

Mehr Fairness und Effizienz im Kartellverfahren

Gelungener Vorschlag des Bundesrats zur Institutionen-Reform. Von Franz Hoffet und Marcel Dietrich

Die Schweizer Wettbewerbskommission verhängt Bussen in Millionenhöhe. Aber anders als in einem Strafprozess ist sie dabei Ermittler, Ankläger und Richter in einem. Laut den Autoren ist diese Situation stossend.

In wettbewerbsrechtlichen Fällen führt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (als Ankläger) die Untersuchung und stellt Antrag an die Kommission. Diese fällt darauf den Entscheid. So will es das Kartellgesetz. Diese Trennung besteht jedoch, wie die Praxis und die gesetzliche Detailregelung zeigen, nur auf dem Papier.

Alles in einem

In der Praxis wirken das Sekretariat (als Ermittler und Ankläger) und die Kommission (als Richter) in jedem Stadium des Verfahrens intensiv zusammen. Die Kommission hält mit dem Sekretariat (als Ankläger) Sitzungen ab, denen weder die beschuldigten Unternehmen (als Angeklagte) noch deren Anwälte (als Verteidiger) beiwohnen dürfen. Das Sekretariat instruiert die Kommission mit vertraulichen Akten («fil rouge»), die den Unternehmen nicht offengelegt werden.

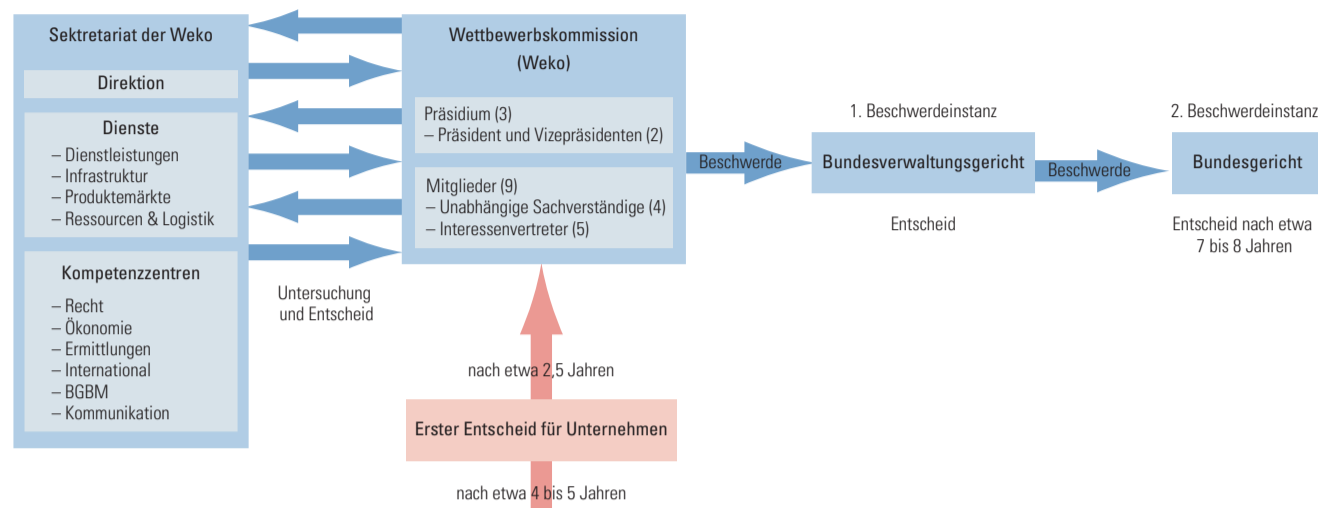
Die beschuldigten Gesellschaften werden von der Kommission als entscheidender Behörde – wenn überhaupt – nur summarisch angehört, indem sie eine Präsentation von rund zehn Minuten halten dürfen. Dabei bleibt unklar, ob die Anhörung der Beweiserhebung oder der Wahrung der Verteidigungsrechte dient. Schliesslich wird der Entscheid der Kommission von denselben Sachbearbeitern ausgearbeitet, die zuvor bereits die Untersuchung geführt und den Entscheidantrag des Sekretariats formuliert haben. Die heutige Weko ist mithin Ermittler, Ankläger und Richter in einem.

Im Strafprozess gilt ein solches System seit langem als unhaltbar. Mit gutem Grund: Bei einer Vermischung von Untersuchungs-, Anklage- und Entscheidungskomponenten neigt eine Behörde dazu, in ihrem Entscheid den An-

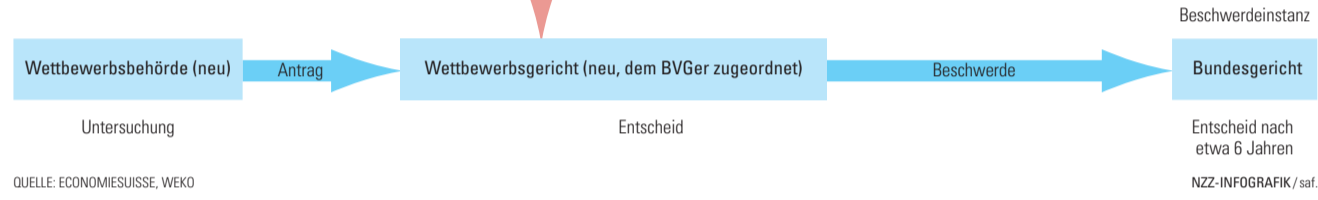
Neugestaltung der Institutionen

Heutige Situation und Vorschlag des Bundesrats im Vergleich

Heutige Situation



Nach der Revision (Vorschlag des Bundesrats)



QUELLE: ECONOMIESUISSE, WEKO

Beschwerdeinstanz

Bundesgericht

Entscheid nach etwa 6 Jahren

NZZ-INFOGRAFIK / saf.

fangsverdacht zu bestätigen und damit den Untersuchungsaufwand zu legitimieren («confirmation bias»). Die Folgen sind eine Minderung der Qualität und Legitimität der Entscheide sowie ineffiziente Fehlentscheide.

Nur oberflächliche Prüfung

Diese Problematik wird noch dadurch verschärft, dass die Rechtsmittelinstanzen (Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht) die Entscheide der Weko nur oberflächlich prüfen und ihr als Fachbehörde ein Ermessen bei der Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Spezialfragen zugestehen. Als Folge werden wettbewerbsrechtliche Fälle in keiner einzigen Instanz umfassend und unabhängig beurteilt. Die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) hat daher schon 2006 eine klare Tren-

nung zwischen Untersuchung und Entscheid im schweizerischen Kartellverfahren gefordert.

Die Weko war in ihren Anfängen als Kartellkommission ein politisches Beratergremium mit blosser Empfehlungskompetenz. Heute verhängt sie Millionenbussen, die viel höher sind als die Bussen jedes Strafgerichts in der Schweiz. Man sollte jedoch einen alten Ausflugsdampfer nicht mit Torpedos ausrüsten. Die Treffsicherheit leidet dadurch, und die entstehenden Kollateralschäden sind nicht zu verantworten. Deshalb tut eine Reform not.

Institutionen-Reform

Der Bundesrat hat die Empfehlungen der OECD in seinem Entwurf für ein revidiertes Kartellgesetz vom 22. Februar 2012 aufgegriffen und schlägt eine Institutionen-Reform vor. Dieser Vor-

schlag ist sehr sorgfältig ausgearbeitet und ist vorbehaltlos zu begrüssen. Neu soll die Wettbewerbsbehörde die Untersuchung führen und Antrag an das Bundesverwaltungsgericht stellen. Dieses soll darauf – neu mit Fachrichtern ausgestattet – den erstinstanzlichen Entscheid fällen. Die Wettbewerbsbehörde soll nur noch in Fusionskontrollfällen als erste Instanz entscheiden.

Misstände behoben

Mit der vorgeschlagenen Reform werden die bestehenden rechtsstaatlichen Misstände behoben. Sie ermöglicht eine unvoreingenommene Beurteilung der Fälle. Davon profitieren alle Unternehmen, und in erster Linie die KMU, die sich keine aufwendige Rechtsberatung leisten können und die deshalb ganz besonders auf ein faires Verfahren angewiesen sind.

Gegen die Institutionen-Reform wird vorgebracht, sie führe zu einer Verlängerung der Verfahren, zum Verlust einer Instanz und zu einer international unüblichen Behördenstruktur. Überdies nütze sie nur den Kartellstündern. Diese Argumente sind nicht stichhaltig.

Verfahren beschleunigt

Mit der Reform werden die Verfahren beschleunigt, weil die Weko als erste Beschwerdeinstanz entfällt und der Schriftwechsel zum Entscheidantrag neu direkt vor dem Bundesverwaltungsgericht stattfindet. Der Wegfall der Weko als Entscheidungsinstanz ist kein Nachteil für die betroffenen Unternehmen.

Für diese haben nur solche Instanzen einen Wert, die unabhängig und unparteiisch über ihren Fall entscheiden. Die Weko ist jedoch keine solche Instanz, sondern aufgrund ihrer Untersuchungs- und Anklage-Funktion letztlich Partei. Die vorgeschlagene Trennung von untersuchender und entscheidender Behörde ist zudem international durchaus üblich. In Österreich hat sich das dortige Trennsystem nach Ansicht der Regierung bewährt. Daneben verfügen z. B. auch Schweden, Finnland, Dänemark, Belgien und Japan über ein solches System.

Glaubwürdigkeit erhöhen

Es besteht ein rechtsstaatliches Interesse daran, dass jeder wettbewerbsrechtliche Fall möglichst objektiv beurteilt wird. Es ist lange nicht jeder, der ins Visier der Weko gerät, ein Kartellist. Die Reform will deshalb Fehlentscheide vermeiden und die Glaubwürdigkeit der Kartellverfolgung erhöhen. Das heutige System wird unter anderem vor allem von ehemaligen Weko-Präsidenten verteidigt. Kein Wunder, denn die Kritik daran stellt ihre frühere Arbeit infrage. Es gilt auch in diesem Zusammenhang: «A turkey never votes for Christmas.»

Dr. Franz Hoffet, LL. M., Leiter des Fachausschusses Kartellrecht des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV), und Dr. Marcel Dietrich, LL. M., sind Rechtsanwälte und Partner der Anwaltskanzlei Homburger, Zürich.

Die Modernisierung des Kartellrechtes als Selbstverständlichkeit

Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde stärkt die Glaubwürdigkeit des Vollzugs des Kartellrechts. Von Eric Scheidegger

Eine unabhängige Wettbewerbsbehörde ist wichtig. Die geplante Revision des Kartellgesetzes geht deshalb laut dem Autor in die richtige Richtung.

Firmen und Verbände wünschen sich von Zeit zu Zeit weniger Konkurrenz. Das Arsenal an wettbewerbsfeindlichen Strategien reicht denn auch von der politischen Einflussnahme zur staatlichen Regelung von Marktprozessen bis zur privat motivierten Beschränkung des Marktzutritts über die Bildung von Kartellen oder über den Missbrauch von marktbeherrschenden Stellungen.

Bedrohungen des Wettbewerbs

Die Meriten des Wettbewerbes sind bekannt. Der Wettbewerb ist nicht nur Sportlern und Künstlern ein Ansporn zu Topleistungen, sondern auch Unternehmen, Forschern, Arbeitnehmern und – dort, wo Konkurrenz spielen kann – auch bei Politikern und Staatsdienern. Gerade weil der Wettbewerb bei freier Entfaltung erfolgreich ist, muss er vor unheiligen Gegenkräften in Schutz genommen werden. Die Feinde des Wettbewerbes agieren nicht nur aus Gründen der Bequemlichkeit. Wer den Konkurrenzdruck auszuschalten vermag, kann dank seiner Marktmacht überhöhte Preise durchsetzen. Das Kartellgesetz (KG) schützt die relevanten Märkte vor bewusster Un-

tergrabung des Wettbewerbes. Und weil sogenannte harte Kartelle an den Grundwerten einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung rütteln, muss der Schutz vor Kartellen und Missbrauch von Marktmacht rigoros und abschreckend sein. Folgerichtig erfuhr das Kartellrecht in den letzten gut 15 Jahren eine schrittweise Modernisierung und Verschärfung der Bestimmungen.

Führte die Revision des KG von 1995 zu einer grundsätzlichen Neuorientierung des Wettbewerbsrechtes («Abkehr vom Kavaliersdelikt»), bezweckte die am 1. April 2004 in Kraft getretene Teilrevision des KG eine Stärkung der abschreckenden, präventiven Wirkung des Wettbewerbschutzes durch Einführung direkter Sanktionen, die Schaffung einer Bonusregelung sowie die Möglichkeit von Hausdurchsuchungen.

Das beste Kartellrecht ist dasjenige, das den Wettbewerb präventiv und glaubwürdig schützt, so dass es gar nicht zu einer Untergrabung des Wettbewerbs kommt. Die Teilrevision vor acht Jahren war deshalb ein wichtiger und richtiger Schritt. Aufgrund politischer Widerstände konnten jedoch nicht alle Revisionsvorschläge umgesetzt werden. Insbesondere die Schaffung einer unabhängigen Wettbewerbsbehörde scheiterte sowohl Mitte der 1990er Jahre als auch vor rund zehn Jahren.

Zwar geniesst die heutige Wettbewerbskommission (Weko) den Status einer formalen Unabhängigkeit. Unter den 12 bis 15 vom Bundesrat gewählten Mitgliedern dieser Milizbehörde finden

sich indes auch Vertreter der grossen Wirtschaftsverbände und Konsumentenschutzorganisationen. Allein dieser Umstand verhindert, dass die Weko den unzweifelhaften Ruf einer von Interessenpolitik unabhängigen Behörde haben wird. Die zuhundert des Parlaments 2008 durchgeführte Evaluation bestätigte die Wichtigkeit und Richtigkeit einer weitgehenden Unabhängigkeit. Letztlich geht es um die Stärkung der Glaubwürdigkeit des Vollzugs des Kartellrechts.

Die vom Bundesrat am 22. Februar 2012 verabschiedete Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen will solche und andere konzeptionelle Schwächen im Wettbewerbschutz beheben. Im Vordergrund stehen die Einführung eines Teilkartellverbots mit Rechtfertigungsmöglichkeit sowie die Institutionenreform. Warum sind nun diese beiden Elemente von derart hoher Bedeutung? In beiden Fällen geht es letztlich um dasselbe Ziel: Die Politik der Weko soll präventiv wirken. Wirksam ist Prävention jedoch nur, wenn sie glaubwürdig ist.

Wie die Nationalbank

In diesem Zusammenhang darf folgender Vergleich gewagt werden: Die Weko muss dieselbe Unabhängigkeit und Glaubwürdigkeit geniessen wie die Schweizerische Nationalbank (SNB). Die Geld- und Wechselkurspolitik der SNB ist dann wirksam, wenn die Finanz-

märkte ihr als Institution voll vertrauen. Kommen Zweifel an der schweizerischen Geld- oder Währungspolitik auf, sieht sie sich der Spekulation hinsichtlich ihres Eingreifens ausgesetzt und verliert an Durchsetzungskraft. Ähnlich verhält es sich mit der Weko. Sie kann ihren Kampf gegen harte Kartelle noch so ernsthaft verfolgen. Wenn es wegen ihrer institutionellen Struktur Zweifel am Weg der Rechtsfindung geben sollte, wird die Glaubwürdigkeit gegenüber kartellfreundlichen Unternehmen geschwächt sein.

Streichung einer Instanz

Für die neue institutionelle Ordnung formulierte der Bundesrat verschiedene Ziele, vor allem aber die Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit und die Beschleunigung der Verfahren bis zum letztinstanzlichen Entscheid. Die Überzeugung, dass Letzteres nur durch Streichung einer Instanz – des Bundesverwaltungsgerichts als erster Rekursinstanz – zu erreichen sei, und nicht durch Trennung von Untersuchung und Entscheid innerhalb der heutigen Behörde, leitete die Erarbeitung der Vorlage. Ausgehend von der Prämisse, den Instanzenweg zu kürzen, wird es zwingend, bereits den ersten Entscheid durch ein verfassungskonformes Gericht fällen zu lassen.

Dies führt zum vorgeschlagenen Einsatz des Bundesverwaltungsgerichts in neuer Funktion, nämlich als Wettbewerbsgericht mit einem um Praxisbezug

und ökonomischen Sachverstand ergänzten Richterergremium.

Erhöhte Glaubwürdigkeit

Auf der Ebene der Untersuchung soll neu eine unabhängige, effiziente und schlagkräftige Wettbewerbsbehörde tätig sein. Sie soll bei Wettbewerbsbeschränkungen die Untersuchung führen und vor dem erwähnten Wettbewerbsgericht Antrag erheben. Bei Zusammenschlussvorhaben von Unternehmen wird die Wettbewerbsbehörde selber entscheiden.

Der besseren Durchsetzung des Kartellrechtes dank erhöhter Glaubwürdigkeit dient auch das Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit. Das neue Prinzip schafft mehr Klarheit bei den anzuwendenden Bestimmungen. Die besonders schädlichen horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden sowie vertikale Preisbindungen und Gebietsabschottungen werden als unzulässig erklärt – ausser sie seien im Einzelfall durch wirtschaftliche Effizienzgründe gerechtfertigt. Die Anpassung bewirkte eine Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahren. Die heutigen Vermutungen im Gesetz würden aufgegeben, weil sie bisher quasi systematisch umgesetzt werden konnten – ein klares Zeichen der Schwäche der gegenwärtigen Bestimmungen.

Botschafter Eric Scheidegger ist stellvertretender Direktor im Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) und Leiter der Direktion für Wirtschaftspolitik.