

Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Wichtiges Instrument für Unternehmen

Der Gesetzgeber hat 2003 beschlossen, dass Unternehmen für bestimmte kartellrechtswidrige Verhaltensweisen sanktioniert werden können (z. B. Preisabsprachen). Gleichzeitig führte er das so genannte **Widerspruchsverfahren** ein. Dieses sieht vor, dass ein Unternehmen den Wettbewerbsbehörden geplante Verhaltensweisen (z. B. eine Absprache mit einem Konkurrenten) vor deren Umsetzung melden kann und die Behörden diese Verhaltensweise innert fünf Monaten einer ersten Prüfung unterziehen. Das Widerspruchsverfahren dient dazu, dass Unternehmen eine **Einschätzung der Wettbewerbsbehörden darüber** erhalten können, **ob eine Verhaltensweise eventuell als sanktionsbedroht** einzustufen ist.

Die **Sanktionsmöglichkeit** für die gemeldete Verhaltensweise **entfällt** vorübergehend während des Widerspruchsverfahrens und definitiv, **wenn die Wettbewerbsbehörden innert fünf Monaten kein Verfahren gegen das Unternehmen eröffnen**. Eröffnen die Wettbewerbsbehörden jedoch innerhalb dieser fünf Monate eine Vorabklärung oder eine Untersuchung, so besteht das Sanktionsrisiko weiterhin. Hält das Unternehmen trotz Verfahrenseröffnung an seiner Verhaltensweise fest, läuft es Gefahr, dass die Behörden dieses Verhalten nach Abschluss der Untersuchung als unzulässig erachten und es sanktioniert wird.

Verbesserungspotenzial

Das **Widerspruchsverfahren** wird als **wichtig und sinnvoll** betrachtet. Es hat allerdings in Befragungen von Unternehmen, Anwälten/-innen und Verbänden auch **Kritik** erfahren. Als unbefriedigend wird u. a. die **Frist** von fünf Monaten wahrgenommen. Zudem stehen die Unternehmen bei Eröffnung einer Vorabklärung vor einem **Dilemma**: Wollen sie kein Sanktionsrisiko eingehen, dürfen sie entweder ihr Verhalten gar nicht umsetzen oder müssen es bereits sofort nach Eröffnung einer Vorabklärung wieder aufgeben; ohne Umsetzung können sie aber nicht aufzeigen, dass es unbedenklich ist. Eine **Vorabklärung** können die Wettbewerbsbehörden zudem **ohne weiteres eröffnen** (nicht so eine Untersuchung). So droht in unklaren Fällen eine Patt-Situation: Die Unternehmen wollen ihre allenfalls unzulässige Verhaltensweise nicht umsetzen, weil ihnen eine Sanktion droht, und die Behörden können sich dazu nicht konkret äussern, da die Verhaltensweise nicht umgesetzt ist und sich keine Auswirkungen im Markt beobachten lassen. Im Ergebnis verzichten Unternehmen allenfalls auf wirtschaftlich vernünftige Verhaltensweisen, die eigentlich zulässig wären.

Revisionsvorschlag – Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Der Bundesrat schlägt zur Lösung dieser Probleme erstens vor, dem von Unternehmensseite vielfach geäusserten Wunsch nach einer **Fristverkürzung** zu entsprechen. Die Frist, innert welcher die Wettbewerbsbehörden die gemeldete Verhaltensweise einer ersten Prüfung unterziehen und tätig werden müssen, wird neu von fünf auf **zwei Monate** herabgesetzt. Die Sanktionierbarkeit entfällt somit definitiv, sofern nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Meldung eine Vorabklärung oder eine Untersuchung eröffnet wird.

Zweitens soll neu **erst die Eröffnung einer Untersuchung** dazu führen, dass das Sanktionsrisiko weiterbesteht. Das Unternehmen hat somit neu die Möglichkeit, die gemeldete Verhaltensweise auch nach Eröffnung einer Vorabklärung – d. h. auch nach dem Ablauf der zweimonatigen Frist – **auf Zusehen hin** (Monate bis Jahre) **ohne das Risiko einer Sanktion umzusetzen** (risikoloser «Praxistest»/«Versuchsphase»). Erst mit dem Bestehen von klaren und konkreten Indizien für eine Kartellrechtswidrigkeit und mit der Eröffnung einer Untersuchung besteht das Sanktionsrisiko wieder. Zweck ist, dass bei gemeldeten heiklen Verhaltensweisen, welche im Voraus weder als klar erlaubt noch als klar verboten qualifiziert werden können, anhand der Beobachtung der effektiven Auswirkungen beurteilt werden kann, ob sie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen oder nicht.

Kommen die Wettbewerbsbehörden am Ende einer Vorabklärung zum Schluss, dass bei der gemeldeten Verhaltensweise tatsächlich Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen das KG und damit für die Eröffnung einer Untersuchung bestehen, werden sie dem Unternehmen eine bevorstehende **Untersuchungseröffnung vorab mitteilen**, damit das Unternehmen noch reagieren kann: Das Unternehmen erhält die Möglichkeit, das wettbewerbsbeschränkende Verhalten innert nützlicher Frist aufzugeben oder allenfalls in Absprache mit den Wettbewerbsbehörden anzupassen. Nur wenn das Unternehmen auch nach der Eröffnung einer Untersuchung unverändert an der Wettbewerbsbeschränkung festhält und sich diese in der Folge effektiv als unzulässig erweist, kann es sanktioniert werden.

Es gilt dabei zu beachten, dass die **Anforderungen für die Eröffnung einer Untersuchung** für die Wettbewerbsbehörden klar **höher** sind als diejenigen für die Eröffnung einer Vorabklärung. Für die Eröffnung einer Untersuchung sind Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung notwendig. Das Sekretariat kann nur gemeinsam mit dem Präsidium der WEKO eine Untersuchung eröffnen (anders Vorabklärungen, die es alleine eröffnet). Und eine Untersuchung (im Gegensatz zu einer blossen Vorabklärung) schliessen kann nur die WEKO mittels Verfügung, nicht das Sekretariat.

Alternative Reformvorschläge

Als Alternative wurde von einer WAK-S-Minderheit (Antrag Föhn) ein gerichtliches „**Prognosemodell**“ vorgeschlagen: Zunächst müssten die Wettbewerbsbehörden innert zwei Monaten ab Meldung eine Untersuchung eröffnen. Dann müssten sie innert fünf Monaten beim Bundesverwaltungsgericht eine Feststellungsverfügung beantragen, der gemäss eine unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigung «glaubhaft» sei.. Das Bundesverwaltungsgericht soll dann erstinstanzlich (und damit im Widerspruch zum vom Ständerat beschlossenen Institutionenmodell, nach welchem die WEKO selber entscheidet) diese Frage beurteilen. Es erfolgt also kein Praxistest, sondern es soll gestützt auf theoretische Überlegungen eine Prognose zu den möglichen künftigen Marktwirkungen erfolgen. Überdies handelt es sich dabei um ein unnötiges, teures und ressourcenaufwändiges Gerichtsverfahren, das gutgläubigen Unternehmen Steine in die Wege legt und bösgläubigen Unternehmen die Möglichkeit bietet, klar unzulässige Verhaltensweisen eine Zeit lang, nämlich bis zur Rechtskraft des Entscheids, sanktionsbefreit zu praktizieren. Dies ist schlechter als die bestehende Lösung zu bewerten.

Fazit

Das Widerspruchsverfahren soll den Unternehmen die Möglichkeit geben, allenfalls sanktionsbedrohte Verhaltensweisen von den Wettbewerbsbehörden prüfen zu lassen und somit ihre Unsicherheit zu reduzieren. Die Funktionsweise dieses wichtigen Verfahrens wird für die Unternehmen verbessert, indem die **Verfahrensfrist** bis zu einer ersten Beurteilung auf **zwei Monate verkürzt** wird und die **Sanktionsmöglichkeit erst mit Eröffnung einer Untersuchung** auflebt.

Bereits die Verkürzung der Frist führt zu einer **höheren Rechtssicherheit** für die Unternehmen. Da das Sanktionsrisiko erst wieder bei Mitteilung der Eröffnung einer Untersuchung besteht, wird der Zeitraum, in welchem das Vorhaben sanktionslos umgesetzt werden kann, im Vergleich zur gegenwärtigen Situation verlängert. Sowohl während der Dauer des zweimonatigen Widerspruchsverfahrens als auch noch während und nach der Vorabklärung (bis zur Eröffnung einer formellen Untersuchung) kann das Unternehmen die gemeldete Verhaltensweise ohne Sanktionsrisiko umsetzen und ggf. auch anpassen, wenn problematische Marktwirkungen eintreten – eine Flexibilität, die der alternative Weg über die gerichtliche Feststellung kaum zulässt. Die **investitionshemmende Wirkung** der Sanktionsdrohung wird folglich **verringert**: Die vorgeschlagenen Änderungen haben in der Vernehmlassung eine breite Unterstützung erfahren.