

zu 01.171

**Zusatzbotschaft
zur Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes
(Untersuchungen in Verfahren nach dem Luftverkehrsabkommen
Schweiz-EG)**

vom 14. Juni 2002

Sehr geehrte Frau Präsidentin,
sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir unterbreiten Ihnen die Zusatzbotschaft zur Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes (Untersuchungen in Verfahren nach dem Luftverkehrsabkommen Schweiz-EG) und beantragen Ihnen, dem beiliegenden Entwurf zu Artikel 42a des Kartellgesetzes zuzustimmen.

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

14. Juni 2002

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Kaspar Villiger

Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

Übersicht

Am 7. November 2001 hat der Bundesrat die Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes verabschiedet (BBl 2002 2022). Hauptziel dieser Vorlage ist die Einführung direkter Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen.

Inzwischen hat sich gezeigt, dass die Umsetzung des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen) eine weitere Ergänzung des Kartellgesetzes erfordert, welche mit der Zusatzbotschaft beantragt wird: Das Abkommen überträgt die Kompetenz für die Überwachung von wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten, welche Auswirkungen auf den Gemeinschaftsmarkt oder auf den Handel zwischen den Vertragsparteien haben, grundsätzlich den Organen der Gemeinschaft. Für die übrigen Sachverhalte bleiben die schweizerischen Behörden zuständig. Für die Umsetzung des Abkommens ist einerseits die Wettbewerbskommission als die in diesem Rahmen in der Schweiz zuständige Behörde zu bezeichnen und andererseits zu regeln, dass in Verfahren nach Artikel 11 Absatz 1 des Luftverkehrsabkommens auf Ersuchen der EG-Kommission die in Artikel 42 des Kartellgesetzes vorgesehenen Untersuchungsmassnahmen vorgenommen werden können, wenn sich ein Unternehmen der Nachprüfung widersetzt. Allfällige Untersuchungsbegehren der EG-Behörden sind somit an die Wettbewerbskommission zu richten. Insbesondere sind Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen von einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission anzuordnen.

Zusatzbotschaft

1 Allgemeiner Teil

1.1 Ausgangslage

Am 7. November 2001 hat der Bundesrat die Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes verabschiedet (BBl 2002 2022). Hauptziel dieser Vorlage ist die Einführung direkter Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen.

Unabhängig davon haben die Abklärungen zur Umsetzung des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen, LVA; BBl 1999 6948) aufgezeigt, dass die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des Abkommens eine Ergänzung des Kartellgesetzes (KG; SR 251) erfordern, die mit der Zusatzbotschaft beantragt wird.

1.2 Wettbewerbsregeln und Vollzugsbestimmungen des Luftverkehrsabkommens

Die *materiellen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften* des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr in den Artikeln 8 und 9 zusammen mit dem im Anhang aufgelisteten massgebenden EG-Sekundärrecht entsprechen den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der EG zu unzulässigen Wettbewerbsabreden und zu unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sowie zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 81 und 82 EG-Vertrag).

Die *Vollzugsbestimmungen* für die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des Abkommens in den Artikeln 10 und 11 des Luftverkehrsabkommens unterscheiden:

- Wettbewerbsrechtliche Sachverhalte, die sich nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken, unterliegen schweizerischem Recht und der Zuständigkeit der schweizerischen Wettbewerbsbehörden (Art. 10 LVA).
- Wettbewerbsrechtliche Sachverhalte in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten fallen ebenfalls in die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden (Art. 11 Abs. 2 LVA).
- Wettbewerbsrechtliche Sachverhalte, die Auswirkungen auf den Gemeinschaftsmarkt oder auf den Handel zwischen den Vertragsparteien haben, werden von den Organen der Gemeinschaft vollzogen (Art. 11 Abs. 1 LVA). Artikel 11 Absatz 1 hält dazu fest, dass in diesen Fällen die im Anhang des Luftverkehrsabkommens aufgeführten Rechtsvorschriften der Gemeinschaft zur Anwendung kommen, wobei dem Erfordernis einer engen Zusammenarbeit zwischen den Organen der Gemeinschaft und den schweizerischen Behörden Rechnung getragen wird.

Gemäss Artikel 11 des Luftverkehrsabkommens ist die Schweiz somit völkerrechtlich verpflichtet, den zuständigen Gemeinschaftsorganen wettbewerbsrechtliche

Untersuchungen im Bereich des Luftverkehrs auf schweizerischem Hoheitsgebiet zu ermöglichen.

Die Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG hält dazu fest (BB1 1999 6255 f):

Hingegen wird die Kompetenz für die Überprüfung der Sachverhalte nach Artikel 8 und 9 sowie die Genehmigung von Unternehmenszusammenschlüssen, die Auswirkungen auf den Gemeinschaftsmarkt oder auf den Handel zwischen den Vertragsparteien haben könnten, den Gemeinschaftsinstitutionen übertragen. Dabei werden allerdings die Gemeinschaftsinstitutionen in Absprache mit den schweizerischen Behörden vorgehen. Gestützt auf das Auswirkungsprinzip betrachtet sich die Europäische Kommission bereits heute als zuständig für alle Sachverhalte die, wenngleich sie von schweizerischen Unternehmen ausgehen, sich auf den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft auswirken. In Bezug auf das Verhältnis der Schweiz zu Drittstaaten bleibt die ausschliessliche Zuständigkeit der schweizerischen Behörden gewahrt (Art. 11).

1.3 Untersuchungsmaßnahmen

Gemäss Anhang zum Luftverkehrsabkommen richten sich die Verfahren nach dem einschlägigen Gemeinschaftsrecht, insbesondere nach der Verordnung 17/62¹ und der Verordnung 3975/87², und haben Untersuchungsmaßnahmen wie Auskunftsbegehren, Aktenherausgabe und Durchsuchungen von Geschäftslokalen zum Gegenstand (vgl. die «Nachprüfungsbefugnisse der Kommission» gemäss Anhang). Gestützt auf Artikel 11 Absatz 1 des Luftverkehrsabkommens ist die Schweiz verpflichtet, der EG-Kommission die erforderliche Unterstützung bei der Durchführung der im Einklang mit dem einschlägigen Sekundärrecht angeordneten Untersuchungen zu gewähren. Die EG-Kommission richtet ihre Begehren beispielsweise um Aktenherausgabe direkt an die betroffenen Unternehmen und informiert darüber die Schweiz. Im Falle, dass das Unternehmen nicht freiwillig mit der EG-Kommission zusammenarbeitet, müssen schweizerische Behörden der EG-Kommission die Durchführung der wettbewerbsrechtlichen Untersuchungsmaßnahmen ermöglichen.

Im Landesrecht erlaubt das geltende Kartellgesetz den Wettbewerbsbehörden verschiedene Untersuchungsmaßnahmen, welche den Katalog der Beweismassnahmen nach Artikel 12 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021) ergänzen. So können Dritte als Zeugen einvernommen und die Betroffenen zur Beweisaussage verpflichtet werden; zudem können Hausdurchsuchungen angeordnet und Beweisgegenstände sichergestellt werden. Artikel 42 KG umfasst jene Massnahmen, welche auch das Gemeinschaftsrecht vorsieht.

Mit der Botschaft vom 7. November 2001 wird vorgeschlagen, Artikel 42 KG in prozessualer Hinsicht zu präzisieren. Die Änderung wird wie folgt erläutert:

- ¹ Verordnung des Rates vom 6. Februar 1962: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages in der durch die Verordnung Nr. 59, die Verordnung Nr. 118/63/EWG und die Verordnung (EWG) Nr. 2822/71 geänderten und ergänzten Fassung.
- ² Verordnung des Rates vom 14. Dezember 1987 über die Einzelheiten der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Luftfahrtunternehmen, geändert durch die Verordnungen (EWG) Nr. 1284/91 und (EWG) Nr. 2410/92.

Artikel 42

Absatz 1 entspricht dem bisherigen Artikel 42 (Sätze 1 und 2). In Absatz 2 wird für Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen eine präzisere Regelung vorgesehen als im geltenden Recht. Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen können auf Grund eines Antrages des Sekretariats nur von einem Mitglied des Präsidiums angeordnet werden. Für diese prozessualen Zwangsmassnahmen werden im Weiteren die Artikel 45–50 VStrR als sinngemäss anwendbar erklärt. Diese Bestimmungen enthalten die wichtigsten rechtsstaatlichen Garantien. Insbesondere schreiben sie vor, dass Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen mit der gebührenden Schonung der Betroffenen und ihres Eigentums durchzuführen sind (Art. 45 VStrR). Beschlagnahme werden dürfen im Wesentlichen nur Gegenstände, die als Beweismittel von Bedeutung sein können (Art. 46 Abs. 1 Bst a. VStrR). Hausdurchsuchungen dürfen nur im Beisein des Inhabers der betroffenen Räume und bestimmter Amtspersonen vorgenommen werden; in Fällen besonderer Dringlichkeit kann auf den Beizug von Amtspersonen verzichtet werden (Art. 49 Abs. 2 VStrR). Bei der Durchsuchung von Papieren ist mit grösster Schonung vorzugehen; insbesondere sollen Papiere nur dann durchsucht werden, wenn anzunehmen ist, dass sich Schriften darunter befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR). Berufs- und Geschäftsgeheimnisse sind zu wahren (Art. 50 Abs. 2 VStrR).

Artikel 42 KG schafft rechtsstaatlich einwandfreie Regeln für die Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbsbehörden für Verfahren nach dem Kartellgesetz.

2 Besonderer Teil

2.1 Normierungsbedarf

Die Bestimmungen des Luftverkehrsabkommens sind direkt anwendbar. Die EG-Kommission kann somit gestützt auf Artikel 11 Absatz 1 LVA rechtmässig Untersuchungsmassnahmen, wie sie in Artikel 14 der Verordnung 17/62 und in Artikel 11 der Verordnung 3975/87 vorgesehen sind, in der Schweiz vornehmen. Die Kommission unterrichtet die zuständige Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet die Nachprüfung vorgenommen werden soll, rechtzeitig vor der Nachprüfung über den Prüfungsauftrag und die Person des beauftragten Bediensteten. Es ist hingegen nicht erforderlich, dass eine schweizerische Behörde der EG-Kommission im Einzelfall die Durchführung von Untersuchungsmassnahmen erlaubt, und es ist nur dann Sache der Schweiz, die entsprechenden Untersuchungsmassnahmen für die EG-Kommission durchzuführen, wenn sie dies in Anwendung von Artikel 14 Absatz 6 der Verordnung 17/62 und Artikel 11 Absatz 6 der Verordnung 3975/87 wünscht.

Auf Grund dieser Bestimmungen ist die Schweiz verpflichtet, der EG-Kommission die erforderliche Unterstützung zur Durchführung der Nachprüfung zu gewähren, wenn sich ein Unternehmen der Nachprüfung widersetzt. Es ist dabei Sache der Schweiz festzulegen, welche Behörde für die Gewährung derartiger Unterstützung zuständig ist und nach welchem Verfahrensrecht sich der Erlass von Zwangsmassnahmen zu richten hat.

2.2

Erläuterung von Artikel 42a

Das Kartellgesetz ist durch einen neuen Artikel 42a zu ergänzen.

Einerseits wird die Wettbewerbskommission als die im Rahmen der Kompetenzregelung des Abkommens (s. Ziff. 1.2) «zuständige Behörde» im Sinne von Artikel 14 der Verordnung 17/62 und in Artikel 11 der Verordnung 3975/87 bezeichnet.

Andererseits sind für den Fall, dass sich in einem Verfahren nach Artikel 11 Absatz 1 des Abkommens ein Unternehmen der Nachprüfungsbefugnisse der EG-Kommission widersetzt, Zwangsmassnahmen zur Verfügung zu stellen. Dafür ist die Unterstützung der EG-Kommission durch die Wettbewerbskommission vorzusehen, wobei das Kooperationsverfahren zwischen diesen Behörden in der Weise geregelt wird, dass auf Ersuchen der EG-Kommission die in Artikel 42 KG vorgesehenen Untersuchungsmassnahmen vorgenommen werden können.

Mit dem Verweis auf die Regelung von Artikel 42 KG wird insbesondere klargestellt, dass Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen auf Grund einer Nachprüfungsentscheidung der EG-Kommission von einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission angeordnet werden müssen. Auch wenn in der Nachprüfungsentscheidung ausreichend darzulegen sein wird, dass ein Verstoss gegen die Artikel 8 und 9 des Luftverkehrsabkommens vorliegen dürfte, geht es beim Entscheid über die Durchführung von Zwangsmassnahmen nicht um die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Sachverhaltes, sondern darum, ob das Ersuchen der EG-Kommission den formellen Anforderungen entspricht und ob die verlangte Untersuchungsmassnahme nicht willkürlich oder unverhältnismässig ist.

Diese formellen Anforderungen und der Gegenstand der Prüfung – beispielsweise die ausreichende Autorisierung des Ersuchens und die örtliche und personenbezogene Spezifizierung der beantragten Untersuchungsmassnahmen – werden in einer Verordnung zu konkretisieren sein.

Hingegen rechtfertigt es sich, die Frage der Rechtsmittelordnung auf Gesetzesstufe zu klären und zwar mit Blick auf die Anordnung von Zwangsmassnahmen im Falle der verweigerten Kooperation des betroffenen Unternehmens. Grundsätzlich muss gegen Untersuchungsmassnahmen, welche die Wettbewerbskommission auf Ersuchen der EG-Kommission anordnet, ein Rechtsmittel offenstehen. Nun sieht das Gemeinschaftsrecht Beschwerdemöglichkeiten gegen die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Anordnung von Untersuchungsmassnahmen durch die EG-Kommission vor. Auch ein in der Schweiz domiziliertes Unternehmen, bei dem eine Untersuchungsmassnahme durchgeführt werden soll, kann demnach den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsmittelweg beschreiten. Deshalb liesse sich argumentieren, dass sich ein innerschweizerischer Rechtsmittelweg gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission, wonach die formellen Anforderungen des Ersuchens erfüllt seien, erübrige. Mit Blick auf die aus der Verfassung und der EMRK fließenden Verfahrensgarantien und aus souveränitätspolitischen Überlegungen ist jedoch vorzuziehen, mit einem Verweis auf Artikel 44 KG gegen derartige Verfügungen die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ausdrücklich zuzulassen.

Nachprüfungsbefugnisse der Kommission

Das Gemeinschaftsrecht umschreibt die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission wie folgt (vgl. Art. 14 VO 17/62 und Art. 11 VO 3975/87):

- (1) Die Kommission kann zur Erfüllung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben bei Unternehmen und Unternehmensvereinigungen alle erforderlichen Nachprüfungen vornehmen. Zu diesem Zweck sind die beauftragten Bediensteten der Kommission befugt,
 - die Bücher und sonstigen Geschäftsunterlagen zu prüfen;
 - Abschriften oder Auszüge aus Büchern und Geschäftsunterlagen anzufertigen;
 - mündliche Erklärungen an Ort und Stelle anzufordern;
 - alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel, die Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen benutzen, zu betreten.
- (2) Die beauftragten Bediensteten der Kommission üben ihre Befugnisse unter Vorlage eines schriftlichen Prüfungsauftrags aus, in dem der Gegenstand und der Zweck der Nachprüfung bezeichnet sind und in dem auf die in Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe c) vorgesehenen Zwangsmassnahmen für den Fall hingewiesen wird, dass die angeforderten Bücher oder sonstigen Geschäftsunterlagen nicht vollständig vorgelegt werden. Die Kommission unterrichtet die zuständige Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet die Nachprüfung vorgenommen werden soll, rechtzeitig vor der Nachprüfung über den Prüfungsauftrag und die Person des beauftragten Bediensteten.
- (3) Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sind verpflichtet, die Nachprüfungen zu dulden, welche die Kommission in einer Entscheidung angeordnet hat. Die Entscheidung bezeichnet den Gegenstand und den Zweck der Nachprüfung, bestimmt den Zeitpunkt des Beginns der Nachprüfung und weist auf die in Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe c) (Geldbussen) und Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe d) (Zwangsgelder) vorgesehenen Zwangsmassnahmen sowie auf das Recht hin, vor dem Gerichtshof gegen die Entscheidung Klage zu erheben.
- (4) Die Kommission erlässt die in Absatz 3 bezeichneten Entscheidungen nach Anhörung der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet die Nachprüfung vorgenommen werden soll.
- (5) Bedienstete der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet die Nachprüfung vorgenommen werden soll, können auf Antrag dieser Behörde oder auf Antrag der Kommission die Bediensteten der Kommission bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen.

- (6) Widersetzt sich ein Unternehmen einer aufgrund dieses Artikels angeordneten Nachprüfung, so gewährt der betreffende Mitgliedstaat den beauftragten Bediensteten der Kommission die erforderliche Unterstützung, damit diese ihre Nachprüfungen durchführen können. Zu diesem Zweck treffen die Mitgliedstaaten (spätestens am 31. Juli 1989 nach Anhörung der Kommission) die erforderlichen Massnahmen.