

Die EU ist kein gutes Vorbild im Wettbewerbsrecht

SIMON HIRSBRUNNER

Das im Schweizer Wettbewerbsrecht eingeführte Bussensystem orientiert sich am EU-Vorbild. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit belastet die Firmen.

Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement wird voraussichtlich diesen Frühling einen Bericht über den Revisionsbedarf beim Kartellgesetz (KG) vorlegen. Anschliessend wird der Bundesrat entscheiden, ob er einen Revisionsvorschlag in die Vernehmlassung geben will; und die Anzeichen mehren sich, dass er dabei auch zu grundlegender Kritik rechtsstaatlicher Art wird Stellung nehmen müssen. Dies betrifft unter anderem die Bussen bei kartellrechtlichen Verstössen (direkte Sanktionen), die 2004 eingeführt wurden.

Höhere Bussen

Die Schweiz übernahm damals weitgehend das EU-Bussensystem, was aus Sicht der Wettbewerbskommission (Weko) ein Erfolg war. Tatsächlich sieht sich diese seither in der Lage, dem Vorbild der Europäischen Kommission bei der Festsetzung von Millionenbussen nachzueifern. Die erste direkte Sanktion nach revidiertem KG fiel noch gemässigt aus; der Flughafen Zürich musste 101 000 Fr. bezahlen. Die anschliessenden Bussen gegen Swisscom waren umso höher: 333 Mio. Fr. (im Fall «Terminierungsgebühren») bzw. 219,9 Mio. Fr. (im Fall «ADSL»), wobei die erste Busse unlängst vom Bundesverwaltungsgericht aufgehoben worden ist. Die bernischen Elektroinstallateure wurden mit 1,24 Mio. Fr., Bayer, Pfizer und Eli Lilly mit 5,7 Mio. Fr. und Gaba mit 4,8 Mio. Fr. zur Kasse gebeten.

Gewollte Unberechenbarkeit

Aus Sicht der Unternehmen fällt die Bilanz ernüchternd aus. Sie sehen sich einem System ausgeliefert, das unberechenbar ist und nur eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten gewährt. Das 2004 ebenfalls neu eingeführte Meldesystem, das den Firmen zumindest eine gewisse Rechtssicherheit hätte gewährleisten sollen, hat sich als Fehlkonstruktion herausgestellt. Heute, da in der EU mehr denn je die ausufernde Bussenpolitik der EU-Kommission kritisiert wird, stellt sich die Frage, ob die Schweiz das richtige Vorbild gewählt hat. Das aus der EU übernommene System erlaubt der Behörde ein weites Ermessen hinsichtlich Höhe der Busse. Es gibt keinen Bussenkatalog, in dem der Gesetzgeber die Verstösse nach Art und Schwere vorsortiert hätte. Vielmehr werden alle Fälle nach demselben Muster nach Schwere, Dauer und (im schweizerischen KG) mutmasslichem Gewinn gewichtet, wobei sich der Bussenbetrag nie auch nur annähernd vorhersagen lässt.

Mit grossem Ernst wird diese Unbestimmtheit damit gerechtfertigt, dass die Busse für die Unternehmen nicht im Voraus kalkulierbar sein dürfe. Ausserhalb des Kartellrechts wäre eine solche Argumentation undenkbar. Ungleichbehandlungen sind programmiert. Übersehen wird zudem, dass eine Milizbehörde, die noch keine grosse Erfahrung mit Bussen hat, selbst einen festen Orientierungsrahmen braucht.

In der EU schummelt sich die Kommission am Problem vorbei, indem sie das Gleichbehandlungsgebot teilweise ausschaltet; dies mit dem Argument, dass die verschiedenen Verfahren jeweils andere Sachverhalte betreffen. Auch eine Selbstbindung an frühere Fälle will sie nicht gelten lassen. So versucht sie, den Schlingerkurs zu rechtfertigen, der ihre Praxis kennzeichnet.

Anders als in der EU hat sich in der Schweiz glücklicherweise die Auffassung durchgesetzt, dass Kartellbussen einen Strafcharakter haben und nicht nur Verwaltungssanktionen sind. Doch werden die Schlussfolgerungen, die sich aus dieser Einsicht ergeben, nicht konsequent umgesetzt. Besonders die übermächtige Stellung des Sekretariats der Weko im Verfahren verträgt sich schlecht mit der Auffassung, dass Kartellbussen Strafen sind. Leider hat man auch hier den Eindruck, dass sich die Schweiz zu sehr vom EU-Vorbild leiten liess, obwohl die Beispiele in anderen Ländern zeigen, dass ein weniger verkrampter Umgang mit den Verteidigungsrechten möglich gewesen wäre.

Erosion des Rechtsschutzes

Hinzu kommt, dass die Weko, welche die Busse auf Vorschlag des Sekretariats festsetzt, kein unabhängiges Gericht im Sinn von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist. Alles kein Problem, meint das Bundesverwaltungsgericht im Urteil «Terminierungsgebühren» (24. 2. 2010). Den Erfordernissen der EMRK sei Genüge getan, wenn es selbst auf eine Beschwerde hin die Verfügung der Weko mit voller Kognition überprüfen könne. Das Gericht orientiert sich bei dieser Argumentation an dem, was nach seiner Auffassung als Minimum zwingend erforderlich ist. Man kann sich fragen, ob dies bei Sanktionen von bis zu dreistelligen Millionenbeträgen der richtige Massstab ist. Das Gericht gibt sich optimistisch, dass es im Ernstfall bestens in der Lage wäre, die Bussgeldhöhe mit einer Kognition zu überprüfen, die die Anforderungen der EMRK erfülle.

Im Fall «Terminierungsgebühren» musste es dieser Ankündigung noch nicht Taten folgen lassen, da es die angefochtene Verfügung aus einem andern Grund aufhob. So kann man weiterhin gespannt sein, wie das Gericht vorgehen wird, wenn es konkret eine Busse der Weko überprüfen wird. Der Vergleich mit der EU zeigt, wie schwer sich Gerichte mit derart undankbaren Aufgaben tun. Das Gericht der EU genießt theoretisch volle Kognition bei der Überprüfung von Geldbussen, macht aber in der Praxis praktisch nie von dieser Befugnis Gebrauch. Dies ist nachvollziehbar: Weil der Sanktionsrahmen unbestimmt ist, fehlt dem Gericht die Grundlage für eine vollumfängliche Neuüberprüfung der Busse von Grund auf. Es beschränkt sich darauf, nachzuprüfen, ob die Kommission offensichtliche Fehler begangen hat. Damit ist letztlich wieder die Kommission am längeren Hebel.

Die anstehende Revision des KG könnte schliesslich unter einem anderen Aspekt zur Nagelprobe für die Verfahrensrechte werden, denn der Bundesrat denkt laut über eine Verfahrensbeschleunigung nach. Er versichert zwar glaubhaft, dies soll ohne eine Verminderung des Rechtsschutzes geschehen. Doch zeigt leider das Beispiel der EU, dass der einfachste Weg zur Steigerung der Erledigungsrate oft über eine Reduktion der Verteidigungsrechte führt.

Simon Hirsbrunner ist Rechtsanwalt in Brüssel. Dieser Artikel wurde in der «Neuen Zürcher Zeitung» vom 30. März 2010 publiziert.



Dieser Text ist verfügbar online unter: [https://www.libinst.ch/?i=die-eu-ist-kein-gutes-vorbild-im-wettbewerbsrecht-](https://www.libinst.ch/?i=die-eu-ist-kein-gutes-vorbild-im-wettbewerbsrecht)
© Copyright 2010 **Liberales Institute**