepflicht verletzt hat, auf dem Markt (Kriterium I, Basisbetrag); die potenzielle Gefahr des Zusammenschlusses für den Wettbewerb (Vorhandensein betroffener Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU, Kriterium II, führt zu Erhöhung oder Verminderung des Basisbetrags) sowie die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG (Kriterium III, führt zu einer zusätzlichen Erhöhung oder Verminderung) berücksichtigt; vgl. RPW 2000, 262; 1998, 619.

27 "Erschwerend" wirken sich danach Offenkundigkeit des Missbrauchscharakters, Intensität der Wettbewerbsverfälschung, wiederholte Verstösse desselben Unternehmens sowie Schädigungs- oder Ausbeutungsabsicht aus. Als "mildernde Umstände" werden vor allem eine besonders schwierige und verlustreiche Situation, kooperatives Verhalten während des Verfahrens oder der Nachweis berechtigter Zweifel des Unternehmens an der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens angesehen. Vgl. die Leitlinien für

Verhalten klar als missbräuchlich erscheinen lassen, i.d.R. ganz von der Verhängung eines Bussgelds ab.[28] Die Berücksichtigung der "konkreten Umstände" bei der Bemessung von Sanktionen wird -- trotz nach schweizerischer Lehre fehlender Schuldfähigkeit der juristischen Person -- denn auch in den Materialien gefordert.[29] Angesichts der potentiellen Höhe der Sanktion, die kaum noch als ordnungsbussen-ähnliche Bagatellstrafe bezeichnet werden kann, erscheint die ausschliessliche Berücksichtigung objektiver Kriterien, ohne Einbezug des Schuldmoments, bei der Sanktionenbemessung als stossend.[30] Eine Anlehnung an die Leitlinien der Europäischen Kommission erscheint hier nicht nur angesichts der wesentlich reicheren Praxis in der EU als angebracht und würde die Rechtssicherheit der Wirtschaftssubjekte zusätzlich erhöhen.[31]

3.2.2. Verhältnismässigkeit

Nach dem Gesagten erscheint die Verhängung von Sanktionen direkt mit dem Unzulässigkeitsentscheid als geeignetes Mittel, die Durchsetzungskraft der materiellrechtlichen Kartellbestimmungen zu erhöhen und so den verfassungsrechtlichen Auftrag -- die Verhinderung "volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" -- besser als bisher zu erfüllen. Die Erforderlichkeit der Massnahme wird sich hingegen erst im Zuge der Praxis -- anhand der Höhe der verhängten Sanktionen -- beurteilen lassen.[32] Die Schärfe direkter Sanktionen wird durch verschiedene Aspekte gemildert. Zunächst können die Unternehmen durch vorgängige, freiwillige Meldung einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 3 oder Art. 7 KG der Belastung durch eine Sanktion entgehen (Art. 49a Abs. 3 lit. a VE).[33] Diese Regelung ist im Grundsatz zu begrüssen, macht aber im Falle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen aus Praktikabilitätsgründen wenig Sinn -- so ist auch im Recht der EU keine Meldepflicht für Verhalten marktbeherrschender

---

das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, die gemäss Art. 15 Abs. 2 VO Nr. 17 und gemäss Art. 65 Abs. 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, AblEG 1998 C9/03, Ziff. 2 und 3.

28 Vgl. Christian H.A. Jung, Kommentar zu Art. 82 EGV, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München 2000, N 275; vgl. weiter Wernhard Möschel, Kommentar zu Art. 86 EGV, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, München 1997, N 23.

29 Vgl. Botschaft KG (FN 18), 621. Dagegen stellt die Weko in ihrer neueren Praxis ebenfalls unter Berufung auf die Materialien (Botschaft KG (Anm. 18), 619) nur noch auf objektive Kriterien bei der Bemessung einer Sanktion ab (RPW 1998, 618 und 2000, 262); diese Ausgestaltung von Art. 50 ff. KG findet in der Lehre denn auch Kritik: vgl. Sandra Lütolf, Strafbarkeit der juristischen Person, Zürich 1997, 237 f. Hingegen ist nach dem Wettbewerbsrecht der EU ausdrücklich die Schuld der juristischen Person bei der Sanktionenbemessung zu berücksichtigen (Art. 15 Abs. 2 VO Nr. 17: "...wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig..."). Ausführlich dazu Gerhard Dannecker, Kommentar zu Art. 15 VO Nr. 17, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, München 1997, N 162 ff.

30 A.M. Weko, RPW 1998, 617 f., unter Hinweis auf BGE 101 Ib 33 ff., 36 (=Pra 64, 103), wo allerdings zur Ausfällung einer Ordnungsbusse bei fehlendem Verschulden ausgeführt wird: "On peut certes hésiter quant au bien-fondé de la jurisprudence précitée, tant choque l'idée qu'une sanction puisse intervenir là où aucune faute n'a été commise". Leider ging die Reko/Wef in einem neueren Entscheid nicht auf eine entsprechende Rüge der Parteien ein (RPW 2000, 690 ff., 693).

31 Gl. M. Patrik Ducrey, Kommentar zu Art. 50 KG, in: Eric Homburger et al. (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich seit 1996, N 15.

32 Vgl. R. Rhinow/G. Biaggini (FN 9), 127.

33 In der EU statuiert Art. 4 VO Nr. 17 eine Meldepflicht für Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 81 Abs. 1 EGV, welche die Freistellungsmöglichkeit nach Art. 81 Abs. 3 EGV in Anspruch nehmen wollen. Die Meldepflicht soll im Zuge der laufenden Revision von VO Nr. 17 wegfallen. Gemäss dem Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung von Art. 85 und 86 EGV, 9 lasse sich in einer stark gewachsenen Gemeinschaft das zentralisierte Kontrollsystem durch die Kommission nicht mehr effizient aufrechterhalten.

Unternehmen vorgesehen.[34] Es ist Unternehmen i.d.R. nicht zuzumuten, für ihre Handlungen das Placet der Weko einzuholen. Dennoch kann aufgrund der Schädlichkeit des Missbrauchs von Marktmacht für den Wettbewerb auf eine

*** AJP/PJA 2001 Seite 679 ***

Sanktionierungsmöglichkeit für nach Art. 7 KG unzulässiges Verhalten nicht verzichtet werden.[35] Immerhin sollte u.E. zur Wahrung der Rechtssicherheit -- wie schon oben angemerkt -- eine direkte Sanktionierung dieser Verhalten nur bei offensichtlicher Missbräuchlichkeit oder Vorliegen einer gesicherten Praxis der Weko erfolgen.[36] Der Verfassungsgrundsatz des Rückwirkungsverbots verhindert zudem eine Verhängung von Sanktionen wegen Sachverhalten, die sich vor Inkrafttreten der Sanktionsregelung ereignet haben.[37]

3.2.3. Rechtsschutz und verfassungstreue Anwendung

Die Wettbewerbskommission hat in ihrer bisherigen Praxis das zur Verfügung stehende Instrumentarium auftragsgemäss und verhältnismässig eingesetzt. Weder die Handhabung der "Schädlichkeitsvermutung" gemäss Art. 5 Abs. 3 KG[38] noch die bisher ausgesprochenen Sanktionen gemäss Art. 50 ff. KG[39] lassen Zweifel zu, dass die Weko den von der Verfassung gesteckten Rahmen -- die Bekämpfung "volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen" – aus den Augen verloren haben könnte. Anlaufprobleme bei der Handhabung des Verfahrens – dies zeigt die hohe Zahl durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko/Wef) gutgeheissener Beschwerden -- namentlich im Bereich der Akteneinsicht, der Gewährung des rechtlichen Gehörs und der rechtsgenüglichen Begründung ihrer Verfügungen, sollen weitgehend behoben sein.[40] Gerade dieser Umstand lässt darauf schliessen, dass die Gewährleistung eines rechtstaatlichen Verfahrens insgesamt durch die Weiterzugsmöglichkeit von Verfügungen an die Reko/Wef (Art. 53 Abs. 2 KG) und das Bundesgericht (Art. 98 lit. e OG) gegeben ist. Die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde verhindert zudem die Belastung eines Unternehmens aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung, deren "Schädlichkeit" nicht rechtswirksam festgestellt worden ist (Art. 55 VwVG bzw. Art. 111 Abs. 1

---

34 Vgl. Ch.H.A. Jung (FN 28), N 13 f.

35 Vgl. zur Schädlichkeit missbräuchlichen Verhaltens Markus Ruffner, Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht, Zürich 1990, 249 f. und passim.

36 Aufgrund der reichen europäischen Entscheidungspraxis hatte der EuGH bereits 1979 Art. 82 EGV bei weitem bestimmt genug gehalten, um unter dem Aspekt der Rechtssicherheit als wirksame Grundlage für die Verhängung von Geldbussen zu dienen; EuGH Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461 N 131 ff.

37 Aus Gründen der Rechtssicherheit sind analog Art. 5 VO Nr. 17 Fristen für die Anmeldung bestehender wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen vorzusehen. Zum Rückwirkungsverbot im Allgemeinen vgl. U. Häfelin/G. Müller (FN 11), N 266 ff., bzw. zur Praktizierung desselben in der EU G. Dannecker (FN 29), N 36 ff.

38 Vermutung widerlegt: RPW 1999, 234 f.; 1998, 187; 1998, 25. Nicht widerlegt: RPW 2000, 618; 2000, 361, 387; 2000, 192 f.; 1999, 458; 1998, 389 (aufgehoben durch Reko/Wef (RPW 1999, 503)); 1997, 486; 1997, 476; 1997, 342 f.

39 Bei der Verhängung von Sanktionen nach Art. 51 KG blieb die Weko bisher im unteren Bereich des Strafrahmens; vgl. RPW 2000, 257 ff. (Unterlassung der Meldung, keine Angaben zur Höhe der Sanktion); 1998, 613 ff. (Unterlassung der Meldung, Sanktion von CHF 68400 (6.8% des Strafrahmens ausgeschöpft)); 1998, 98 ff. (vorzeitiger Vollzug, Sanktion von je CHF 60000 (6%), aufgehoben durch Reko/Wef (RPW 2000, 690 ff.)); 1998, 92 ff. (Unterlassung der Meldung, Sanktion von CHF 5000 (0.5%)); 1997, 237 ff. (Unterlassung der Meldung, Sanktion von CHF 10000 und CHF 5000 (1% und 0.5%), aufgehoben durch Reko/Wef (RPW 1998, 460 ff.), Verfahren eingestellt (RPW 1998, 620)).

40 Vgl. dazu Y. Hangartner, Gutachten vom 12.7.2000 betreffend die Verfügungen der Wettbewerbskommission, RPW 2000, 532 ff.

OG). Anzumerken bleibt, dass die Unternehmen Anspruch auf Beurteilung ihrer Sache innert angemessener Frist haben (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK).

4. Wettbewerbliche Würdigung des Entwurfs

4.1. Einführung direkter Sanktionen

4.1.1. Ökonomische Analyse

Von einem ökonomischen Ansatz aus betrachtet, stellt sich die Frage, welche Wirkungen die Einführung von direkten Sanktionen tatsächlich zur Folge haben und wie man diese Folgen aus wettbewerbspolitischer Sicht beurteilen kann. Mit der Einführung von direkten Sanktionen bei kartellrechtlichen Verstössen soll vorab die Wirksamkeit des Kartellgesetzes vergrössert werden, indem im Bereich der besonders bedenklichen Wettbewerbsbeschränkungen die Präventivwirkung des Gesetzes entscheidend erhöht wird.[41] Dieses Ziel kann nur dann erreicht werden, wenn die Unternehmen hinreichend rational sind. Geht man von dem -- einem ökonomischen Denkstil zugrundeliegenden -- methodologischen Individualismus aus, so handeln die Akteure aus eigenem Antrieb, ihre Entscheidungen sind rational und dienen der Befriedigung der auftretenden Wünsche.[42] Menschliche Handlungen bzw. Handlungen von

Unternehmen (i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KG) werden somit durch Anreize (Opportunitätskostendifferenzen) gesteuert. Dies gilt auch für illegale Handlungen.[43] Demnach wird ein (rational handelndes) Unternehmen dann gegen das Kartellgesetz verstossen, wenn der aus den Wettbewerbsabsprachen oder dem missbräuchlichen Verhalten resultierende Nutzen denjenigen Nutzen übersteigt, der aus einer alternativen (legalen) Verwendung der Zeit und sonstigen Ressourcen erreicht werden könnte.[44] Die Unternehmen stellen vor einem kartellrechtlichen Verstoss die erwarteten Nutzen und Kosten einer Wettbewerbsbeschränkung gegenüber und wählen diejenige Handlungsalternative, die ihren Nutzen maximiert. Ist der Netto-Nutzen aus einer Beschränkung des Wettbewerbs kleiner als die erwartete Busse, wird nicht gegen das Kartellgesetz verstossen.[45] Eine

---

41 Vgl. erläuternder Bericht (FN 3), 1. Gemäss der parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle fehlt dem Kartellgesetz die Abschreckungswirkung sogar gänzlich; Schlussbericht (FN 3), 17. Vgl. hierzu auch Friedrich L. Hausmann, Staatliche Kartellrechtsdurchsetzungen im internationalen Vergleich, Bonn 1998, 154 f.

42 Diese Gesetzeshypothese wird in fast allen Anwendungsbereichen der Wirtschaftswissenschaften (in weiterem Sinne), so auch bei der Analyse von Rechtsnormen eingesetzt: Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Hamburg 2000, 55 f. Vgl. zum methodologischen Individualismus Peter Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts -- politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, Tübingen 1986, 34 ff.; Gebhard Kirchgässner, Homo Oeconomicus, 2. A., Tübingen 2000, 23 ff. und passim. Vgl. zur Axiomatik rationaler Entscheidungen Andreu Mas-Colell/Michael D. Whinston/Jerry R. Green, Microeconomic Theory, Oxford 1995, 6 ff.

43 Vgl. Daniel J. Curran/Claire M. Renzetti, Theories of Crime, Needham Heights 1994, 7 f.

44 "Some persons become 'criminals' not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ"; Gary S. Becker, Crime and Punishment -- An Economic Approach, Journal of Political Economy 1968, 169 ff., 176; vgl. auch Henning Curti, Abschreckung durch Strafe -- Eine ökonomische Analyse der Kriminalität, Wiesbaden 1999, 27 f.

45 Seien p die Wahrscheinlichkeit, erwischt zu werden, f die Höhe der Sanktion und y der Wert der Kartellrente für das Unternehmen, dann gilt für den Fall, dass der Nutzen durch eine Wettbewerbsabsprache durch die Höhe der Kartellrente für das Unternehmen gemessen wird: U = y-p*f = Nutzen aus wettbewerbsbeschränkenden Verhalten. Sei x der Gewinn des Unternehmens, der ohne Wettbewerbsabsprache erwirtschaftet würde, dann wird das Unternehmen gegen das Kartellgesetz verstossen, wenn y-p*f-x > 0. Der Gewinn des Unternehmens ohne Wettbewerbsabsprache (x) wird hier als

Änderung des "Preises" für ein kartellrechtliches Vergehen kann somit die Unternehmen in ihrem Verhalten beeinflussen. In diesem ökonomischen Lichte betrachtet erhellt sich die präventive Wirkung der direkten Sanktionen deutlich. Die Präventivwirkung der direkten Sanktionen wird mit Blick auf die Publizitätswirkung der Unternehmensbussen sogar erhöht. So reagieren beispielsweise die Börsenkurse unmittelbar auf hohe Unternehmensgeldbussen.[46]

4.1.2. Schwächen der geltenden Sanktionsordnung

Sieht man jedoch, wie im heute geltenden Kartellgesetz, von direkten Sanktionen ab, so können sich Unternehmen kartellistisch organisieren, ohne zunächst mit gravierenden Sanktionen rechnen zu müssen. Vielmehr können die ungerechtfertigt vereinnahmten Gewinne, welche bis zur Feststellung der Unzulässigkeit der entsprechenden Verhaltensweise durch die Weko erzielt werden, von den Unternehmen als Kartellrente abgeschöpft werden.[47] Wird zudem gegen eine Verfügung der Weko bei der Reko/Wef Beschwerde erhoben, so kann der Eintritt der Rechtskraft um Jahre hinausgezögert werden. Mit einer "geschickten" Verfahrensführung steht den beteiligten Unternehmen somit ein Zeitrahmen von einem bis vier Jahren nach Aufdeckung der wettbewerbsbeschränkenden Abrede zur Verfügung.[48] Die Kartellrente kann während dieser Zeit gleichwohl abgeschöpft werden. In der Praxis ist auch festzustellen, dass wettbewerbsbehördliche Entscheide vielfach weitergezogen werden.[49]

Mangels direkter Sanktionen fehlt es den Akteuren an einem effektiven Anreiz, der Verlockung des sich wirtschaftlich lohnenden wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens zu widerstehen und sich der anstrengenden Situation des Wettbewerbs auszusetzen. Wohl müssen Unternehmen noch mit den Kosten eines allfälligen Strafverfahrens, etwaigen zivilrechtlichen Ansprüchen und Reputationsverlusten rechnen, doch überwiegen die aus dem unzulässigen Verhalten gezogenen Vorteile in den meisten Fällen gleichwohl.[50,51] Daraus

---

Näherungsmass für die Opportunitätskosten des Eingehens einer Wettbewerbsabrede genommen. Wird die Gleichung umgeformt, ergibt sich: y-x> p*f. Aus diesem einfachen Zusammenhang wird ersichtlich, dass die Präventivwirkung einerseits durch eine Erhöhung der Aufklärungswahrscheinlichkeit (p), andererseits durch eine Erhöhung der Sanktion (f) vergrössert werden kann.

46 Vgl. hierzu Annette Bangard, Aktuelle Probleme der Sanktionierung von Kartellabsprachen, WuW 1996, 980 ff., 983. So gerieten die Papiere des Pharmakonzerns Roche wegen den in den USA verhängten hohen Sanktionen und den daraus resultierenden schlechteren Unternehmensergebnissen unter Druck; vgl. "Drei Schritte vorwärts und einer zurück -- Nach Greenspans Entwarnung die Hiobsbotschaft zu Roche", NZZ vom 22. Mai 1999, 33.

47 Vgl. auch Roland von Büren, Das schweizerische Kartellrecht im Jahr 2000, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Basel 2000, 164 ff., 177.

48 Vgl. Walter A. Stoffel, Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: R. Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 19 ff., 22.

49 Vgl. "Im Kampf gegen Kartelle stehen wir erst am Anfang", Cash vom 15. Dezember 2000, 45.

50 Insbesondere die zivilrechtlichen Ansprüche stellen keine hinreichende Abschreckung dar. Gleichmässige Behinderungspraktiken, welche sich auf eine Vielzahl von Unternehmen auswirken, führen bei den einzelnen Unternehmen oft nur zu einem sehr niedrigen Schaden (welcher zudem auf die nachgelagerten Marktstufen überwälzt werden kann). Für die Geschädigten fehlt angesichts der Risiken eines Zivilprozesses und des maximal möglichen Prozessgewinnes ein rationales Interesse, ihren Schaden gegenüber den wettbewerbsbeschränkenden Unternehmen einzuklagen; vgl. hierzu Christoph Lang, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000, 47. Nach Michael Adams fehlt es den zivilrechtlichen Massnahmen deshalb an genügender Präventivwirkung, weil der zivilrechtliche Schadenersatz in der Höhe auf den erlittenen Schaden begrenzt ist. Da nicht immer alle Täter ermittelt oder erfolgreich belangt werden können, ergibt sich aufsummiert eine systematische Unterabschreckung; vgl. M. Adams, Kommentar zu Christian Kirchner: Komplementierung zivilrechtlicher und ordnungswidrigkeitenrechtlicher durch strafrechtliche

muss man folgern, dass es für individuell-rational handelnde Unternehmen ökonomische Anreize gibt, sich kartellistisch zu organisieren oder ihre allfällige marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen. In diesem Lichte betrachtet mag man der Äusserung der parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle, wonach das geltende Kartellgesetz sogar zur Bildung von Kartellen anregen könne, durchaus Recht geben. Die derzeitige kartellrechtliche Regelung vermag hier gerade nicht die Kostenrelationen für die an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Akteure so weit zu verschieben, dass kartellrechtliche Verstösse nicht mehr lohnend scheinen. Dies offenbart sich insbesondere bei Wettbewerbsabsprachen im Rahmen von (besonders wettbewerbsschädlichen[52]) Submissionskartellen. Beim öffentlichen Ausschreibungsverfahren ergeben sich für Bieter erhebliche Anreize, durch Absprachen zu regeln, wer das günstigste Angebot zu welchen Konditionen abgeben soll.[53] Die Abreden werden jeweils für jede Ausschreibung einzeln getroffen, will heissen, dass sie jeweils nur während der Dauer einer Ausschreibung bestehen. Die Unternehmen können trotz eines wettbewerbsbehördlichen Verbotes der Submissionsabsprache für eine andere Ausschreibung wieder eine wettbewerbsbeschränkende Abrede treffen, ohne Sanktionen befürchten zu müssen. Hierbei handelt es sich nicht um die Missachtung einer Verfügung der Weko, welche eine Busse nach sich ziehen könnte, sondern es liegt eine neue Wettbewerbsabsprache vor, die wiederum durch Verfügung zu verbieten ist und erst in einem zweiten Anlauf bestraft werden könnte. Das geltende Kartellrecht vermag gerade (aber nicht nur) in solchen Fällen keine wirksame Remedur anzubieten.[54]

4.1.3. Wettbewerbspolitische Würdigung

U.E. kann es aus wettbewerbspolitischer Sicht an der Wünschbarkeit der Abschreckung von harten Kartellen und der missbräuchlichen Ausübung von Marktmacht angesichts der erheblichen Schädigung[55] anderer Marktteilnehmer durch diese Verhaltensweisen keinen vernünftigen Zweifel

---

Sanktionen, in: C. Ott/H.-B. Schäfer (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, Tübingen 1999, 127.

51 So hatte auch die Affäre um das Vitaminkartell dem Ansehen des Pharmakonzerns Roche bei den Kunden offensichtlich kaum geschadet. Dem Konzernsprecher zufolge hätten viele Kunden darauf hingewiesen, dass sie mit Produkten und Dienstleistungen zufrieden seien. Auch hätte die Umsatzkurve bei den Vitaminen im dritten Quartal 1999 wieder deutlich nach oben gezeigt. Vgl. hierzu "Kostspielige Vitamine für Roche", NZZ vom 5. November 1999, 27.

52 Die Auswirkungen von Submissionsabsprachen sind grundsätzlich so stark, dass der wirksame Wettbewerb beeinträchtigt ist. Submissionsabsprachen lassen sich in aller Regel auch nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen, da ihnen positive Auswirkungen auf den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG fehlen. Vgl. hierzu Benedict Christ, Die Submissionsabsprache -- Rechtswirklichkeit und Rechtslage, Freiburg 1999, 96 ff.

53 Vgl. zu den Gründen für die Wahl einer Submissionsabsprache die Ausführungen bei B. Christ (FN 52), 50 ff.

54 So können Submissionsabsprachen von der Weko "nur sehr schwer" bekämpft werden; vgl. RPW 1999, 559. "Völlig wirkungslos bleibt diese (geltende kartellgesetzliche) Regelung bei Bauaufträgen der öffentlichen Hand"; NZZ vom 5. April 2001, 14.

55 In de r modernen Wettbewerbstheorie und Praxis ist unbestritten, dass gerade die sog. harten Kartelle nach Art. 5 Abs. 3 KG nur darauf ausgerichtet sind, Kartellrenten für die beteiligten Unternehmen zu erwirtschaften; vgl. Christian J. Meier-Schatz, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 5-8, in: R. Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 21 ff., 30; Botschaft KG (FN 18), 49 f.; M. Ruffner, Wettbewerbstheoretische Grundlagen der Kartellrechtsrevision, in: R. Zäch/P. Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, 193 f.; R. von Büren (FN 47), 165. Die Fälle missbräuchlicher Ausübung von Marktmacht unterscheiden sich in ihrer verheerenden Wirkung für das Funktionieren des Wettbewerbs nicht von den harten Kartellen; vgl. erläuternder Bericht (FN 3), 6; M. Ruffner (FN 35), 249 f. und passim.

geben. Die Einführung der direkten Sanktionen bringt keine Änderung der auf den Schutz von Marktprozessen ausgerichteten wettbewerbspolitischen Zielvorgaben mit sich; die (erforderliche) Gesetzesänderung beträfe denn auch nicht das materielle Recht, sondern das Verfahrensrecht. Auch die im geltenden Kartellgesetz vorgegebenen Beurteilungsmuster würden mit der Möglichkeit direkter Sanktionierung nicht verändert werden. Nach wie vor würden harte Kartelle und missbräuchliche Verhaltensweisen von marktstarken Unternehmen zunächst auf ihre ökonomische Schädlichkeit oder Unschädlichkeit hin überprüft werden müssen.

Die spürbaren und direkten Sanktionen sorgen für Glaubwürdigkeit und Durchsetzungsmacht der Weko.[56] Von den drohenden Bussen geht, vorab angesichts des zur Verfügung stehenden beträchtlichen Sanktionsrahmens, eine erhebliche generalpräventive Wirkung aus. Die Abschreckungswirkung wiederum stellt eine Voraussetzung für eine effiziente Wettbewerbspolitik dar.[57] Die Wettbewerbsbehörde würde mit der direkten Sanktionierung über ein Machtmittel verfügen, das namentlich zu einer funktionalen, sprich vorab am Schutzzweck des Kartellrechts orientierten Rechtsverwirklichung geeignet ist.

4.2. Ambivalenter Charakter der direkten Sanktionen

Die Abschreckungswirkung der direkten Sanktionierung hängt nicht nur von der Höhe der Busse ab, sondern auch von der Wahrscheinlichkeit der Entdeckung einer unzulässigen Verhaltensweise.[58] Weltweit lassen sich kaum mehr offene wettbewerbswidrige Verhaltensweisen feststellen. Dies gilt in besonderem Masse für harte Kartelle. Meist versuchen die Akteure ihre wettbewerbsschädlichen Praktiken zu verheimlichen.[59] Naturgemäss nimmt denn auch

die Aufgreifwahrscheinlichkeit bei verdeckten Abreden ab. Die Aufklärung und Auflösung solcher Fälle hängt deshalb entscheidend von Hinweisen aus dem Kreise bzw. aus dem Umfeld der Kartellmitglieder ab. Die meisten Untersuchungen der Weko entfallen in diese Kategorie.[60] Für Mitglieder einer unzulässigen Abrede, die das wettbewerbswidrige Verhalten aufgeben und die Weko über die verdeckte Absprache informieren wollen, würde indes die drohende direkte Sanktionierung abschreckend wirken. So lassen denn auch Erfahrungen im Ausland damit rechnen, dass die mit direkten Sanktionen bedrohten Praktiken künftig vermehrt im Geheimen stattfinden werden.[61] Dem Instrument der direkten Sanktionierung kommt daher bezüglich der Präventivwirkung ein ambivalenter Charakter zu, weil die Abschreckungswirkung neben der Höhe der Busse auch von der Aufgreifwahrscheinlichkeit abhängt.[62] Wohl ist den direkten Sanktionen einerseits eine Präventivwirkung zuzuschreiben, indem sie zu einer Veränderung der Anreizstrukturen der Akteure führen, andererseits aber führen sie dazu, dass die unzulässigen Verhaltensweisen vermehrt im Verdeckten stattfinden, was wiederum die Abschreckungswirkung vermindert.[63]

---

56 Vgl. auch F.L. Hausmann (FN 41), 154.

57 Vgl. Marino Baldi, Überblick und allgemeine Bestimmungen -- zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: R. Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 3 ff., 6.

58 Vgl. FN 45.

59 Das Preisbindungssystem im Buchhandel (RPW 1999, 441 ff.) bildete eine der wenigen Ausnahmen; vgl. W.A. Stoffel (FN 48), 20.

60 W.A. Stoffel (FN 48), 21.

61 Vgl. erläuternder Bericht (FN 3), 7.

62 Vgl. FN 45.

63 So würde eine Einführung direkter Sanktionen unweigerlich zu einer Verschlechterung des Klimas zwischen Wettbewerbsbehörden und Akteuren führen; vgl. erläuternder Bericht (FN 3), 5. Vgl. auch Schlussbericht (FN 3), 19.

Der Revisionsentwurf sieht flankierende Massnahmen vor, um den mit einer allfälligen Einführung der direkten Sanktionierung einhergehenden Veränderungen des wettbewerbspolitischen Klimas Rechnung zu tragen.

4.2.1. Kronzeugenregelung

Als eine erste flankierende Massnahme, um die Aufdeckungswahrscheinlichkeit zu erhöhen, sieht der Revisionsentwurf eine "Kronzeugenregelung" vor. Nach bewährtem[64] ausländischem Vorbild[65] sollen Unternehmen zum Ausstieg aus Kartellen motiviert werden, indem diese die Weko ohne die Gefahr hoher Bussen vom Bestehen der Abrede in Kenntnis setzen können. Diese im Entwurf weit gefasste Regelung ist auf verschiedene Grade der Zusammenarbeit anwendbar. So kann sowohl eine Kooperation vor einer Untersuchung durch die Weko als auch eine Mitwirkung im Verfahren (also nach Entdeckung der Abrede durch die Wettbewerbsbehörden) zumindest zu einer Reduktion der Busse führen. Mit der "Kronzeugenregelung" wird vorab die Möglichkeit eines straffreien bzw. strafreduzierten Ausstiegs eines jeden Kartellmitglieds geschaffen, was wesentlich zur Destabilisierung der Wettbewerbsabreden beitragen kann.[66] Weiter ist eine Erleichterung der wettbewerbsbehördlichen Untersuchungen denkbar, indem Anreize zum Ablegen eines "Geständnisses" und zur Mitwirkung bei der Aufklärung gegeben werden. Schliesslich kann etwa auch die Einlegung von Rechtsmitteln vermindert werden.[67] Hinsichtlich der Kooperation bei bereits eröffneten Untersuchungen zeigen Erfahrungen im europäischen Kartellrecht, dass die bei fehlender Kronzeugenregelung oft festgestellte "Mauer des Schweigens" der beteiligten Unternehmen mittels der einzuführenden Regelung aufgebrochen wird.[68]

Gegen die Einführung der "Kronzeugenregelung" stellen sich verschiedene Bedenken. So können insbesondere die moralischen Vorbehalte nicht übersehen werden, scheint es doch problematisch, wenn der Staat mit mutmasslichen Delinquenten zusammenarbeitet, um Wettbewerbsabreden aufzudecken.[69] Auch ist es fraglich, ob diese Regelung mit dem schweizerischen Rechtsverständnis vereinbar ist. Schliesslich harmoniert die einzuführende Regelung nicht mit der derzeitigen Strafbemessungspraxis der Weko, welche grundsätzlich objektive Kriterien

---

64 Vgl. erläuternder Bericht (FN 3), 8.

65 Vgl. z.B. die Kronzeugenmitteilung im europäischen Kartellrecht: "Mitteilung über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbussen in Kartellsachen", AblEG 1996 C 207, 4; XXVI. Wettbewerbsbericht der Kommission, 1997, N 34 f. Vgl. für die USA das Leniency-Programm des US-amerikanischen Department of Justice: U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Corporate Leniency Policy (10. Aug. 1993); vgl. für Deutschland die "Bekanntmachung Nr. 68/2000 über Richtlinien des Bundeskartellamtes für die Festsetzung von Geldbussen (Bonusregelung)".

66 Vgl. hierzu auch Andreas Weitbrecht, Die Kronzeugenmitteilung in EG-Kartellsachen, EuZW 1997, 555 ff., 558.

67 Eine Zusammenarbeit mit der Weko hindert zwar nicht formal die Einlegung eines Rechtsmittels. Doch namentlich die Ablegung eines "Geständnisses" begrenzt dessen Erfolgsaussichten. Vgl. zu den Funktionen einer Kronzeugenregelung auch die Erwägungsgründe in der Kronzeugenmitteilung der EU (FN 65); G. Dannecker, Leitlinien der Europäischen Kommission zur Bussgeldbemessung in Kartellverfahren, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz -- FS Roger Zäch, Zürich 1999, 661 ff., 678.

68 Vgl. A. Weitbrecht (FN 66), 558.

69 A.M. Rolf Wägenauer, Kronzeugen-Regelung der EG-Kommission: Ermässigte Kartellbussen bei tätiger Reue, EuZW 1996, 514. Die vom Bundesrat in die Vernehmlassung geschickte Kronzeugenregelung basiert auf einer "Kann-Formel" der teilweisen bzw. vollständigen Strafbefreiung. Um einerseits dem schweizerischen Rechtsempfinden und andererseits der Wünschbarkeit einer Erhöhung der Präventivwirkung des Kartellgesetzes gerecht zu werden, lässt der Bundesrat nun schärfere und weniger scharfe Varianten prüfen; vgl. NZZ vom 5. April 2001, 14.

berücksichtigt.[70] Wohl mag bei der "Kronzeugenregelung" die Destabilisierung einer Wettbewerbsabrede das hauptsächlich anvisierte Ziel darstellen, doch wird faktisch ein Unternehmen auch für seine "tätige Reue" belohnt; will sagen, dass hier subjektive Kriterien in die Strafbemessung miteinfliessen.

Um Rechtsunsicherheit zu verhindern, sind klare und berechenbare Regeln notwendig. Entsprechend dem europäischen Recht wäre eine Konkretisierung der weit gefassten Kronzeugenregelung wünschenswert. Dies könnte durch Erlass einer entsprechenden Verordnung (Art. 60 KG) geschehen. Die europäische Kommission unterscheidet hinsichtlich

des Grades der Zusammenarbeit und der daraus resultierenden Reduktion bei der Höhe der festzusetzenden Sanktionen zwischen drei Fallgruppen.[71]

Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist die "Kronzeugenregelung" hingegen zu begrüssen. Die Regelung schafft eine Veränderung der Anreizstruktur der beteiligten Unternehmen, so dass eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden als Handlungsvariante ernsthaft in Betracht gezogen wird. Damit trägt die einzuführende Regelung wesentlich zur Erhöhung der Aufklärungswahrscheinlichkeit bei und führt damit zu einer Vergrösserung der Präventivwirkung.

4.2.2. Neustrukturierung der Wettbewerbskommission

Der Charakter der Wettbewerbsbehörden wird auch entscheidend durch die personelle Besetzung der Weko bestimmt. Ausschlaggebend sind neben der Fachkompetenz auch das persönliche Verhältnis zu politischen und partikularen privaten Interessen.[72] Mit der Neustrukturierung der Weko sollte gemäss VE vorab die Unabhängigkeit, will sagen, die Weisungsungebundenheit dieser Kommission gestärkt werden.[73] Der Vorschlag wurde inzwischen vom Bundesrat (leider) fallengelassen. Die heutige Zusammensetzung der Weko gibt Anlass zur Befürchtung, dass für die fünf Vertreter von Dachorganisationen deren Sonderinteressen bei der Entscheidfindung ausschlaggebend sind und nicht primär die Wahrung des wirksamen Wettbewerbs. Diese Zusammensetzung der Weko birgt die Gefahr, dass nicht allein rechtliche Entscheidungen getroffen werden, sondern dass versucht wird, ein wirtschaftspolitisch ausgewogenes Ergebnis zu erzielen. Entscheide der Weko sollten aber ausschliesslich der Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs dienen und keine weiteren politischen Überlegungen berücksichtigen.[74] Bei Interessenkonflikten sieht das geltende Kartellgesetz eine Ausstandsregel vor (Art. 22 KG), doch das Problem ist nicht nur bei einem allfälligen Entscheid virulent. Bereits im Rahmen einer Untersuchung kann ein Zugang zu Insiderinformationen und der daraus resultierende Wissensvorsprung eines "Standesvertreters" heikel sein.[75] Da in der bestehenden Kommission nicht alle gewichtigen Wirtschaftszweige vertreten sind[76], können sich aus diesem Vorteil Ungleichheiten im Gesetzesvollzug zwischen den einzelnen Wirtschaftsbranchen ergeben.[77] Mit einer Neustrukturierung der Weko würde zwar auf die Praxiskenntnisse der Vertreter von Dachorganisationen verzichtet, doch lassen sich solche Kenntnisse auch durch den Beizug von externen Experten einbringen. Zudem

---

70 S. auch Kap. III. B. 1.

71 Vgl. die Kronzeugenmitteilung der EU (FN 65).

72 Vgl. F.L. Hausmann (FN 41), 143.

73 Vgl. erläuternder Bericht (FN 3), 7.

74 Vgl. hierzu auch Walter R. Schluep, Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP/PJA 1996, 795 ff., 807.

75 Vgl. auch Eric Scheidegger, Feinschliff der Schweizer Wettbewerbspolitik -- Entwurf zu einer Teilrevision des Kartellgesetzes, NZZ vom 2. Dezember 2000, 22.

76 So fehlen beispielsweise Vertreter der Banken oder Versicherungen.

77 Vgl. Schlussbericht (FN 3), 22; Erläuternder Bericht (FN 3), 8.

besteht gemäss Art. 43 KG die Möglichkeit, dass sich Berufs- und Wirtschaftsverbände sowie Konsumentenschutzorganisationen an den Untersuchungen beteiligen.

Es ist zu erwarten, dass die vorgesehene Einführung direkter Sanktionen zu einer Vergrösserung der Arbeitslast der Weko führen wird, da sich die betroffenen Unternehmen im Rahmen des Verfahrens stärker engagieren werden. Die noch im VE vorgesehene Verkleinerung der Kommission auf sieben unabhängige Sachverständige würde effizientere Entscheidprozesse ermöglichen.[78] In die gleiche Richtung zielt auch die zur Diskussion stehende, jedoch nicht im Revisionsentwurf enthaltene Teil-Professionalierung der Weko.[79] So beabsichtigt der Bundesrat, für das Präsidium der Weko (d.h. für den Präsidenten wie auch für die Vizepräsidenten) eine vollamtliche Beschäftigung festzulegen.[80]

U.E. bieten nur vollamtlich bestellte Experten, denen Nebenämter untersagt sind, eine Gewähr für eine Unabhängigkeit von privaten Partikularinteressen. So mussten wiederholt auch die sog. unabhängigen Sachverständigen wegen früherer Gutachtertätigkeit oder direkter Interessenbindung in den Ausstand treten.[81] Zudem ist es fraglich, ob eine Milizbehörde in der Lage wäre, die -- aufgrund einer allfälligen Einführung direkter Sanktionen -- umfangreicheren Arbeiten mit angemessener Schnelligkeit und Gründlichkeit zu bewältigen. Auch besteht die Gefahr, dass die Weko vom Sekretariat, welches die Untersuchung durchführt, präjudiziert wird und sich vorab auf öffentlichkeitswirksame Fälle konzentriert. Die zur Diskussion stehende vollamtliche Beschäftigung der Präsidiums ist aus wettbewerbspolitischer Sicht jedoch als ein Schritt in die richtige Richtung durchaus begrüssenswert.

** *AJP/PJA 2001 Seite 684* **

5. Schlussbemerkungen

Die Einführung direkter Sanktionen -- Hauptanliegen der vorliegenden Revision -- ist zu einem brisanten Politikum geworden und hat auch in Wirtschaftskreisen für beträchtliches Aufsehen gesorgt. Der Kritik ausgesetzt ist jedoch (zumindest vordergründig)[82] nicht das Instrument der direkten Sanktionierung als solches, sondern es werden hauptsächlich verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Revision ins Feld geführt.[83] Offensichtlich bereitet die nun angeschlagene härtere Gangart gegen kartellistische Praktiken den an eine Konsensualverwaltung gewöhnten Unternehmen Mühe. Dies vermag insofern nicht zu erstaunen, als Verschärfungen der Wettbewerbspolitik in gesetzgebungspolitischer Hinsicht in der Schweiz immer skeptisch aufgenommen wurden.

---

78 Studien zufolge ist eine Gruppe von fünf bis sieben Mitgliedern optimal zur Bewältigung von komplexen und differenzierten Fragestellungen; vgl. Guenter Wiswede, Gruppen und Gruppenstruktur, in: Erich Frese, Handwörterbuch der Organisation, Bd. 2, 3. A., Stuttgart 1992, 735 ff., 743; Schlussbericht (FN 3), 25.

79 Eine solche Massnahme könne auch im Rahmen des Weko-Geschäftsreglements oder bei der Einstellung neuer Weko-Mitglieder getroffen werden und bedinge keine Änderung des geltenden Kartellgesetzes; vgl. Schlussbericht (FN 3), 26.

80 Vgl. hierzu den Schlussbericht (FN 3), 26.

81 So soll z.B. Prof. Pierre Tercier, der als ehemaliger Präsident der Weko über den Zusammenschluss der UBS Schweizerische Bankgesellschaft und des Schweizerischen Bankvereins zu entscheiden hatte, für die gleiche UBS gutachterlich tätig gewesen sein. Auf Grund der einschlägigen Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes habe jedoch kein Grund für einen Ausstand bestanden. Diese Doppelrolle stiess jedoch in den Medien auf heftige Kritik; vgl. "Präsident und Gutachter: Diener zweier Herren?", NZZ vom 8. Mai 1998, 23. Vgl. auch Rudolf Horber, Verfrühte Revision des Kartellgesetzes -- Widerstand des Schweizerischen Gewerbeverbandes, NZZ vom 23. Dezember 2000, 23.

82 Vgl. hierzu auch H. Bitterli, Kartellgesetzrevision -- eine grüne Banane?, NZZ vom 20. Januar 2001, 21.

83 Vgl. z.B. "Zu früh, unausgereift und verfassungswidrig", NZZ vom 30. Dezember 2000, 14; so auch R. Horber (FN 81), 23.

Durch die vorgeschlagene Regelung wird jedoch weder rechtlich noch faktisch der verfassungsrechtliche Auftrag der Verhinderung "volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" beeinträchtigt -- er wird im Gegenteil wesentlich konsequenter als bisher in Angriff genommen. Die Einführung direkter Sanktionen ist darum unter dem Aspekt der Erfüllung des Verfassungsauftrags im Grundsatz zu befürworten. Unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebots ist Art. 49a VE als genügende gesetzliche Grundlage dieser Sanktionen allerdings fraglich. Eine Konkretisierung analog dem Europäischen Recht erscheint angezeigt. Auch ist bei der Anwendung der Sanktionen aufgrund der noch wenig ausgeprägten Praxis der Weko dem Prinzip der Verhältnismässigkeit besondere Beachtung zu schenken.

Unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten ist die vom Bundesrat vorgeschlagene Teilrevision des Kartellgesetzes zu begrüssen. Die Möglichkeit, direkte Sanktionen auszusprechen, würde die Glaubwürdigkeit und Durchsetzungsmacht der Weko wesentlich stärken. Die flankierenden Massnahmen, wie beispielsweise die Kronzeugenregelung, sollen der mit einer allfälligen Einführung der direkten Sanktionierung einhergehenden Verhärtung des wettbewerbspolitischen Klimas entgegenwirken und tragen dazu bei, die Aufdeckungswahrscheinlichkeit wettbewerbsbeschränkender Praktiken zu erhöhen. Soll das Kartellgesetz künftig eine wirksame Handhabe gegen wettbewerbsbeschränkendes Verhalten bieten, drängt sich die legislatorische Verankerung der vorgeschlagenen Revisionspunkte, vorab der direkten Sanktionierung, zwingend auf.