

# Kurze Anmerkungen zu einer langen Übung

Das im Jahre 2003 revidierte Kartellgesetz brachte mit der direkten Sanktionsmöglichkeit (Art. 49a KG) einen Paradigmenwechsel. Die Revision entfaltete seit 1. April 2004 Wirkung, soweit kritische Verhaltensweisen gemeldet oder eingestellt wurden, erst ab 1. April 2005. Gemäss Art. 59a KG war spätestens nach fünf Jahren ein Evaluationsbericht dem Parlament vorzulegen. Diese Frist war viel zu kurz, um relevante Erfahrungen zu sammeln. Der sogenannte Evaluationsbericht, auf welchen sich die nunmehrige Vorlage massgeblich bezieht, ist denn auch kein Erfahrungsbericht, sondern eine Zusammenstellung vorbestandener Auffassungen.

1. Die neu vorgeschlagene Revision beschlägt *materiellrechtliche* Bestimmungen und eine ins Gewicht fallende *organisatorische* Umgestaltung. Zu den materiellrechtlichen Bestimmungen werde ich mich als Mitglied der rechtsanwendenden Behörde nicht vertieft äussern. Sie sind sicher praktikabel. Die nachfolgenden Ausführungen gelten der *Organisation* und dem *Verfahren*. Wenn dabei von einem «Fall» die Rede ist, kann man sich darunter eine in sachverhaltlicher und rechtlicher Hinsicht komplexe, *sanktionsbedrohte* Verhaltensweise vorstellen. Eine solche Streitigkeit wird angesichts der hohen finanziellen Konsequenzen sehr aufwändig geführt, was sich in hunderten, wenn nicht tausenden von Seiten an Aktenmaterial niederschlägt.

2. Nach der *bisherigen Konzeption* wird ein Fall weitestgehend selbständig durch das Sekretariat bearbeitet, d.h. es führt die Untersuchung, erhebt Beweise und redigierte einen *Entscheidantrag*, zu welchem insbesondere die betroffene Partei Stellung nehmen kann. Danach fällt die *Wettbewerbskommission (Weko)* den Entscheid, allenfalls nach Anhörungen und weiteren Untersuchungshandlungen. Die Mehrheit der Kommission besteht aus Vertretern der Professorenschaft bzw. *unabhängigen* Sachverständigen. Der Entscheid der Kommission kann an das Bundesverwaltungsgericht und danach an das Bundesgericht weitergezogen werden. Die langjährige Rechtsauffassung der Weko, wonach die bestehende Regelung *keinem* höheren Recht widerspricht, wurde bisher von *keiner* Rechtsmittelinstanz in Frage gestellt.

3. Die vorgeschlagene Konzeption sieht die *Abschaffung der Weko* vor. Das Sekretariat mutiert zur Wettbewerbsbehörde. Dieser kämen in weiten Bereichen – insbesondere auch bei der Prüfung von Zusammenschlüssen – grosse Kompetenzen zu. Zwar wäre gegen die Verweigerung eines Zusammenschlusses nach wie vor die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglich. Wegen der zeitlichen Komponente dürfte dieser Weg aber kaum je beschritten werden.

4. Als grosser Vorteil des Vorschlages wird eine *Verfahrensverkürzung* ins Feld geführt. Nunmehr soll die Wettbewerbsbehörde nach abgeschlossener Untersuchung der Fälle *keinen* Entscheid mehr redigieren, sondern

direkt einen Antrag an das Bundesverwaltungsgericht stellen, welches dann zur erstinstanzlichen Entscheidungsfindung aufgerufen wäre. Man spare so eine Instanz, heisst es.

5. Es gilt aber zu befürchten, dass die Bearbeitungsdauer der Fälle (noch) erheblich länger würde. Dabei ist der Instanzenzug zu beachten. Werden Sanktionen ausgesprochen, bildet die Ausschöpfung aller Rechtsmittel den Regelfall.

6. Die Erfahrung aus vielen (Zivil-) Gerichtsverfahren zeigt, dass ein Unternehmen – wenn es denn schon in ein Verfahren einbezogen wird – möglichst bald *Rechtssicherheit* will, obwohl es sich mit allen zulässigen Mitteln (umfangreiche Rechtsschriften, diverse Anträge zu prozeduralen Fragen, Einreichen von Privatgutachten, Erhebung von Rechtsmitteln) für seine Interessen einsetzt. Die Behörden können zur Erreichung dieser (durchaus legitimen) Zielsetzung beitragen, indem sie so rasch wie möglich, wenn auch unter Gewährung des vollen Anhörungsrechtes, einen Entscheid fällen.

7. Die vorgeschlagene Konzeption *schiebt die Entscheidfällung zeitlich weit nach hinten*. Die Wettbewerbsbehörde stellt gemäss Art. 30 des Vorschlages *nur einen Antrag* an das Bundesverwaltungsgericht. Das ist qualitativ ein bedeutender *Rückschritt*. Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht formell als erste Instanz agiert, ist es materiell die zweite Instanz bzw. Behörde, welche sich mit dem Fall befasst. Erst diese Behörde fällt einen Entscheid. Zwischen Eröffnung der Untersuchung und Entscheidfällung dürften in den beschriebenen Fällen *mindestens fünf Jahre* vergehen. In nicht wenigen Fällen sogar mehr: Denn es ist völlig klar, dass die Betroffenen (erst) vor Bundesverwaltungsgericht viele neue Behauptungen zum Sachverhalt vortragen und unzählige Beweisanträge stellen werden. Rückweisungen nach Art. 30 Abs. 4 des Vorschlages dürften den Regelfall bilden.

8. Fazit: Die Vorschläge betreffend Institution und Verfahren werden ohne Not gestellt und würden die Bearbeitung der Fälle verzögern. Die Stärkung der Institution Weko kann mit einfacheren Mitteln bewerkstelligt werden. ■