

Die Empfehlungen der OECD und die Evaluation des Kartellgesetzes

Im Rahmen ihrer periodischen Evaluation der schweizerischen Wirtschaftspolitik – insbesondere der Wettbewerbspolitik – hat die OECD spezifische Empfehlungen zum Kartellgesetz (KG) und zu dessen Vollzug durch die Wettbewerbsbehörden gegeben. Festgehalten sind diese Empfehlungen einerseits in ihrem Bericht zu den wirtschaftlichen Studien aus dem Jahr 2004¹ und andererseits in ihrem Bericht aus dem Jahr 2006 über die Rolle der Wettbewerbspolitik bei gesetzgeberischen Reformen in der Schweiz.²

Die Empfehlungen der OECD³ beruhen auf einer eingehenden Analyse der Bestimmungen des KG und des Vollzugs durch die Wettbewerbsbehörden. Im vorliegenden Artikel werden diese Empfehlungen mit denjenigen der Evaluationsgruppe verglichen.⁴

Allgemeine Bemerkungen

Die Evaluationsgruppe übernahm für ihren Bericht die Empfehlungen der OECD und unterbreitete entsprechende Vorschläge. Nur die Empfehlung bezüglich des Ersatzes des Missbrauchsprinzips durch das Verbotprinzip wurde nicht übernommen. Das gegenwärtige Missbrauchsprinzip verhindert die allgemeine Anwendung des Sanktionssystems bei jeglicher Verletzung des KG und hat tendenziell eine Verzögerung des Untersuchungs- und Entscheidungsverfahrens zur Folge.⁵ Die OECD hat diesbezüglich festgehalten, dass die Einführung des Verbotprinzips ein klares Signal dafür wäre, dass in der Schweiz im Kartellbereich ein Paradigmenwechsel erfolgt.⁶

Der Bericht der Evaluationsgruppe enthält aber auch eigene Empfehlungen, die nicht von der OECD stammen. Einige davon gehen in die Richtung der Analysen zur Organisation der Wettbewerbspolitik, wie beispielsweise der Ausbau der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Andere Empfehlungen – insbesondere diejenige hinsichtlich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen – finden keine entsprechende Referenz.

In *Tabelle 1* werden die Empfehlungen der Evaluationsgruppe den Empfehlungen der OECD gegenübergestellt. Im Evaluationsbericht sind die Empfehlungen in drei Gruppen unterteilt:

- zentrale Empfehlungen (1–5), mit denen für eine Revision des KG plädiert wird;
- Weitere Empfehlungen (6–10), die im Rahmen einer allfälligen Revision umzusetzen sind;
- Empfehlungen, die im Rahmen des Vollzugs umsetzbar sind (11–14).

Empfehlungen 1 bis 5 der Evaluationsgruppe

Mit der *Empfehlung Nr. 1* im Evaluationsbericht wird vorgeschlagen, das Konzept des 1995 eingeführten und im Jahr 2003 revidierten KG beizubehalten und die im Zusammenhang mit der Revision hinzugefügten Instrumente nicht zu ändern (direkte Sanktionen, Kronzeugenregelung und Durchsuchungen). Die OECD hatte die im Jahr 2003 durchgeführte Revision begrüsst und festgehalten, das schweizerische Wettbewerbsrecht habe sich damit noch mehr dem europäischen Wettbewerbsrecht und den entsprechenden Regelungen in anderen OECD-Ländern angenähert. Dank ihrer Entschlossenheit, in der Schweiz mehr Wettbewerb einzuführen, habe die Regierung einen wichtigen Schritt getan.⁷ In Bezug auf das Konzept des KG besteht der Hauptunterschied zu den Empfehlungen der OECD – wie bereits erwähnt – in der Beibehaltung des Missbrauchsprinzips statt der Einführung des Verbotprinzips.

Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde

Die *Empfehlung Nr. 2* entspricht einer der hauptsächlichen Empfehlungen der OECD: Es muss gewährleistet werden, dass die Wettbewerbsbehörde von der Politik und Wirtschaft völlig unabhängig ist. In ihren Empfehlungen aus dem Jahr 2006 betonte die OECD, die wirtschaftliche und politische Unabhängigkeit der Wettbewerbskommission (Weko) sei aufgrund von Interessenkonflikten innerhalb des gegenwärtigen Systems nicht gewährleistet (Einsatz von Vertretern von Interessengruppen und Möglichkeit, als Kommissionsmitglied auch Mitglied von Verwaltungsräten von Unternehmen zu sein). Seit der Einführung des Sanktionssystems und der Kronzeugenregelung stelle sich diese Problematik in verstärkter Masse. Die Mechanismen, mit denen dafür gesorgt

1 OECD, *Etudes économiques de l'OCDE 2003–2004: Schweiz*, Paris, 2004.

2 OECD, *Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme réglementaire*, Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation.

3 Im Rahmen ihrer Evaluation der schweizerischen Wettbewerbspolitik gab die OECD im Jahr 2006 elf Empfehlungen ab, von denen sich fünf spezifisch auf das Kartellgesetz und auf dessen Vollzug durch die Weko bezogen. Die Empfehlungen aus dem Jahr 2004 waren im Rahmen einer allgemeinen Evaluation der schweizerischen Wirtschaftspolitik abgegeben worden.

4 Die hier geäußerten Auffassungen geben eine persönliche Meinung wieder und sind für die OECD in keiner Weise verbindlich.

5 OECD (2006), S. 12.

6 OECD (2006), S. 58.

7 OECD (2006), S. 9.



Prof. Dr. Philippe Gugler
Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg, Leiter des Centre de Recherche sur la compétitivité

Tabelle 1

Gegenüberstellung der Empfehlungen der Evaluationsgruppe sowie der Empfehlungen und Feststellungen der OECD

Empfehlungen der Evaluationsgruppe	Empfehlungen und Feststellungen der OECD
Empfehlungen 1 bis 5	
Beibehaltung des Konzepts des Kartellgesetzes und der im Jahr 2003 hinzugefügten Instrumente (direkte Sanktionen, Kronzeugenregelung und Durchsuchungen).	Die OECD begrüsst die Revision von 2003, weist jedoch darauf hin, dass das Sanktionssystem nicht für alle Verstösse gegen das Kartellgesetz gelte. Die Empfehlung der OECD, im Kartellbereich das Missbrauchsprinzip durch das Verbotprinzip zu ersetzen, wurde im Bericht der Evaluationsgruppe nicht übernommen.
Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden.	Empfehlung der OECD: Gewährleistung der wirtschaftlichen und politischen Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden.
Abschluss von Kooperationsabkommen.	Empfehlung der OECD: Weiterentwicklung der internationalen Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich.
Vereinheitlichung der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen mit der EU.	Die OECD hält fest, das schweizerische System für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen sei weniger strikt als das System der EU.
Aufhebung des Vermutungstatbestands gewisser vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen.	Die OECD plädiert für eine wirksamere Bekämpfung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, die zur Hochpreisinsel Schweiz beitragen und den internationalen Handel behindern.
Empfehlungen 6 bis 10	
Ausbau des Kartellrechts auf zivilrechtlicher Ebene.	Empfehlung der OECD: Erarbeitung von speziellen Verfahren für das Kartellrecht.
Verbesserung des Kartellrechts im Bereich des Verwaltungsrechts.	Empfehlung der OECD: Erarbeitung von speziellen Verfahren für das Kartellrecht.
Bestätigung des Systems der direkten Sanktionen unabhängig von der Aufhebung des Vermutungstatbestands im Fall von Kartellen. ^a	Hinweis der OECD: Das System der direkten Sanktionen gilt nicht für alle Verstösse gegen das Kartellgesetz. Die Evaluationsgruppe hat keine Massnahme für eine allgemeine Anwendung von direkten Sanktionen vorgesehen.
Änderung der Voraussetzungen für die Anwendung von direkten Sanktionen im Rahmen von Einspracheverfahren.	Hinweis der OECD: Das System der direkten Sanktionen gilt nicht für alle Verstösse gegen das Kartellgesetz. Die Evaluationsgruppe hat keine Massnahme für eine allgemeine Anwendung von direkten Sanktionen vorgesehen.
Einführung von administrativen Sanktionen gegen natürliche Personen.	Empfehlung (2004) der OECD: Planung der Einführung von strafrechtlichen Sanktionen, mit denen die schwersten Verstösse gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen unter Strafe gestellt werden.
Empfehlungen 11 bis 14	
Anpassung von zwei Mitteilungen zu den vertikalen Abreden.	Der Vorschlag der Evaluationsgruppe, die Bestimmungen zu den vertikalen Abreden weniger strikt auszugestalten, steht im Gegensatz zur Empfehlung der OECD, für eine wirksamere Bekämpfung von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen zu sorgen, da diese zur Hochpreisinsel Schweiz beitragen und den internationalen Handel behindern.
Funktionelle Verbesserung der Wettbewerbsbehörden und Einführung einer externen Kontrolle.	Die OECD plädierte für eine stärkere Professionalisierung der Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden.
Ernennung eines unabhängigen Ökonomen zum Vizepräsidenten.	Keine explizite Berücksichtigung durch die OECD, abgesehen davon, dass sie für eine stärkere Professionalisierung der Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden plädiert.
Dem Sekretariat der Weko sowohl in finanzieller als auch in personeller Hinsicht zusätzliche Ressourcen zur Verfügung stellen.	Empfehlung der OECD: Ausbau der Ressourcen der Wettbewerbsbehörden.

Quelle: Gugler / Die Volkswirtschaft

werde, dass die Kommissionsmitglieder bei Bedarf in den Ausstand treten, und die Veröffentlichung einer Liste mit den Interessenbindungen der Mitglieder der Weko seien nur Teillösungen, mit denen die vollständige Unabhängigkeit der Institution nicht gewährleistet werden könne.⁸ Im Evaluationsbericht wird vorgeschlagen, die Kommission und das Sekretariat in einer einzigen Behörde zusammenzufassen. Diese Möglichkeit, die im Bericht nicht ausreichend begründet wird, scheint sich am deutschen *Bundeskartellamt* zu orientieren. Doch auch dieses ist vor politischen Einflüssen nicht gefeit. Die Frage bleibt offen, ob dieses Risiko überhaupt vollständig beseitigt werden kann.

Internationale Kooperationsabkommen

Die *Empfehlung Nr. 3* bezieht sich auf die Möglichkeit, mit den wichtigsten Handelspartnern Kooperationsabkommen abzuschliessen und im schweizerischen Recht eine gesetzliche Grundlage einzuführen, die unter bestimmten Voraussetzungen einen Informationsaustausch ermöglicht. Diese Empfehlung stimmt mit der entsprechenden Empfehlung der OECD überein, in der diese festhielt, die schweizerische Wettbewerbsbehörde sei relativ isoliert, während gleichzeitig viele wettbewerbswidrige Praktiken und Unternehmenszusammenschlüsse eine internationale Dimension aufweisen würden. Die relative Isolation der Weko habe sich seit der Schaffung des europäischen Wettbewerbsnetzes, in dem die nationalen Wettbewerbsbehörden der 25 EU-Mitgliedstaaten zusammengeschlossen sind, noch verstärkt. Deshalb müsse die Effektivität der Aktivitäten der Weko im Rahmen von internationalen Wettbewerbsabkommen erhöht werden.⁹

Vereinheitlichung der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen mit der EU

Die *Empfehlung Nr. 4* schlägt vor, die schweizerische Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen mit der entsprechenden Kontrolle der EU zu vereinheitlichen. Die OECD hat zwar zu diesem Bereich keine spezielle Empfehlung abgegeben. Doch dieser Vorschlag entspricht der Feststellung im OECD-Bericht, das geltende schweizerische Recht sei diesbezüglich weniger strikt als das Gemeinschaftsrecht. In ihrem Bericht hielt die OECD fest, das schweizerische System für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen sei weniger streng als das europäische Recht und das Recht anderer OECD-Länder. Denn mit der schweizerischen Lösung könnten lediglich Unternehmenszusammenschlüsse untersagt werden, durch die der Wettbewerb vollständig beseitigt würde, aber nicht jene Fälle, die eine starke Beein-

Kasten 1

Offene Fragen

Im Bericht der Evaluationsgruppe wird das geltende Wettbewerbsrecht analysiert. Der Bericht übernimmt weitgehend die Empfehlungen der OECD^a bezüglich eines Ausbaus der Wettbewerbskultur in der Schweiz. Die Empfehlungen zur Bekämpfung von Abreden zwischen Unternehmen (Einführung des Verbotsprinzips) wurden hingegen von der Evaluationsgruppe nicht aufgenommen. Ausserdem stellt sich die Frage, ob einige Vorschläge der Evaluationsgruppe – insbesondere die Empfehlungen im Zusammenhang mit den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen – die Unternehmen nicht veranlassen werden, auf solche Verhaltensweisen zurückzugreifen. Dies würde zur Erhaltung der Hochpreisinsel Schweiz beitragen. Jegliche vertikale Wettbewerbsbeschränkung, durch welche Importe in die Schweiz verhindert werden, stünde im Gegensatz zu den Empfehlungen der OECD, die für eine weitergehende Öffnung der Schweizer Märkte gegenüber dem internationalen Wettbewerb plädiert.^b

Die Frage der Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden ist von ausschlaggebender Bedeutung. Deshalb sollte die Änderung der Zusammensetzung der Kommission Priorität haben, wie dies auch im Evaluationsbericht vorgeschlagen wird. Diese Unabhängigkeit muss sich nicht nur auf die Beziehungen mit der Wirtschaft, sondern auch auf die Verbindungen mit der Politik beziehen. Vor diesem Hintergrund sollte der Vorschlag, die Weko und das Sekretariat in einer einzigen Behörde zusammenzufassen, sehr genau analysiert werden, damit jegliche vor- oder nachgelagerte politische Intervention verhindert werden kann. Die OECD hielt in ihrem Bericht fest, das Sekretariat der Weko sei vor dem Inkrafttreten des KG im Jahr 1995 eine Einheit des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) gewesen. Trotz der Trennung der Behörden, die mit dem KG von 1995 erfolgte, sei die gewohnte enge Zusammenarbeit beibehalten worden. Ausserdem resultiere aus den Verbindungen zwischen dem EVD und der Kommission unter Umständen eine gewisse Unsicherheit bezüglich der vollständigen Trennung der Zuständigkeiten.^c

- a OECD, 2004 und 2006.
b OECD (2006), S. 59.
c OECD (2006), S. 23.

trächtigung des Wettbewerbs zur Folge hätten. Dieses zusätzliche Kriterium der «Beseitigung wirksamen Wettbewerbs» sei jedoch bislang von der Weko nicht *stricto sensu* angewandt worden.¹⁰

Aufhebung des Vermutungstatbestands der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen

Die OECD hatte zu den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen keine Empfehlung abgegeben. Die Revision von 2003, mit welcher der Vermutungstatbestand gewisser vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt worden war, schien eine gute Massnahme zu sein, zumal die OECD darauf hingewiesen hatte, dass die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen – unter Umständen mitverantwortlich für die Hochpreisinsel Schweiz – in der Vergangenheit kaum bekämpft worden seien. In ihrem Bericht hielt die OECD fest, gewisse von der Europäischen Kommission verurteilte Praktiken – insbesondere in der Automobilbranche – seien von der Weko als zulässig erklärt worden, nachdem sie Untersuchungen zu entsprechenden Beschwerden durchgeführt hatte (beispielsweise Lieferungsverweigerung).¹¹

Die *Empfehlung Nr. 5* der Evaluationsgruppe, den Vermutungstatbestand bestimmter vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen aufzuheben, kann als Rückschritt ausgelegt werden. Während die gesetzlichen Schranken, die zur Hochpreisinsel Schweiz beigetragen haben, teilweise abgebaut wurden oder in Zukunft beseitigt werden (Gutheissung des sogenannten Cassis-de-Dijon-Prinzips und Verabschiedung des Prinzips der regionalen Erschöpfung im Patentgesetz unter Beibehaltung einiger Ausnahmen), würde diese Aufhebung die Rückkehr von privaten Schranken auf Grund von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen erleichtern.

Empfehlungen 6 bis 10 der Evaluationsgruppe

Die Empfehlungen 6 bis 10 beziehen sich auf einen Ausbau des Kartellrechts auf zivil- und verwaltungsrechtlicher Ebene, auf die Voraussetzungen für die Anwendung von direkten Sanktionen – unabhängig von der Aufhebung des Vermutungstatbestands und im Rahmen des Einspracheverfahrens – sowie auf deren Anwendung gegenüber natürlichen Personen. Sie scheinen in die Richtung der Empfehlungen der OECD zu gehen, da sie auf die Einführung eines möglichst klaren und wirksamen Kartellrechts ausgerichtet sind. Ausserdem entsprechen sie teilweise der Empfehlung, spezielle Verfahrensregeln für das Kartellrecht zu erarbeiten.

Die OECD hatte auf die Tatsache hingewiesen, dass die direkten Sanktionen, die im Rahmen der Gesetzesrevision von 2003 eingeführt worden waren, nicht für alle Verstösse gegen das Gesetz gelten.¹² Diese Lücke wird von der Evaluationsgruppe nicht beseitigt.

Empfehlungen 11 bis 14 der Evaluationsgruppe

Mit einer der Empfehlungen der Evaluationsgruppe wird vorgeschlagen, dem Sekretariat der Weko sowohl in finanzieller als auch in personeller Hinsicht zusätzliche Ressourcen zur Verfügung zu stellen. Diese Frage war auch Gegenstand einer expliziten Empfehlung der OECD. In ihrem Bericht hielt die OECD fest, dass mit einem substanziellen Ausbau der Ressourcen des Sekretariats die Untersuchungen intensiviert und erweitert sowie die Verfahrensdauer auf das Minimum verkürzt werden könnten. Eine solche Entwicklung sei unerlässlich, damit die Weko die ihr vom Gesetzgeber übertragenen Aufgaben wahrnehmen könne.¹³

Die Evaluationsgruppe empfiehlt ausserdem, die Mitteilungen zu den vertikalen Abreden anzupassen. Diesbezüglich verweisen wir auf die Vorbehalte, die weiter oben zu einer allfälligen Einstellung der Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich angebracht wurden; ein solches Vorgehen wäre zweifellos ein negatives Signal.

Was die anderweitigen Überlegungen der Evaluationsgruppe anbelangt (externe Kontrolle der Arbeitsweise und Einsitz eines Ökonomen in der Kommission), ist es Sache der zuständigen Behörden, diese zu berücksichtigen oder nicht. Das Hauptziel muss darin bestehen, die Professionalität der Weko noch weiter zu steigern, wie dies von der OECD vorgeschlagen wird.¹⁴ Im Übrigen hielt die OECD 2006 in ihrem Bericht fest, die Rolle der Weko habe sich mit der Revision des KG von 2003 verändert. Die Weko habe sich zu einem Vollzugsorgan mit praktisch gerichtlichen Funktionen entwickelt. Vor diesem Hintergrund sei die politische und institutionelle Unabhängigkeit der Weko von ausschlaggebender Bedeutung. Angesichts dieser Ausgangslage müssten neue Bestimmungen zur Zusammensetzung der Weko, zu deren Arbeitsweise und zum anzuwendenden Verfahren erlassen werden.¹⁵ ■

- 8 OECD (2006), S. 57.
9 OECD (2006), S. 58.
10 OECD (2006), S. 19.
11 OECD (2006), S. 13.
12 OECD (2006), S. 26.
13 OECD (2006), S. 58.
14 OECD (2006), S. 22.
15 OECD (2006), S. 56.