



Positionspapier: Institutionelle Reform KG

1. Kurz und bündig

Die Schweizer Kartellgesetzgebung steht vor einer bedeutenden Reform. Im Zentrum der Debatte steht die institutionelle Neugestaltung der Wettbewerbsbehörden, ein Thema, das sowohl in der Wirtschaft als auch in der Rechtswissenschaft intensiv diskutiert wird.

Die aktuelle Situation im Schweizer Kartellrecht ist von verschiedenen Herausforderungen geprägt. Insbesondere die fehlende Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsinstanz, die langen Verfahrensdauern und die mangelnde Spezialisierung der Entscheidungsträger stehen in der Kritik. Diese Probleme haben weitreichende Konsequenzen für die betroffenen Unternehmen und beeinträchtigen die Effektivität und Glaubwürdigkeit des Kartellrechts in der Schweiz.

In diesem Kontext hat die Expertenkommission unter Vorsitz von Alt-Bundesrichter Hansjörg Seiler verschiedene Reformoptionen evaluiert und Empfehlungen ausgesprochen. Die von der Expertenkommission favorisierte Option des "Status Quo optimiert" greift nach Ansicht von SwissHoldings jedoch zu kurz und adressiert die grundlegenden Probleme nicht ausreichend.

SwissHoldings nimmt in dieser Diskussion eine klare Position ein: Nur ein Gerichtsmodell kann den rechtsstaatlichen Anforderungen, insbesondere den Verfahrensgarantien, genügen und die bestehenden Probleme im Schweizer Kartellrecht effektiv lösen.

2. Wie stellt sich die aktuelle Situation im Kartellrecht mit welchen Problemfeldern dar

Es ist wichtig, die gegenwärtige Situation und die damit verbundenen Probleme im Schweizer Kartellrecht zu verstehen. Das aktuelle System basiert auf einem Verwaltungsbehördenmodell, bei dem die Wettbewerbskommission (WEKO) und ihr Sekretariat die zentralen Akteure sind.

Die WEKO ist eine Milizbehörde, bestehend aus 11-15 (aktuell: 12) vom Bundesrat gewählten Fachexperten und Verbandsvertretern. Das Sekretariat hingegen ist mit etwa 70 vollamtlichen Mitarbeitenden besetzt. Diese Struktur führt zu einem inhärenten Ungleichgewicht zwischen der entscheidenden Instanz (WEKO) und der untersuchenden Behörde (Sekretariat), was zu mehreren problematischen Konsequenzen führt.

- Erstens besteht eine unzureichende Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsinstanz. Das Sekretariat führt nicht nur die Untersuchungen durch, sondern bereitet auch die Entscheide der WEKO vor und nimmt eine Rolle ähnlich der eines Gerichtsschreibers ein. Diese enge Verflechtung kann zu einem "Confirmation Bias" führen, bei dem die Kommission geneigt ist, den Anträgen des Sekretariats zu folgen, ohne eine wirklich unabhängige Prüfung vorzunehmen. Auch ist das Sekretariat während der Beratung der WEKO



anwesend und nimmt entsprechend auf die Entscheidungsfindung Einfluss, während die Unternehmen und ihre Parteivertreter hierbei nicht zugegen sind und keine Stellung nehmen können. In einem rechtsstaatlich sauberen Verfahren vor einem Gericht wäre es undenkbar, dass die Rechte der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung derart ungleich verteilt sind. Von einer unabhängigen und unparteiischen Entscheidung kann somit keine Rede sein.

- Zweitens leidet das System unter übermässig langen Verfahrensdauern. Die durchschnittliche Verfahrensdauer von der Untersuchung bis zum Entscheid des Bundesgerichts als letzte Instanz beträgt mehr als zehn Jahre, mit Extremfällen von bis zu 17 Jahren. Diese langen Zeiträume schaffen Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen und können zu erheblichen wirtschaftlichen Schäden führen.
- Drittens mangelt es dem aktuellen System an der notwendigen Spezialisierung. Während das Sekretariat über spezialisiertes Personal verfügt, ist die WEKO als Milizbehörde mit kleinem Pensum weniger gut positioniert, um die oft komplexen kartellrechtlichen Fragen zu beurteilen. Beim Bundesverwaltungs- und Bundesgericht ist die ökonomische Fachkompetenz zu stärken, denn bei Kartellrechtsverfahren geht es nicht nur um rechtliche, sondern vor allem auch um ökonomische Aspekte. Dies führt zu Qualitätseinbußen bei den Entscheidungen und zu überlangen Verfahren.
- Viertens steht das aktuelle System in einem Spannungsverhältnis zu den Anforderungen von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Obwohl das Bundesgericht argumentiert, dass die Möglichkeit einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ausreicht, um die EMRK-Konformität zu gewährleisten, bleibt die Frage, ob dies angesichts der strafrechtlichen Natur der kartellrechtlichen Sanktionen wirklich ausreichend ist. Es zeigt sich deutlich, dass das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtsmittelbehörde und kein erstinstanzliches Sachgericht ist. Zwar könnte das Bundesverwaltungsgericht *de iure* frei überprüfen, *de facto* übt es sich aber in äusserster Zurückhaltung, indem es in Kartellrechtsfällen praktisch keine eigenen Sachverhaltserhebungen macht und Rüge- und Begründungspflichten gelten. Der WEKO räumt das Bundesverwaltungsgericht zudem ein technisches Ermessen ein. Das ist im Strafprozess undenkbar, welchem das Kartellrechtsverfahren aufgrund der strafrechtlichen Natur folgen müsste.
- Fünftens führen die aktuelle Struktur und die Verfahrensausgestaltung zu einem faktischen Zwang für Unternehmen, auf ein gerichtliches Verfahren zu verzichten. So verletzt etwa die Bekanntmachung des Untersuchungsadressaten die Unschuldsvermutung. Da hilft es auch nicht, dass die Unschuldsvermutung in der laufenden Kartellrechtsrevision explizit aufgeführt werden sollte. Die Selbstbelastungsfreiheit wird zudem nicht vollständig beachtet, denn es werden auch Mitarbeiter zur Aussage verpflichtet, deren Handlungen dem Unternehmen zugerechnet werden. Die Kosten und Risiken eines langwierigen Gerichtsverfahrens, kombiniert mit dem Reputationsschaden durch die öffentliche Nennung bei Untersuchungseröffnung, führen dazu, dass Unternehmen oft Zwischenverfügungen akzeptieren, selbst wenn sie von der Rechtmässigkeit ihres Verhaltens überzeugt sind.

Diese Probleme untergraben nicht nur die Effektivität des Kartellrechts, sondern stellen auch die Rechtsstaatlichkeit des Systems in Frage. Es ist offensichtlich, dass eine grundlegende Reform notwendig ist, um diese Missstände zu beheben und ein faires, effizientes und rechtsstaatliches Kartellrechtssystem in der Schweiz zu etablieren.

3. Welche Argumente sprechen für ein Gerichtsmodell

3.1 Klare Trennung von Untersuchung und Entscheidung

Das Gerichtsmodell gewährleistet als einziges eine konsequente Trennung zwischen der untersuchenden Behörde und der entscheidenden Instanz. Dies ist besonders wichtig angesichts der Tatsache, dass kartellrechtliche Sanktionen strafrechtlichen Charakter haben.

In einem Gerichtsmodell würde die Wettbewerbsbehörde die Untersuchung durchführen und anschliessend einen Antrag an das Wettbewerbsgericht stellen. Das Gericht würde dann unabhängig über diesen Antrag entscheiden. Diese klare Trennung würde den "Confirmation Bias" eliminieren, der im aktuellen System besteht, wo die WEKO oft geneigt ist, den Anträgen des Sekretariats zu folgen.

Die Trennung von Untersuchung und Entscheidung ist ein fundamentales Prinzip des Rechtsstaats, insbesondere wenn es um Verfahren mit strafrechtlichem Charakter geht. Sie gewährleistet, dass die entscheidende Instanz wirklich unabhängig, unparteiisch und unvoreingenommen ist und nicht durch die Ermittlungsarbeit beeinflusst wird.

3.2 Erfüllung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien

Ein Gerichtsmodell würde die Anforderungen von Artikel 6 EMRK an das Kartellverfahren bereits in der ersten Instanz erfüllen, denn anerkannten Massen gelten kartellrechtliche Sanktionen aufgrund ihrer Höhe und ihres punitiven Charakters als "strafrechtlich" im Sinne der EMRK.

Im aktuellen System argumentiert das Bundesgericht, dass die Möglichkeit einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ausreicht, um die EMRK-Konformität zu gewährleisten. Dieses Argument ist jedoch problematisch, da es in der Praxis bedeutet, dass Unternehmen erst nach einem langwierigen und kostspieligen Verfahren vor der WEKO Zugang zu einem unabhängigen Gericht erhalten. Die Unternehmen müssen zudem eine durch die Weko ergangene Verfügung vor dem Bundesverwaltungsgericht rügen, welches eine Rechtsmittelinstanz und nicht ein wirklich der vollen Kognition entsprechendes und diesen Auftrag praktisch lebendes erstinstanzliches Sachgericht ist. Die Unternehmen befinden sich somit in der Rolle, eine bereits existierende Verfügung zu «bekämpfen» statt im Sinne der Waffengleichheit (wie sie in einem Strafverfahren völlig anerkannt ist) vor einer unabhängigen Instanz ihre Sichtweise darlegen zu können. Richtig wäre es deshalb, dass sich die antragstellende Untersuchungsbehörde und das eines Fehlverhaltens bezichtigte Unternehmen in einem kontradiktorischen Verfahren vor dem Wettbewerbsgericht mit gleich langen Spiessen gegenüberstehen. Ein Gerichtsmodell würde dieses Problem lösen, indem es von Anfang an ein faires und unparteiisches Verfahren vor einem unabhängigen Gericht garantiert. Dies würde nicht nur die Rechte der betroffenen Unternehmen stärken, sondern auch die Legitimität und Akzeptanz der kartellrechtlichen Entscheidungen erhöhen.

Das Gerichtsmodell entspricht unbestritten besser dem Grundsatz der Waffengleichheit. In einem Gerichtsmodell würden sich Wettbewerbsbehörde und Unternehmen als gleichberechtigte Parteien vor einem unabhängigen Gericht gegenüberstehen.

3.3 Qualitätsverbesserung der Entscheidungen

Die Einführung eines spezialisierten Wettbewerbsgerichts würde die fachliche Kompetenz in kartellrechtlichen Fragen erhöhen. Diese erhöhte Spezialisierung zu einer konsistenteren Rechtsprechung führen.

Darüber hinaus könnte ein spezialisiertes Gericht besser mit den oft komplexen ökonomischen Analysen umgehen, die in kartellrechtlichen Fällen eine wichtige Rolle spielen. Dies könnte zu einer sachgerechteren Bewertung von Wettbewerbseffekten und damit zu fundierteren Entscheidungen führen.

3.4 Effizientere Verfahren

Selbst wenn das erstinstanzliche Verfahren in einem Gerichtsmodell möglicherweise länger dauern sollte als das aktuelle Verfahren vor der WEKO, würde dies durch den Wegfall einer Beschwerdeinstanz (Bundesverwaltungsgericht) mehr als kompensiert. Insgesamt ist von einer Verkürzung der Gesamtverfahrensdauer auszugehen.

Im aktuellen System dauern die Verfahren oft zu lang, mit durchschnittlichen Verfahrensdauern von mehr als zehn Jahren. Ein Grossteil dieser Zeit entfällt auf das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht. In einem Gerichtsmodell würde diese Instanz wegfallen, da die Entscheidungen des Wettbewerbsgerichts direkt beim Bundesgericht angefochten werden könnten.

Zudem könnte ein spezialisiertes Wettbewerbsgericht effizienter arbeiten als das Bundesverwaltungsgericht, das als Generalistengericht eine Vielzahl von Rechtsgebieten als Rechtsmittelinstanz abdecken muss. Die Richter eines Wettbewerbsgerichts wären mit den spezifischen Fragen des Kartellrechts vertraut und könnten Fälle schneller bearbeiten.

Es ist auch zu erwarten, dass die Qualität der erstinstanzlichen Entscheidungen in einem Gerichtsmodell höher wäre, was die Wahrscheinlichkeit von Beschwerden reduzieren könnte. Dies würde ebenfalls zur Verkürzung der Gesamtverfahrensdauer beitragen.

3.5 Stärkung der Rechtssicherheit

Ein Gerichtsmodell würde die Rechtssicherheit für Unternehmen erheblich stärken. Im aktuellen System herrscht oft Unsicherheit darüber, wie die WEKO bestimmte Verhaltensweisen beurteilen wird, und die langen Verfahrensdauern verschärfen dieses Problem noch.

Zudem würde die schnellere Klärung von Rechtsfragen durch ein Gericht dazu beitragen, dass Unternehmen rascher Gewissheit über die rechtliche Beurteilung ihrer Verhaltensweisen erhalten. Dies ist besonders wichtig in einem sich schnell wandelnden wirtschaftlichen Umfeld, wo Unternehmen oft rasch Entscheidungen treffen müssen.

4. Entkräftung der Gegenargumente

Trotz der überzeugenden Argumente für ein Gerichtsmodell gibt es auch Stimmen, die Bedenken äussern. Im Folgenden werden die häufigsten Gegenargumente adressiert und entkräftet.

4.1 Systemfremdheit im Verwaltungsrecht

Ein häufig vorgebrachtes Argument gegen ein Gerichtsmodell ist, dass es im Verwaltungsrecht systemfremd sei. Dieses Argument greift jedoch aus mehreren Gründen zu kurz:

- Erstens nimmt das Kartellrecht aufgrund seiner strafrechtlichen Natur eine Sonderstellung ein. Die hohen Bussen, die im Kartellrecht verhängt werden können, haben einen eindeutig punitiven Charakter. Es ist daher gerechtfertigt, für das Kartellrecht ein spezielles und EMRK-konformes Verfahren vorzusehen, das den strafrechtlichen Charakter der Sanktionen berücksichtigt.
- Zweitens gibt es bereits Präzedenzfälle für Spezialgerichte im Wirtschaftsrecht. Das Bundespatentgericht ist ein Beispiel dafür, wie ein spezialisiertes Gericht erfolgreich in das Schweizer Rechtssystem integriert wurde. Es zeigt, dass die Schaffung eines Spezialgerichts möglich und sinnvoll ist, wenn es die Besonderheiten eines Rechtsgebiets erfordern. Ein Gerichtsmodell im Kartellrecht wäre daher Teil einer breiteren Entwicklung hin zu mehr rechtsstaatlichen Garantien im Verwaltungsrecht.
- Drittens ist die Rechtsordnung nicht statisch, sondern muss sich an veränderte Bedürfnisse und Erkenntnisse anpassen. Da sich herausgestellt hat, dass das bestehende System nicht in der Lage ist, die rechtsstaatlichen Anforderungen im Kartellrecht adäquat zu erfüllen, ist es notwendig und gerechtfertigt, neue Wege zu gehen.

4.2 Fehlende Verbreitung in Europa

Ein weiteres Argument gegen ein Gerichtsmodell ist, dass es in Europa nicht weit verbreitet sei. Auch dieses Argument kann widerlegt werden:

- Es gibt Beispiele für gerichtsähnliche Modelle in Europa, insbesondere im DACH-Raum. In Österreich gibt es ein reines Gerichtsmodell, und in Deutschland gibt es mit dem Strafbefehlsmodell bzw. der Kombination von Verfahren vor dem Bundeskartellamt und der Einsprachemöglichkeit zum Oberlandesgericht (welches eine umfassende Neuverhandlung durchführt, wobei die behördliche Verfügung zu einer Anklageschrift wird) eine Lösung, die dem Gerichtsmodell in wichtigen Aspekten ähnelt.
- Ausserdem sollte die Qualität des Rechtssystems Vorrang haben. Da ein Gerichtsmodell die beste Lösung für die identifizierten Probleme im Schweizer Kartellrecht darstellt, sollte es unabhängig von seiner Verbreitung in Betracht gezogen werden.

4.3 Hoher Implementierungsaufwand

Ein oft genanntes praktisches Argument gegen ein Gerichtsmodell ist der hohe Implementierungsaufwand. Auch dieses Argument kann relativiert werden:

- Erstens wird der einmalige Implementierungsaufwand durch die langfristigen Vorteile mehr als aufgewogen. Die Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit, die Erhöhung der

Qualität der Entscheidungen und die Verkürzung der Gesamtverfahrensdauer rechtfertigen den initialen Aufwand.

- Zweitens kann die Rekrutierung von Richtern und Personal teilweise aus bestehenden Strukturen erfolgen. Es ist zu erwarten, dass ein Teil des Personals aus der bisherigen Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts, die sich mit Kartellrechtsfällen befasst, rekrutiert werden könnte. Dies würde den Implementierungsaufwand reduzieren und gleichzeitig sicherstellen, dass bereits vorhandene Expertise genutzt wird.
- Drittens zeigen die Erfahrungen mit dem Bundespatentgericht, dass die Implementierung eines Spezialgerichts machbar ist. Die Schaffung des Bundespatentgerichts dauerte von der Verabschiedung des Gesetzes bis zur Aufnahme der operativen Tätigkeit etwa $2\frac{3}{4}$ Jahre. Mit den gewonnenen Erfahrungen könnte die Implementierung eines Wettbewerbsgerichts möglicherweise sogar schneller erfolgen.

4.4 Mögliche Überlastung oder Unterforderung des Gerichts

Ein weiteres Bedenken betrifft die mögliche Über- oder Unterforderung eines spezialisierten Wettbewerbsgerichts. Auch dieses Argument kann entkräftet werden:

- Zum einen kann die Auslastung durch flexible Strukturen reguliert werden. Ähnlich wie beim Bundespatentgericht könnte das Wettbewerbsgericht neben hauptamtlichen auch nebenamtlichen Richter einsetzen. Dies würde es ermöglichen, die Kapazität des Gerichts bei Bedarf anzupassen. Dem Wettbewerbsgericht könnten zudem in Zukunft zusätzliche Kompetenzen übertragen werden, etwa im Bereich der Beihilfenaufsicht, sollte die Schweiz ein solches System einführen.
- Zum anderen zeigt die bisherige Erfahrung, dass es genügend Fälle für ein spezialisiertes Gericht geben würde. Die Hälfte des Aufwands der II. Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts betrifft bereits jetzt Kartellrechtsfälle, was eine ausreichende Fallzahl für ein eigenständiges Gericht nahelegt.

5. SwissHoldings steht für eine mutige Reform ein

Die Analyse der Argumente für ein Gerichtsmodell und die Widerlegung der Gegenargumente zeigen deutlich, dass ein Gerichtsmodell die beste Lösung für die Reform darstellt. Es ist der einzige Weg, um die grundlegenden Probleme des aktuellen Systems zu lösen und gleichzeitig die rechtsstaatlichen Garantien vollumfänglich zu gewährleisten. Die pragmatische Lösung, die SwissHoldings mit Prof. Dr. Marc Thommen und Andres Payer einig, besteht darin, das Sekretariat als Untersuchungsbehörde, die WEKO als Anklagebehörde, ein neues Bundeswettbewerbsgericht als erstinstanzliche Entscheidbehörde und das Bundesgericht als Berufungsinstanz vorzusehen.

Ein Gerichtsmodell würde:

1. Eine klare Trennung zwischen Untersuchung und Entscheidung gewährleisten und damit einen der Hauptkritikpunkte am bestehenden System beseitigen.
2. Die Anforderungen von Artikel 6 EMRK bereits in erster Instanz erfüllen und damit die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens stärken.
3. Durch die Spezialisierung des Gerichts zu einer Verbesserung der Qualität und Konsistenz der Entscheidungen führen.

4. Trotz möglicherweise längerer erstinstanzlicher Verfahren insgesamt zu einer Verkürzung der Gesamtverfahrensdauer beitragen.
5. Die Rechtssicherheit für Unternehmen erhöhen und damit zu einem besseren Geschäftsumfeld in der Schweiz beitragen.

SwissHoldings ist überzeugt, dass jeder andere Ansatz nur zu unzureichenden Kompromissen führen und die dringend notwendige Reform um Jahre, wenn nicht Jahrzehnte verzögern würde. Die Wiederherstellung der Rechtsstaatlichkeit im Kartellverfahren und die Schaffung eines effektiven und effizienten Kartellrechtssystems sollten oberste Priorität haben.

Die Zeit ist reif für eine mutige und weitreichende Reform. Das Gerichtsmodell bietet die Chance, das Schweizer Kartellrecht auf ein neues Niveau zu heben und ein System zu schaffen, das den rechtsstaatlichen Ansprüchen genügt und gleichzeitig effizient und effektiv ist. SwissHoldings fordert, dass diese Chance genutzt werden sollte – im Interesse der Wirtschaft, des Rechtsstaats und letztlich der gesamten Schweizer Gesellschaft.