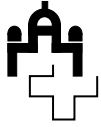


Parlamentsdienste

Services du Parlement

Servizi del Parlamento

Servetschs dal parlament



Parlamentarische
Verwaltungskontrolstelle
CH-3003 Bern

Tel. 031 323 09 70

Fax 031 323 09 71

Das Kartellrecht : Standortbestimmung

Schlussbericht
zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates

Bern, 11. Oktober 2000

Das Wichtigste in Kürze

Die PVK hat im Zusammenhang mit der Umsetzung des Kartellgesetzes 19 Hauptprobleme identifiziert und sie im vorliegenden Bericht beschrieben. Aufgrund einer Umfrage bei zehn Experten wurden die Relevanz der Probleme und ihr Revisionsbedarf ermittelt. Die Erkenntnisse sind nachstehend zusammengefasst.

- Die wichtigsten Probleme sind: keine direkten Sanktionen, die Wettbewerbskommission (Weko) als Milizbehörde, die Zusammensetzung der Weko und die Meldepflicht für Fusionen im Medienbereich. Die Relevanz dieser Fragen und der Revisionsbedarf wurden als hoch bezeichnet. Sie werden im Revisionsvorentwurf des Bundesrats zum KG behandelt. Wenn die Subkommission die vorgesehenen Reformen als genügend erachtet, könnte sie dafür sorgen, dass diese während des ganzen Revisionsverfahrens beibehalten werden.
- Die zweitwichtigsten Probleme sind: die Arbeit des Sekretariats, die Weko-Entscheide und die bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (WEKO/REF) eingereichten Beschwerden. Diese sind im Revisionsentwurf nicht oder nur teilweise berücksichtigt. Allerdings wurden diese Bereiche in eingehenden Studien untersucht und keine wesentlichen Probleme festgestellt. Weitere Abklärungen und Massnahmen der Subkommission scheinen sich in diesen Bereichen also nicht aufzudrängen.
- Unwesentlichere Probleme werden durch die laufende Revision gar nicht oder nur am Rand betroffen. Ihre Relevanz und der Revisionsbedarf werden als deutlich weniger hoch beurteilt. Je nach Interesse der Subkommission könnten einige von ihnen trotzdem zu weiteren Abklärungen durch die PVK und danach allenfalls zu einem Eingreifen der Subkommission im laufenden Revisionsverfahren führen. Es handelt sich um folgende Probleme : die schwache Position der Weko bei staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen, das Verhältnis zwischen der Weko und den sektorspezifischen Regulierungsbehörden (vor allem bei der Tätigkeit der letzteren im Wettbewerbsbereich), die Schwellenwerte bei der allgemeinen Meldepflicht von Fusionen, die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden, die Rückwirkung der Nichtigkeit von Verpflichtungen und die internationale Amtshilfe.

Inhaltsverzeichnis

Das Wichtigste in Kürze	2
0 Vorwort	4
1 Einleitung	5
1.1 Allgemeine Bestimmungen des KG	5
1.2 Bekämpfung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen und Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen	8
1.3 Vergleich mit dem Recht der Europäischen Union	12
2 Untersuchungsbeschrieb	14
2.1 Ansatz der PVK	14
2.2 Optionen der Subkommission	16
3 Hauptprobleme des KG	17
3.1 Keine direkten Sanktionen	17
3.2 Zusammensetzung der Weko	21
3.3 Grösse der Weko	23
3.4 Weko als Milizbehörde	24
3.5 Verhältnis zwischen Sekretariat und Weko	27
3.6 Arbeit der Wettbewerbsbehörden	30
3.7 Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden	37
3.8 Keine periodische Kontrolle der Weko	39
3.9 Beschwerden bei der REKO/WEF	40
3.10 Rolle des Bundesrats	41
3.11 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen	43
3.12 Parallelimporte	48
3.13 Staatliche Wettbewerbsbeschränkungen	51
3.14 Verhältnis zwischen der Weko und den sektorspezifischen Regulierungsbehörden	55
3.15 Klagebefugnis im Zivilverfahren	58
3.16 Nichtigkeit von Verpflichtungen im Zusammenhang mit Wettbewerbs- beschränkungen	60
3.17 Internationale Amtshilfe	63
4 Zusammenfassung	66
4.1 Grafische Darstellungen	66
4.2 Interpretation der Grafiken	70
4.3 Fazit	74
Abkürzungsverzeichnis	76
Literatur	77
Anhänge	

0 Vorwort

Die Koordinationsgruppe der Geschäftsprüfungskommissionen (GPK) der eidgenössischen Räte beschloss am 22. Mai 2000, die PVK mit einer Untersuchung zum Kartellgesetz von 1995 (KG)¹ zu beauftragen. Die Untersuchung soll der Subkommission EVD/EFD der GPK des Nationalrats die notwendigen Informationen liefern, damit sie Einfluss auf die laufende Teilrevision des KG² nehmen kann. An ihrer Sitzung vom 26. Juni 2000 befürwortete die Subkommission die Durchführung einer, innert rund sechs Monaten abzuschliessenden Studie in zwei Etappen. Der vorliegende Bericht ist das Ergebnis der ersten Etappe. Er gibt gemäss Auftrag einen Überblick über die bei der Umsetzung des KG von 1995 aufgetretenen Probleme.

Da es sich um eine Standortbestimmung handelt, schien es der PVK angezeigt, als Einleitung das Ziel und die Funktionsweise des KG in Erinnerung zu rufen und einzelne dem Gesetz zugrundeliegende juristische Konzepte zu erläutern. Zudem wird kurz auf die Parallelen zwischen dem KG und dem Wettbewerbsrechts der Europäischen Union eingegangen. Im zweiten Kapitel erklären wir den für die Analyse gewählten Ansatz und äussern uns zu möglichen Optionen der Subkommission. Die mit der Umsetzung des KG zusammenhängenden Probleme werden im dritten Kapitel einzeln beschrieben und nach Bedeutung und Revisionsbedarf gewichtet. Gegebenenfalls werden die vom Bundesrat vorgesehenen Reformmassnahmen dargelegt. Im Schlusskapitel des vorliegenden Berichtes (Kapitel 4) fassen wir unsere Erkenntnisse zusammen, insbesondere anhand von Grafiken und einer synoptischen Tabelle. Damit wird die Subkommission in der Lage sein, über das weitere Vorgehen bezüglich der einzelnen Probleme des KG zu entscheiden und die PVK unter Umständen beauftragen, gewisse Aspekte eingehender abzuklären.

Leserinnen und Leser, die mit dem KG vertraut sind, wenden sich am besten gleich den Kapiteln 2 und 3 zu.

¹ Vgl. Anhang 1: KG (SR 251).

² Vgl. Anhang 3: Vorentwurf des Bundesrates zur Revision des KG. Vgl. Anhang 4: Termine Revision KG.

1 Einleitung

Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG) erfolgte am 1. Juli 1996 in der schweizerischen Wirtschaftspolitik ein Paradigmawechsel. Die materiellen Bestimmungen und die mit dem Vollzug des Kartellrechts betrauten Behörden wurden neu ausgestaltet, um dem freien Wettbewerb in der Schweiz denselben Stellenwert zu geben wie in andern vergleichbaren Ländern.

1.1 Allgemeine Bestimmungen des KG

1.1.1 Zweck und Geltungsbereich

Ziel und Gegenstand des KG ist der konsequente Wettbewerbsschutz im Hinblick auf einen "wirksamen Wettbewerb". Dem Geist des Gesetzes entsprechend ist der Wettbewerb angesichts seiner zentralen Rolle für die Marktwirtschaft als Institution zu schützen (Art. 1 KG). Das Gesetz soll Wettbewerbsbeschränkungen verhindern, beseitigen oder gegebenenfalls mildern. Es regelt das Wettbewerbsverhalten der Akteure auf dem Markt und führt eine Kontrolle der Unternehmenszusammenschlüsse ein.

Das Gesetz gilt für alle Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts. Allerdings können die rechtsanwendenden Behörden nicht gegen Wettbewerbsbeschränkungen einschreiten, die auf Gesetzesbestimmungen beruhen. Das KG ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 KG).

1.1.2 Behörden

Die Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen obliegt im Wesentlichen den Verwaltungsbehörden, die im Rahmen des ordentlichen Verwaltungsverfahrens Massnahmen treffen können.

- Die **Wettbewerbskommission** (Weko) hat Entscheidungsbefugnis. Sie umfasst 11 bis 15 vom Bundesrat ernannte Mitglieder, die mehrheitlich unabhängige Sachver-

ständige sein müssen (Art. 18 Abs. 2 KG). Die Weko ist in drei Kammern aufgeteilt. Es handelt sich um eine Milizbehörde.

- Das der Weko unterstellte **Sekretariat** vollzieht deren Entscheide (Art. 23 Abs. 1 KG). Es hat aber auch eigene Befugnisse. Es führt die Untersuchungen durch, trifft Massnahmen und hört Zeugen an. Seine Leitung wird vom Bundesrat ernannt.
- Die **Rekurskommission für Wettbewerbsfragen** (REKO/WEF) befindet über Beschwerden gegen Verfügungen der Weko oder des Sekretariats. Sie bildet die erste Instanz (Art. 44 KG).

Es können im Wettbewerbsbereich auch andere Behörden zum Einsatz kommen:

- Die **kantonalen Zivilgerichte** sind die im Zivilrecht für Wettbewerbsfragen zuständigen Behörden.
- Das **Bundesgericht** ist die Beschwerdeinstanz für Entscheide der Rekurskommission und der kantonalen Zivilgerichte.
- Auf Antrag der betroffenen Unternehmen kann der **Bundesrat** aus überwiegenden öffentlichen Interessen ausnahmsweise Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zulassen, die von der zuständigen Behörde als unzulässig befunden wurden (Art. 8, 11 und 36 KG).

1.1.3 Verfahren

Wettbewerbsbeschränkungen lassen sich im Rahmen des Verwaltungs- und des Privatrechts bekämpfen.

a- Verwaltungsverfahren

Ein Verwaltungsverfahren kann auf Anzeige von Dritten oder eines von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Unternehmens, auf Initiative des Sekretariats oder auf Antrag der Weko oder des Departements eröffnet werden (Art. 26 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 1 KG). Das Gesetz sieht eine vorgängige Veröffentlichung vor, damit sich die Personen und Unternehmen, die ein Interesse am Ausgang des Verfahrens haben, daran beteiligen können (Art. 28 KG). Das **Ermittlungsverfahren** obliegt dem **Sekretariat**. Dieses muss den betroffenen Unternehmen Vorschläge für eine einvernehmliche Regelung unterbreiten, ausser wenn eine solche von vornherein aussichtslos erscheint (Art.

29 KG). Es kann in jeder Phase des Verfahrens versuchen, eine einvernehmliche Regelung zu erreichen. Zu diesem Zweck unterbreitet es der Weko einen Bericht, in welchem die Sachlage beschrieben und bestimmte Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung beantragt werden (Art. 30 Abs. 1 KG). **Entscheidungsbefugnis** hat in jedem Fall die **Weko**. Die Entscheide können, müssen aber nicht veröffentlicht werden (Art. 48 Abs. 1 KG). Die Weko kann zudem politische Behörden mit Empfehlungen oder Stellungnahmen bedienen und zu Händen anderer Behörden (insbesondere der Zivilgerichte) Gutachten zu wettbewerbsrechtlichen Fragen ausarbeiten (Art. 15, 45, 46 und 47 KG). Gegen Entscheide der Weko oder ihres Sekretariats kann bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde erhoben werden.

b- Zivilverfahren (Art. 12-17 KG)

Im Rahmen des Zivilverfahrens kann Rechtsmittel ergreifen, wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird oder wer durch eine zulässige Wettbewerbsbeschränkung über das Mass hinaus behindert wird, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist. Die Kantone sind verpflichtet, für Klagen aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung ein Gericht zu bezeichnen, das für das Kantonsgebiet als einzige kantonale Instanz entscheidet. Als einzige Rekursinstanz für Beschwerden gegen kantonale Gerichtsentscheide fungiert das Bundesgericht.

Diese Gerichtsbehörden können nicht nur Verstössen gegen das Wettbewerbsrecht vorbeugen oder ein Ende setzen, sondern auch die Herausgabe des missbräuchlich erzielten Gewinns fordern und Unternehmen ganz oder teilweise von einer Wettbewerbsabrede befreien. Auf Gesuch einer Partei kann der Richter ausserdem vorsorgliche Massnahmen anordnen.

1.1.4 Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen

a- Verwaltungsrechtliche Sanktionen

Die Weko kann die Bezahlung beträchtlicher Summen auferlegen:

- Ein Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinns, oder wenn dieser nicht zu ermitteln oder zu schätzen ist, eine Belastung bis zu 10 Prozent

des letzten Jahresumsatzes in der Schweiz kann von Unternehmen gefordert werden, die gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen verstossen (Art. 50 KG).

- Ein Betrag von höchstens einer Million Franken kann Unternehmen auferlegt werden, die einen Zusammenschluss vollzogen haben, ohne die gesetzlichen Bestimmungen zu respektieren. Bei wiederholtem Verstoß gegen eine mit der Zulassung erteilten Auflage kann ein Betrag bis zu 10 Prozent des auf die Schweiz entfallenden Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen erhoben werden (Art. 51 KG).
- Ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht erfüllt, kann mit einem Betrag bis zu 100'000 Franken belastet werden (Art. 52 KG).

b- Strafrechtliche Sanktionen

- Wer einer einvernehmlichen Regelung oder einem Verwaltungsentscheid zuwiderhandelt, wird mit einer Busse bis zu 100'000 Franken bestraft (Art. 54 KG).
- Wer einer Verfügung bezüglich Auskunftspflicht nicht nachkommt, einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht oder Verfügungen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen zuwiderhandelt, wird mit einer Busse bis zu 20'000 Franken bestraft (Art. 55 KG).

Verwaltungssanktionen treffen die verantwortlichen Unternehmen, Strafsanktionen die verantwortlichen natürlichen Personen.

1.2 Bekämpfung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen und Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

Das Gesetz beruht auf dem Grundsatz des Missbrauchs. Wettbewerbsabreden, marktbeherrschende Positionen und Zusammenschlüsse werden nur als unzulässig betrachtet, wenn sie missbräuchlich sind. Für diese drei Tatbestände gelten spezifische Regeln:

1.2.1 Bekämpfung von Abreden

Im Gesetz (Art. 4 und 5 KG) werden Wettbewerbsabreden definiert als „*rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken*“ (Art. 4 Abs. 1 KG). Unzulässig sind Absprachen, „*die den Wettbewerb auf dem Markt (...) erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen*“ (Art. 5 Abs. 1).

Die Unzulässigkeit einer Abrede ist konkret im Zusammenhang mit einem relevanten Markt zu beurteilen.

Im Gesetz werden horizontale und vertikale Abreden unterschieden; von der Lehre³ werden diese wie folgt definiert:

- Als **horizontale Abreden** gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen unter Unternehmen der gleichen Marktstufe, das heisst unter effektiven oder potentiellen Konkurrenten. Horizontale Abreden können umfassend oder partiell sein:
 - **Partiell** sind Abreden, die eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt zur Folge haben. Man spricht in diesem Fall von weichen Kartellen. Die Unternehmen schränken dabei den Wettbewerb nicht völlig ein, sondern verzichten in gewissen Punkten auf eine mögliche Konkurrenzierung. Unzulässig sind solche Abreden, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.
 - Als **umfassend** betrachtet werden Abreden, die zur Aufhebung eines wirksamen Wettbewerbs führen. Es handelt sich dann um sogenannte harte Kartelle, die den

³ TERCIER, in CFPG 22, 1999, S. 41.

Wettbewerb nicht nur erheblich beeinträchtigen, sondern völlig ausschalten. Solche Abreden sind grundsätzlich rechtswidrig. Sie erfüllen als solche die Bedingungen eines Missbrauchs und lassen sich keinesfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen. Im Gesetz wird für Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen eine Wettbewerbsverhinderung vermutet. Weil sie wesentliche Wettbewerbselemente ausschliessen, schliesst man daraus, dass sie einen wirksamen Wettbewerb verunmöglichen.

- Unter **vertikalen Abreden** versteht man rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (exklusive Verkaufsverträge, selektive Vertriebssysteme, Franchising, Betriebslizenzen usw.).

1.2.2 Bekämpfung missbräuchlicher Marktmacht

Gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen, die „durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen“. Das Unternehmen wird nicht als solches verboten; sein Verhalten wird jedoch untersucht und gegebenenfalls als missbräuchlich und widerrechtlich bezeichnet. Ein Unternehmen mit marktbeherrschender Position verhält sich auf dem Markt unabhängig und unterwirft sich den Wettbewerbsregeln nicht. Es hat demnach eine kartellähnliche Stellung.

Nach Artikel 7 Absatz 2 KG, fallen als unzulässige Verhaltensweisen insbesondere in Betracht:

- die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen;
- die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;

- die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen”.

Die Lehre⁴ gliedert diese unzulässigen Praktiken in zwei Gruppen:

- Beeinträchtigungspraktiken; das marktmächtige Unternehmen ist in der Lage, die Handlungsfreiheit seiner Konkurrenten oder Handelspartner missbräuchlich einzuschränken und damit die Konkurrenz zu schwächen.
- Missbräuchliche Betriebspraktiken; das marktmächtige Unternehmen benachteiligt die Konsumenten, indem es den Wettbewerb beeinträchtigt.

1.2.3 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

Die Definition von Unternehmenszusammenschlüssen wird in Artikel 4 Absatz 3 KG gegeben. Darunter werden verstanden: „a. die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen und b. jeder Vorgang (...), durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen”. Die Gesetzgebung in diesem Bereich wird durch die Verordnung des Bundesrats vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vervollständigt (SR 251.4).

In der Botschaft zum KG erklärte der Bundesrat, die Wettbewerbsbehörden müssten die Möglichkeit haben ”wettbewerbsgefährdende Veränderungen der Marktstrukturen frühzeitig zu erkennen und nötigenfalls – wenn wirklich die Beseitigung von wirksamem Wettbewerb durch den Zusammenschluss droht – einzugreifen.”⁵. Durch die Kontrolle von Zusammenschlüssen soll die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position verhindert werden, die den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen droht. Diese Kontrolle gilt nur Grossunternehmen; die Interventionsschwellen wurden entsprechend hoch angesetzt.

⁴ Ebd., S. 51.

⁵ Botschaft, S. 51.

Im Artikel 9 KG wird zwischen absolutem und relativem Kriterium unterschieden⁶:

- das erstere bezieht sich auf den Umsatz der betroffenen Unternehmen;
- das zweite beruht lediglich darauf, dass der Zusammenschluss den Marktanteil eines Unternehmens vergrössert, von dem bereits rechtskräftig festgestellt wurde, dass es eine marktbeherrschende Position einnimmt.

Die Unternehmen sind verpflichtet, den Wettbewerbsbehörden Zusammenschlüsse zu melden. Dies löst eine Vorabklärung aus, die höchstens einen Monat dauert. Innerhalb dieser Frist muss die Weko den betroffenen Unternehmen mitteilen, ob der vorgesehene Zusammenschluss einer Prüfung unterworfen wird; wenn nicht, kann er ohne Vorbehalt erfolgen (Art. 32 KG). Den beteiligten Unternehmen ist es untersagt, den Zusammenschluss zu vollziehen, ausser wenn sie eine entsprechende provisorische Bewilligung erhalten haben. Gegebenenfalls ist die Prüfung innerhalb von vier Monaten abzuschliessen (Art. 33 Abs. 3 und 34 KG). Sobald die Weko die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens beschlossen hat, veröffentlicht das Sekretariat den wesentlichen Inhalt der Meldung des Zusammenschlusses und gibt die Frist bekannt, innerhalb welcher Dritte dazu Stellung nehmen können (Art. 33 Abs. 1).

Die Weko kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen (Art. 10 Abs. 2). Sie darf einen Zusammenschluss allerdings nur untersagen, wenn weniger einschränkende Massnahmen nicht in Betracht kommen.⁷

1.3 Vergleich mit dem Recht der Europäischen Union

Die schweizerische Kartellgesetzgebung ist stark vom europäischen Kartellrecht beeinflusst. Dennoch bestehen wichtige Unterschiede. Der Hauptunterschied zwischen dem schweizerischen und dem europäischen Wettbewerbsrecht besteht darin, dass das erstere auf dem Missbrauchsgrundsatz beruht, während dem zweiten das Verbotprinzip zugrundeliegt. In der Schweiz sind Abreden an sich nicht unzulässig, da sie keiner Bewilligungspflicht unterliegen. Als unzulässig gelten sie nur, wenn sie auf Grund ihres Ge-

⁶ TERCIER, in CFPG 22, 1999, S. 55.

genstands missbräuchlich sind. Das Verbot betrifft also den Missbrauch. Dieser wird anhand einer Gewichtung der negativen und positiven Auswirkungen beurteilt. Das EU-Wettbewerbsrecht hingegen basiert auf dem Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen. Der Binnenmarkt soll es den Unternehmen ermöglichen, sich zu gleichen Bedingungen auf den Märkten aller Mitgliedsstaaten zu konkurrenzieren.

Neben diesem unterschiedlichen Ansatz ist auch bei den Sanktionen ein wesentlicher Unterschied festzustellen. Die Europäische Kommission kann schwere Strafen verhängen. In der Schweiz können diese ebenso schwer ausfallen, aber die schweizerischen Wettbewerbsbehörden müssen sich auf eine Bestrafung im Wiederholungsfall beschränken. Auch ist der Bundesrat befähigt, in den drei erwähnten Fällen von Wettbewerbsverstößen aus überwiegenden öffentlichen Interessen Ausnahmewilligungen zu erteilen.

Trotz dieser Unterschiede sind die beiden Gesetzgebungen ähnlich. Das europäische Recht sieht zahlreiche Ausnahmen vom Verbotsprinzip vor und das schweizerische Recht geht bei Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen von einer Schadensvermutung aus. Beide Gesetzgebungen beruhen auf drei Pfeilern: sie legen Regeln für Abreden, für missbräuchliche Praktiken von Unternehmen mit marktbeherrschender Position und für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen fest. Hinsichtlich der Fusionskontrolle haben die schweizerischen und europäischen Wettbewerbsbehörden ähnliche Befugnisse: Eine Fusion kann untersagt oder an bestimmte Bedingungen oder Auflagen gebunden werden. Für die Behandlung von Fusionsfällen sind in beiden Gesetzgebungen sogar gleiche Fristen festgelegt.

⁷ Ebd., S. 57.

2 Untersuchungsbeschreibung

2.1 Ansatz der PVK

Im nachfolgenden Kapitel werden die Hauptprobleme im Zusammenhang mit der Umsetzung des KG dargestellt. Die PVK hat diese Probleme anhand der Fachliteratur und verschiedener Berichte des EVD (im speziellen des Sekretariates der Weko) sowie auf Grund von Gesprächen mit Fachleuten⁸ eruiert. Um zu überprüfen, dass alle wichtigen Probleme erfasst wurden und um ihre Relevanz sowie den Revisionsbedarf zu ermitteln, wurde zehn unabhängigen Experten⁹ ein Fragebogen¹⁰ unterbreitet.

Zuerst wurden die Sachverständigen gebeten, eine Liste der aus der Fachliteratur abgeleiteten Probleme zu vervollständigen.

Die Sachverständigen wurden ausserdem ersucht, die einzelnen Punkte als *sehr problematisch*, *problematisch*, *ziemlich problematisch*, *wenig problematisch* oder *unproblematisch*¹¹ einzustufen. Aufgrund der Prozentsätze und der Verteilung der Antworten lässt sich tendenziell nach dieser Skala die Relevanz der aufgeworfenen Fragen bestimmen.

⁸ Wir haben mit Christian Bovet, Professor an der Rechtsfakultät der Universität Genf und Mitglied der Kommission für Telekommunikation (ComCom) ein Interview geführt. Franz Hoffet, Rechtsanwalt in Zürich, hat uns seine Ansichten zu den Problemen des KG schriftlich zukommen lassen. Diese zwei vertieften Stellungnahmen haben uns erlaubt, den juristischen Aspekten aus Sicht der akademischen Lehre sowie der Anwaltspraxis Rechnung zu tragen.

⁹ Die Sachverständigengruppe umfasste vier Professoren der Wirtschaftswissenschaften, drei Rechtsprofessoren, drei im Wettbewerbsrecht spezialisierte Anwälte (einer davon gleichzeitig auch Dr. oec.). Auswahlkriterien für die Expertengruppe: mehrere Publikationen im Wettbewerbsbereich, Nichtmitglied der Weko und des Sekretariats. Vgl. Liste im Anhang 5. Bei Zitaten von Experten ohne Angaben von Referenzen verweisen wir auf Bemerkungen, die der betreffende Experte in einem Interview, im Fragebogen oder bei Telefongesprächen geäußert hat.

¹⁰ Vgl. Anhang 6.

¹¹ Wir sind auf die tendenziell als unproblematisch eingeschätzten Fragen nicht näher eingegangen. Wenn nötig, erwähnen wir sie nebenbei bei der Beschreibung der neunzehn Probleme in Kapitel 3.

Schliesslich baten wir die Sachverständigen auch, die wichtigsten Probleme (maximal fünf) in der Umsetzung des KG zu nennen, bei denen ihrer Meinung nach ein akuter Revisionsbedarf besteht und sie nach ihrer Wichtigkeit (vom Wichtigsten zum weniger Wichtigsten) zu klassieren. Der Revisionsbedarf wurde nach folgender Skala ermittelt: 6 bis 5 Nennungen = sehr gross; 4 Nennungen = gross; 3 Nennungen = ziemlicher gross; 2 Nennungen = eher gering, 1 Nennung = gering, 0 Nennung = unbedeutend.

Wir haben so insgesamt neunzehn Probleme ermittelt und können sie qualitativ gewichten. Die neunzehn Probleme sind aber nicht völlig voneinander unabhängig. Jedes kann gleichzeitig Ursache und Folge eines andern Problems sein. So wird zum Beispiel die Qualität der Weko-Entscheidungen weitgehend durch die Untersuchungen ihres Sekretariats bestimmt, durch den Grad ihrer Professionalisierung usw. Die Einwirkung auf einen Aspekt kann andere Aspekte positiv beeinflussen. Zudem können gewisse Probleme ausserhalb des KG gelöst werden (z. B. das Problem der Parallelimporte könnte im Patentrecht geregelt werden). Schliesslich könnte die zur Lösung eines Problems notwendige Änderung einer Bestimmung im KG Konsequenzen haben, die aus übergeordneter Perspektive, also nicht allein unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs betrachtet, negativer empfunden werden als der Status quo (z. B. würde eine Stärkung der Position der Weko gegenüber staatlich bedingten Wettbewerbsbeschränkungen aus Sicht der Gewaltenteilung ein Problem darstellen, das als schwerer empfunden werden könnte als jenes, das die Stärkung der Weko aus wettbewerbspolitischer Perspektive gelöst hat). In diesen Fällen kann der Reformbedarf also schwach sein, selbst wenn das Problem als schwerwiegend eingestuft wurde. Kurz, einzig von der Relevanz eines Problems ausgehend kann dessen Reformbedarf nicht abgeleitet werden.

Durch die Erkenntnisse der Umfrage sehen wir uns in der Lage, obige Hypothese zu überprüfen und vor allem sind wir in der Lage festzustellen, ob die Aspekte mit dem grössten Revisionsbedarf im Bundesratsentwurf enthalten sind. Im dritten Kapitel wird jedes Problem einzeln beschrieben; auf die Charakterisierung des Problems folgt jeweils dessen Beurteilung in der Umfrage (in Kästchen). Eine Gesamtübersicht über die Umfrageergebnisse ist in Kapitel 4 (Zusammenfassung) zu finden.

2.2 Optionen der Subkommission

Auf Grund der erwähnten Ergebnisse wird die Subkommission über das Ausmass des Problems und das weitere Vorgehen im Rahmen der laufenden Gesetzesrevision befinden können. Sie hat dafür jeweils folgende Optionen:

1. Bei Problemen, die sie als unwesentlich einschätzt: keine Massnahmen.
2. Bei Problemen, die sie als wesentlich einschätzt: prüfen, ob diese bei der laufenden Revision genügend berücksichtigt werden.
 - a) Wenn dies der Fall ist, sicherstellen, dass die vorgesehene Lösung im Laufe des Revisionsverfahrens beibehalten wird;
 - b) Falls das Problem bei der Revision nicht oder ungenügend behandelt wird:
 - die PVK mit weiteren Abklärungen beauftragen;
 - ihre Betrachtungen dem Bundesrat mitteilen, damit diese in seiner Botschaft berücksichtigt werden;
 - ihre Betrachtungen der Wirtschafts- und Abgabekommission (WAK) mitteilen, welche die Botschaft behandeln wird.

Die Probleme werden in einer logischen Reihenfolge aufgeführt. Leserinnen und Leser, die sich direkt den für sie interessantesten Problemen widmen wollen, werden auf Kapitel 4 "Zusammenfassung" verwiesen, in dem die Probleme in Grafiken nach Relevanz und Revisionsbedarf geordnet sind. Bei jedem Problem wird auf den entsprechenden Abschnitt in Kapitel 3 hingewiesen.

3 Hauptprobleme des KG

3.1 Keine direkten Sanktionen

Gemäss Artikel 50 und 54 KG können verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen nur bei Verstössen gegen rechtskräftige Verfügungen der Wettbewerbsbehörde ergriffen werden. In der Schweiz ist es im Gegensatz zu den USA und zur EU nicht möglich, unzulässiges, wettbewerbsschädliches Verhalten direkt zu bestrafen. Bussen können nur im Wiederholungsfall, das heisst bei Nichtbeachtung einer Verfügung der Weko verhängt werden.

Nach Meinung der Wettbewerbsbehörden und der Mehrheit der Experten in diesem Gebiet hat das KG mangels direkter Sanktionsmöglichkeiten keine abschreckende Wirkung auf die Unternehmen, was seine Wirksamkeit stark schwächt. Ein Unternehmen, dessen Verhalten durch Verfügung als unzulässig erklärt wird, erhält lediglich eine Verwarnung. Die vor dem Verbot des als unzulässig erachteten Verhaltens erzielten Gewinne sind vor Beschlagnahmung geschützt. Somit überwiegen die aus dem unzulässigen Verhalten gezogenen Vorteile die Kosten eines allfälligen Strafverfahrens. Dem Gesetz fehlt also nicht nur die Abschreckungswirkung; es kann sogar zur Bildung von Kartellen anregen. Im Bereich der Vergabe von Aufträgen zeigt sich dies besonders deutlich. Abreden werden hier für jede Ausschreibung einzeln getroffen. Obschon die Weko solche Absprachen verbietet, hindert dies die Unternehmen nicht daran, für eine andere Ausschreibung ohne Folgen wieder eine Abrede zu treffen. Es handelt sich dabei nämlich nicht um die Nichtbeachtung einer Weko-Verfügung, sondern um eine neue unzulässige Abrede, die wiederum durch Verfügung zu verbieten ist und nicht unmittelbar bestraft werden kann. Die Bemühungen der Wettbewerbsbehörden werden dadurch behindert und die Bekämpfung der Kartelle wird zur Sisyphusarbeit.

Die Abschreckungswirkung des KG hängt eng mit der Wahrscheinlichkeit der Entdeckung einer unzulässigen Abrede zusammen. Offene und leicht erkennbare Kartellvereinbarungen werden in der Schweiz und weltweit immer seltener, da die meisten

Unternehmen ihre wettbewerbsfeindlichen Praktiken zu verheimlichen suchen¹². Da die Arbeit der Wettbewerbsbehörden demzufolge zunehmend schwieriger wird, verlangen sie effizientere Instrumente, um Verstösse gegen das Kartellrecht aufzudecken. Die Erfahrungen in andern Ländern haben in der Tat gezeigt, dass z.B. die Kronzeugenregelung, verdeckte Ermittlungen oder Hausdurchsuchungen die Wahrscheinlichkeit einer Aufdeckung erhöhen. Im Fall des Vitaminkartells hat sich die Wirksamkeit solcher Massnahmen erwiesen: Nachdem der Wettbewerb während Jahrzehnten behindert worden war, wurde das Kartell schliesslich durch ein daran beteiligtes Unternehmen bei den amerikanischen Wettbewerbsbehörden gemeldet. Die Anzeige wurde dadurch begünstigt, dass das betreffende Unternehmen durch die Beendigung eines wettbewerbsfeindlichen Verhaltens eine Minderung seiner Busse erwarten konnte. Erst nach der Aufdeckung der Angelegenheit in den USA war es den schweizerischen Behörden möglich, festzustellen, dass das weltweite Vitaminkartell auch auf dem Schweizer Markt den Wettbewerb behinderte¹³. In der Schweiz ist es nicht wahrscheinlich, dass Kartelle auf die eben beschriebene Art aufgedeckt werden. Die Gewissheit, nicht bestraft zu werden, bildet kaum einen Anreiz dafür, geheime Absprachen freiwillig zu brechen. Die Beteiligten können ruhig abwarten, bis die Abrede von den Behörden entdeckt wird und diese einzugreifen bereit sind, um dann die Abrede aufzukündigen, vorzugsweise im gegenseitigen Einverständnis.

Den Gegnern direkter Sanktionen erscheint die Abschreckungswirkung des Gesetzes ausreichend. Sie behaupten, Kartelle und missbräuchliche Marktmacht seien in der Öffentlichkeit verpönt und die Unternehmen könnten sich daher keine Verstösse leisten. Direkte Sanktionen hätten ausserdem den Nachteil, die abschreckende Wirkung auf Verhaltensweisen auszudehnen, die dem Wettbewerb nicht abträglich sind, von den Unternehmen aber vermieden würden, in der Befürchtung, sie seien mit dem Kartellrecht nicht vereinbar. Ausserdem müsste man sich auf einen Anstieg von Anfragen aus Unternehmen gefasst machen, die sich nach der Zulässigkeit bestimmter Praktiken erkundigen wollen.

¹² STOFFEL, 2000, S. 21.

¹³ Vgl. Pressemitteilung der Weko vom 19.4.00 „Vitaminkartell: Auch in der Schweiz verboten“.

Der in Artikel 50 KG als Sanktion bei einem Verstoss gegen eine einvernehmliche Regelung oder eine behördliche Anordnung vorgesehene Betrag ist in der Fachliteratur unumstritten. Er entspricht dem Dreifachen des durch den Verstoss erzielten Gewinns oder 10 Prozent des letzten Jahresumsatzes und ist damit demjenigen in der EU vergleichbar, ist aber niedriger als die in der amerikanischen Gesetzgebung vorgesehene Sanktion. Das Problem liegt also nicht in der Höhe der Sanktion, sondern in der Unmöglichkeit, eine solche beim ersten Verstoss zu verhängen.

*Laufende Gesetzesrevision*¹⁴

Im Vorentwurf des Bundesrats zur Teilrevision des KG ist die Einführung direkter Sanktionen für die Bildung harter Kartelle vorgesehen (Art. 5 Abs. 3 KG), für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Position (Art. 7) sowie für Verstösse gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen. In diesem Sinn wird eine Änderung von Artikel 27 Absatz 1 und von Artikel 50 KG, sowie die Einfügung von einem Artikel 27 Absatz 3 wie auch eines neuen Artikel 49a vorgeschlagen. Aus verfassungsrechtlichen Gründen wird allerdings darauf verzichtet, für alle Verstösse gegen das Kartellgesetz generell direkte Sanktionen vorzusehen.

Da infolge der Einführung direkter Sanktionen eine Verschlechterung des Klimas zwischen Behörden und Unternehmen zu befürchten wäre, was die letzteren zu einer stärkeren Verheimlichung ihrer verdeckten Praktiken führen würde, sind im Revisionsentwurf diverse Gegenmassnahmen vorgesehen, wie die Kronzeugenregelung (Art. 49a Abs. 2 und 3 im Entwurf). Ein Unternehmen, das eine Wettbewerbsbeschränkung freiwillig meldet, würde demnach straffrei ausgehen. Diese Klausel würde die aus der Einführung direkter Sanktionen resultierende Rechtsunsicherheit verringern. Unternehmen könnten ohne Strafrisiko die Behörden anfragen, ob eine bestimmte Praktik zulässig ist oder nicht. Falls ein Unternehmen zur Aufdeckung und Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung beiträgt, könnten die Wettbewerbsbehörden ganz oder teilweise auf Sanktionen verzichten. Diese Bestimmungen dürften die Ermittlungen der Weko erleichtern

¹⁴ Vgl. Anhang: 3 Vorentwurf des Bundesrates zur Revision des KG.

und die Solidarität der Kartellmitglieder untergraben. Ausserdem sollen den Wettbewerbsbehörden zusätzliche Ermittlungsinstrumente zur Verfügung gestellt werden (Art. 42 KG). Sie könnten zum Beispiel Hausdurchsuchungen und die Sicherstellung von Beweisgegenständen anordnen. Bei diesen Zwangsmassnahmen wäre das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0)¹⁵ sinngemäss anwendbar.

Einschätzung des Problems

- 70% der Sachverständigen erachten die Unmöglichkeit, direkte Sanktionen zu ergreifen als sehr problematisch (60%) bzw. problematisch (10%). Dieser Aspekt wird tendenziell als **sehr problematisch** beurteilt.
- 5 Sachverständige sehen einen Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **sehr gross** zu werten.
- Im Revisionsentwurf wird das Problem angegangen, indem für die grössten Verstösse direkte Sanktionen vorgesehen sind.
- Der PVK scheint die Lage klar. Es drängen sich keine weiteren Abklärungen auf.
- Falls die Subkommission die Einführung direkter Sanktionen wünscht, müsste darauf geachtet werden, dass die Änderung von Artikel 27 Absatz 1 und Artikel 50 KG sowie die Einführung eines neuen Artikels 27 Absatz 3 und eines neuen Artikels 49a im Revisionsentwurf beibehalten werden.

¹⁵ Berücksichtigung vergangener Tatbestände: gemäss Art. 27 Abs. 1 KG wird eine Untersuchung nur eröffnet, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Folglich kann die Wettbewerbsbehörde keine Untersuchung eröffnen, wenn das betreffende Unternehmen seine unrechtmässigen Praktiken unterdessen eingestellt hat (s. Vitaminkartell). Nach Art. 30 Abs. 1 entscheidet die Weko über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Diese rechtliche Situation verunmöglichte die Bestrafung eines Unternehmens, das seine unrechtmässigen Praktiken vor oder während der Untersuchung aufgibt und lässt den Wettbewerbsbehörden einzig die Möglichkeit, bestehende Kartelle zu beseitigen. Im Rahmen des KG-Revisionsentwurfs wurde dieses Problem durch eine Änderung von Art. 27 Abs. 1 und die Einfügung eines Art. 27 Abs. 3 gelöst, so dass künftig auch vor der Untersuchung begangene Verstösse geahndet werden können.

3.2 Zusammensetzung der Weko

Gemäss Artikel 18 KG bestellt der Bundesrat die Weko und bezeichnet die drei Mitglieder des Präsidiums (Präsident und zwei Vizepräsidenten). Die Weko besteht aus 11 - 15 Mitgliedern, die mehrheitlich unabhängige Experten sind. Heute umfasst die Weko neun unabhängige Experten (vier Ökonomen, vier Juristen und ein Vertreter des Bundes) und fünf Vertreter von Dachorganisationen (Schweizerischer Bauernverband, Schweizerischer Gewerbeverband, Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Handels- und Industrieverein "Vorort", Warenhausverband). Die Vertretung der Konsumentenorganisationen ist vakant.

Diese Situation wirft die Frage der Unabhängigkeit der Weko auf. Es ist zu befürchten, dass die als Vertreter von Sonderinteressen ernannten Mitglieder vor allem diese letzteren verteidigen und nicht die Wahrung des Wettbewerbs.

Die Befürworter der heutigen Zusammensetzung meinen hingegen, es seien auf diese Weise eher breit abgestützte Konsenslösungen zu finden. Auch könnten andere politische Überlegungen in den Entscheidungsprozess einfließen als die blosser Erhaltung eines wirksamen Wettbewerbs. Zudem könnten die Vertreter von Sonderinteressen ihre Kenntnisse aus der Praxis einbringen, die in besonderen Fällen von Nutzen seien.

Die Gegner des heutigen Systems wenden ein, solche Kenntnisse liessen sich durch einen Beizug von externen Experten einbringen. Sie betonen auch, Berufs- und Wirtschaftsverbände hätten gemäss Artikel 43 KG die Möglichkeit, sich an den Untersuchungen zu beteiligen. Ihrer Ansicht nach sollten die Entscheide der Weko ausschliesslich der Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs dienen und keine weiteren Interessen berücksichtigen. Da der Gesetzgeber beschlossen hat, der Weko die Zuständigkeit für Wettbewerbsfragen zu erteilen und dem Bundesrat diejenige für die politischen Aspekte (Art. 8, 11 und 36 KG), gäbe es allen Grund, die Weko als Expertenkommission zu gestalten und damit der Absicht des Gesetzgebers zu entsprechen. Entscheide einer Expertenkommission, die ausschliesslich im Hinblick auf die Wahrung eines wirksamen Wettbewerbs und ungeachtet anderer politischer Überlegungen getroffen werden, wären kohärenter. Auch dürfte der Entscheidungsprozess effizienter sein.

Bei der heutigen Zusammensetzung der Weko würde die Einführung direkter Sanktionen die Wahrscheinlichkeit von Interessenkonflikten erhöhen. Angenommen, die Weko hätte gegen das Vitaminkartell, an dem auch Hoffmann-La Roche beteiligt war, Sanktionen ergreifen sollen: Der Vertreter des Vororts hätte in diesem Fall als Weko-Mitglied direkte Sanktionen gegen das Unternehmen Hoffmann-La Roche unterstützen müssen, dessen Präsident, Direktionsmitglied des Vororts ist. Mit andern Worten, das Weko-Mitglied hätte sich an der Bestrafung eines Unternehmens beteiligen müssen, dessen Direktor bei seiner Hauptbeschäftigung sein Vorgesetzter ist. Interessenkonflikte sind also vorprogrammiert und somit auch Fälle in denen Wirtschaftsvertreter innerhalb der Weko in den Ausstand treten müssten. Eine Weko, in der lediglich Sachverständige vertreten wären, würde das Problem entschärfen.

Da nur Pressure-groups aus einzelnen Wirtschaftszweigen vertreten sind, ist auch das Gleichheitsprinzip nicht gewahrt. Die in der Weko vertretenen Wirtschaftszweige erhalten Insiderinformationen über die laufenden Untersuchungen und Entscheide, zu denen die nicht vertretenen keinen Zugang haben. Aus diesem Vorteil ergeben sich im Gesetzesvollzug Ungleichheiten zwischen den einzelnen Wirtschaftszweigen.

Laufende Gesetzesrevision

Der Revisionsentwurf sieht eine Änderung von Artikel 18 Absatz 2 in dem Sinn vor, als nur noch unabhängige Sachverständige als Weko-Mitglieder ernannt werden sollen. Die Unabhängigkeit wäre auf diese Weise wie bei einem Gericht oder einer ähnliche Behörde gewahrt. Eine aus unabhängigen Experten bestehende Behörde würde eine kohärente Entscheidungspolitik gewährleisten, denn sie wäre nur dem Grundsatz des wirksamen Wettbewerbs verpflichtet. Sie wäre auch den grösseren Anforderungen gewachsen, die aus der Einführung direkter Sanktionen resultieren, vor allem in Bezug auf eine für alle Wirtschaftssectoren gleiche und von wirtschaftlichen Interessen unabhängige Umsetzung des Gesetzes.

Einschätzung des Problems

- 50% der Sachverständigen erachten den Einsitz von Interessenvertretern in der Weko als problematisch (30%) bzw. sehr problematisch (20%). Dieser Aspekt wird tendenziell als **problematisch** beurteilt.
- 5 Sachverständige sehen einen Revisionsbedarf (2 erwähnen das Problem an erster Stelle). Dieser ist demnach als **sehr gross** zu werten.
- Der Entwurf zur KG-Revision regelt das Problem, indem er eine Weko ohne Vertreter von Dachorganisationen vorsieht.
- Der PVK scheint die Lage klar. Es drängen sich keine weiteren Abklärungen auf.
- Falls die Subkommission eine Weko ohne Interessenvertreter befürwortet, sollte sie dafür sorgen, dass die Änderung von Artikel 18 Absatz 2 KG im Revisionsentwurf beibehalten wird.

3.3 Grösse der Weko

Artikel 18 KG sieht eine Weko von 11 - 15 Mitgliedern vor. In der Praxis haben sich die in der Botschaft von 1995 geäusserten Befürchtungen bewahrheitet: Es hat sich als schwierig erwiesen, in Plenarsitzungen mit 11 - 15 Personen komplexe Fragen zu klären¹⁶. Die Fachliteratur lässt diesbezüglich keine Zweifel offen: Der Entscheidprozess könnte effizienter sein. Es ist schwierig, in einer heterogenen Gruppe von 15 Personen zu einem Schluss zu kommen; es können sich unklare und unvorhersehbare Resultate ergeben. Natürlich hat eine grössere Gruppe auch ein grösseres Problemlösungspotential. Aber im Verhältnis zum Gruppenumfang erhöht sich die Schwierigkeit einer Konsensfindung. Studien haben gezeigt, dass die optimale Mitgliederzahl einer mit komplexen und differenzierten Fragen konfrontierten Gruppe bei fünf bis sieben Personen¹⁷ liegt. Ausserdem ist die Arbeit in einer kleinen Gruppe motivierender und die einzelnen Mitglieder engagieren sich entsprechend mehr¹⁸. Ähnliche Entscheidorgane sind denn auch wesentlich kleiner als die Weko: z.B. Bankenkommission (7 Mitglieder), Eidg. Kommunikationskommission (7 Mitglieder).

¹⁶ Botschaft S. 58.

¹⁷ WISWEDE, 1992, S. 743.

¹⁸ SEIDEL, 1992, S. 719.

Laufende Revision

Der Revisionsentwurf sieht eine Änderung von Artikel 18 Absatz 2 vor: Die Anzahl der Weko-Mitglieder soll auf sieben beschränkt werden. Ziel sind ein besserer Gruppenzusammenhalt, mehr Professionalität und damit effizientere Verfahren.

Einschätzung des Problems

- 60% der Sachverständigen erachten die Grösse der Weko als problematisch (50%) bzw. sehr problematisch (10%). Dieser Aspekt wird tendenziell als **problematisch** beurteilt.
- 4 Sachverständige sehen einen Revisionsbedarf (1 Sachverständiger nennt das Problem an erster Stelle). Dieser ist demnach als **ziemlich gross** zu werten.
- Der Revisionsentwurf behandelt das Problem, indem die Weko auf sieben Mitglieder reduziert werden soll.
- Der PVK scheint die Lage klar. Es drängen sich keine weiteren Abklärungen auf.
- Falls die Subkommission eine Verminderung der Mitgliederzahl der Weko wünscht, sollte sie dafür sorgen, dass die Änderung von Artikel 18 Absatz 2 KG im Revisionsentwurf beibehalten wird.

3.4 Weko als Milizbehörde

Heute ist die Weko ein Milizorgan. Alle Mitglieder üben ihre Tätigkeit nebenamtlich aus. Der Bundesrat hat den Beschäftigungsgrad des Präsidenten auf 33% festgelegt. Der Lohn beträgt 100'000 Franken pro Jahr. Der gegenüber den andern Mitgliedern höhere Beschäftigungsgrad und der entsprechend höhere Lohn rechtfertigen sich u. a. durch zusätzliche Aufgaben in der Öffentlichkeitsarbeit und der Überwachung des Sekretariats. Die Vizepräsidenten und die andern Weko-Mitglieder bereiten neben ihrer eigenen beruflichen Arbeit die zu behandelnden Dossiers vor und wohnen nur den Sitzungen bei. Die jährlichen Entschädigungen betragen: 36'000 Franken für die Vizepräsidenten, 24'000 Franken für die Universitätsprofessoren, 12'000 Franken für Interessenvertreter. Der Zweck eines solchen Milizsystems besteht darin, dass die Entscheidungsträger der Wettbewerbsbehörden neben ihrer Rolle als Wettbewerbsverteidiger auch im normalen Wirtschaftsleben stehen sollen.

Die Weko-Mitglieder haben komplexe Begriffe des Wettbewerbsrechts und der Marktwirtschaft anzuwenden. Ihre Entscheide können für die betroffenen Unternehmen äußerst folgenschwer sein. Deshalb ist die Weko gezwungen, die zunehmend schnellere Entwicklung im wirtschaftlichen und politischen Bereich aufmerksam zu verfolgen, um rasch handeln zu können. Ausserdem muss sie sich an die sehr strengen Verfahrensvorschriften halten, insbesondere was die Fristen bei der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen anbelangt. Weko-Mitglieder müssen also kompetent sein und ihrer Arbeit in der Kommission genügend Zeit und Aufmerksamkeit widmen können, was ihnen mit einer Teilzeitbeschäftigung zusehends schwerer fallen dürfte. In der Botschaft zum KG hat der Bundesrat denn auch die Grenzen einer Milizorganisation beschrieben: "Die umfangreichen Arbeiten des Präsidiums lassen es nicht mehr zu, dass das Amt des Präsidenten bzw. der Präsidentin und der Vizepräsidenten bzw. der Vizepräsidentinnen wie bisher im Nebenamt ausgeübt wird".¹⁹ Dennoch sind der Präsident und die beiden Vizepräsidenten auch heute noch nebenamtlich tätig.

Falls direkte Sanktionen eingeführt werden, ist zu erwarten, dass sich die beanstandeten Unternehmen im Rahmen des Verfahrens stärker engagieren und entsprechend mehr Mittel einsetzen. Es werden sich wahrscheinlich auch vermehrt Dritte am Verfahren beteiligen wollen. Die Arbeitslast und die Druckversuche auf die Weko werden zunehmen. Sie wird umfassendere Akten sowie mehr Forderungen und Argumente der betroffenen Parteien zur Kenntnis nehmen müssen. Um auf der Höhe zu bleiben, werden ihre Mitglieder noch mehr Zeit und Engagement aufbringen müssen. Deshalb fordert die Mehrheit der befragten Experten eine Professionalisierung der Weko.

Diese würde auch die Unabhängigkeit der Kommission verstärken. Ein gut bezahlter, vollamtlicher Wettbewerbsexperte hätte weniger Grund sich einer Zweitbeschäftigung zu widmen, die einen Interessenkonflikt auslösen könnte und ihn zwingen würde in den Astand zu treten.

¹⁹ Botschaft, 1994, S. 128.

Im Zusammenhang mit der Professionalisierung stellt sich auch die Frage nach der Schaffung eines Bundesamts für Wettbewerb. Diese Möglichkeit wurde bereits in der Diskussion um das heutige KG in Betracht gezogen, aber schliesslich verworfen.

Laufende Revision

Die vom Bundesrat mit der Erarbeitung konkreter Vorschläge zur Änderung des KG beauftragte interdepartementale Arbeitsgruppe beschäftigte sich bei den Vorbereitungsarbeiten auch mit der Frage der Professionalisierung der Weko. Sie diskutierte insbesondere die Umwandlung der Teilzeitbeschäftigung des Präsidenten und der Vizepräsidenten in Vollämter. Die Arbeitsgruppe befürwortete eine solche Massnahme, war aber der Ansicht, sie könne im Rahmen des Weko-Geschäftsreglements oder sogar bei der Einstellung der Weko-Mitglieder getroffen werden. Deshalb wurde der Beschäftigungsgrad im Revisionsentwurf nicht festgelegt. Falls das Parlament die übrigen Vorschläge zur Professionalisierung der Weko gutheissen sollte (Herabsetzung der Mitgliederzahl, Ausschluss von Interessenvertretern), beabsichtigt der Bundesrat, den Beschäftigungsgrad der Weko-Mitglieder zu erhöhen und sowohl für den Präsidenten bzw. die Präsidentin als auch für die Vizepräsidenten bzw. Vizepräsidentinnen eine vollamtliche Beschäftigung festzulegen.

Einschätzung des Problems

- 70% der Sachverständigen erachten den Milizcharakter der Weko als sehr problematisch (50%) bzw. problematisch (20%). Dieser Aspekt wird tendenziell als **sehr problematisch** beurteilt.
- 6 Sachverständige sehen einen Revisionsbedarf (2 nennen das Problem an erster Stelle). Dieser ist demnach als **sehr gross** zu werten.
- Im Revisionsentwurf ist eine Erhöhung der Beschäftigungsgrades nicht direkt vorgesehen. Der Bundesrat hat jedoch die Absicht, den Beschäftigungsgrad der Weko-Mitglieder im Rahmen des Geschäftsreglements oder bei der Anstellung zu erhöhen, falls das Parlament die Revision gutheisst. Die Verringerung der Mitgliederzahl und der Ausschluss der Interessenvertreter sind gemäss Entwurf geplant, was schon eine gewisse Professionalisierung gewährleisten würde.
- Der PVK scheint die Lage klar. Es drängen sich keine weiteren Abklärungen auf.
- Falls die Subkommission den Beschäftigungsgrad der Weko-Mitglieder zu erhöhen wünscht, sollte sie im Fall einer Genehmigung der KG-Reform im Parlament dafür sorgen, dass der Bundesrat den Beschäftigungsgrad der Mitglieder adäquat erhöht.

3.5 Verhältnis zwischen Sekretariat und Weko

Auf institutioneller Ebene sind die Zuständigkeiten für die Umsetzung des KG zwischen der Weko und dem Sekretariat aufgeteilt. Gemäss Artikel 23 Absatz 1 KG bereitet das Sekretariat die Geschäfte vor und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die verfahrensleitenden Verfügungen. Es stellt der Weko Antrag und vollzieht ihre Entscheidung. Die Entscheidungsbefugnis liegt bei der Weko (Art. 3 Abs. 3 KG). Das Sekretariat führt Vorabklärungen und Abklärungen durch, aufgrund derer die Weko ihre Entscheidung fällt. In Artikel 30 Absatz 2 KG werden der Weko allerdings bei ausserordentlichen Umständen gewisse Interventionsmöglichkeiten gegenüber der Untersuchungsbefugnis des Sekretariats gegeben. In Artikel 17 Absatz 2 des Geschäftsreglements der Weko wird bestimmt, dass ihre Mitglieder allen Phasen einer Untersuchung des Sekretariats beiwohnen können, insbesondere auch der Anhörung von Zeugen. Im Sinne des

Gesetzes ausgelegt, ist damit eine Beobachterrolle und keine aktive Beteiligung an den Untersuchungen gemeint²⁰.

Seit ungefähr einem Jahr unterscheiden die Wettbewerbsbehörden genau zwischen der Untersuchung einer Angelegenheit, die dem Sekretariat obliegt, und dem von der Weko zu treffenden Entscheid. Nur die Präsidenten der Kammern garantieren die Verbindung zwischen den beiden Organen. Die Unterschrift eines von ihnen genügt, um dem Sekretariat die Eröffnung einer Untersuchung zu erlauben. Danach ziehen sie sich zurück und überlassen die Angelegenheit dem Sekretariat. Nach Ansicht des Weko hat sich diese Praxis bewährt. Die Entscheidungsfindung innerhalb der Weko verlaufe ruhiger und freier, weil kein Mitglied mehr in die Untersuchungen involviert ist.

In einem Teil der Fachliteratur wird allerdings bemängelt, dass die Entscheidbehörde aufgrund von Untersuchungen befindet, an denen sie nicht beteiligt war. Nach Damien Neven kann die Analyse einer Wettbewerbssituation oft auf unterschiedliche Weise angegangen werden. Es scheint ihm für die Richtigkeit des Schlussentscheids wichtig, dass die Weko (oder zumindest die verantwortliche Kammer) den Untersuchungsansatz des Sekretariats unterstützt²¹. Um die Koordination und das Verhältnis zwischen Untersuchung und Entscheidungsfindung zu verbessern, müsse die Weko in den ersten Stadien der Analyse stärker involviert sein. Zu diesem Zweck müsste aber das Verhältnis zwischen Sekretariat und Weko anhand einfacher Regeln formalisiert werden, sodass die Untersuchung einvernehmlich vonstatten geht und gleichzeitig die Unabhängigkeit der beiden Organe gewahrt bleibt²².

Das Verhältnis der beiden Institutionen wird auch dadurch belastet, dass das Sekretariat, das aus Berufsleuten besteht, die sich vollzeitlich mit der Wettbewerbsproblematik beschäftigen, die Resultate seiner Untersuchungen einer Kommission vermitteln muss, deren Mitglieder - Sachverständige und Interessenvertreter - sich nicht ausschliesslich der Umsetzung des Kartellrechts widmen. Das Sekretariat könnte also, wird bemerkt, durch den in der Untersuchungsphase gewählten Weg und durch die der Weko unter-

²⁰ BORER, Kommentar, 1998, S. 326.

²¹ NEVEN, Rapport, 1999, S. 7-8.

²² Ebd.

breiteten Analyse einen massgeblichen Einfluss auf deren Entscheide ausüben. Es bestehe die Gefahr, dass diese aus Mangel an technischen Kenntnissen und Ressourcen nicht in der Lage sei, die Vorschläge des Sekretariats in Frage zu stellen und ihnen daher lediglich beipflichten könne. Die im Milizcharakter der Weko begründeten Unterschiede in den Gedankengängen und Lösungsansätzen erschweren die Kommunikation zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsorgan zusätzlich. Christian von Weizsäcker erklärt, dieses Problem stelle sich in Deutschland nicht, da dort die Mitglieder der entscheidungsbefugten Stellen des Bundeskartellamtes vollamtliche Beamte sind, die über eine langjährige Erfahrung im Wirtschaftsbereich und im Wettbewerbsrecht verfügen²³.

Einschätzung des Problems

- 50% der Sachverständigen erachten das Verhältnis zwischen Weko und Sekretariat entweder als sehr problematisch (20%), als problematisch (20%) oder als ziemlich problematisch (10%). Demnach erachten 50% von ihnen die Frage als wenig problematisch oder gar als unproblematisch. Die Experten sind uneins und es ist keine eindeutige Tendenz auszumachen.
- Kein einziger Sachverständiger sieht einen Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **unbedeutend** zu werten.
- Im Revisionsentwurf wird das Problem nicht direkt behandelt. Die vorgesehene Professionalisierung der Weko (Herabsetzung der Mitgliederzahl, Ausschluss von Interessenvertretern und Erhöhung des Beschäftigungsgrads der Mitglieder) hätte aber sicherlich einen positiven Einfluss auf das Verhältnis zum Sekretariat und könnte den Eindruck mindern, dieses habe eine Machtposition.
- Angesichts der Umfrageresultate erübrigen sich weitere Abklärungen.
- Da der Revisionsbedarf als unbedeutend beurteilt wird, drängen sich in diesem Bereich keine weiteren Massnahmen auf.

²³ VON WEIZSÄCKER, 2000, S. 20.

3.6 Arbeit der Wettbewerbsbehörden

Obwohl sie im Gesetz genau definiert und in der Praxis strikt getrennt werden, gibt es eine gewisse Verflechtung zwischen der Untersuchungstätigkeit des Sekretariats und der Entscheidungsfunktion der Weko, sodass es schwierig ist, die Aktivitäten der beiden Organe unabhängig voneinander zu betrachten. Dies um so mehr als die Untersuchungsergebnisse des Sekretariats nicht veröffentlicht werden, dass also unbekannt ist, inwiefern sich die Weko bei ihren Entscheiden an dessen Analyse hält oder ihre eigenen Schlussfolgerungen zieht. Dennoch schlagen wir vor, die Arbeit der beiden Organe separat zu behandeln und das Schwergewicht beim Sekretariat auf die Wirtschaftsanalysen und bei der Weko auf ihre Entscheide zu legen.

3.6.1 Arbeit des Sekretariats

Es obliegt der Weko und ihrem Sekretariat, in ihren Entscheiden das Grundkonzept des KG, d.h. den wirksamen Wettbewerb, umzusetzen (Art. 5, 10, 37, 45 und 51 KG), der im Gesetz nicht genau definiert ist. Der Verzicht auf eine gesetzliche Definition lässt sich dadurch erklären, dass in der Wirtschaftswissenschaft und insbesondere im Bereich der Industrieorganisation, kein Konsens darüber herrscht, wie der Wettbewerbsgrad auf einem bestimmten Markt konkret zu ermitteln ist. Auch gibt es keine Wirtschaftsindikatoren, die eine definitive Beantwortung dieser Frage erlauben würden. Mangels einer einheitlichen und anerkannten Methode muss im Rahmen einer Untersuchung ein Maximum an Fakten zusammengetragen werden, die mittels einer empirischen ad-hoc Methode nachgewiesen wurden, um den relevanten Markt abzugrenzen, seine Strukturen zu beschreiben und um das Verhalten sowie die Leistungen der Unternehmen zu evaluieren²⁴. Dafür ist eine genaue Kenntnis der modernen wirtschaftswissenschaftlichen Methoden unerlässlich. Dies gilt vor allem für das Sekretariat, das die wirtschaftliche Analyse liefert und von dem die Qualität der Weko-Verfügungen wesentlich abhängt²⁵.

Die von der Weko und ihrem Sekretariat zur Beurteilung des Wettbewerbs auf einem Markt verwendeten Kriterien und Methoden wurden in der Fachliteratur kritisiert. In

²⁴ FLÜCKIGER, in CFPG, 1999, S. 60.

²⁵ Vgl. das Kapitel über das Verhältnis zwischen Sekretariat und Weko.

einer von Damien Neven²⁶ erarbeiteten und 1999 der Eidg. Kommission für Konjunkturfragen unterbreiteten Studie wurde die wirtschaftliche Fachkompetenz des Sekretariats in Frage gestellt. Der Autor bemerkte insbesondere, die Entscheide der Weko seien schwer nachvollziehbar, die Analysen konzeptionell mangelhaft (vor allem was die Definition eines Marktes betrifft) und die Sachbeweise oft unzulänglich. Der Autor schreibt dies unter anderem der ungenügenden Vorbereitung des Sekretariats zu. Thomas von Ungern-Sternberg bedauert vor allem, dass sich die Untersuchungen auf rein juristische Aspekte beschränken und keine eigentliche Wirtschaftsanalyse beinhalten. In einem 1999 von der CFPG veröffentlichten Text²⁷ stellt Yves Flückiger fest, es fehlten eine Reihe von Indikatoren, welche die Weko-Entscheide untermauern könnten. Es handelt sich dabei in erster Linie um Kennzahlen zur Leistung der Unternehmen, die am besten zeigen, ob auf einem gegebenen Markt ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet ist oder nicht. In mehreren Entscheiden über Fusionen (GE-Capital und Procrédit, Journal de Genève und Nouveau quotidien, SGB und SBV) scheinen empirische Nachweise betreffend Marktleistungen und relevanter Markt zu fehlen²⁸.

Vor dem Hintergrund dieser Kritik beauftragte das EVD Christian von Weizsäcker von der Universität Köln, die wirtschaftliche Kompetenz des Weko-Sekretariats in Berücksichtigung der erwähnten Kritiken zu beurteilen. In seinem am 10. Juli 2000 abgegebenen Bericht werden die empirische und wirtschaftliche Analyse bei den Untersuchungen des Sekretariats geprüft und am internationalen Standard gemessen²⁹. Die obgenannten Kritiken werden grösstenteils verworfen.

²⁶ NEVEN, Rapport, 1999, S. 2.

²⁷ FLÜCKIGER, in CFPG, 1999, S. 96-97.

²⁸ Ebd.

²⁹ VON WEIZSÄCKER, 2000. Der Bericht „Ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der Weko.“ behandelt auf Grund einiger wichtiger Fälle auch die Qualität der Weko-Entscheide, was die Verflechtung der beiden Organe und die Schwierigkeit verdeutlicht, den jeweiligen „Output“ zu unterscheiden.

Christian von Weizsäcker stellt fest, das Sekretariat habe die Kritiken bezüglich der mangelnden empirischen Grundlage der Weko-Entscheidung akzeptiert und unterdessen eine Arbeitsgruppe „Empirie“ eingesetzt, um das Problem zu lösen. Im übrigen bestätigt er von den Kritiken Damien Nevens nur die Beanstandung, im Entscheid betreffend die SBG/SBV-Fusion entspreche die Begründung der Auflagen nicht der Logik der Analyse. Im Übrigen sei die Argumentation des Sekretariats bei diesem Fall genauso professionell war wie diejenige des Bundeskartellamts im Zusammenhang mit der Fusion zweier bayerischer Banken.

Bei ihren Untersuchungen müssen die Wettbewerbsbehörden den relevanten Markt zu-
meist erst definieren. Dieses Konzept ist in der Wirtschaftswissenschaft unumstritten
und gilt in der Praxis als zentrales Element der Wettbewerbspolitik. Das Sekretariat ver-
fasste detaillierte interne Richtlinien, die es ihm nach Christian von Weizsäcker erlaub-
ten, den relevanten Markt in korrekt erscheinender Weise zu bestimmen³⁰. Das Konzept
der kollektiven Marktbeherrschung hingegen ist in der Wirtschaftswissenschaft stark
umstritten. Nachdem sich das Sekretariat mit der wissenschaftlichen Diskussion ausein-
andergesetzt hat, weiss es nun mit diesem Konzept umzugehen und ist in der Lage, es in
konkreten Fällen genauso gut einzusetzen wie die Europäische Kommission.

Die Wirtschaftstheorie hat bei der Beurteilung vertikaler Abreden zu einer Trendwende
geführt. Bisher wurden vertikale Abreden, welche die Handlungsfreiheit eines der bei-
den Partner gegenüber einem Dritten begrenzten, negativ gewertet und als Wettbe-
werbsbeschränkung betrachtet. Heute wird in der Wettbewerbspolitik eine nuanciertere
Meinung vertreten. Vertikale Abreden können zum Beispiel verstanden werden als ein
Versuch, das Problem der ungenügenden Konsumenteninformation bei der Wahl der
Produkte zu lösen. Christian von Weizsäcker beurteilt die Entscheide der Weko in Sa-
chen vertikale Abreden, die sich stark auf die Wirtschaftsanalysen des Sekretariats ab-
stützen, als korrekt. Bei der Prüfung interner Dokumente zusätzlich zu den Entscheiden
stelle er fest, dass das Sekretariat einen viel moderneren Ansatz verfolgt als die Europäi-
sche Kommission und das Bundeskartellamt.

³⁰ Ebd., S. 25.

Christian von Weizsäcker attestiert den Mitarbeitern des Sekretariats eine hohe Fachkompetenz. Einzelne Kader haben sogar bei den Wettbewerbsbehörden in Brüssel oder in Washington praktische Erfahrung erworben. Die Ausbildung der Akademiker entspricht dem schweizerischen Standard und ist mit dem deutschen und österreichischen vergleichbar. Qualitätsmässig schneidet die Arbeit des Weko-Sekretariats im Vergleich mit der Europäischen Kommission gut ab. Auch ist dessen allgemeine Ausrichtung moderner als diejenige des Bundeskartellamts, wahrscheinlich vor allem, weil die Mitarbeiter in der Schweiz ihre Universitätsausbildung vor weniger langer Zeit abgeschlossen haben. Ihre Weiterbildung ist ebenfalls gewährleistet. Die Arbeit des Sekretariats kann sich also bezüglich Effizienz und Qualität im internationalen Vergleich durchaus sehen lassen.

Dem Sekretariat wird oft vorgeworfen, die Untersuchungen würden verschleppt. Es rechnet mit einer durchschnittlichen Dauer von einem Jahr oder mehr, die nötig sei, um die Verfahren korrekt durchzuführen und das Recht der betroffenen Parteien auf Anhörung zu wahren. Die Ermittlung des Sachverhalts, die Einvernahme der Parteien, deren Stellungnahme zu den Schlussfolgerungen des Sekretariats und schliesslich die Entscheidphase in der Weko brauchen Zeit. Ausserdem verlangen die Parteien oft Fristverlängerungen, die ihnen in der Regel gewährt werden.

Zur Wahrung der Verfahrensrechte der Parteien siehe auch Kapitel 3.9 über die Beschwerden gegen Weko-Entscheide.

Einschätzung des Problems

- 60% der Experten erachten die Arbeit des Sekretariats entweder als sehr problematisch (10%), als problematisch (40%) oder ziemlich problematisch (10%). Dieser Aspekt wird tendenziell als **problematisch** beurteilt.
- 3 Sachverständige sehen einen Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **ziemlich gross** zu werten. (Von den 3 Experten befürworten 2 Ökonomen eine Revision im Sinne einer Verbesserung der wirtschaftlichen Fachkompetenz des Sekretariats).
- Der Revisionsentwurf sieht keine besonderen Massnahmen vor, um die Arbeit des Sekretariats bezüglich Kompetenz oder Strukturen zu verbessern.
- Die vom EVD bei Christian von Weizsäcker in Auftrag gegebene Studie attestiert dem Sekretariat eine hohe wirtschaftliche Kompetenz und gute Arbeit, die den internationalen Standard erreichen wenn nicht gar übertreffen.
- Da die Frage im Bericht Weizsäcker ausführlich behandelt wurde, scheinen sich keine weiteren Abklärungen aufzudrängen.
- Angesichts der Schlussfolgerungen des Berichtes Weizsäcker scheinen keine besonderen Massnahmen in diesem Bereich erforderlich.

3.6.2 Entscheide der Weko

In seinem Bericht untersuchte Christian von Weizsäcker die Qualität der Weko-Entscheide anhand einiger wichtiger Fälle³¹ und fand keine Probleme bei der wirtschaftlichen Begründung der Entscheide. Während diese Entscheide bisher nie Gegenstand einer systematischen Analyse waren, wurde die Tätigkeit der Weko kürzlich in einer Vergleichsstudie³² bewertet, die in der letzten Nummer der Zeitschrift Global Competition Review im Internet veröffentlicht wurde. Anhand einer Umfrage bei Anwälten, die sich mit Wettbewerbsrecht beschäftigen, wird darin eine Weltrangliste der Wettbewerbsbehörden nach Kompetenz und Effizienz aufgestellt. Klassiert wurden 28

³¹ Ebd. S. 3.

³² http://www.global-competition.com/spl_rpts/main_fs.htm.

Behörden in 24 Ländern nach ihrer Praxis in den Bereichen Fusionskontrolle und Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen, ihrer technischen Kompetenz, ihrer Verfahrensweise, ihrer Unabhängigkeit und ihrer Führungsrolle. Aufgrund des aggregierten Zufriedenheitsgrads für jeden Aspekt wurden den Behörden 1 bis 5 Sterne verliehen.

Nur das Bundeskartellamt in Bonn erhielt das Maximum von 5 Sternen. Der Weko wurden vier gegeben. Sie ist unter den sieben besten, zusammen mit den Wettbewerbsbehörden von Finnland, Israel, Italien und Schweden sowie der US Antitrust Division of the Department of Justice der Vereinigten Staaten.

Gemäss dieser Vergleichsstudie liegt die Stärke der Weko bei der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Für diesen Aspekt erhielt sie 4,5 von 5 möglichen Punkten. Es wurden aber auch zwei Schwachstellen aufgedeckt: erstens die technische Prüfung der Fälle (Note 3 von 5). Obwohl Christian von Weizsäcker die beiden Behörden bezüglich wirtschaftlicher Kompetenz auf die gleiche Stufe stellt, erhielt das Bundeskartellamt bei der internationalen Klassierung 3,5 Punkte. Zweiter Schwachpunkt: die Praxis in den Bereichen unzulässige Abreden und Missbrauch von Marktmacht, für welche die Weko ebenfalls nur die mittelmässige Note 3 erzielte. Dies ist gemäss Studie ihrer Passivität auf den betreffenden Gebieten zuzuschreiben. Auch Christian Meier-Schatz vermisst eine gewisse Handlungsbereitschaft bei der Kontrolle von Marktmacht, vor allem was die Presse in der Ostschweiz anbelangt.

Die Wettbewerbsbehörden erbrachten in der Folge den Nachweis ihrer Arbeit: im laufenden Jahr wurden sechs Untersuchungen abgeschlossen; 12 sind noch in Gang. Die Weko hat ausserdem ihre Bemühungen in den Bereichen unzulässige Abreden und missbräuchliche Marktmacht verstärkt und eine höhere Effizienz erreicht. Gemäss Statistik führte das Sekretariat im letzten Jahr 9 Untersuchungen mehr durch als im Vorjahr, d. h. insgesamt 23. Im selben Zeitraum schloss die Weko 8 Fälle ab, nämlich 5 mehr als 1998. Auch bei der Auswahl der zu untersuchenden Fälle hat sich einiges gebessert. Von den 1998 vom Sekretariat realisierten 23 Voruntersuchungen führten letztlich nur 3 zu einer eigentlichen Untersuchung. 1999 erhöhte sich dieses Verhältnis auf 24 zu 10.

Mehrere Sachverständige haben den Eindruck, die Weko konzentriere sich auf unbedeutendere Kartelle, wie z.B. diejenigen der Freiburger Fahrshullehrer, der Musikpartituren oder der Rindersamen, während sie in wichtigeren Angelegenheiten Mühe habe, das Verfahren durchzuziehen. Die Weko bezeichnet dies als Vorurteil und verweist auf eine Reihe gewichtiger Fälle. Sie betont zudem, dass auch die sogenannten kleinen Fälle von Bedeutung sind. Sobald eine Verfügung vorliege, gelte sie als Präzedenzfall und ermögliche daher eine Beschleunigung ähnlicher Verfahren.

Einschätzung des Problems

- 60% der Sachverständigen erachten die Weko-Entscheide als sehr problematisch (20%) bzw. problematisch (40%). Dieser Punkt wird tendenziell als **problematisch** beurteilt.
- 3 Sachverständige sehen einen Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **ziemlich gross** zu werten.
- Der Revisionsentwurf sieht keine genauere Definition der Entscheidkriterien vor, welche die Weko zum Beispiel zwingen könnte, mehr Gewicht auf die rein wirtschaftlichen Aspekte zu legen. Es wird jedoch eine Änderung der Struktur der Weko vorgeschlagen (Ausschluss der Interessenvertreter, Verringerung der Mitgliederzahl, Erhöhung des Beschäftigungsgrads der Mitglieder), von welcher eine Verbesserung der Fachkompetenz, der Qualität der Entscheide und allgemein der Arbeit der Weko zu erwarten ist.
- Die Weizsäcker-Studie hat keine wesentlichen Probleme bei der wirtschaftlichen Begründung der Entscheide aufgedeckt.
- Da die Frage im Bericht Weizsäcker behandelt wurde und angesichts der laufenden Gesetzesrevision scheinen sich keine weiteren Abklärungen aufzudrängen.
- Angesichts der Schlussfolgerungen des Berichtes von Weizsäcker und der laufenden Gesetzesrevision erscheinen keine besonderen Massnahmen in diesem Bereich erforderlich.

3.7 Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden

Die Weko und das Sekretariat sind gemäss Artikel 49 Absatz 1 KG verpflichtet, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu orientieren. In ihrem Kommunikationskonzept³³, das diese Bestimmung konkretisiert, setzt die Weko auf Transparenz. Die offene, rasche und kompetente Information soll hauptsächlich über zwei Medien laufen. Die vierteljährliche Publikation „Recht und Politik des Wettbewerbs“ (RPW) berichtet über die gesamte Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden und sammelt die Entscheide sowie die Mitteilungen zum Wettbewerbsrecht und zur Wettbewerbspolitik. Auf der Internetseite der Weko (<http://wettbewerbskommission.ch>) wird eine grosse Auswahl an Informationen zum Wettbewerbsrecht angeboten: die in der Zeitschrift RPW veröffentlichten Entscheide der Wettbewerbsbehörden, Gesetzestexte, ein Formular für die Anzeige von Zusammenhängen, ein Pressedienst, usw.

Trotz der Bemühungen der Weko und des Sekretariats um Transparenz wird die Kommunikation kritisiert, vor allem was die Entscheide anbelangt. Damien Neven erachtet zum Beispiel die Begründung der in der Zeitschrift RPW veröffentlichten Entscheide als zu wenig umfassend, nicht überzeugend genug und nicht mit der Qualität derjenigen der Behörden anderer Staaten vergleichbar. Er bedauert auch, dass die Untersuchungsergebnisse des Sekretariats nicht veröffentlicht werden, damit besser zwischen den Schlussfolgerungen des Untersuchungsverfahrens und dem Entscheid der Weko unterschieden werden kann. Auch Franz Hoffet findet es schade, dass die Weko den Parteien die vom Sekretariat vorgelegten Schlussfolgerungen nicht bekannt gibt. Mehr Transparenz würde die Qualität und die Akzeptanz der Entscheide erhöhen.

Die Wettbewerbsbehörden lehnen die Kritik bezüglich ihrer Veröffentlichungen klar ab: Die Weko veröffentliche mehr Informationen als vom Gesetz verlangt. Aus Transparenzgründen würden alle Vorabklärungen und Stellungnahmen zu Rechtserlassen publiziert, obwohl das KG dies nicht explizit vorsieht. Die Wettbewerbsbehörden betonen, für die Öffentlichkeit seien nur die Weko-Entscheide von Bedeutung. Würden die

³³ Kommunikationskonzept der Weko vom 16. Juli 1998.

Schlussfolgerungen des Sekretariats aus seinen Untersuchungen veröffentlicht, wäre die Weko nicht mehr in der Lage, sich frei ihre Meinung zu bilden. Allfällige Differenzen zwischen ihr und dem Sekretariat könnten von den Parteien im Beschwerdeverfahren ausgenützt werden, was der Glaubwürdigkeit der Wettbewerbsbehörden schaden würde. Bei der jetzigen Praxis des Sekretariats hat der Vorwurf, seine Schlussfolgerungen würden den Parteien nicht eröffnet, keine Berechtigung mehr. Heute werden die Entscheidungswürfe des Sekretariats der Weko und den Parteien gleichzeitig zur Stellungnahme unterbreitet.

Einschätzung des Problems

- 70% der Sachverständigen erachten die Veröffentlichungspraxis der Wettbewerbsbehörden als kaum problematisch (50%) bzw. unproblematisch (20%). Dieser Aspekt wird tendenziell als **wenig problematisch** beurteilt.
- 2 Sachverständige sehen einen Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **eher gering** zu werten.
- Im Revisionsentwurf sind weder eine Erweiterung der Veröffentlichungspflicht der Wettbewerbsbehörden noch strengere Kriterien vorgesehen. Die geplanten strukturellen Reformen der Weko könnten einen gewissen positiven Einfluss auf die Publikationen haben.
- Je nach Bedeutung, die die Subkommission dieser Frage beimisst und wenn die Subkommission der Ansicht ist, dieser Aspekt sei im Revisionsentwurf nicht genügend berücksichtigt, sind weitere Abklärungen zu erwägen.
- Angesichts des Untersuchungsstands und der geringen Relevanz des Problems scheint kein Handlungsbedarf zu bestehen.

3.8 Keine Periodische Kontrolle der Weko

Zur Kontrolle der Weko kann nach Damien Neven³⁴ erwogen werden, eine Kommission zu schaffen, welche die gefällten Entscheide in regelmässigen Abständen zu überprüfen hätte, ähnlich wie in Deutschland die Monopolkommission³⁵ mit ihren zweijährlichen Berichten. Seiner Meinung nach würden die Weko-Mitglieder angesichts einer regelmässigen Beurteilung dem Druck von aussen besser widerstehen können³⁶. Auch der Bundesrat könnte überprüfen, inwiefern die Weko den Wettbewerb im Sinne von Artikel 1 KG effektiv fördert. Franz Hoffet betrachtet die faktische Rechtsanwendungskontrolle durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) als ausreichend. In Anbetracht der zur Verfügung stehenden personellen Ressourcen und des administrativen Aufwandes einer solchen Kontrolle sei die Schaffung eines Überwachungsorgans nicht opportun. Dazu käme, dass die Unabhängigkeit der Weko beeinträchtigt würde.

Einschätzung des Problems

- 70% der Sachverständigen erachten die Tatsache, dass die Wettbewerbsbehörden keiner periodischen Kontrolle unterworfen sind als wenig problematisch (40%) bzw. unproblematisch (30%). Dieser Aspekt wird tendenziell als **wenig problematisch** beurteilt.
- Kein Experte erwähnt einen Revisionsbedarf. Damit ist dieser als **unbedeutend** zu werten.
- Im Revisionsentwurf ist keine solche Kontrolle vorgesehen.
- Angesichts der Umfrageresultate erübrigen sich weitere Abklärungen.
- Da die Relevanz des Problems als gering und vor allem der Revisionsbedarf als unbedeutend beurteilt werden, drängen sich in diesem Bereich keine weiteren Massnahmen auf.

³⁴ NEVEN, Rapport, 1999, S. 7.

³⁵ Aufgaben und Befugnisse der Monopolkommission: regelmässige Bewertung der Lage und der vorhersehbaren Entwicklung der Unternehmenszusammenschlüsse in Deutschland aus wirtschaftspolitischer und vor allem aus wettbewerbspolitischer Sicht. Bewertung der Vorschriften über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Stellungnahmen zu aktuellen Fragen der Wettbewerbspolitik.

³⁶ NEVEN, Rapport, 1999, S. 7.

3.9 Beschwerden bei der REKO/WEF

Gemäss Artikel 44 KG kann gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission und ihres Sekretariats bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde erhoben werden. Zwischen dem 1. Juli 1996 und Ende 1999 wurden bei der REKO/WEF neun Beschwerden eingereicht, von denen sieben, grösstenteils aus Formmängeln gutgeheissen wurden.

Im Zusammenhang mit den Beschwerden stellen sich Probleme zweierlei Art: einerseits wird der Abschluss der Verfahren beträchtlich verzögert. Die Rechtskraft von Weko-Verfügungen kann dadurch um Monate, wenn nicht Jahre hinausgeschoben werden.³⁷ Andererseits wird die Glaubwürdigkeit der Wettbewerbsbehörden dadurch untergraben, dass 77% der Beschwerden gutgeheissen werden. Als Grund für diesen hohen Prozentsatz führen die Wettbewerbsbehörden die noch mangelnde Erfahrung in der Anwendung des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren an.

Angesichts dieser Problematik beauftragte das EVD Yvo Hangartner mit einem Rechtsgutachten³⁸ zu den an die REKO/WEF gerichteten Beschwerden. Das Gutachten erklärt die grosse Zahl gutgeheissener Beschwerden vor allem durch gewisse Unklarheiten, die sich aus den Bestimmungen des KG über das Verwaltungsverfahren und über die Zuständigkeiten der Weko und ihres Sekretariats einerseits und dem Verwaltungsverfahrensgesetz andererseits ergeben. Hangartner betrachtet die schrittweise Abklärung dieser Fragen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit als normal. Im Zusammenhang mit dem Verwaltungsverfahren wurde die Professionalität der Wettbewerbsbehörden in der Behandlung der Fälle vor allem beim Recht auf Anhörung, beim Recht auf Akteneinsicht, bei der Ermittlung des Sachverhalts und der Begründung der Verfügungen in Frage gestellt. Die Schwierigkeiten bei der Beachtung der Verfahrensrechte hängen in erster Linie mit der mangelnden Erfahrung der Behörden in diesem Bereich zusammen. Dank den Entscheiden der Rekurskommission scheinen die Verfahrensprobleme jetzt gelöst zu sein. Die REKO/WEF als Garantin eines korrekten Verfahrens und einer nachvollziehbaren Entscheidungspraxis ist sehr anspruchsvoll, was die Transparenz und die Begründung

³⁷ STOFFEL, 2000, S. 22.

³⁸ HANGARTNER, 2000.

der Verfügungen anbelangt. Angesichts der im erstinstanzlichen Verfahren begangenen Fehler sind diese Anforderungen jedoch nicht übertrieben. Yvo Hangartner betrachtet die REKO/WEF als eine auch für die Qualitätskontrolle der Weko-Verfügungen unerlässliche Beschwerdebehörde. Eine solche Rechtsinstanz ist nicht nur aus verfassungs- und vertragsrechtlichen Gründen notwendig, sondern auch weil das Bundesgericht nicht mit Angelegenheiten belastet werden sollte, über die es mangels Rekurskommission als erste Gerichtsstanz zu befinden hätte.

Einschätzung des Problems

- 80% der Sachverständigen erachten die bei der REKO/WEF gegen Weko-Verfügungen eingereichten Beschwerden als ziemlich problematisch (30%), wenig problematisch (30%) bzw. unproblematisch (20%). Dieser Aspekt wird tendenziell als **wenig problematisch** beurteilt.
- 3 Sachverständige sehen einen Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **ziemlich gross** zu werten.
- Der Revisionsentwurf enthält keine Änderungen bezüglich des Verwaltungsverfahrens, der Rechtsmittel oder der Beschwerdebehörde. Allerdings könnten die vorgesehenen strukturellen Reformen der Weko einen gewissen positiven Einfluss auf die Einhaltung des Verfahrens haben.
- Yvo Hangartner, der die Frage im Auftrag des EVD ausführlich untersuchte, hat keinen Reformbedarf festgestellt. Obwohl die Wettbewerbsbehörden einige Verfahrensfehler begangen hätten, sei die Abklärung gewisser Fragen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit ein normaler Vorgang.
- Angesichts des Gutachtens von Hangartner scheinen sich keine weiteren Abklärungen aufzudrängen.
- Angesichts der Schlussfolgerungen des erwähnten Gutachtens scheinen keine besonderen Massnahmen in diesem Bereich erforderlich.

3.10 Rolle des Bundesrats

Gemäss Artikel 8, 11 und 36 KG kann der Bundesrat in Ausnahmefällen von der zuständigen Behörde als unzulässig erklärte Praktiken zulassen, wenn dies notwendig ist, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. Diese Klausel ist eine Ausnahme von der Regel, nach welcher in der Schweiz die Wirtschaftsbeziehungen vom

Markt bestimmt werden. Sie versetzt die Wettbewerbsbehörden in die Lage, ihre Verfügungen ausschliesslich auf das Wettbewerbsrecht zu gründen und entzieht sie dem Einfluss weitergehender politischer Interessen³⁹.

Die Befugnis der Regierung, als unzulässig erachtete Wettbewerbsbeschränkungen zuzulassen, hängt als Damoklesschwert über den Wettbewerbsbehörden. Falls ihre Entscheide allzu oft umgeworfen würden, könnte die Weko Ansehen und Glaubwürdigkeit verlieren. Ihr Ruf als unabhängige Behörde wäre ruiniert. Die Erteilung einer Ausnahmebewilligung durch den Bundesrat als oberste politische Behörde ist jedoch an besonders strenge Auflagen gebunden. Es genügt nicht, irgendein öffentliches Interesse anzuführen, denn dieses muss überwiegend sein. Ausserdem muss die beanstandete Praxis oder Aktion für die Wahrung dieses überwiegenden öffentlichen Interesses nicht nur zweckmässig, sondern unabdinglich sein (Verhältnismässigkeitstest).

Das Umstossen einer Verfügung der Wettbewerbsbehörden, durch den Bundesrat, auf Grund wenig überzeugender öffentlicher Interessen birgt immer ein gewisses politisches Risiko. Bisher hat der Bundesrat denn auch keinem Antrag in diesem Sinn stattgegeben. 1998, haben im Fall der Musiknoten z.B. die Musikalienverleger und -händler beim Bundesrat um die ausnahmsweise Zulassung ihres Vertriebssystems aus überwiegend öffentlichem Interesse nachgesucht (Art. 8 KG), obwohl dieses System („Musikalien-Sammelrevers“) von der Weko als kartellrechtswidrig beurteilt wurde. Es handelte sich um einen Fall im Telekommunikationsbereich. Der Bundesrat folgte der Empfehlung der Weko nicht, wonach die Swisscom ihre Beteiligung an der Cablecom, einem potentiellen Konkurrenten, aufgeben sollte. Obwohl dieser Fall nicht unter die Bestimmungen der Artikel 8, 11 und 36 KG fällt, sahen einige Autoren darin eine Desavouierung der Weko⁴⁰. Dies um so mehr als der Bundesrat dabei keine öffentlichen, sondern private Interessen geltend machte (z.B. Börsengang der Swisscom)⁴¹. Die Experten sind jedoch mehrheitlich der Ansicht, solche Interventionen der Regierung seien wenig wahrscheinlich, vor allem wenn sich die Reputation der Weko bezüglich Kompetenz und Unabhän-

³⁹ BORER, Kommentar, 1998, S. 221-222.

⁴⁰ NEVEN, Rapport, 1999, S. 35.

⁴¹ Ebd.

gigkeit bessert. Die Möglichkeit eines Eingriffs im Namen der allgemeinen politischen Entwicklung oder der Wettbewerbspolitik bleibt jedoch bestehen.

Einschätzung des Problems

- 80% der Sachverständigen erachten die Möglichkeit des Bundesrats, ausnahmsweise eine von der Weko als unzulässig oder verboten erklärte Wettbewerbsbeschränkung zuzulassen als wenig problematisch (30%) bzw. unproblematisch (50%). Dieser Aspekt wird tendenziell als **wenig problematisch** beurteilt.
- Keiner der Sachverständigen sieht einen Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **unbedeutend** zu werten.
- Im Revisionsentwurf wird diese Frage nicht behandelt.
- Angesichts der Umfrageresultate erübrigen sich weitere Abklärungen.
- Da die Relevanz des Problems als gering und vor allem der Revisionsbedarf als unbedeutend beurteilt werden, drängen sich in diesem Bereich keine weiteren Massnahmen auf.

3.11 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

3.11.1 Allgemeine Meldepflicht von Fusionen

Artikel 9 KG verpflichtet die Unternehmen, der Weko beabsichtigte Zusammenschlüsse zu melden, wenn bestimmte quantitative Schwellen überschritten werden (Art. 9 Abs. 1 - 3 KG). Hauptkriterium ist dabei der von den beteiligten Unternehmen insgesamt erzielte Umsatz (Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b)⁴². Im Vergleich zu andern Ländern mit ähnlichen Bedingungen wurden die Schwellenwerte bewusst hoch angesetzt, sodass pro Jahr nur eine geringe, auf 10 bis 15⁴³ geschätzte Anzahl von Zusammenschlüssen einer Kontrolle bedarf. Bei den Medienunternehmen ist der Umsatz allerdings mit zwanzig zu multiplizieren, und bei den Banken und Versicherungen werden die in Artikel 9 Absatz

⁴² Zusammenschlüsse sind meldepflichtig, wenn: „a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.“

⁴³ Botschaft, S. 112.

1 KG genannten Zahlen den Besonderheiten der Branche angepasst. Zudem muss ein Zusammenschluss, ungeachtet der Schwellenwerte, gemeldet werden, wenn ein Unternehmen daran beteiligt ist, von welchem die zuständige Behörde festgestellt hat, dass es auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat (Art. 9 Abs. 4).

In diesem Zusammenhang stellen sich zwei Probleme. Erstens können Unternehmenszusammenschlüsse die Verstärkung einer Marktmacht zur Folge haben, auch wenn der Umsatz den für die Meldepflicht festgesetzten Schwellenwert nicht erreicht. In diesen Fällen kann die Weko keine Untersuchung des Zusammenschlusses veranlassen und nicht intervenieren. Das Sekretariat der Weko erwähnt dazu die Fälle der Zuckerfabriken, Agie-Georg Fischer, Telekurs und, falls der Zusammenschluss zustandekommt, JC Decaux / Affichage. Zweitens müssen Zusammenschlüsse, die wettbewerbspolitisch keinerlei Probleme aufwerfen, der Weko dennoch gemeldet und von dieser geprüft werden. Das Weko-Sekretariat erwähnt dazu das Beispiel Comtop und die meisten Fusionen im Medienbereich.

Zwischen dem ersten Halbjahr 1996 und dem ersten Halbjahr 2000 wurden nicht weniger als 105 Fälle gemeldet, was die Schätzung des Bundesrats (10 bis 15 Fälle pro Jahr)⁴⁴ bei weitem übertrifft. Nach einer Vorabklärung wurden 94 davon als nicht relevant deklariert. Folglich führten nur 8,6% der gemeldeten Fusionen zu einer Untersuchung. Die Kontrolle unproblematischer Zusammenschlüsse verursacht nicht nur der Weko und ihrem Sekretariat einen zusätzlichen Aufwand - dieses hat bereits Massnahmen zur effizienteren Behandlung solcher Fälle ergriffen -, sondern auch hohe Kosten für die betroffenen Unternehmen. Nach Schätzungen der Weko kostet eine Meldung zwischen 20'000 und 100'000 Franken. Dagegen ist der Nutzen der Untersuchungen, die der Wahrung des Wettbewerbs dienen, vergleichsweise bescheiden: von 105 untersuchten Fällen führten nur 3 zu konkreten Massnahmen, d.h. Auflagen und Bedingungen oder Fusionsverbot. Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen weist also ein negatives Kosten-Nutzen-Verhältnis aus⁴⁵.

⁴⁴ Ebd.

⁴⁵ Die Situation ist mit der in der EU vergleichbar. Die EU-Kommission eröffnet auch in weniger als zehn Prozent der gemeldeten Zusammenschlüsse ein eigentliches Prüfungsverfahren.

Artikel 9 Absatz 5 KG ermächtigt das Parlament, mit einem allgemeinverbindlichen, nicht referendumpflichtigen Bundesbeschluss die Grenzbeträge für die Meldung von Zusammenschlüssen anzupassen oder besondere Bedingungen zu stellen. Angesichts der zahlreichen Fusionsmeldungen, des geringen Anteils wettbewerbspolitisch problematischer Fälle und der wirtschaftlichen Folgen scheint es angezeigt, die Grenzbeträge für die Meldepflicht eher zu erhöhen als herabzusetzen⁴⁶. Das Sekretariat der Weko stellt aber fest, dass nur eine massive Erhöhung der Schwellenwerte sinnvoll wäre (z. B. mindestens zwei Unternehmen mit mehr als 200 Millionen Umsatz in der Schweiz). Damit würde sich jedoch die Gefahr erhöhen, dass noch mehr problematische Fusionen nicht meldepflichtig wären.

Christian Bovet erinnert allerdings daran, dass der Entwurf des KG von 1995 in den Artikeln 9 und 10 eine Genehmigungspflicht für Unternehmenszusammenschlüsse vorsah. Die Weko hätte nach einer Untersuchung den gemeldeten Zusammenschluss mittels Verfügung bewilligen oder untersagen müssen. Im Parlament wurde dieses System abgelehnt und durch die jetzige Einsprachelösung ersetzt. Bovet meint, diese habe sich nicht wie erwartet ausgewirkt und man sei damit zum gleichen Resultat gekommen, allerdings mit juristisch weniger klaren Vorgaben⁴⁷. Dabei ist eine Folge hervorzuheben: Im Fall von Unternehmenszusammenschlüssen trifft die Weko eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes nur, wenn ein Zusammenschluss untersagt oder an Bedingungen und Auflagen geknüpft wird. Bei einer Genehmigung ist keine Verfügung nötig. Es gibt demnach auch keine Einsprachemöglichkeit, was für die beteiligten Unternehmen natürlich von Vorteil ist. Bovet meint, man könnte zur Genehmigungspflicht zurückkehren, ohne dass sich an der heutigen Praxis etwas ändern würde, bemerkt aber, dass es sich dabei um einen wenig problematischen Punkt handelt.

⁴⁶ HOFFET in ZÄCH, 2000, S. 58.

⁴⁷ Bei der Debatte im Nationalrat führten die Gegner der Genehmigungspflicht zwei Argumente an: die Gefahr einer Bürokratisierung und das Risiko einer Beeinträchtigung der Marktkräfte, die bestimmend bleiben müssten. Amtliches Bulletin, Nationalrat, 1995, S. 1095-1101.

Einschätzung des Problems

- 80% der Sachverständigen erachten die für die Meldepflicht von Zusammenschlüssen festgelegten Grenzbeträge als nicht problematisch (70%) bzw. wenig problematisch (10%). 20% erachten sie hingegen als sehr problematisch. Die Meinungen sind also sehr geteilt; insgesamt wird die Frage tendenziell als **wenig problematisch** beurteilt.
- 3 Sachverständige sehen einen Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **ziemlich gross** zu werten.
- Im Revisionsentwurf werden die allgemeinen Grenzbeträge nicht geändert; sie werden aber im Bereich Medien heraufgesetzt, was eine Verbesserung der Situation herbeiführen kann.
- Für die Heraufsetzung der Grenzbeträge ist keine Gesetzesrevision nötig; ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss genügt.
- Je nach Bedeutung, die die Subkommission dieser Frage beimisst, und wenn die Subkommission die Ansicht vertritt, die Frage sei im Revisionsentwurf nicht genügend berücksichtigt, sind weitere Abklärungen zu erwägen.
- Angesichts des Stands der Untersuchungen und der geringen Relevanz der Probleme scheint kein Handlungsbedarf zu bestehen. Falls die Subkommission der Meinung ist, dass eine Erhöhung des Schwellenwerts für die Medien nicht genügt, könnte sie im Sinn einer allgemeinen Erhöhung der Schwellenwerte intervenieren (Art. 9 KG): entweder im Rahmen der laufenden Gesetzesrevision oder indem sie bei der WAK einen entsprechenden allgemeinen Bundesbeschluss anregt.

3.11.2 Meldepflicht für Fusionen im Medienbereich

Infolge des niedrigeren Schwellenwerts ist das Problem im Medienbereich noch akuter. Von den 105 in Anwendung von Artikel 9 KG bis zum ersten Halbjahr 2000 behandelten Fällen betrafen 21 Medienfusionen. Es handelte sich meist um kleine Zusammenschlüsse, bei denen jedoch der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 2 überschritten wurde. Gemäss dieser Bestimmung reicht ein Umsatz von je 5 Millionen Franken (von jedem der beide beteiligten Unternehmen erzielt) um, wegen der Multiplikation mit zwanzig, den Schwellenwert zu erreichen und somit das Vorhaben meldepflichtig zu machen. Von den 21 untersuchten Fällen im Medienbereich stellten 19 wettbewerbspolitisch keinerlei Probleme. Ein Vorhaben wurde zurückgezogen (Berner Tagblatt Medien AG/Schär Thun AG) und ein Zusammenschluss mit Auflagen bewilligt („Le Temps“).

Im Bereich der Fusionen im Medienbereich steht der Aufwand der Kontrolle auch nicht im Verhältnis zu Ertrag.

Die Interventionen der Weko im Medienbereich werfen ein weiteres Problem wirtschaftlicher Art auf. Die neuen Marktbedingungen erfordern in diesem Sektor grosse strukturelle Anpassungen. Der im Gesetz verankerte niedrigere Schwellenwert zwingt die Weko, Zusammenschlüsse zu untersuchen und Praktiken zu untersagen, die eine gewisse Strukturanpassung begünstigen und sich volkswirtschaftlich positiv auswirken würden.

Die Meldepflicht und die Kontrolle relativ unbedeutender Zusammenschlüsse widerspricht ferner dem allgemeinen Grundsatz von Artikel 9 KG, wonach nur Zusammenschlüsse erfasst werden sollten, die den Wettbewerb erheblich beeinflussen können. Diese Bemerkung gilt auch für Artikel 9 Absatz 4 KG, der ebenfalls kleinste Übernahmen betrifft.

Laufende Revision

Im Revisionsvorentwurf wird vorgeschlagen, den Artikel 9 Absatz 2, der einen besonderen Schwellenwert für die Meldepflicht von Zusammenschlüssen im Medienbereich vorsieht, ganz einfach zu streichen. Künftig sollten nur Fusionen der Kontrolle unterworfen sein, die eine gesamtwirtschaftliche Bedeutung haben. Dafür genügen die in Artikel 9 Absatz 1 festgelegten Grenzbeträge.

Einschätzung des Problems

- 50% der Sachverständigen erachten den für die Meldung von Zusammenschlüssen im Medienbereich vorgesehenen besonderen Schwellenwert als wenig problematisch (20%) bzw. unproblematisch (30%). Auf der andern Seite wird er von ebenfalls 50% als sehr problematisch (20%), problematisch (20%) bzw. ziemlich problematisch (10%) angesehen. Das Meinungsspektrum ist also gross; eine allgemeine Tendenz ist nicht auszumachen.
- 5 Sachverständige sehen einen Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **sehr gross** zu werten.
- Im Revisionsentwurf ist Artikel 9 Absatz 2 KG gestrichen; die Anzahl der meldepflichtigen Zusammenschlüsse würde auf diese Weise verringert und die Medien würden gleich behandelt wie andere Unternehmen.
- Nach Ansicht der PVK ist die Lage klar. Es drängen sich keine weiteren Abklärungen auf.
- Falls die Subkommission die Streichung des besonderen Schwellenwerts für den Medienbereich wünscht, sollte sie darauf achten, dass die Streichung von Artikel 9 Absatz 2 wie im Entwurf beibehalten wird.

3.12 Parallelimporte

Der Bundesgerichtsentscheid vom 7. Dezember 1999 in Sachen Kodak AG gegen Jumbo⁴⁸ AG löste eine rege Debatte aus. Dank dieses Urteils lassen sich Parallelimporte durch das Patentrecht geschützter Produkte verhindern. Auf dem Binnenmarkt angebotene patentierte Waren können auf diese Weise gegen die Konkurrenz identischer, billigerer Importprodukte geschützt werden.

⁴⁸ BGE 126 III 129.

Das Bundesgericht hat sich bezüglich Patentrecht an die Regel der nationalen Erschöpfung⁴⁹ gehalten. Danach hat der Patentinhaber ein Kontrollrecht über die Einfuhr des patentierten Produkts. Allerdings stellte das Bundesgericht auch fest, die Bestimmungen des KG seien ebenfalls anwendbar, soweit die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für das erste Inverkehrbringen im Ausland mit den Bedingungen in der Schweiz vergleichbar seien. In diesem Fall gilt Artikel 3 Absatz 2 KG nicht, demgemäss die Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, nicht unter das KG fallen. Wettbewerbsbeschränkungen, die sich aus der Verhinderung von Parallelimporten ergeben, können demzufolge aufgrund des KG geahndet werden. In diesem Zusammenhang bemerkte das Bundesgericht, dass grosse Preisunterschiede beim ersten Inverkehrbringen zwischen In- und Ausland, unter vergleichbaren rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, auf eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des KG schliessen lassen. Bei der Abgrenzung zwischen Patent- und Wettbewerbsrecht hat sich das Bundesgericht also für eine differenzierte Betrachtung der Parallelimporte entschieden.

Nach der Regel der nationalen Erschöpfung kann sich ein Patentinhaber zuerst gegen Parallelimporte wehren. Das Patentrecht spielt in diesem Fall die Rolle einer staatlichen Schranke gegen den Marktzugang. Danach ist es an den potentiellen Parallelimporteurern, die Weko oder ein Zivilgericht anzurufen, um das Parallelimportverbot auf Grund der Bestimmungen des Kartellgesetzes (Art. 5 und 7 KG) aufheben zu lassen.

Diese vom Bundesgericht vertretene Lösung ist stark umstritten. Die Wettbewerbsbehörden, die vom Bundesgericht in dieser Frage nicht angehört wurden, betrachten die Kontrolle von Parallelimportverboten über das KG als ineffizient und aufwändig. Die meisten Ökonomen⁵⁰ vertreten die Meinung, das beste Mittel zur Bekämpfung von

⁴⁹ Das erste Inverkehrbringen eines vom Recht über das geistige Eigentum geschützten Guts durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung bewirkt, dass die Schutzrechte des Inhabers auf diesem Gut angebrochen, gebraucht oder eben erschöpft werden. Es stellt sich also die Frage, ob die vom jeweiligen nationalen Recht vorgesehene Erschöpfung der Rechte nur für das Inverkehrbringen im Land oder auch im Ausland gilt. Bei einer nationalen Erschöpfung erschöpft sich der Schutz im Land, das ihn gewährt, erst bei der ersten Inverkehrsetzung des Produkts durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung in diesem Land (z.B. in der Schweiz). Dagegen wird beim ersten Inverkehrbringen in einem andern Staat das Schutzrecht des Inhabers im rechtsgewährenden Staat nicht erschöpft.

⁵⁰ JAEGGER, in NZZ vom 4./5. März 2000.

Wettbewerbsbeschränkungen sei die Belegung des Wettbewerbs durch die Einfuhr billigerer Produkte. Sie befürworteten die Aufhebung der Schranken gegen Parallelimporte und die Anwendung der im Urheberrecht und im Markenrecht geltenden Regel der internationalen Erschöpfung⁵¹ auch im Patentrecht. Eine am Bundesgerichtsentscheid orientierte, weniger radikale Lösung bestünde in einer Änderung von Artikel 8 des Patentgesetzes oder von Artikel 3 Absatz 2 KG, die Parallelimporte patentierter Produkte grundsätzlich zuliesse, in Ausnahmefällen aber auch ein Einfuhrverbot ermögliche⁵². Die Pharmaindustrie plädiert für ein striktes Verbot von Parallelimporten und macht dafür die Besonderheit des Schweizer Markts geltend, der sich durch hohe Preise auszeichnet.

Auf Anregung der WAK liess der Bundesrat einen Bericht „Parallelimporte und Patentrecht“ verfassen, der am 8. Mai 2000 erschienen ist. Er rät darin von einer Revision des Patentrechts ab, hätte aber nichts gegen eine Revision von Artikel 3 Absatz 2 KG einzuwenden, falls das Parlament dies als nötig erachtet. Ausserdem erklärte er sich bereit, die Erschöpfungsproblematik zu prüfen, um die Situation zu klären. Am 3. Juli 2000 reichte die WAK eine Motion zur Änderung von Artikel 3 Absatz 2 KG sowie ein Postulat ein, das den Bundesrat auffordert, einen detaillierten Bericht zur Erschöpfungsproblematik vorzulegen. Sie hat somit die Initiative für eine Regelung des Problems der Parallelimporte auf der Gesetzgebungsebene ergriffen.

⁵¹ Bei der internationalen Erschöpfung, erschöpft sich das Schutzrecht im Land unabhängig davon, ob das erste Inverkehrbringen im In- oder Ausland erfolgt.

⁵² ZÄCH, Parallelimporte, 2000, S. 275 – 284.

Einschätzung des Problems

- 50% der Experten erachten die rechtliche Lage betreffend Parallelimporte als sehr problematisch (40%) bzw. problematisch (10%). 50% bezeichnen sie als wenig problematisch (20%) bzw. unproblematisch (30%). Aus dieser Polarisierung lässt sich keine eindeutige Aussage ableiten. Die Meinungen gehen vor allem deshalb so stark auseinander, weil die Ökonomen die Frage mehrheitlich als sehr problematisch ansehen, während sie den Juristen meist wenig problematisch oder gar unproblematisch erscheint.
- 2 Sachverständige sehen einen entsprechenden Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **eher gering** zu werten. Diese Beurteilung rührt u. a. daher, dass das Problem durch andere Massnahmen, z.B. einer Änderung der Patentgesetzgebung, gelöst werden kann.
- Angesichts der laufenden Arbeiten erübrigen sich weitere Abklärungen.
- Falls sich die Subkommission für diese Frage interessiert, kann sie den weiteren Verlauf der Beratung in der WAK verfolgen.

3.13 Staatliche Wettbewerbsbeschränkungen

Artikel 3 Absatz 1 KG enthält einen Vorbehalt für Vorschriften, die auf einem Markt bestimmte Waren oder Leistungen vom Wettbewerb ausschliessen, wenn sie a) eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder b) einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.

Stellt der Staat fest, dass der Markt seine Funktion nicht voll erfüllt (Marktversagen), kann er die Wettbewerbsfreiheit mittels öffentlich-rechtlicher Bestimmungen willentlich einschränken. In den entsprechenden Bereichen gelten die Regeln des Wettbewerbsrechts dann nicht. Zahlreiche Wettbewerbsbeschränkungen sind denn auch auf staatliche Regelungen zurückzuführen und auch nach dem Inkrafttreten des KG nicht aufgehoben worden. Beispiele dafür sind die Milch- und die Käsemarktordnung sowie das Monopol der Post für die Zustellung von Paketen unter 250 g. Artikel 3 Absatz 1 schützt auch Kantons- und Gemeindebestimmungen, die den Wettbewerb stark beeinflussen können. In diesem Zusammenhang stellen die Artikel 45, 46 und 47 der Weko als Hüterin des Wettbewerbs folgende drei Instrumente zu Verfügung: Sie kann den Behörden Empfeh-

lungen, Stellungnahmen und Gutachten unterbreiten. Sie kann an Vernehmlassungsverfahren zu Gesetzeserlassen teilnehmen und auf unzweckmässige oder übertriebene staatliche Regelungen hinweisen. Zwar sind diese Interventionen für die Behörden nicht verbindlich; sie erlauben es aber der Weko, sich im Rahmen der politischen Entscheidung für den Wettbewerbsschutz stark zu machen. In der Debatte über das neue Heilmittelgesetz befürworteten die Weko und ihr Sekretariat zum Beispiel die Bewilligung von Parallelimporten. Ausserdem empfahl die Weko den Kantonen, den Medikamentenversand unter gewissen Sicherheitsbedingungen zuzulassen. Das Bundesgericht fällte kürzlich einen Entscheid in diesem Sinn⁵³. In Bezug auf die Entschädigung der Leistungen von Apothekern und Grossisten müssten, gemäss Weko, Bestimmungen im Gesetz verankert werden, die mit einem unverfälschten Wettbewerb vereinbar sind. Die Appelle der Wettbewerbsbehörden werden jedoch nicht immer gehört. So folgte der Bundesrat im Jahre 1997 einer Weko-Empfehlung nicht und verzichtete darauf, die Swisscom zur Aufgabe ihrer Beteiligung am potentiellen Konkurrenzunternehmen Cablecom zu zwingen. Auch der Bundesgerichtsentscheid im Fall Kodak⁵⁴, in dem Parallelimporte von unter Patentschutz stehenden Waren als unzulässig erklärt werden, läuft den Bemühungen der Weko zuwider (s. Unterkapitel 3.12). Wenn die Position der Weko in manchen Fällen nicht berücksichtigt wird, ist dies nicht allein durch den rein beratenden Charakter ihrer Interventionsmöglichkeiten zu erklären, sondern auch durch die ungenügende Sensibilisierung der politischen Kreise und der Öffentlichkeit auf Wettbewerbsfragen. Die Weko ist sich dessen bewusst und hat begonnen, sich vermehrt in den Medien zu äussern.

Bei den staatlichen Regelungen besteht die Schwierigkeit darin, den „Service public“ wo nötig zu gewährleisten und gleichzeitig den Anforderungen eines wirksamen Wettbewerbs gerecht zu werden. Nach Christian Bovet wird der Wettbewerb am besten gewahrt, wenn diese Fragen in den einschlägigen Gesetzen geregelt werden. Dieser Weg

⁵³ BGE 125 I 474 vom 1. Oktober 1999.

⁵⁴ BGE 126 III 129 vom 7. Dezember 1999.

wurde zum Beispiel beim Fernmeldegesetz (FMG)⁵⁵ gewählt, aber auch in der Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel (BEHV)⁵⁶ und im Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG)⁵⁷. Eine solche Lösung erleichtert die Sensibilisierung und Kompromissfindung.

Die Öffnung staatlich kontrollierter Märkte erfolgt in der Schweiz relativ langsam, wie es das Beispiel des Elektrizitätsmarktes zeigt: Während dieser Markt in Deutschland seit 1999 offen ist und sowohl die Grosskunden als auch die Konsumenten bereits von tieferen Preisen profitieren, wird in der Schweiz das neue Elektrizitätsgesetz frühestens 2001 in Kraft treten. Dieses räumt zudem nur den Grosskunden die freie Wahl des Lieferanten ein.

Im Hinblick auf eine Beschleunigung des Liberalisierungsprozesses hat die Weko Untersuchungen gegen drei Elektrizitätsunternehmen eingeleitet (Freiburger Elektrizitätswerke, Elektra Baselland und Service intercommunal d'électricité de Renens). Sie prüft die Verweigerung, den Strom anderer Anbieter ins Netz aufzunehmen unter dem Aspekt missbräuchlicher Marktmacht. Die Wettbewerbsbehörden meinen, durch Anwendung

⁵⁵ Art. 1 FMG: ¹ Dieses Gesetz bezweckt, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hochstehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden.

² Es soll insbesondere:

- a. eine zuverlässige und erschwingliche Grundversorgung mit Fernmeldediensten für alle Bevölkerungskreise in allen Landesteilen gewährleisten;
- b. einen störungsfreien, die Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte achtenden Fernmeldeverkehr sicherstellen;
- c. einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen.

⁵⁶ Art. 13 BEHV: ¹ Bei der Genehmigung von Börsenreglementen prüft die Bankenkommission namentlich, ob diese:

- a. die Transparenz und die Gleichbehandlung für die Anleger sicherstellen; und
- b. die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte gewährleisten.

² Sie kann vor ihrem Entscheid die Wettbewerbskommission konsultieren. Diese äussert sich dazu, ob die Reglemente wettbewerbsneutral sind und wettbewerbsbehindernde Absprachen nicht begünstigen.

⁵⁷ Art. 46 Abs. 3 KVG: Nicht zulässig und damit ungültig sind insbesondere folgende Massnahmen, ohne Rücksicht darauf, ob sie in einem Tarifvertrag oder in getrennten Vereinbarungen oder Regelungen enthalten sind:

- a. Sondervertragsverbote zu Lasten von Verbandsmitgliedern;
- b. Verpflichtung von Verbandsmitgliedern auf bestehende Verbandsverträge;
- c. Konkurrenzverbote zu Lasten von Verbandsmitgliedern;
- d. Exklusivitäts- und Meistbegünstigungsklauseln.

des KG sei eine punktuelle Öffnung des Elektrizitätsmarkts zu erreichen. Eine allgemeine und gesetzlich verordnete Marktöffnung lässt sich hingegen nur über das Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) realisieren. Daher unterstützen die Wettbewerbsbehörden eine rasche Inkraftsetzung dieses Gesetzes und weisen darauf hin, dass die Schweizer Unternehmen angesichts der fortgeschrittenen Liberalisierung dieses Sektors und der entsprechend tieferen Strompreise in andern Ländern stark benachteiligt sind.

Des Weiteren, haben bei der Einführung des New Public Management, die öffentlich-rechtlichen Unternehmen oft eine Doppelrolle zu spielen. Einerseits müssen sie weiterhin die vom Staat finanzierten gemeinwirtschaftlichen Leistungen erbringen; andererseits sind sie mehr und mehr gezwungen, ihre Dienstleistungen auf Grund des Leistungsauftrags zu vermarkten und auf diese Weise Privatunternehmen zu konkurrenzieren. So hat sich ergeben, dass im Meteorologiebereich tätige private Unternehmen gleichzeitig Kunden und Konkurrenten der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt sind. Dies erhöht die Gefahr einer Diskriminierung der Privatunternehmen. Solche Probleme können auch bei andern Bundesämtern oder bei den Fachhochschulen auftreten, weil sie gesetzlich gezwungen sind, Dritten Dienstleistungen anzubieten. Bei Unternehmen wie der Post oder den SBB, die gleichzeitig auf monopolisierten und liberalisierten Märkten agieren, besteht eine andere Gefahr für den Wettbewerb. Dieser wird verfälscht, wenn die in Konkurrenz mit Privatunternehmen ausgeübte Wirtschaftstätigkeit mit aus dem Monoporsektor stammenden öffentlichen Mitteln subventioniert wird. Die Weko hat diese Probleme erkannt und klare Entscheide gefällt (Verfügung der Weko vom 6. September 1999 betreffend Schweizerische Meteorologische Anstalt), um einen Missbrauch von Marktmacht zu verhindern. Die Wettbewerbsbehörden beobachten das Verhalten der genannten Unternehmen auch weiterhin genau.

Einschätzung des Problems

- 60% der Sachverständigen erachten die staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen als sehr problematisch (30%) bzw. problematisch (30%). Dieser Aspekt wird tendenziell als **problematisch** beurteilt.
- Ein Experte sieht Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **gering** zu werten. Diese Beurteilung ergibt sich daraus, dass eine direkte Bekämpfung staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene die Verbindlichkeit von Weko-Empfehlungen voraussetzt. Der Weko würde auf diese Weise praktisch eine Gesetzgebungsbefugnis zugestanden, was hinsichtlich Gewaltentrennung natürlich sehr heikel wäre.
- Im Revisionsentwurf wird das Thema nicht angegangen.
- Falls die Subkommission das Problem der schwachen Position der Wettbewerbsbehörden behandeln will, wären weitere Abklärungen angebracht.
- Beim heutigen Stand der Untersuchungen und angesichts des als gering bezeichneten Revisionsbedarfs scheinen sich Massnahmen im genannten Bereich nicht aufzudrängen.

3.14 Verhältnis zwischen der Weko und den sektorspezifischen Regulierungsbehörden

Infolge der Liberalisierung einzelner Wirtschaftsbereiche (Telekommunikation, Elektrizität, Post, Eisenbahn) stellt sich das Problem des Verhältnisses zwischen den Wettbewerbsbehörden und den für die jeweiligen Bereiche verantwortlichen Aufsichtsbehörden.

Im Bereich Telekommunikation, der seit dem 1. Januar 1998 liberalisiert ist, sind die Weko und die Eidg. Kommunikationskommission (ComCom) zu einer regelmässigen Zusammenarbeit gezwungen⁵⁸. Die ComCom trifft wichtige Entscheide zur Anwendung

⁵⁸ Die Frage wurde auch von der Subkommission EVD/EFD der GPK-N während des Dienststellenbesuches bei der WEKO am 24. März 1998 aufgeworfen. S. Protokoll der Sitzung.

des Fernmeldegesetzes (FMG) und greift insbesondere bei Interessenkonflikten ein, die durch die Doppelrolle des Bundes als Regulierungsbehörde und Swisscomaktionär auf einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt entstehen. Die ComCom erteilt den Anbietern von Fernmeldediensten Konzessionen, entscheidet (in Streitfällen) über die Bedingungen des Zusammenschlusses von Netzen verschiedener Anbieter, genehmigt die nationalen Frequenz- und Nummerpläne, regelt die Übertragbarkeit der Nummern und den Zugang der Konsumenten zu den Netzen der Anbieter und überwacht die Umsetzung der Massnahmen, denen die Telekomanbieter unterworfen sind. Die Aufgaben der ComCom sind wettbewerbsbestimmend und überschneiden sich mit denen der Weko.

Nach dem Gesetz kann die Weko vom Bundesamt für Kommunikation (Bakom) angehört werden, das die Dossiers für die ComCom vorbereitet, ihr Vorschläge unterbreitet und ihre Entscheide vollzieht. Die Weko wird angehört, wenn es um das Problem der Marktmacht geht (Art. 11 Abs. 3 FMG und Art. 8 des Geschäftsreglements der ComCom). Die Weko muss innerhalb von vier Wochen Stellung nehmen (Art. 45 der Verordnung über Fernmeldedienste). Die ComCom und ihr Sekretariat können ihrerseits der Weko und ihrem Sekretariat die zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötigen Informationen liefern (Art. 18 des Geschäftsreglements der ComCom).

Die Weko und das Bakom stehen bei der Ausarbeitung von Gesetzen in Kontakt miteinander. So hat das Bakom schon in der Vorbereitungsphase des FMG der Weko Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. In der Übergangsphase zwischen Monopolsituation und liberalisiertem Markt wurden mehrere Klagen gegen Swisscom eingereicht und verschiedene Unternehmenszusammenschlüsse im Telekommunikationsbereich untersucht. Die Weko hat die ComCom in allen Fällen angehört. Diese bat die Weko ihrerseits um eine Stellungnahme, als es im Zusammenhang mit Netzzusammenschlüssen um die Frage der Marktmacht ging.

Die Weko-Mitglieder sind der Meinung, ihre Kompetenzen und diejenigen der mit der Überwachung der liberalisierten Sektoren betrauten Behörden seien klar abgegrenzt. Die Weko und ihr Sekretariat unterhalten zum Gedankenaustausch regelmässige Kontakte mit der ComCom und auch z.B. mit der Schiedskommission im Eisenbahnbereich

(SKE). Es werden Sitzungen organisiert, um eventuelle künftige Probleme zu diskutieren. Offene Fragen werden fallweise besprochen. Als Mitglied der ComCom bezeichnet Christian Bovet die Zusammenarbeit der beiden Kommissionen als völlig befriedigend und problemlos.

Franz Hoffet hingegen erachtet das Verhältnis zwischen der Weko und den sektoriellen Aufsichtsbehörden als problematisch. Eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten sei unmöglich, wenn die Weko in den reglementierten Bereichen eingreifen soll, was seiner Meinung nach notwendig ist. Es stellen sich weniger materielle als verfahrenstechnische Probleme, und die Schwierigkeiten liegen eher bei den sektoriellen Regulierungsbehörden als bei der Weko. Als Beispiel erwähnt Hoffet die Praxis des Bakom bei der Bewilligung wirtschaftlicher Änderungen von Konzessionen, die den Anwendungsbereich des FMG betreffen. Seiner Meinung nach handelt es sich hier um ein Parallelverfahren zur Fusionskontrolle. Die aufgeworfenen Fragen seien zumindest denjenigen ähnlich, die sich bei der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen stellen.

Einschätzung des Problems

- 60% der Experten erachten das Verhältnis zwischen den Wettbewerbsbehörden und den sektorspezifischen Regulierungsbehörden als sehr problematisch (20%) bzw. problematisch (40%). Dieser Aspekt wird tendenziell als **problematisch** beurteilt.
- Ein Sachverständiger sieht Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **gering** zu werten. Diese Beurteilung rührt wahrscheinlich daher, dass die Probleme, die eventuell Reformen verlangen, sich auf Seiten der sektorspezifischen Behörden stellen und nicht im Anwendungsbereich des KG.
- Die Frage wird im Revisionsentwurf nicht behandelt.
- Falls die Subkommission das Problem der Tätigkeit der sektorspezifischen Regulierungsbehörden behandeln will, wären weitere Abklärungen nützlich.
- Beim heutigen Stand der Untersuchungen und angesichts des als gering bezeichneten Revisionsbedarfs scheinen sich Massnahmen im genannten Bereich nicht aufzudrängen.

3.15 Klagebefugnis im Zivilverfahren

Die Artikel 12 bis 17 KG regeln das Zivilverfahren⁵⁹. Gemäss Artikel 12 KG ist das Recht zu klagen Personen vorbehalten, die durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs oder durch eine zulässige Wettbewerbsbeschränkung über das Mass hinaus behindert werden, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist. Auf Grund erster Erfahrungen der Zivilgerichte schliesst Walter A. Stoffel⁶⁰, dass Unternehmen derselben Wirtschaftsstufe, also potentielle Kartellmitglieder, klageberechtigt sind, sowie Unternehmen, die in ihrer Tätigkeit auf andern Märkten behindert werden. Konsumenten können die Zivilgerichte nicht anrufen, denn nur ein Konkurrent kann an der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs gehindert werden⁶¹.

⁵⁹ Bezüglich des Zivilverfahrens hat sich die PVK auf jene beiden Punkte beschränkt, die von den Experten am häufigsten genannt wurden und in der Fachliteratur oft beschrieben werden. In unserer Umfrage betrachtete nur ein Experte die noch offenen Fragen im Zusammenhang mit dem Zivilverfahren als problematisch.

⁶⁰ STOFFEL, in MEIER-SCHATZ, 1998, S. 75-115.

⁶¹ NORDMANN-ZIMMERMANN, 1996, S. 107-119.

Im Gegensatz zum alten Kartellgesetz, das den Verbänden ausdrücklich ein Beschwerderecht einräumte (Art. 8 Abs. 2a KG 85), enthält das KG keine solche Bestimmung. Es gibt den Wirtschaftsverbänden hingegen die Möglichkeit, sich als Dritte an der verwaltungsrechtlichen Untersuchung zu beteiligen (Art. 43 Abs. 1).

Da den Berufs- und Wirtschaftsverbänden im Verwaltungsverfahren ausdrücklich umfassende Verfahrensrechte gewährt werden, geht man in der Lehre davon aus, dass sich eine Klagebefugnis im Zivilverfahren erübrigt⁶². Die Beschränkung dieses letzteren auf zwei Parteien (unter Ausschluss von Dritten) ist berechtigt, weil die Aktivlegitimation im Verwaltungsverfahren ausgedehnt wurde⁶³. Die Beschwerdeberechtigung der Organisationen und Verbände im Rahmen des Verwaltungsverfahrens statt des Zivilverfahrens hat ausserdem den Vorteil, dass die Beteiligung am ersteren gratis ist⁶⁴. Nach Hoffet bezweckt das KG nicht die Begünstigung einzelner wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Gruppen, sondern grundsätzlich die Förderung des Wettbewerbs, weshalb eine Interventionsmöglichkeit der Verbände im Zivilverfahren nicht erforderlich ist.

Die Rechtsprechung hat diese Auslegung bestätigt. Die Zivilkammer des Genfer Kantonsgerichts stellte in einem Entscheid vom 18. Dezember 1998⁶⁵ fest, die Verbände seien nicht klageberechtigt und wies einen Antrag der Ärztevereinigung des Kantons Genf zurück, der sich auf seinen Konflikt mit der Genfer Vereinigung der Krankenversicherer und dem Genfer Universitätsspital bezog.

Einzelne Experten, wie z. B. Christian Bovet, wenden jedoch ein, Konsumentenorganisationen könnten im Wettbewerbsbereich einen positiven Einfluss haben. Im Vorentwurf war eine entsprechende Beschwerdeberechtigung vorgesehen. Die Konsumenten sind durch die Folgen einer Wettbewerbsbeschränkung direkt betroffen, indem sie überhöhte Preise zu zahlen haben. Aus demokratischer Sicht könnte demnach ein Einfluss der Berufs- und Wirtschaftsorganisationen auf die Gerichtsentscheide in einem so wichtigen Bereich wie dem Wettbewerb durchaus wünschbar sein. Das Wissen dieser Organisatio-

⁶² WALTER, in AJP/PJA 7/96, S. 893.

⁶³ BRECHTBÜHL, in Recht 1996, S. 89-93.

⁶⁴ NORDMANN-ZIMMERMANN, S. 107-119.

⁶⁵ ACJC/1432/1998.

nen und die von ihnen gemachten Beobachtungen könnten den Zivilgerichten nützlich sein.

Einschätzung des Problems

- 60% der Sachverständigen erachten den Ausschluss der Verbände und insbesondere der Konsumentenorganisationen von den Gerichtsverfahren als wenig problematisch (40%) bzw. unproblematisch (20%). Dieser Punkt wird tendenziell als **wenig problematisch** beurteilt.
- Da kein Experte Revisionsbedarf sieht, ist dieser als **unbedeutend** zu werten.
- Im Revisionsentwurf ist keine Änderung in diesem Sinn vorgesehen.
- Angesichts der Umfrageresultate erübrigen sich weitere Abklärungen.
- Da die Relevanz des Problems als gering und vor allem der Revisionsbedarf als unbedeutend beurteilt werden, drängen sich in diesem Bereich keine weiteren Massnahmen auf.

3.16 Nichtigkeit von Verpflichtungen im Zusammenhang mit Wettbewerbsbeschränkungen

Wettbewerbsbeschränkende Absprachen und aus missbräuchlicher Marktmacht resultierende Verpflichtungen haben auch Folgen auf zivilrechtlicher Ebene. Am wichtigsten ist dabei die Nichtigkeit unzulässiger Vereinbarungen. Ein Vertrag, der gegen die Bestimmungen des KG verstösst, ist im Sinne von Art. 20 OR rechtswidrig. Somit sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen ganz oder teilweise ungültig. Da dieser Aspekt im Gesetz nicht geregelt ist, stellt sich die Frage, ob die Ungültigkeit rückwirkend ist (ex tunc) oder erst ab dem Nichtigkeitsentscheid gilt (ex nunc).

In der Botschaft wird dazu klar festgehalten: „Unter dem durch die Bundesverfassung vorgegebenen Missbrauchsprinzip kann eine Wettbewerbsbeschränkung erst als unzulässig gelten und mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit belegt werden, wenn ihre Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt worden ist. Das Missbrauchsprinzip lässt keine Nichtig-

keit ex tunc, sondern lediglich eine solche ex nunc zu. Das gilt auch für die in Artikel 5 Absatz 3 enthaltenen Vermutungstatbestände.“⁶⁶

Die Doktrin ist allerdings nicht eindeutig. Nach Felix W. Egli⁶⁷ gilt der Nichtigkeitsentscheid erst, wenn er rechtskräftig wird und zwar nicht rückwirkend. Zivilrechtlich bleibe die Abrede gültig und die Parteien hätten für den Zeitraum vor dem Inkrafttreten des Nichtigkeitsentscheids keine Verwaltungssanktionen zu befürchten. Egli betont, beim KG gehe es nicht um ein Kartellverbot, sondern um die Ahndung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen. Seiner Ansicht nach setzt eine Nichtigkeitserklärung verbotener Kartellabsprachen ein gesetzliches Kartellverbot voraus. Für Regula Walter⁶⁸ ist eine Vereinbarung erst ungültig, wenn ein entsprechender Entscheid gefällt wurde. Sie geht dabei davon aus, dass der Ungültigkeitsbegriff in Artikel 20 OR und Artikel 13 KG dehnbar ist. Carl Baudenbacher⁶⁹ unterscheidet zwischen verschiedenen Kartelltypen. Bei den harten Kartellen müsse die ex tunc Nichtigkeit gelten. Für vertikale Abreden und weiche Kartelle hingegen schliesst er dies mit dem Hinweis auf den Grundsatz des guten Glaubens aus. Marino Baldi⁷⁰ erachtet die wettbewerbsbeschränkende Klausel als ungültig ex tunc; Schadenersatzforderungen seien ab dem Zeitpunkt der Ungültigkeit des Vertrags zu berechnen. Walter A. Stoffel⁷¹ und Roger Zäch⁷² sind der Ansicht, ein solcher Vertrag sei gemäss dem in Artikel 20 OR vorgesehenen Sanktionssystem von Anfang an ungültig. Würde ein rechtswidriges Verhalten nicht als ungültig ex tunc betrachtet, hiesse dies, dass die Parteien berechtigt wären, einen gesetzwidrigen Vertrag einzuhalten.

Wenn man das System direkter Sanktionen befürwortet, bemerkt Christian Bovet, müsse im Gesetz auch klar die absolute Ungültigkeit solcher Abreden festgehalten werden. Es wäre seiner Ansicht nach stossend, wenn sie gültig blieben, bis ein definitiver Entscheid gefällt ist und gleichzeitig direkte Sanktionen wegen vergangener Tatbestände verhängt werden könnten. Die beiden Fragen seien zu verknüpfen. Christian Bovet befürwortet

⁶⁶ Botschaft S. 85.

⁶⁷ EGLI, in NZZ 27. April 1996, S. 23.

⁶⁸ WALTER, in AJP 7/96, S. 893.

⁶⁹ BAUDENBACHER, in AJP 7/96, S. 826.

⁷⁰ BALDI, in ZÄCH, 1996, S. 3.

⁷¹ STOFFEL, in SZW Sondernummer 1996, S. 7-21.

eine absolute Ungültigkeit ohne Nuancierung, räumt aber ein, dass bei den weichen Kartellen unterschieden werden könnte zwischen Absprachen, die Gegenstand einer Bekanntmachung der Weko im Sinne von Artikel 6 KG waren und den anderen. Sanktionen und absolute Ungültigkeit könnten zum Tragen kommen, wenn eine Bekanntmachung erfolgte, d. h. wenn ein weiches Kartell gegen klare Bestimmungen verstösst. Falls keine Bekanntmachung erfolgte, kann man sich allerdings fragen, ob von einer absoluten Ungültigkeit auszugehen ist, denn bei einem unwissentlichen Verstoss wäre ein gewisser Zweifel für den Angeklagten am Platz.

Christian Bovet betont zudem, das Gesetz würde bei Einführung der absoluten Ungültigkeit eurokompatibel. In Artikel 81 Absatz 2 des EU-Vertrags sind die Folgen der Ungültigkeit beschrieben, indem darin verbotene Abreden oder Entscheide als null und nichtig bezeichnet werden.

Das Bundesgericht hat in diesem Lehrstreit noch nicht entschieden. Franz Hoffet sieht darin aus praktischer Sicht aber keine besondere Schwierigkeit. Er gibt zu bedenken, dass die Vertragsparteien immer damit rechnen müssen, dass der Vertrag auf Grund des Wettbewerbsrechts als ungültig erklärt wird. Aus mikroökonomischer Sicht wird immer von der gesamten Vertragsdauer ausgegangen. Die blossе Gefahr, dass der Vertrag vorzeitig in Frage gestellt wird, weil er gegen das Wettbewerbsrecht verstösst, genügt, um die Unternehmen zur Einhaltung der Vorschriften zu bringen. Ausserdem kann die Lage, in der sich die Vertragsparteien ohne den Vertrag befinden würden, ohnehin nicht wiederhergestellt werden. Die Ungültigkeit *ex tunc* ist kein zusätzliches Argument für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Die Ungültigkeit *ex nunc* hat zudem einen weiteren Vorteil: Man kann sich überflüssige Verfahren ersparen, denn die rechtlichen Folgen eines rechtswidrigen Vertrags bestehen mindestens bis zu seiner Ungültigkeit. Dieses System ist wirtschaftlicher als dasjenige der EU.

⁷² ZÄCH, 1999, S. 291-333.

Einschätzung des Problems

- 60% der Sachverständigen erachten die Frage der rückwirkenden oder nicht rückwirkenden Ungültigkeit als wenig problematisch (50%) bzw. unproblematisch (10%). Dieser Aspekten wird tendenziell als **wenig problematisch** beurteilt.
- Ein Experte ortet Revisionsbedarf. Dieser ist demnach als **gering** zu bewerten.
- Die Frage der rückwirkenden Kraft der Verpflichtungen wird im Revisionsentwurf nicht behandelt. Das Bundesgericht könnte die Frage aber entscheiden.
- Falls die Subkommission die Frage gesetzlich regeln möchte, wären weitere Abklärungen nützlich.
- Angesichts des Stands der Untersuchungen, der geringen Relevanz des Problems und des geringen Revisionsbedarfs scheint kein Handlungsbedarf zu bestehen.

3.17 Internationale Amtshilfe

Das KG regelt die Amtshilfe zwischen Bundes- und Kantonsstellen einerseits und den Wettbewerbsbehörden andererseits (Art. 41), sieht aber weder eine internationale Rechtshilfe, noch einen Mechanismus für die Anhörung ausländischer Wettbewerbsbehörden oder einen Informationsaustausch vor. Angesichts der wirtschaftlichen Globalisierung wird ein Informationsaustausch zwischen schweizerischen und ausländischen Wettbewerbsbehörden jedoch unerlässlich. Dabei wäre eine solche Rechtsgrundlage wichtig, um Doppelspurigkeiten und sich widersprechende Entscheide zu vermeiden. Die Artikel 58 und 59 KG betreffen die Ausführung internationaler Abkommen. Sie sollen Wettbewerbsbeschränkungen beseitigen, die in der Schweiz ihren Ursprung haben, sich aber im Ausland auswirken. Diese Möglichkeit ist an zwei Bedingungen gebunden: Ihre Wirkung muss mit Wettbewerbsbestimmungen in internationalen Abkommen unvereinbar sein und der Schweiz müssen Schutzmassnahmen von einer Vertragspartei drohen.

Die Schweiz hat bisher noch kein internationales Abkommen über Rechtshilfe oder rechtliche Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich abgeschlossen. Kontakte mit ausländischen Wettbewerbsbehörden sind rein informeller Art und werden vor allem bei internationalen Anlässen gepflegt. Begegnungen finden zum Beispiel bei den regel-

mässigen Sitzungen des Ausschusses der Kommission für Wirtschaft und Zusammenarbeit (OECD) und bei internationalen Konferenzen statt. Die Mitarbeiter des Weko-Sekretariats haben auch Gelegenheit, bei den europäischen Wettbewerbsbehörden ein Praktikum zu absolvieren. Diese Kontakte begünstigen einen raschen und informellen Austausch von Informationen über das Wettbewerbsrecht und die Praxis.

Bei internationalen Unternehmenszusammenschlüssen, die auch im Ausland meldepflichtig sind, stellt sich die Frage des Informationsaustausches zwischen den Wettbewerbsbehörden der betroffenen Staaten. In der Regel stimmen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen dem Informationsaustausch zwischen den schweizerischen und ausländischen Behörden zu. Die Tatsache, dass für eine internationale Verwaltungshilfe keine Rechtsgrundlage besteht, ist nach Meinung von Franz Hoffet also nicht problematisch.

Dies bedeutet, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden ohne Zustimmung der Beteiligten und ohne Rechtsgrundlage keine Möglichkeit zum Informationsaustausch mit ausländischen Wettbewerbsbehörden haben.

Christian Bovet ist der Ansicht, der informellen Zusammenarbeit müsse ein Rahmen gegeben werden. Die Bestimmungen von Artikel 58 und 59 seien relativ schwach und könnten verbessert werden, um zu verhindern, dass sich in der Schweiz Kartelle bilden, die sich im Ausland auswirken und um der Schweiz die Arbeit in einer globalen Welt zu ermöglichen. Bovet schlägt vor, sich an der Regelung zu orientieren, die im Banken- und Börsenbereich getroffen worden ist. Das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen⁷³ und das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel⁷⁴ überlassen der

⁷³ Art. 23sexies Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen.

⁷⁴ Art. 38 Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel.

Eidg. Bankenkommission die Entscheidung, ob sie Hilfe gewähren will oder nicht, wobei keine Gegenseitigkeit vorausgesetzt wird. Der Eidg. Bankenkommission steht es also frei, ihre Hilfe zu gewähren, sie ist aber Fremdstaaten gegenüber nicht dazu gezwungen.

Einschätzung des Problems

- 60% der Sachverständigen erachten die Frage der internationalen Amtshilfe im Wettbewerbsrecht als wenig problematisch (30%) bzw. unproblematisch (30%). Dieser Punkt wird demnach als **wenig problematisch** beurteilt.
- Ein Sachverständiger sieht Revisionsbedarf. Dieser ist demzufolge als **gering** zu werten.
- Im Revisionsentwurf wird die Frage der internationalen Amtshilfe nicht behandelt.
- Falls die Subkommission die diesbezügliche Praxis regulieren möchte, wären weitere Abklärungen nützlich.
- Angesichts des Stands der Untersuchungen, der geringen Relevanz der Probleme und des geringen Revisionsbedarfs scheint kein Handlungsbedarf zu bestehen.

4 Zusammenfassung

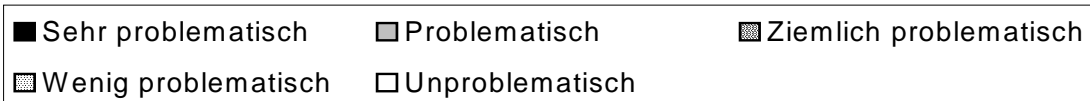
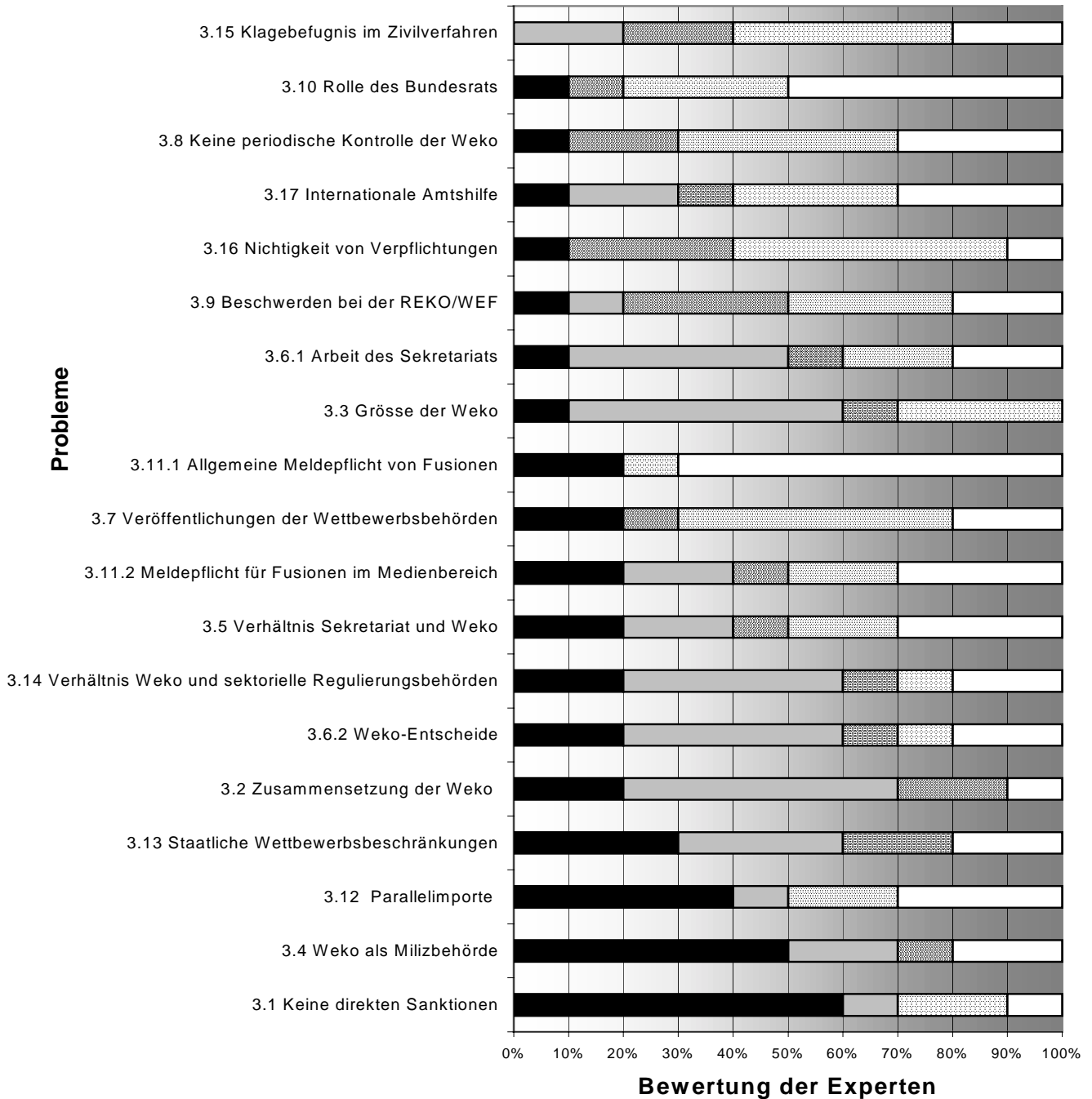
Im vorhergehenden Kapitel haben wir die Hauptprobleme dargelegt, die sich bei der Umsetzung des KG stellen und eine Lageanalyse vorgenommen, die sich insbesondere auf unsere Umfrage bei 10 Experten⁷⁵ stützt. Das vorliegende Kapitel enthält die Ergebnisse der Umfrage in Form synoptischer Darstellungen sowie eine Synthese der Resultate unserer Studie.

4.1 Grafische Darstellungen

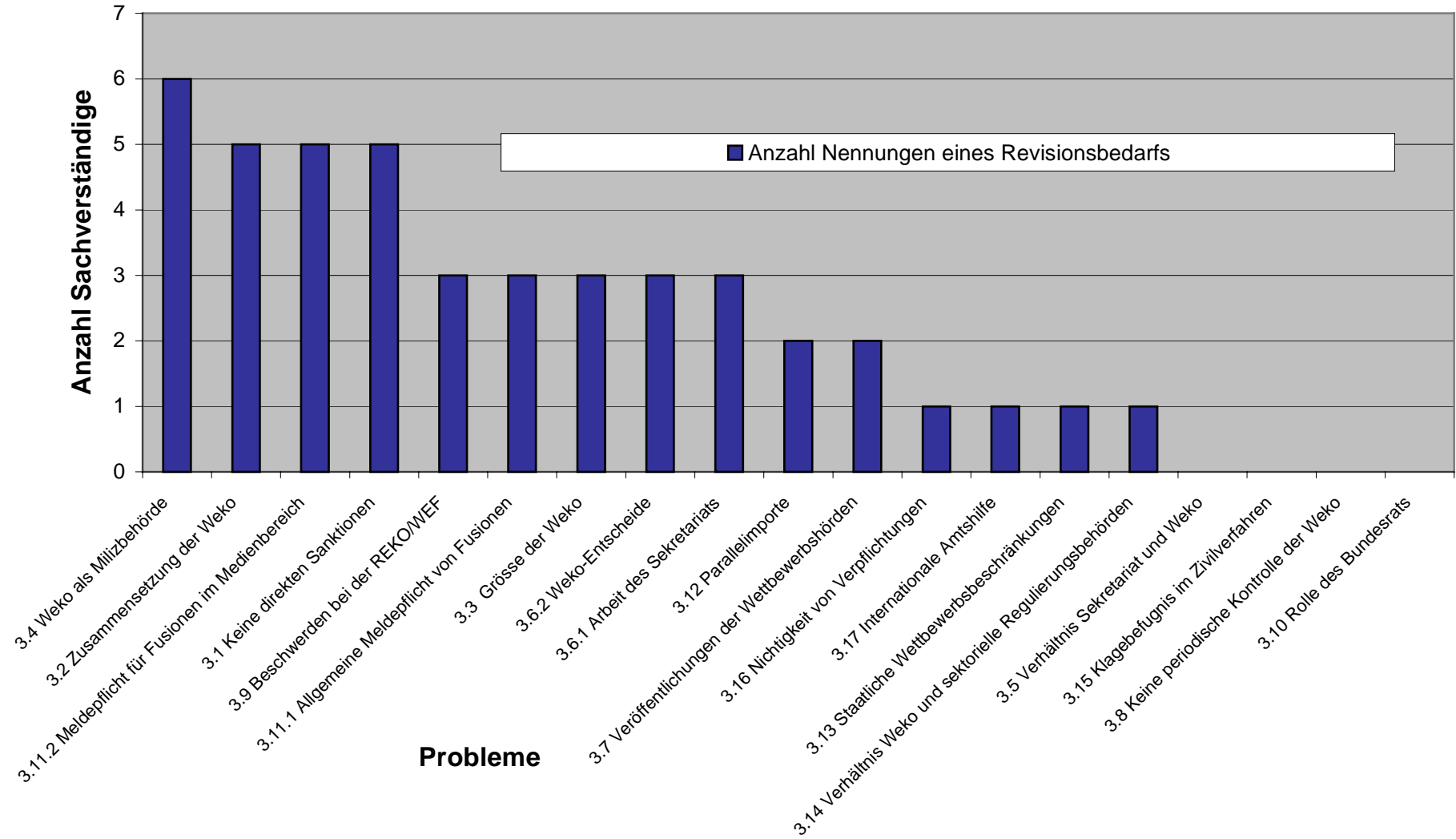
Anhand der beiden Grafiken, die auf den Umfrageergebnissen basieren, lassen sich die 19 Probleme hinsichtlich ihrer Relevanz und ihrem Revisionsbedarf vergleichen. Bei jedem Problem wird auf das entsprechende Kapitel verwiesen. Eine synoptische Tabelle fasst für jedes Problem die Resultate der Untersuchung zusammen. Die Tabelle zeigt auch, ob dieses Problem im KG-Revisionsentwurf berücksichtigt ist und ob es bereits eingehender untersucht wurde. Somit stehen der Subkommission alle notwendigen Informationen in synoptischer Form zur Verfügung. Auf dieser Grundlage kann sie über das weitere Vorgehen entscheiden.

⁷⁵ S. Abschnitt 2.1.

Relevanz der Probleme



Revisionsbedarf



Übersicht

Problem	<i>3.1 Keine direkten Sanktionen</i>	<i>3.4 Weko als Milizbehörde</i>	<i>3.2 Zusammensetzung der Weko</i>	<i>3.11.2 Meldepflicht für Fusionen im Medienbereich</i>	<i>3.3 Grösse der Weko</i>	<i>3.12 Parallelimporte</i>	<i>3.6.1 Arbeit des Sekretariats</i>
Brisanz	sehr problematisch	sehr problematisch	problematisch	unbestimmt	problematisch	unbestimmt	problematisch
Revisionsbedarf	sehr gross	sehr gross	sehr gross	sehr gross	ziemlich gross	eher gering	ziemlich gross
Im Rev.entwurf	ja	teilweise	ja	ja	ja	Motion (WAK)	nein
Studie EVD	nein	nein	nein	nein	nein	ja, Postulat (WAK)	ja

Problem	<i>3.6.2 Weko-Entscheide</i>	<i>3.9 Beschwerden bei der REKO/WEF</i>	<i>3.13 Staatliche Wettbewerbsbeschränkungen</i>	<i>3.14 Verhältnis Weko und sektoruelle Regulierrungsbehörden</i>	<i>3.11.1 Allgemeine Meldepflicht von Fusionen</i>	<i>3.7 Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden</i>	<i>3.16 Nichtigkeit von Verpflichtungen</i>
Relevanz	problematisch	wenig problematisch	problematisch	problematisch	wenig problematisch	wenig problematisch	wenig problematisch
Revisionsbedarf	ziemlich gross	ziemlich gross	gering	gering	ziemlich gross	eher gering	gering
Im Rev.entwurf	indirekt	indirekt	nein	nein	teilweise	indirekt	nein
Studie EVD	ja	ja	nein	nein	nein	nein	nein

Problem	<i>3.17 Internationale Amtshilfe</i>	<i>3.10 Rolle des Bundesrats</i>	<i>3.8 Keine periodische Kontrolle der Weko</i>	<i>3.15 Klagebefugnis im Zivilverfahren</i>	<i>3.5 Verhältnis Sekretariat und Weko</i>
Relevanz	wenig problematisch	wenig problematisch	wenig problematisch	wenig problematisch	unbestimmt
Revisionsbedarf	gering	unbedeutend	unbedeutend	unbedeutend	unbedeutend
Im Rev.entwurf	nein	nein	nein	nein	indirekt
Studie EVD	nein	nein	nein	nein	nein

4.2 Interpretation der Grafiken

4.2.1 Allgemeines

Den beiden Punkten "keine direkten Sanktionen" und "die Weko als Milizbehörde", die als am problematischsten beurteilt wurden ("sehr problematisch" auf unserer Skala) ist auch der grösste Revisionsbedarf zugeordnet ("sehr gross" auf unserer Skala). Ansonsten ist allerdings kaum eine Korrespondenz zwischen Relevanz und Revisionsbedarf festzustellen. Bei den sechs als "problematisch" bezeichneten Punkten geht die Einschätzung dieses Bedarfs von "sehr gross" bis "gering". Den acht als wenig problematisch erachteten Punkten entspricht ein Revisionsbedarf von "ziemlich gross" bis "unbedeutend". Der Revisionsbedarf bei den drei Punkten, deren Relevanz nicht eindeutig bestimmt werden konnte, wird als "sehr gross", "eher gering" bzw. "unbedeutend" bezeichnet. Diese Ergebnisse bestätigen unsere Hypothese, dass die Relevanz eines Problems nicht notwendigerweise einen entsprechenden Revisionsbedarf bedingt, weil die verschiedenen Aspekte u. a. nicht völlig voneinander unabhängig sind⁷⁶.

Vergleicht man den in der Studie ermittelten Revisionsbedarf mit der laufenden KG-Revision ist dagegen eine deutliche Übereinstimmung festzustellen: **Die Probleme mit einem sehr grossen Revisionsbedarf werden alle im Vorentwurf des Bundesrats zur Revision des KG behandelt.**

4.2.2 Bei der Gesetzesrevision behandelte Probleme

Die Probleme "**keine direkten Sanktionen**", "**die Weko als Milizbehörde**", "**Zusammensetzung der Weko**" und "**Meldepflicht für Fusionen im Medienbereich**", welche die Sachverständigen als "sehr problematisch" bzw. "problematisch" bezeichneten und für welche der Revisionsbedarf als "sehr gross" eingestuft wurde, sind alle im Revisionsvorentwurf des Bundesrats für das KG berücksichtigt. Auch die Frage der "**Grösse der**

⁷⁶ S. Abschnitt 2.1.

Weko", der ein "ziemlich grosser" Revisionsbedarf zugesprochen wird, ist darin enthalten.

- Bei diesen Punkten ist die Lage klar; es drängen sich keine weiteren Abklärungen auf.
- Falls diese Fragen nach Meinung der Subkommission im Rahmen der laufenden KG-Revision angegangen werden sollen, hätte sie dafür zu sorgen, dass die entsprechenden Änderungen im Entwurf beibehalten werden. Was den Milizcharakter der Weko angeht, sollte sie dafür sorgen, dass der Bundesrat den Beschäftigungsgrad der Weko-Mitglieder erhöht.

4.2.3 Von der WAK behandelte Probleme

Das Problem der "**Parallelimporte**", dessen Relevanz nicht eindeutig ermittelt werden konnte und bei dem ein geringer Revisionsbedarf ausgemacht wurde, ist Gegenstand einer Motion der WAK, die eine Änderung von Artikel 3 Absatz 2 KG verlangt, sowie eines Postulats, mit dem der Bundesrat aufgefordert wird, einen Bericht über die Erschöpfungsproblematik zu veranlassen.

- Angesichts der laufenden Arbeiten erübrigen sich weitere Abklärungen.
- Falls sich die Subkommission für die Frage interessiert, kann sie den weiteren Verlauf der Beratung in der WAK verfolgen.

4.2.4 Probleme, die Gegenstand vertiefter Untersuchungen sind

Die Punkte "**Arbeit des Sekretariats**" und "**Weko-Entscheide**" werden als "problematisch" und ihr Revisionsbedarf als "ziemlich gross" erachtet. Den ersteren hat Christian von Weizsäcker eingehend analysiert, wobei er auch die wirtschaftliche Begründung in den Entscheiden der Weko untersuchte. Er attestierte dem Sekretariat eine hohe wirtschaftliche Kompetenz und gute Arbeit und kam zum Schluss, dass seine Leistungen dem internationalen Standard entsprechen, ja diesen gar übertreffen. Auch entdeckte er in den Weko-Entscheiden keine wesentlichen Fehler. Die im Revisionsentwurf vorgesehene Umgestaltung der Weko (Herabsetzung der Mitgliederzahl, Ausschluss von Interessenvertretern und Erhöhung des Beschäftigungsgrads der Mitglieder) werden wahrscheinlich zu einer Verbesserung der Entscheide führen. Das Problem wird also bei der Gesetzesrevision indirekt berücksichtigt.

Die Frage der "**Beschwerden bei der REKO/WEF**" gegen die Verfügungen der Weko wird zwar als "wenig problematisch" angesehen, aber der entsprechende Revisionsbedarf ist "ziemlich gross". Im Gutachten von Yvo Hangartner wird dieses Problem untersucht. Obwohl die Wettbewerbsbehörden gewisse Verfahrensfehler begangen hätten, betrachtet der Gutachter die Abklärung bestimmter Punkte durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit als einen normalen Vorgang. Seiner Meinung nach gibt es also keinen Revisionsbedarf. Die vorgesehene Umgestaltung der Weko könnte sich auch in Bezug auf die Beachtung der Verfahrensvorschriften positiv auswirken.

Die Berichte von Weizsäcker und Hangartner scheinen den Resultaten unserer Experten-umfrage zu widersprechen. Eine erneute Vertiefung dieser Probleme würde jedoch eine Gegenexpertise erfordern. Die PVK hält sich deshalb an die Resultate dieser Studien.

- Da die Fragen in den Berichten von Weizsäcker und Hangartner behandelt wurden, drängen sich keine weiteren Abklärungen auf.
- Angesichts der laufenden Gesetzesrevision und der Schlussfolgerungen der beiden Gutachten scheinen keine besonderen Massnahmen in diesen Bereichen erforderlich.

4.2.5 Problematische Punkte mit geringem Revisionsbedarf

Die Punkte "**Staatliche Wettbewerbsbeschränkungen**" und "**Verhältnis zwischen der Weko und den sektoriellen Regulierungsbehörden**" werden als "problematisch" bezeichnet; der Revisionsbedarf scheint jedoch „gering“ zu sein. Bei den staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen rührt diese Einschätzung daher, dass die schwache Position der Weko nur gestärkt werden kann, indem ihr gegenüber wettbewerbsschädlichen Bestimmungen auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesebene mehr Macht verliehen wird. Sie würde damit aber eine Gesetzgebungsbefugnis erhalten, die aus Gründen der Gewaltentrennung kaum in Betracht kommt. Der geringe Revisionsbedarf im Zusammenhang mit den sektoriellen Regulierungsbehörden erklärt sich dadurch, dass das Problem eher bei diesen liegt und daher nicht in den Bereich des KG fällt.

- Falls die Subkommission das schwierige Problem der schwachen Position der Wettbewerbsbehörden oder dasjenige der Tätigkeit der sektoriellen Regulierungsbehörden angehen will, wären weitere Abklärungen nützlich.
- Beim heutigen Stand der Untersuchungen und angesichts des als gering bezeichneten Revisionsbedarfs scheinen sich Massnahmen in den genannten Bereichen nicht aufzudrängen.

4.2.6 Wenig problematische Punkte mit ziemlich grossem Revisionsbedarf

Bei den Punkten "**Allgemeine Meldepflicht von Fusionen**" und "**Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden**" wurde ein „ziemlich grosser“ Revisionsbedarf ermittelt, obwohl sie als „wenig problematisch“ erachtet werden. Das Problem der allgemeinen Meldepflicht von Fusionen wird im Revisionsentwurf insofern behandelt, als der besondere Schwellenwert für Zusammenschlüsse im Medienbereich gestrichen werden soll. Gegebenenfalls lassen sich die Grenzbeträge durch einen allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss erhöhen. Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden werden als unvollständig und bezüglich der wirtschaftlichen Begründung wenig überzeugend kritisiert. Die Umgestaltung der Weko könnte auch in dieser Hinsicht positive Auswirkungen haben.

- Je nach Bedeutung, die die Subkommission diesen Fragen beimisst und wenn sie der Ansicht ist, diese seien im Revisionsentwurf nicht genügend berücksichtigt, sind weitere Abklärungen zu erwägen.
- Angesichts des Standes der Untersuchungen und der geringen Relevanz der Probleme scheint kein Handlungsbedarf zu bestehen.

4.2.7 Wenig problematische Punkte mit geringem Revisionsbedarf

Die Punkte "**Nichtigkeit von Verpflichtungen**" und "**internationale Amtshilfe**" werden als „wenig problematisch“ eingestuft und der Revisionsbedarf ist „gering“. Der erste Punkt wird nicht durch das KG geregelt und ist auch nicht durch das Bundesgericht entschieden worden. Internationale Amtshilfe im Kartellrecht wird heute auf einer informellen Basis gewährt.

- Falls die Subkommission die Frage gesetzlich regeln und Vorschriften für die Praxis erlassen möchte, wären weitere Abklärungen nützlich.
- Angesichts des Standes der Untersuchungen, der geringen Relevanz der Probleme und des geringen Revisionsbedarfs, scheint kein Handlungsbedarf zu bestehen.

4.2.8 Wenig problematische Punkte mit unbedeutendem Revisionsbedarf

Die Punkte "**Rolle des Bundesrats**", "**keine periodische Kontrolle der Weko**" und "**Klagebefugnis im Zivilverfahren**" werden als „wenig problematisch“ erachtet, der entsprechende Revisionsbedarf als "unbedeutend". Während die Relevanz des Problems "**Verhältnis zwischen Sekretariat und Weko**" nicht ermittelt werden konnte, wurde der diesbezügliche Revisionsbedarf als "unbedeutend" eingestuft. Die im Revisionsentwurf zur Professionalisierung der Weko vorgesehenen Massnahmen dürften im Übrigen das Verhältnis zum Sekretariat günstig beeinflussen.

- Angesichts der Umfrageresultate erübrigen sich weitere Abklärungen.
- Da die Relevanz der Probleme als gering und vor allem der Revisionsbedarf als unbedeutend beurteilt werden, drängen sich in diesen Bereichen keine weiteren Massnahmen auf.

4.3 Fazit

Die Hauptprobleme mit hoher Relevanz und grossem Revisionsbedarf werden im KG-Revisionsentwurf behandelt. Wenn die Subkommission diese Reformen als genügend erachtet, muss sie lediglich dafür sorgen, dass sie während des ganzen Revisionsverfahrens im Entwurf verbleiben. Die zweitwichtigsten Probleme sind im Revisionsentwurf nicht oder nur teilweise berücksichtigt; sie waren aber Gegenstand von Gutachten, welche jedoch keine wesentlichen Probleme in diesen Bereichen feststellen konnten. Somit scheinen sich in diesen Bereichen weder weitere Abklärungen noch besondere Massnahmen der Subkommission aufzudrängen.

Die weniger bedeutenden Probleme werden von der Gesetzesrevision nicht oder nur in geringem Mass betroffen. Ihre Relevanz und der Revisionsbedarf sind jedoch wesentlich geringer. Die PVK könnte je nach Interesse der Subkommission weitere Abklärungen treffen, damit diese danach im Revisionsverfahren eingreifen kann. Es handelt sich um die folgenden Probleme⁷⁷:

- 3.13 Staatliche Wettbewerbsbeschränkungen (vor allem schwache Position der Weko in diesem Zusammenhang).
- 3.14 Verhältnis zwischen der Weko und den sektorspezifischen Regulierungsbehörden (vor allem Tätigkeit dieser letzteren im Wettbewerbsbereich).
- 3.11.1 Schwellenwerte für die allgemeine Meldepflicht von Fusionen.
- 3.7 Veröffentlichung der Arbeiten der Wettbewerbsbehörden.
- 3.16 Nichtigkeit von Verpflichtungen im Zusammenhang mit Wettbewerbsbeschränkungen.
- 3.17 Internationale Amtshilfe.

⁷⁷ Dabei geht es um problematische Punkte mit geringem Revisionsbedarf, wenig problematische Punkte mit ziemlich grossem Revisionsbedarf und wenig problematische Punkte mit geringem Revisionsbedarf.

Abkürzungsverzeichnis

BGE	Bundesgerichtsentscheid
GPK	Geschäftsprüfungskommission
WAK	Kommission für Wirtschaft und Abgaben
EBK	Eidg. Bankenkommission
CFPG	Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi
Weko	Wettbewerbskommission
ComCom	Eidg. Kommunikationskommission
EVD	Eidg. Volkswirtschaftsdepartement
EFD	Eidg. Finanzdepartement
BBl	Bundesblatt
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (SR 832.10)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251)
EMG	Elektrizitätsmarktgesetz
FMG	Fernmeldegesetz (SR 784.10)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel (SR 954.11)
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
Bakom	Bundesamt für Kommunikation
PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
SR	Systematische Rechtssammlung
EU	Europäische Union

Literatur

Amtliche Schriften

Amtl.Bull.NR 1995, 1057 ff., 2046f., 2110

Amtl.Bull.StR 1995, 845 ff., 1013 f.

Berichte des Sekretariates der Weko zuhanden des Bundesrates betr. Revisionsbedarf des KG, 30. November 1999.

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

Erläuternder Bericht des Bundesrats: Revision des Kartellgesetz, 18. September 2000

Jahresbericht 1999 der Wettbewerbskommission

Ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der Weko, Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Volkswirtschaftsdepartements, Christian von Weizsäcker, 10. Juli 2000

Parallelimporte und Patentrecht, Bericht des Bundesrates vom 8. Mai 2000 in Beantwortung der Anfrage der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK) vom 24. Januar 2000

Politique de la concurrence en Suisse (1996-1998), Évaluation et perspectives d'évolution, Rapport présenté à la Commission fédérale des questions conjoncturelles par Damien Neven, janvier 1999

Recht und Politik des Wettbewerbs, Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden

Rechtsgutachten zuhanden des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements betreffend die Verfügungen der Wettbewerbskommission, Yvo Hangartner, 12. Juli 2000

Fachliteratur

AMSTUTZ MARC, Neues Kartellgesetz und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen - Thesen zur Deregulierungsfunktion des Kartellrechts, in: AJP 1996, 883 ff.

BALDI MARINO, Les fondements de la nouvelle loi sur les cartels, in: SZW Sondernummer 1996, 3 ff.

BALDI MARINO, Überblick und allgemeine Bestimmungen - zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 3 ff.

BAUDENBACHER CARL, Vertikalbeschränkungen im neuen schweizerischen Kartellgesetz, in: AJP 1996, 826 ff.

BORER JÜRIG, Beurteilung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 35 ff.

BORER JÜRIG, Erste Erfahrungen im Bereich der Fusionskontrolle, in: Christian J. Meier-Schatz, Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Bern; Stuttgart; Wien 1998, 153 ff.

BORER JÜRIG, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998

BORER JÜRIG, Kooperationen und strategische Allianzen, in: AJP 1996, 876 ff.

BORER JÜRIG, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 217 ff.

BORER JÜRIG, Unternehmenszusammenschlüsse, Art. 9 - 11 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 71 ff.

BORGHI MARCO, La legislazione sulla concorrenza: uno strumento per la democrazia?, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 9 ff.

BOVET CHRISTIAN, Le provisoire en droit des cartels, Mesures provisionnelles de droit administratif et réalisation provisoire des concentrations, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 123 ff.

BOVET CHRISTIAN, Premières expériences dans le contrôle des concentrations, in: Christian Bovet (éd.), Journée du droit de la concurrence 1998, Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 61 ff.

BRECHBÜHL BEAT, Das neue Kartellgesetz - ein Überblick, in: recht 1996, 89 ff.

BRECHBÜHL BEAT, Fusionskontrolle: Innovationsmarkt-Analyse und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, in: SZW 1998, 173 ff.

BRECHBÜHL BEAT/DJALALI JASMIN, Die zivilrechtlichen Folgen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede, in: SZW 1997, 102 ff.

BRUNNER ALEXANDER, Konsumentenkartellrecht, in: AJP 1996, 931 ff.

CAIMI CARLO LUIGI, Disposizioni di procedura civile, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 149 ff.

DAEHLER ROLF, La Commission de la concurrence et son Secrétariat, Structures et tâches des autorités suisses de concurrence, in La vie économique-*Revue de droit économique* 9/2000, pp. 10-14

DÄHLER ROLF, Die Fusionskontrolle, in: SZW Sondernummer 1996, 25 ff.

DÄHLER ROLF, Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 26 - 31 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 121 ff.

DASSER FELIX, Neue Tendenzen im Internationalen Kartellprivatrecht der Schweiz, in: AJP 1996, 950 ff.

DAVID EUGEN, Zur Einführung: Das neue Kartellgesetz im politischen Kontext, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 1 ff.

DEAULES JOEL, Libéralisation des télécommunications: Le point de vue des consommateurs in: Bovet Christian (éd.), Journée du droit de la concurrence 1998: Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 53 ff.

DEISS JOSEPH, Évaluation économique de la nouvelle loi, in: SZW Sondernummer 1996, 32 ff.

DIETRICH MARCEL, Unternehmenszusammenschlüsse – Formelles Fusionskontrollrecht, Art. 9-10, 32-38 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 75 ff.

DROLSHAMMER JENS, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, in: SJZ 2000, 218 ff.

DUCREY PATRIK, Abgrenzung zwischen vorsorglichen Massnahmen im Kartellverwaltungs- und Kartellzivilrecht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 115 ff.

DUCREY PATRIK, Besondere Fragen zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im revidierten KG, in: AJP 1996, 918 ff.

DUCREY PATRIK, Der Einfluss des EU-Wettbewerbsrechts auf die Liberalisierung der schweizerischen Infrastrukturmärkte, in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 281 ff.

DUCREY PATRIK, Libéralisation des télécommunications et droit de la concurrence – Application du nouveau droit suisse de la concurrence, in: Bovet Christian (éd.), Journée du droit de la concurrence 1998: Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 19 ff. (zit. Télécommunications)

DUCREY PATRIK, Organisation et activités du secrétariat de la Commission de la concurrence, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 103 ff.

DUCREY PATRIK, Problèmes actuels du droit de la concurrence, activités principales, des autorités de concurrence, enquêtes en cours et vue d'ensemble, in La vie économique- Revue de droit économique 9/2000, pp. 18- 21

DUCREY PATRIK, Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 32 - 38 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 137 ff.

EGLI FELIX W., Fussangeln für Kartell-Deserteure, in: NZZ Nr. 98 vom 27./28. April 1996, 23

FISCHER R. PETER, Die Liberalisierung des Schweizer Telekommunicationsmarktes: Eine Standortbestimmung, in: Bovet Christian (éd.), Journée du droit de la concurrence 1998: Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 37 ff.

FLÜCKIGER YVES, Aspects économiques du nouveau droit suisse de la concurrence, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 59 ff.

GLOBAL COMPETITION REVUE, Rating the regulators, http://www.global-competition.com/spl_rpts/main_fs.htm, 2000.

GLOOR PETER/STAEHELIN MATTHIAS, Vertikale Vereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht und die «rule of reason», in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 299 ff.

GUGLER PHILIPPE, Principaux indicateurs de dominance collective dans le cadre du contrôle préventif des concentrations, in: RDAI/IBLJ 1998, 919 ff

GUGLER PHILIPPE/MERKT BENOÎT, Considérations sur le formulaire de notification des concentrations d'entreprises, in: Christian Bovet (éd.), Journée du droit de la concurrence 1998, Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 91 ff.

GUGLER PHILIPPE/ZURKINDEN PHILIPP, Das schweizerische, österreichische und das EG-Wettbewerbsrecht im Vergleich, in: Wirtschaft und Gesellschaft (Wien), 3/1998, 353 ff.

HOFFET FRANZ, Unternehmenszusammenschlüsse – Materielles Fusionskontrollrecht, Art. 9-10 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 45 ff.

HOFFET FRANZ, Wann sind Wettbewerbsabsprachen nichtig? – Anhaltende Unsicherheit über die Verbindlichkeit zahlreicher Verträge, in: NZZ vom 27./28.6.1998, 29

HOFFET FRANZ/HOEHN THOMAS, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich, Anmerkungen zur bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission, in: sic! 1999, 232 ff.

JAEGER FRANZ, Sollen Patente vor Preiswettbewerb schützen ? Umstrittenes Verbot von Parallelimporten, in NZZ, 4/5 März 2000

LAMBELET JEAN-CHRISTIAN/MIHAILOV ALEXANDER, Aspects économiques du droit de la concurrence appliqué aux activités bancaires, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 195 ff.

MALACRIDA RALPH, Das verwaltungsrechtliche Verfahren im neuen Kartellgesetz, in: AJP 1996, 902 ff.

MASONI MARIA, Per una liberalizzazione sostensibile, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 5 ff.

MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Bankenfusionen unter Schweizer Recht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 185 ff.

MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Das neue schweizerische Kartellgesetz im Überblick – Erste Erfahrungen, in: Christian J. Meier-Schatz, Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Bern; Stuttgart; Wien 1998, 9 ff.

MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, in: AJP 1996, 811 ff.

MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 5 - 8 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 21 ff.

NEVEN DAMIEN / RAESS PASCAL, Politique de la concurrence en Suisse (1996-1998), Évaluation et perspectives d'évolution, in Cahiers de recherches économiques, HEC Lausanne, cahier 9911, juillet 1999

NORDMANN-ZIMMERMANN URSULA, La nouvelle loi sur les cartels – une chance pour les organisations de consommateurs, in: Brunner Alexander/Rehbinder Manfred/Stauder Bernd (Hrsg.), Jahrbuch des schweizerischen Konsumentenrechts, Bern 1996, 105 ff.

RICHLI PAUL, Verfahren und Rechtsschutz, Art. 39 - 44 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 157 ff.

RICHLI PAUL, Verfahren und Rechtsschutz, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 130 ff.

RUFFNER, MARKUS, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, in: AJP 1996, 834 ff.

SAURER MARKUS, Kartellgesetzliche Intervention oder Deregulierung? – Die Wahl zwischen imperfekten Alternativen bei der Fusion Bell-SEG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 167 ff.

SCHLUEP WALTER R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, in: AJP 1996, 795 ff.

SCHMIDHAUSER BRUNO, Nachfragemacht, in: AJP 1996. 847 ff.

SEIDEL EBERHARD, « Gremienorganisationen », in : Erich Frese, Handwörterbuch der Organisation, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart : Poeschel, 1992, 714-724

STOFFEL WALTER A., Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in: SZW Sondernummer 1996, 45 ff.

STOFFEL WALTER A., Erste Erfahrungen im Bereich der Wettbewerbsabreden, in: Christian J. Meier-Schatz, Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Bern; Stuttgart; Wien 1998, 75 ff.

STOFFEL WALTER A., Le droit suisse de la concurrence 1997: les premières expériences avec la nouvelle LCart, SZW 1997, 249 ff.

STOFFEL WALTER A., Les ententes restrictives à la concurrence, in: SZW Sondernummer 1996, 7 ff.

STOFFEL WALTER A., Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 19 ff.

STOFFEL WALTER, Das neue Kartell-Zivilrecht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 87 ff.

TERCIER PIERRE, La lutte contre les contraintes cartellaires internes dans la nouvelle loi sur les cartels, in: JdT 1996 I, 2 ff.

TERCIER PIERRE, La procédure devant la Commission de la concurrence, in: SZW Sondernummer 1996, 35 ff.

TERCIER PIERRE, Le nouveau droit de la concurrence: le temps des questions, in: AJP 1996, 791 ff.

TERCIER PIERRE, Le nouveau droit des cartels, in: La nuova legge sui cartelli, CFPD 22, Lugano 1999, 27 ff.

VON BALLMOOS THOMAS, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe?, in: AJP 1999, 295 ff

VON BÜREN ROLAND, Droit et politique de la concurrence en Suisse, Evolution et caractéristiques du droit suisse de la concurrence, in La vie économique-Revue de droit économique 9/2000, pp. 6-9

VON BÜREN ROLAND, La Commissione della concorrenza in Ticino, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 3 ff.

VON BÜREN ROLAND, Politique de la concurrence, in La vie économique-revue de politique économique 10/99, pp. 22- 25

VON UNGERN-STERBERG THOMAS / NEVEN DAMIEN, Die Fusion UBS-SBV aus der Sicht der Wettbewerbspolitik, in Cahiers de recherches économiques, HEC Lausanne, cahier 9802, Januar 1998

VON UNGERN-STERBERG THOMAS / NEVEN DAMIEN, Wettbewerbspolitik à la UBS, in Cahiers de recherches économiques, HEC Lausanne, cahier 9807, avril 1998

VON UNGERN-STERBERG THOMAS, Die Wettbewerbskommission und die UBS: Was bleibt von den Auflagen? in Cahiers de recherches économiques, HEC Lausanne, cahier 9909, Juli 1999

VON WEIZSAECKER CHRISTIAN, Ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der WEKO, Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Volkswirtschaftsdepartements, Köln, 10. Juli 2000

WALTER REGULA, Zivilrechtliches Verfahren nach dem revidierten KG - unauffällige Revision mit Knacknüssen, in: AJP 1996, 893 ff.

WATTER ROLF/LEHMANN URS, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz, in: AJP 1996, 855 ff.

WISWEDE GUENTER, « Gruppen und Gruppenstruktur », in : Erich Frese, Handwörterbuch der Organisation, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart, 1992 : Poeschel, 735-754

WOHLMANN HERBERT, Bekämpfung des Missbrauchs von Marktmacht, in: SZW Sondernummer 1996, 22 ff.

ZÄCH ROGER (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996

ZÄCH ROGER, Einzelfragen der Kartellrechtspraxis, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 1 ff.

ZÄCH ROGER, Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen, in: Christian J. Meier-Schatz, Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Bern; Stuttgart; Wien 1998, 117 ff.

ZÄCH ROGER, L'influence de l'Union européenne sur le droit et la politique de la concurrence en Suisse, Comparaison avec le droit de la concurrence de l'UE, influence du droit européen et convergences avec le droit suisse de la concurrence, in *La vie économique- Revue de droit économique* 9/2000, pp. 15-17

ZÄCH ROGER, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter nach Massgabe des Kartellgesetzes, in: *sic! 2000*, 275 ff.

ZÄCH ROGER, Rechtliche Aspekte der Anwendung des Kartellgesetzes auf die Bankwirtschaft, in: *La nuova legge sui cartelli, CFPG 22*, Lugano 1999, 179 ff.

ZÄCH ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern 1999

ZURKINDEN PHILIPP, Wettbewerbsrecht: Vergleich Schweiz-EG, in *Schweizer Ausenwirtschaft, Das Magazin der Schweizerischen Zentrale für Handelsförderung OSEC*, 1997, Nr. 22, S. 17-20

Durchführung der Untersuchung

Serge Zogg	Projektleiter, Parlamentarische Verwaltungskontrolstelle
Katherine Driget	Stagiaire, Sekretariat der Geschäftsprüfungskommission
Hedwig Heinis	Sekretariat, Parlamentarische Verwaltungskontrolstelle

Die PVK dankt dem Sekretariat der Wettbewerbskommission für die sehr gute Zusammenarbeit. Die PVK dank ebenfalls allen Experten für ihre Bereitschaft, uns ein Interview zu gewähren oder unseren Fragebogen auszufüllen.

Originalfassung des Berichtes: Französisch