

Eidgenössisches
Volkswirtschaftsdepartement
Herrn Bundesrat Pascal Couchepin
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Bern, den 21. Dezember 2000

Schweizerischer Strassenverkehrsverband FRS

Vernehmlassung zum Entwurf für eine Änderung des Kartellgesetzes

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 18. September 2000 laden Sie ein zur Vernehmlassung über die Änderung des Kartellgesetzes. Der Schweizerische Strassenverkehrsverband FRS, die Dachorganisation der Automobilwirtschaft und des privaten Strassenverkehrs, beantragt, Artikel 9 Absatz 2 des Kartellgesetzes KG gemäss Ihrem Vorschlag aufzuheben, auf die übrigen vorgeschlagenen Änderungen aber zu verzichten. Zur Begründung dieses Antrages führen wir das Folgende aus:

1. Einführung direkter Sanktionen bei kartellrechtlichen Verstössen; Art. 49a KG

Der vorgeschlagene neue Art. 49a KG sieht für sogenannte harte Kartelle im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG (horizontale Preis-, Mengen-, Gebietsabreden) sowie bei Missbrauch von Marktmacht (Art. 7 KG) direkte Sanktionen vor. Der Erläuternde Bericht zur Revisionsvorlage hält fest (S. 12), dass direkte Sanktionen auch dann Platz greifen sollen, wenn die Vermutung, dass eine (horizontale) Preis-, Mengen- oder Gebietsabrede einen wirksamen Wettbewerb beseitige, umgestossen werden kann, jedoch eine erhebliche, nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigte Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt.

Die Einführung direkter Sanktionen bei kartellrechtlichen Verstössen stellt eine massive Verschärfung des geltenden Rechts dar, gegen die wir ernsthafte Bedenken haben:

- a) Unabhängig deren Rechtsnatur müssen Verwaltungssanktionen auch im Kartellrecht auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage basieren und verhältnismässig sein. Das materiellrechtliche Legalitätsprinzip beinhaltet insbesondere das Bestimmtheitsgebot und das Rückwirkungsverbot. Das Bestimmtheitsgebot will sicherstellen, dass die Normadressaten verlässlich feststellen können, ob ein Verhalten zulässig oder verboten ist und welche Sanktionen sie bei einem Normverstoss zu gewärtigen haben. Hinreichend bestimmt muss nicht nur die Sanktion selber, sondern ganz besonders die Verhaltensnorm sein. Je schwerer die angedrohte Sanktion ist, desto bestimmter müssen die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen ausgestaltet sein.

Das Kartellgesetz zeichnet sich wie kaum ein anderer Erlass durch offen formulierte Tatbestände und unbestimmte Gesetzesbegriffe aus, welche den Behörden bei der Rechtsanwendung weite Spielräume eröffnen. Für die betroffenen Unternehmen ist es oft schwierig zu erkennen, geschweige denn verlässlich zu beurteilen, ob sie mit einer bestimmten Vereinbarung oder einem bestimmten Verhalten gegen das Kartellgesetz verstossen. Dies gilt insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen (KMU); 90 Prozent der KMU sind Kleinunternehmen mit weniger als zehn Mitarbeitern.

Die Einführung direkter Sanktionen würde somit die Erfordernisse des Bestimmtheitsgebots tangieren.

- b) Das schweizerische Kartellrecht basiert auch nach der Totalrevision der Bundesverfassung unverändert auf dem Missbrauchsprinzip. Demzufolge bezweckt das Kartellgesetz, volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen - nach Möglichkeit durch einvernehmliche Regelungen (s. Art. 29 KG) - zu verhindern; die Verhängung von Sanktionen soll nicht im Vordergrund stehen. Die Einführung direkter und sehr einschneidender Verwaltungssanktionen widerspräche deshalb der Absicht des Verfassungebers.
- c) Aus der Tatsache, dass im EG-Kartellrecht unmittelbare Sanktionen vorgesehen sind, ist die Einführung solcher direkter Sanktionen im schweizerischen Kartellgesetz nicht zwingend. Zwischen dem schweizerischen und dem EG-Kartellrecht bestehen grundsätzliche Unterschiede, die es bei der Festsetzung der Verwaltungssanktionen zu berücksichtigen gilt:
- Das EG-Kartellrecht basiert auf dem Verbotsprinzip: Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 81 Abs. 1 des EG-Vertrags sind per se verboten, soweit sie nicht nach Art. 81 Abs. 3 dieses Vertrags freigestellt sind. Demgegenüber sind Wettbewerbsabreden gemäss der schweizerischen Missbrauchskonzeption nicht generell verboten und bedürfen keiner Freistellung.
 - Das Sekundärrecht zu den Kartellrechtsbestimmungen des EG-Vertrags (Art. 81 und 82) enthält zahlreiche kartellrechtliche Verordnungen (insbes. Gruppenfreistellungsverordnungen) und Bekanntmachungen (z.B. "Bagatellbekanntma-

chung"¹, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes²), welche sehr detailliert und verbindlich darlegen, unter welchen Voraussetzungen bestimmte Abreden und Verhaltensweisen kartellrechtlich unbedenklich sind. In der Schweiz bestehen demgegenüber nur ganz wenige und nicht sehr detaillierte Ausführungsbestimmungen zum KG (Verordnungen und allgemeine Bekanntmachungen im Sinne von Art. 6 KG).

Zwar hat die frühere Kartellkommission für die Automobilbranche eingehende kartellrechtliche Vorgaben erlassen ("Richtlinien für die Verhaltensweise der Importgesellschaften", konkretisiert durch "Wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen für Händlerverträge im Automobilhandel"³). Aufgrund dieser recht detaillierten Vorgaben können die Automobil-Importeure und Händler relativ verlässlich beurteilen, ob eine bestimmte Klausel in einem Händlervertrag den kartellrechtlichen Anforderungen genügt. Andere Wirtschaftsbranchen verfügen hingegen über keine entsprechend klaren Vorgaben. Die Rechtsunsicherheit (Subsumptionsrisiko) ist daher für die betroffenen Unternehmen beträchtlich.

- d) Der vorliegende Revisionsentwurf will dem Einwand fehlender Rechtssicherheit dadurch begegnen, dass die Unternehmen kartellrechtlich fragliche Wettbewerbsbeschränkungen, bevor diese Wirkungen entfalten, der Wettbewerbskommission (Weko) freiwillig melden können (Art. 49a Abs. 3 lit. a).

Diese Möglichkeit, Wettbewerbsbeschränkungen der Wettbewerbsbehörde zu melden, vermag die Bedenken gegen direkte Sanktionen nicht zu zerstreuen: Vor allem kleine und mittlere Unternehmen sind sich oft nicht (zum voraus) bewusst, dass eine Abrede oder ein Verhalten kartellrechtlich zu Bedenken Anlass geben kann. Die wettbewerbsrechtliche Problematik einer Vereinbarung oder einer Verhaltensweise wird mitunter erst erkannt, wenn diese bereits Wirkungen entfalten. In diesem Zeitpunkt könnte eine Meldung an die Wettbewerbskommission das Sanktionsrisiko indessen nicht mehr ausschliessen, sondern würde dieses Risiko gegenteils vergrössern (Selbstanzeige).

Selbst wenn ein Unternehmen nach einer umsichtigen Prüfung der Sach- und Rechtslage eine Abrede oder Verhaltensweise als zulässig erachtet, besteht wegen der grossen Rechtsunsicherheit bei der Anwendung des Kartellrechts ein beträchtliches Risiko, dass das Unternehmen massiv sanktioniert würde, falls die Wettbewerbsbehörde die Wettbewerbsbeschränkung im Gegensatz zum Unternehmen als unzulässig gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Art. 7 KG beurteilt. Da sich die meisten wettbewerbsrelevanten Abreden und Verhaltensweisen direkt oder indirekt auf Preise, Mengen oder Gebiete beziehen, ist der Tätigkeitsbereich, in welchem auch sorgfältigste Unternehmen dem geschilderten hohen Risiko einer divergierenden Beurteilung durch die Wettbewerbsbehörde und damit einer massiven Sanktionierung ausgesetzt sind, ausserordentlich weit. Es widerspräche dem Geist des in der Bundesverfassung verankerten Missbrauchskonzepts, wenn die Unternehmen ein Subsumptionsrisiko im aufgezeigten Ausmass tragen müssten.

¹ ABL 1997 C 372/13

² ABL 1997 C 372/05

³ VKKP Heft 3/1996 S. 221 ff.

Die grosse Mehrzahl der Unternehmen ist durchaus bestrebt, die Gesetze zu beachten. Solange indessen die Unternehmen nicht über verlässlichere, detailliertere kartellrechtliche Vorgaben verfügen, ist es nach dem geltenden Art. 50 KG so zu halten, dass die Wettbewerbsbehörde Sanktionen nicht direkt verhängt, sondern solche einem Unternehmen nur dann auferlegt, wenn es zu seinem Vorteil gegen eine mit der Wettbewerbsbehörde getroffene einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung dieser Behörde oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen verstösst.

- e) Gemäss der Revisionsvorlage sollen kartellrechtliche Verstösse mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz insgesamt erzielten Umsatzes eines Unternehmens belastet werden (Art. 49a und Art. 50 Entwurf KG). Ein derart weiter Rahmen für die Belastung ist unseres Erachtens weder sachgerecht noch verhältnismässig.

Eine sachgerechte Sanktionierung (im Sinne einer Abschöpfung von "Kartellrenten") würde nicht am Umsatz, sondern am unrechtmässig erzielten Gewinn anknüpfen⁴. Der erläuternde Bericht bestätigt dies, erachtet den Bezug auf den Umsatz jedoch als einfacher zu handhaben, weil so Beweisschwierigkeiten ausgeräumt sind (Bericht S. 7). Das Interesse der Behörde an einer möglichst einfachen Bemessung der Sanktion vermag indessen nicht zu rechtfertigen, dass den Betroffenen unverhältnismässig einschneidende Rechtsnachteile auferlegt werden.

Das vorgeschlagene Sanktionsmass würde Belastungen in einer Höhe ermöglichen, die dem schweizerischen Straf- und Sanktionsrecht bisher fremd sind. Auch das geltende EG-Kartellrecht beschränkt das Höchstmass für Geldbussen nach Art. 15 der Verordnung Nr. 17 auf 10 Prozent des im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes.

2. "Kronzeugenregelung" und verschärfte Untersuchungsmassnahmen (Hausdurchsuchung und Beschlagnahme)

Rechtsstaatliche Bedenken bestehen nicht nur gegen die Einführung direkter Verwaltungssanktionen, sondern ebenfalls gegen die vorgeschlagene "Kronzeugenregelung" (Art. 49a Abs. 2 Entwurf KG) und die verschärften Untersuchungsmassnahmen (Hausdurchsuchung und Beschlagnahme, Art. 42 Abs. 2 Entwurf KG).

- a) Die schweizerische Rechtsordnung kennt die aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammende Rechtsfigur des Kronzeugen grundsätzlich nicht (Ausnahme: Art. 260^{ter} StGB, der sich mit kriminellen Organisationen befasst). Im schweizerischen Kartellrecht, welches keine Verbrechenstatbestände, sondern Verwaltungssanktionen und Übertretungen⁵ kennt, wäre die Einführung einer Kronzeugenregelung im Zusammenhang mit den Verwaltungssanktionen (Art. 49a Abs. 2 Entwurf

⁴ vgl. Botschaft zum geltenden KG, BBl 1995 I S. 620

⁵ Bei den Strafbestimmungen Art. 54 und 55 KG, die als Sanktionen ausschliesslich Bussen vorsehen, handelt es sich um Übertretungstatbestände im Sinne von Art. 101 StGB.

KG) systemwidrig. Nach verbreiteter Auffassung ist die Kronzeugenregelung mit dem Legalitätsprinzip schweizerischer Ausprägung nicht vereinbar⁶. Eine gesetzliche Bestimmung mit der Folge, dass ein Unternehmer seine Kontrahenten bei der Wettbewerbskommission denunziert, um sich selber ganz oder teilweise einer Sanktion zu entziehen, ist nicht nur rechtlich fragwürdig, sondern auch aus wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Überlegungen abzulehnen. Sie passt nicht in die schweizerische Rechts- und Unternehmenskultur.

- b) Hausdurchsuchung und Beschlagnahme sind grundsätzlich Untersuchungsmassnahmen des Strafprozesses, nicht des Verwaltungsverfahrens und des Zivilprozesses. Das Kartellgesetz sollte auf ein erspriessliches Zusammenwirken zwischen Wettbewerbsbehörden und Wirtschaft, nicht auf Konfrontation, angelegt sein. Aus Gründen der Systematik, der Verhältnismässigkeit und der Pflege gedeihlicher Beziehungen zwischen Bürger und Staat befürworten wir, dass in verwaltungsrechtlichen Kartelluntersuchungen keine Hausdurchsuchungen und Beschlagnahme durchgeführt werden.

3. Aufgreifen von Vergangenheitssachverhalten

Nach der Zweckbestimmung (Art. 1) des Kartellgesetzes sollen die Wettbewerbsbehörden bestehende schädliche Auswirkungen unterbinden und präventiv wirken. Neu (Art. 27 Abs. 3 Entwurf KG) soll die Wettbewerbsbehörde auch dann eine Untersuchung eröffnen können, wenn die Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr praktiziert wird, jedoch in einem zurückliegenden Zeitraum (bis auf fünf Jahre zurück) praktiziert wurde.

Ein solches Aufgreifen von Vergangenheitssachverhalten durch die Wettbewerbsbehörde ist vom Gesetzeszweck her nicht erforderlich, und es geht in einem Verwaltungsverfahren auch nicht um die Beurteilung von Schadenersatzforderungen aus Kartellrechtsverletzungen, wie dies in Zivilprozessen der Fall sein kann.

Eine rückwirkende Anwendung von Sanktionsbestimmungen auf Sachverhalte, die vor Inkrafttreten der betreffenden Sanktionsnormen abgeschlossen sind, würde gegen das im Legalitätsprinzip enthaltene Rückwirkungsverbot verstossen.

4. Zusammensetzung der Wettbewerbskommission

Die Revisionsvorlage sieht vor, dass die Wettbewerbskommission, die sich heute aus 11 bis 15 Mitgliedern zusammensetzt und neben den die Mehrheit bildenden unabhängigen Sachverständigen (Wissenschaftler aus den Bereichen Recht und Ökonomie) auch Vertreter der Wirtschaft, der Gewerkschaften und des Bundes umfasst, auf sieben unabhängige Sachverständige reduziert werden soll (Art. 18 Abs. 2 Entwurf KG).

Wir erachten es als wichtig, dass der Wettbewerbskommission auch künftig Vertreter der Wirtschaft angehören. Die kartellrechtliche Beurteilung von wettbewerbsrechtlichen Sach-

⁶ Niklaus SCHMID, Strafprozessrecht, 1989, N 113; vgl. ferner Thomas MAURER, Das bernische Strafverfahren, 1999, S. 328

verhalten setzt eine eingehende Analyse der Marktverhältnisse und Marktmechanismen voraus. Die praktischen Erfahrungen, welche Vertreter aus der Wirtschaft dabei einbringen können, dürfen nicht geringgeschätzt werden. Liegen im Einzelfall bei bestimmten Mitgliedern der Wettbewerbskommission Gründe der Befangenheit vor, was auch bei den unabhängigen Sachverständigen vorkommen kann, so haben sie gemäss der gesetzlichen Ordnung in Ausstand zu treten (Art. 22 KG i.V.m. Art. 10 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)).

Aufgrund dieser Überlegungen besteht hinsichtlich der Zusammensetzung der Wettbewerbskommission kein Revisionsbedarf.

5. Schwellenwert für die Genehmigungs- und Meldepflicht bei Medienunternehmen

Der Verzicht auf einen speziellen Schwellenwert (Aufhebung von Art. 9 Abs. 2 KG) erscheint uns sinnvoll.

Wir sind Ihnen dankbar, wenn Sie sich unseren Überlegungen anschliessen und dem begründeten Antrag entsprechen können.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Strassenverkehrsverband FRS

Der Generalsekretär

H. Koller, lic.iur.