

Memorandum

Zürich, 28. Juni 2013 NN

Widerspruchsverfahren im Kartellrecht: Belassen, Weiterentwickeln oder Abschaffen?

I. BEGRIFFLICHES

Das KG selbst enthält keine Begriffsbestimmung. Es werden üblicherweise drei Begrifflichkeiten verwendet (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 (=RPW 2008/2, 369)):

Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG
Widerspruchsverfahren (in Anlehnung an Marginalie Art. 19 SVKG)
Meldeverfahren

II. GESETZLICHE REGELUNG

Jedes Unternehmen kann gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG freiwillig der Wettbewerbsbehörde eine Wettbewerbsbeschränkung melden, bevor diese Wirkung entfaltet.

Der Eingang der Meldung bei der WEKO bewirkt, dass das Risiko von direkten Sanktionen grundsätzlich entfällt.

Dies gilt aber nur, wenn nicht innert fünf Monaten nach Eingang der Meldung ein Verfahren (Vorabklärung oder Untersuchung) eröffnet wird.

III. GESETZESZWECK

Das Widerspruchsverfahren dient in Ergänzung zur allgemeinen Beratungstätigkeit des Sekretariats (Art. 23 Abs. 2 KG) als Vorverfahren sui generis dazu, den Betroffenen eine erste Einschätzung der

von ihnen geplanten Verhaltensweise zu ermöglichen (umstritten, ob mit Widerspruchsverfahren vom **Grundsatz der Selbstsubsumtion** abgewichen werden soll, siehe unten).

IV. GESETZESGENESE

Bereits der **Vernehmlassungsentwurf** zur Revision des Kartellgesetzes vom 6. September 2000 sah eine Vorabmeldung vor:

„Die Belastung entfällt, wenn (a) das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung freiwillig gemeldet hat;“

Auf der Grundlage des Gutachtens Rhinow wurde die ursprüngliche Vorabmeldung im **Erlassungsentwurf** folgendermassen angepasst:

„Die Belastung entfällt, wenn: (a.) das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet;“

In den **parlamentarischen Beratungen** stimmte der Nationalrat als Erstrat dem Vorschlag diskussionslos zu. Erst im Ständerat (Ständerat David) wurde die Forderung eingebracht, dass die Meldung alleine nicht zum Sanktionsausschluss führen dürfe. Die WEKO müsse dem Unternehmen innert bestimmter Frist (5 Monate) mitteilen, ob sie eine Untersuchung eröffnet. Das betroffene Unternehmen müsse dann mit einer Sanktion rechnen, wenn es das gemeldete Verhalten fortführe. In den anschliessenden Beratungen wurde der relevante Zeitpunkt auf die Eröffnung des Verfahrens nach Art. 26 ff. KG vorverlegt. In der Differenzbereinigung wurde dann die heute geltende Gesetzesfassung beschlossen, wobei die Beratungen schwerpunktmässig nur die Bewältigung des mit dem Meldeverfahren verbundenen Mehraufwands betrafen:

„Die Belastung entfällt, wenn: (a.) das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26-30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht;“

Folgerungen: Das Widerspruchsverfahren in seiner konkreten Ausgestaltung wurde verspätet in die parlamentarischen Beratungen eingeführt. Eine vertiefte Diskussion hat nicht stattgefunden. Viele der zwischenzeitlich erkannten Schwächen sind daher **Geburtsfehler des Gesetzgebungsprozesses**.

V. REVISIONSVORSCHLÄGE

Im Rahmen der **Evaluation des Kartellgesetzes** nach Art. 59a KG hat die Evaluationsgruppe Kartellgesetz für das Widerspruchsverfahren zwei Verbesserungsmöglichkeiten identifiziert und dem Gesetzgeber empfohlen:

- Die gesetzlich vorgesehene Frist von fünf Monaten solle **gekürzt** werden. Vorgeschlagen wurde eine Frist von zwei bis drei Monaten bzw. in Anlehnung an die Fusionskontrolle eine Frist von einem Monat mit Option auf Verlängerung um zwei Monate soweit weitere Abklärungen erforderlich sind.
- Die Sanktionsmöglichkeit sollte nicht bereits bei Eröffnung einer Vorabklärung, sondern erst bei **Eröffnung einer Untersuchung** wiederaufleben

Darüber hinaus wies der Evaluationsbericht auch auf den **eigentlichen Konstruktionsfehler** des Widerspruchsverfahrens hin, nämlich das Dilemma, dass die Unternehmen an einer möglicherweise wettbewerbswidrigen Verhaltensweise festhalten müssen, um in einer anfechtbaren Verfügung der WEKO Gewissheit über die rechtliche Beurteilung zu erhalten. Dieser konzeptionelle Mangel resultiere daraus, dass bei Widerspruch der WEKO (in Form der Eröffnung einer Vorabklärung oder einer Untersuchung) **keine anfechtbare Feststellung** über die kartellrechtliche Zulässigkeit einer Verhaltensweise erfolgt. Die gesamtwirtschaftlich negative Folge ist, dass Unternehmen auf **effiziente Verhaltensweisen** aus Furcht vor möglichen Sanktionen verzichten.

Die Evaluationsgruppe hat ungeachtet dieses Missstandes auf eine entsprechende Empfehlung an den Bundesrat verzichtet.

Der **Erlassentwurf des Bundesrates** greift die Empfehlungen der Evaluationsgruppe auf:

- Die Frist, innert welcher die Wettbewerbsbehörde tätig werden muss, soll **von fünf auf zwei** Monate nach Eingang der Meldung verkürzt werden.
- Alleine die **Eröffnung einer Untersuchung** nach Art. 27 KG (d.h. nicht der Vorabklärung) soll zum Wiederaufleben des Sanktionsrisikos führen.

Durch die verkürzte zweimonatige Widerspruchsfrist soll gemäss der Argumentation des Bundesrates die Rechtssicherheit der betroffenen Unternehmen erhöht werden.

Diskussionspunkt: Diese Argumentation ist grob verkürzt. Wird nämlich innerhalb der Frist eine Vorabklärung eingeleitet und später eine Untersuchung (Vorabklärung genügt weiterhin für den

Widerspruch, die Untersuchungseröffnung hat nur Bedeutung für das Wiederaufleben des Sanktionsrisikos), verbleibt es bei der rechtlichen Unsicherheit. Die Rechtssicherheit erhöht sich grds. also nur, wenn die WEKO das gemeldete Verhalten für unbedenklich erklärt.

Diskussionspunkt: Die knappe Frist könnte sogar dazu führen, dass die WEKO (bzw. das Sekretariat) aufgrund zeitbedingt unzureichender Sachverhaltsermittlungen Vorabklärung durchführt, die sie früher nach fünfmonatiger Prüfungszeit nicht eröffnet hätte. Die Rechtslage würde sich für die Unternehmen insoweit verschlechtern.

Mit der Verlagerung des Zeitpunktes für das Wiederaufleben des Sanktionsrisikos auf die Eröffnung der Untersuchung soll nach Ansicht des Bundesrates zugleich auch der Konstruktionsfehler des bestehenden Widerspruchsverfahrens behoben werden.

Einerseits seien die Anforderungen an die Untersuchungseröffnung („Anhaltspunkte“) höher als bei der Eröffnung einer Vorabklärung („Anfangsverdacht“). Daher werde seitens der WEKO (Wettbewerbsbehörde) ein **Widerspruch seltener erfolgen**. Dies gelte umso mehr, als eine Untersuchung nur durch das neu zu schaffende Wettbewerbsgericht geschlossen werden könne.

Diskussionspunkt: Das Wettbewerbsgericht wird vermutlich nicht realisiert. Insoweit entfällt der von dem Bundesrat angenommene Anreiz zur behördlichen Selbstbeschränkung. Da die Untersuchungseröffnung keine anfechtbare Verfügung darstellt, kann die WEKO (Wettbewerbsbehörde) de facto auch bei blossen Verdachtsmomenten eine Untersuchung eröffnen, ohne dass sich die Unternehmen hiergegen zur Wehr setzen könnten.

Diskussionspunkt: Da im Rahmen des Widerspruchverfahrens nur mögliche Kernbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie Art. 7 KG meldefähig sind, setzt das Widerspruchsverfahren zudem entsprechende Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung tatbestandsmässig voraus. Die Anforderungen für einen Widerspruch (in Form der Untersuchungseröffnung) werden daher grundsätzlich nicht erhöht.

Diskussionspunkt: In jedem Fall ist auch nach der vom Bundesrat vorgeschlagenen Regelung sicherzustellen, dass die betroffenen Unternehmen die Möglichkeit besitzen, möglicherweise rechtswidrige Verhaltensweisen rechtzeitig abzustellen. Dies kann entweder im Wege einer gesetzlichen Vorwarnfrist vor Eröffnung einer Untersuchung oder einer gesetzlichen Übergangsfrist auch nach Eröffnung einer Untersuchung. Es stellt sich aber in beiden Fällen die Frage, ob es sich um flexible Fristen handeln sollte, um den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen.

Andererseits bestehe für Unternehmen die Möglichkeit, das gemeldete Vorhaben auch während einer Vorabklärung umzusetzen, wodurch die WEKO (Wettbewerbsbehörde) die Möglichkeit zur

konkreten Marktbeobachtung erhalte, d.h. dem Unternehmen auf besserer Entscheidungsgrundlage einen Widerspruch (durch Eröffnung einer Untersuchung) anzeigen kann.

Diskussionspunkt: Hierdurch wird der Konstruktionsfehler nicht behoben. Auch nach einer solchen Marktbeobachtung fehlt es für die Unternehmen an einer anfechtbaren Verfügung über die kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Vorhabens, sollte die WEKO eine Untersuchung eröffnen. Die Unternehmen sind mit anderen Worten weiterhin darauf verwiesen, an ihrem Verhalten festzuhalten, wenn sie eine rechtsverbindliche Entscheidung erreichen wollen. Im Ergebnis wird daher lediglich der Zeitraum der rechtlichen Ungewissheit verlängert.

Diskussionspunkt: Zudem unterstellt die Argumentation des Bundesrates, dass die Unternehmen ihr Vorhaben stets umsetzen werden. Sofern damit jedoch hohe Transaktionskosten einhergehen, werden Unternehmen zuwarten wollen, bis sie Gewissheit über die kartellrechtliche Zulässigkeit erhalten haben. Gerade für diese durchaus häufigen Fälle wird sich die WEKO (Wettbewerbsbehörde) nicht wie vom Bundesrat angenommen auf eine eingehende Marktbeobachtung abstützen können.

VI. STATISTIK

Gemäss Jahresbericht wurden das Widerspruchsverfahren (Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG) seit dessen Einführung im Jahr 2004 folgendermassen in Anspruch genommen:

Jahr	Anzahl Widerspruchsverfahren
2004	7
2005	40
2006	32
2007	26
2008	31
2009	12
2010	13
2011	22
2012	10

In der Tendenz lässt sich eine **abnehmende Bedeutung des Widerspruchsverfahrens** feststellen.

Die anfänglich geäusserte Befürchtung, dass die Unternehmen viele unbedenkliche Sachverhalte melden werden und hierdurch **erhebliche Ressourcen der WEKO gebunden** werden, hat sich danach nicht bestätigt.

Diskussionspunkt: Hat tatsächlich eine übermässige Ressourcenbindung durch das Widerspruchsverfahren stattgefunden? Welche Änderungen des Widerspruchsverfahrens würden aus Behörden-sicht zu Ressourceneinsparungen führen?

VII. SANKTIONSRISIKO VERSUS BEURTEILUNGSRISIKO

Wie gezeigt, wird der eigentlich Konstruktionsfehler des Widerspruchsverfahrens durch die Revisionsvorlage nicht beseitigt und es ist nach dem Vorstehenden sogar zweifelhaft, ob dessen Folgen wenigstens abgemildert werden.

Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 29. Februar 2008 kritisch bemerkte, beseitigt das Widerspruchsverfahren nach geltendem Recht alleine das *Sanktionsrisiko* (B-4037/2007, E. 9). Dagegen verbleibt das *Beurteilungsrisiko* vollständig bei den Unternehmen. Demgemäss sagt der Widerspruch als solcher nichts über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung aus. Die entscheidende Frage ist demgemäss, soll oder soll nicht das Widerspruchsverfahren dazu dienen, die materiellrechtliche Zulässigkeit einer wettbewerbsrelevanten Verhaltensweise definitiv zu klären.

Diskussionspunkt: Gesetzesgenese und -zweck sprechen für ein weites Verständnis (d.h. Anspruch auf Klärung materiellrechtlicher Zulässigkeit).

Nach dem vom Bundesrat in weiten Teilen berücksichtigten Gutachten Rhinow soll die Vorabmeldung dazu dienen, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selber tragen müssen. Nach Rhinow müsse es den Unternehmen auf Antrag möglich sein eine "vorzeitige" Klärung der materiellen Rechtslage herbeizuführen. Es bestehe mithin ein Anspruch auf Elimination des Sanktionsrisikos.

Wie auch die Botschaft unter Bezugnahme auf Rhinow anerkennt, dient das Widerspruchsverfahrens teleologisch als notwendiges Korrektiv zur Unbestimmtheit des Normtextes. Ohne dieses Korrektiv wäre eine Anknüpfung direkter Sanktionen an den Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 KG oder an den Missbrauchstatbestand von Artikel 7 KG verfassungsrechtlich bedenklich.

Das zivilrechtliche Schadenersatzrisiko verbleibt zusätzlich beim meldenden Unternehmen, das an seinem gemeldeten Verhalten festhält, auch unter der vorgeschlagenen Regelung.

Die WEKO hat bislang eine sehr vorsichtige Praxis vertreten. Für sie muss zwischen Sanktions- und Beurteilungsrisiko immer ein Gleichlauf bestehen. Das ist falsch. Gemeldet werden nämlich in

der Praxis Verhaltensweisen, die zwar formell sanktionierbar wären, aber potentiell positive Auswirkungen haben können.

VIII. VORSCHLAG ZUR BESEITIGUNG DES KONSTRUKTIONSFEBLERS

Aus den Vorüberlegungen wird deutlich, dass die Revisionsvorlage die bestehenden Regelungsdefizite nicht hinreichend zu lösen vermag. Es drängt sich daher die Frage auf, welche **alternativen Regelungsmodelle** in Betracht kämen.

Diskussionspunkte:

- Diskussionspunkt: Abschaffung des Widerspruchsverfahrens und Aufnahme einer gesetzlichen Bestimmung zur Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen (im Ergebnis so noch der departementale Entwurf zur KG Revision 2003, der kein "Widerspruchsverfahren" vorsah, dafür aber von der Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen ausging).
- Diskussionspunkt: Abschaffung des Widerspruchsverfahrens und Aufwertung der Beratung nach Art. 23 Abs. 2 KG. Beratungsschreiben ergehen neu im Einvernehmen mit Wettbewerbskommission in Form von anfechtbaren Verfügungen mit Anspruch auf verbindliche Entscheidung über die Zulässigkeit des gemeldeten Vorhabens.
- Diskussionspunkt: Harmonisierung mit dem fusionsrechtlichen Meldeverfahren, d.h. Meldung einer Wettbewerbsbeschränkung an die WEKO mit vorläufigem Vollzugsverbot. Die WEKO muss innert Frist eine verbindliche und anfechtbare Entscheidung über die Zulässigkeit des gemeldeten Vorhabens treffen (ggf. mit Auflagen und Bedingungen).
- Diskussionspunkt: Die Unternehmen sind wie nach bestehender Rechtslage berechtigt, eine Wettbewerbsbeschränkung zu melden. In Anlehnung an den ursprünglichen Vernehmlassungsentwurf lebt das Sanktionsrisiko erst bei rechtskräftiger Verbotsverfügung der WEKO wieder auf.
- Diskussionspunkt: Die bestehende Regelung wird beibehalten. Es erfolgt aber ein klarstellender Zusatz, dass das meldende Unternehmen einen Anspruch auf einen anfechtbaren Entscheid der Wettbewerbskommission über die Zulässigkeit des gemeldeten Vorhabens besitzt.
- Diskussionspunkt: Sanktionierbarkeit ist zweitrangig. Es geht um den Wettbewerb. Praxis der WEKO so weiter entwickeln, dass bei Sachverhalten, die erst in der Zukunft Wirkung

zeigen und deshalb erst in der Zukunft beurteilt werden können zwar das Sanktionsrisiko von den Unternehmen genommen wird, nicht jedoch das Beurteilungsrisiko.

Marcel Meinhardt