



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Evaluationsgruppe Kartellgesetz

Evaluation gemäss Art. 59a KG

Verfahrensrecht und EMRK Projektbericht P10/11

Im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements

Bern, 23. Dezember 2008

Zum vorliegenden Bericht:

- Zitiervorschlag: Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Verfahrensrecht und EMRK, Projektbericht P10/11 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008.
- Kommentare an: beat.zirlick@weko.admin.ch oder frank.stuessi@weko.admin.ch.

Inhaltsverzeichnis

A	Ausgangslage und Ziel	7
B	Themenbereiche	9
<i>B.1</i>	<i>Vorbemerkungen</i>	<i>9</i>
<i>B.2</i>	<i>Unabhängigkeit bzw. Unbefangenheit der WEKO</i>	<i>9</i>
B.2.1	Ausgangslage / Problemstellung	9
B.2.2	Trennung zwischen WEKO und Sekretariat	10
B.2.2.1	Institutionelle Trennung	10
B.2.2.2	Zeitliche Trennung	10
B.2.3	Lösungsansatz	11
B.2.3.1	Vorbemerkung	11
B.2.3.2	De lege lata	13
B.2.3.3	De lege ferenda	13
B.2.4	Empfehlung / Schlussfolgerung	15
B.2.5	Exkurs: Mitwirkung des Präsidiums bei Verwaltungs- und Sanktionsverfahren	16
B.2.5.1	Ausgangslage / Problemstellung	16
B.2.5.2	Lösungsansatz	16
B.2.5.3	Empfehlung / Schlussfolgerung	17
<i>B.3</i>	<i>Beweislastverteilung/Regeln der Beweisabnahme (Unschuldsvermutung)</i>	<i>18</i>
B.3.1	Ausgangslage / Problemstellung	18
B.3.1.1	Beweisführungslast und objektive Beweislast	18
B.3.1.2	Beweiswürdigung und erforderliches Beweismass	20
B.3.2	Lösungsansatz	21
B.3.2.1	De lege lata	21
B.3.2.2	De lege ferenda	22
B.3.3	Empfehlung / Schlussfolgerung	23
<i>B.4</i>	<i>Verbot des Selbstbelastungszwangs</i>	<i>24</i>
B.4.1	Ausgangslage/Problemstellung	24
B.4.1.1	Vorabklärung	24
B.4.1.2	Untersuchung	25
B.4.2	Lösungsansatz	26
B.4.2.1	Vorabklärung	28
B.4.2.2	Untersuchung	29
B.4.2.3	Kurze Hinweise auf die Praxis ausländischer Behörden	30
B.4.3	Empfehlung / Schlussfolgerung	32
B.4.4	Exkurs: Legal Privilege bei kartellrechtlichen Hausdurchsuchungen	32
<i>B.5</i>	<i>Rechtliches Gehör</i>	<i>33</i>

B.5.1 Ausgangslage / Problemstellung	33
B.5.2 Lösungsansatz	34
B.5.2.1 De lege lata	34
B.5.2.2 De lege ferenda	37
B.5.3 Empfehlung / Schlussfolgerung	37
<i>B.6 Dauer der Verfahren, Fristen</i>	38
B.6.1 Ausgangslage / Problemstellung	38
B.6.1.1 Vorbemerkungen	38
B.6.1.2 Verzögerungen durch das Sekretariat bzw. die WEKO	38
B.6.1.3 Verzögerungen durch die Parteien und Gerichtsferien	38
B.6.2 Lösungsansatz	39
B.6.2.1 Verzögerungen durch das Sekretariat bzw. die WEKO	39
B.6.2.2 Verzögerungen durch die Parteien und die Gerichtsferien	40
B.6.3 Empfehlung / Schlussfolgerung	41
B.6.3.1 Verzögerungen durch das Sekretariat bzw. die WEKO	41
B.6.3.2 Verzögerungen durch die Parteien und die Gerichtsferien	41
<i>B.7 Massenverfahren</i>	42
B.7.1 Ausgangslage / Problemstellung	42
B.7.2 Lösungsansatz	42
B.7.2.1 EU-Recht	42
B.7.2.2 Schweizer Recht	43
B.7.3 Empfehlung/Schlussfolgerung	44
<i>B.8 Einvernehmliche Streitbeilegung</i>	44
B.8.1 Ausgangslage / Problemstellung	44
B.8.1.1 Begriff und bisherige Bedeutung der einvernehmlichen Streitbeilegung	44
B.8.1.2 Bedeutung im neuen Recht	45
B.8.2 Lösungsansatz	46
B.8.2.1 De lege lata	46
B.8.2.2 De lege ferenda	47
B.8.3 Empfehlung / Schlussfolgerung	47
<i>B.9 Sofortige Vollstreckbarkeit</i>	48
C Änderungen des Verfahrensrechts	50
<i>C.1 Integrale Änderung (Anwendung anderer Verfahrensrechte)</i>	50
C.1.1 Allgemeines	50
C.1.2 VStrR	50
C.1.3 StPO	51
C.1.4 Erlass eines neuen, separaten „Kartellverfahrensgesetzes“	52

C.2	<i>Punktuelle Änderungen (KG/VwVG)</i>	53
D	Diskussion neuer Instrumente	60
D.1	<i>Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs/Überwachung mit technischen Geräten</i>	60
D.2	<i>Verdeckte Ermittlung</i>	61
D.3	<i>Schutz von „Whistleblowern“</i>	61
D.4	<i>Verdeckte Online-Durchsuchungen</i>	63
D.5	<i>Beobachter</i>	63
D.6	<i>„Plea Bargaining“</i>	64
D.7	<i>Sanktionierung von natürlichen Personen</i>	65
D.8	<i>Antitrust Compliance-Programme als „Exkulpationsgrund“</i>	66
D.9	<i>Zivilrechtliches Verfahren und „Punitive Damages“</i>	68
E	Gesetzliche Grundlagen	69
F	Beantwortung der aufgeworfenen Fragen, Schlussfolgerungen	71
G	Literaturverzeichnis	75

A Ausgangslage und Ziel

1. Der vorliegende Einzelbericht¹ zum Thema „**Verfahrensrecht und EMRK**“² (Projektbericht 10/P11) ist Teil einer umfassenden Evaluation des Kartellgesetzes (KG)³ gemäss Art. 59a KG. Die Evaluation des Kartellgesetzes bezieht sich auf fünf Ebenen:

- Konzept (Ziele und Instrumente) des Kartellgesetzes (**Konzept**): Qualität und Mängel des Kartellgesetzes mit seinen modifizierten Bestimmungen und neuen Instrumenten, rechtliche Erlasse, die mit dem Kartellgesetz in Verbindung stehen.
- Anwendung des Kartellgesetzes (**Vollzug**): insbesondere Organisation, Management der Wettbewerbsbehörden, Verfahrensdauer.
- Von Behörden erbrachte Leistungen (**Output**): Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden wie Schlussberichte, Verfügungen, einvernehmliche Regelungen gemäss Art. 26 und 29 KG, Bekanntmachungen, Beratungen, Einigungen mit Unternehmen ausserhalb von Verfahren, Gutachten, Informationsaustausch mit nationalen und internationalen Behörden, Rechtsmittelverfahren und entsprechende Stellungnahmen, Informationspolitik.
- Wirkungen bei Adressaten des Kartellgesetzes in der Wirtschaft (**Impact**): Wirkung bei Betroffenen infolge von Eingriffen der Wettbewerbsbehörden (Entscheide nach Art. 5, 7 und 9 f. KG in Verfahren nach Art. 26 und 27 KG bzw. in Prüfungen der Phasen I und II nach Art. 32 f. KG), Wirkung der neuen Instrumente (Sanktionsmöglichkeiten, Hausdurchsuchungen, Bonusregelung und Widerspruchsverfahren) sowie der modifizierten Bestimmungen bei Betroffenen und in den Märkten.
- Wirkung bei weiteren Betroffenen (z. B. Konsumenten/innen) und volkswirtschaftliche Wirkungen (**Outcome**): Wirkung der Bestimmungen und Instrumente des Kartellgesetzes, d. h. Förderung von Wettbewerb und Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, Erhöhung der statischen und dynamischen Effizienz (höhere Wohlfahrt) in der schweizerischen Volkswirtschaft, Wirtschaftswachstum.

2. Das Projekt „**Verfahrensrecht und EMRK**“ ist der Ebene „**Konzept**“ zuzuordnen. Gemäss Pflichtenheft zur Evaluation sind in diesem Projekt die folgenden Fragen zu beantworten:

- Genügt das aktuelle Verfahrensrecht den Anforderungen von kartellrechtlichen Verfahren (P10)?
- Wie lassen sich die allfälligen verfahrensrechtlichen Probleme lösen (P10)?
- Ist allenfalls für kartellrechtliche Verfahren ein separates Verfahrensrecht angebracht (P10)?
- Ergeben sich aus der EMRK (verfahrensrechtliche) Probleme in der Anwendung des Kartellgesetzes (P11)?
- Gibt es einen gesetzlichen Anpassungsbedarf (P11)?

3. **Ziel des Projekts** ist die Beantwortung der oben aufgeführten Fragen mittels einer internen Analyse des Verfahrensrechts im Kontext der Anforderungen an ein effizientes Verfahren sowie der EMRK. Eine provisorische Form des vorliegenden Berichts wurde dem

¹ Diesen Bericht erstellten Christoph Tagmann, Beat Zirlick, Simon Bangerter, Claudia Siebert und Katrin Emmenegger (Mitarbeitende des Sekretariates der Wettbewerbskommission).

² Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

³ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

Bundesamt für Justiz (BJ) Anfang 2008 vorgelegt und dessen Stellungnahme eingearbeitet⁴. Der Bericht soll eine Übersicht über die Problemstellungen geben und mögliche Lösungsansätze aufzeigen. Aufgrund der Komplexität der Materie ist eine abschliessende Beurteilung sämtlicher verfahrensrechtlicher Aspekte nicht möglich. Das Papier befasst sich daher in erster Priorität mit den nach Meinung der Arbeitsgruppe wichtigsten Themen- und Problembereichen.

4. Das Schwergewicht der Arbeit liegt auf den grundsätzlichen Verfahrensfragen, die sich aus der EMRK ableiten lassen bzw. im Zusammenhang mit den Anforderungen an ein effizientes Verfahren stehen. Im Vordergrund stehen dabei die Verteidigungsrechte der Verfahrensbeteiligten sowie verfahrensrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Verhängung direkter Sanktionen (Art. 26 ff. und 49a ff. KG)⁵. Damit sind insbesondere folgende Themenbereiche angesprochen: Unschuldsvermutung, Selbstbelastungsverbot, rechtliches Gehör, Unabhängigkeit der WEKO, Verfahrensdauer (insbesondere Fristen), Bedeutung der einvernehmlichen Streitbeilegung etc. Daneben stehen aber auch die analoge (integrale) Anwendung anderer bestehender Verfahrensrechte (z. B. VStrR⁶, Schweizerische Strafprozessordnung [StPO]) oder punktuelle Änderungen im Kartellgesetz bzw. im Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)⁷ zur Diskussion. Schliesslich werden mögliche neue, zusätzliche verfahrensrechtliche Instrumente (z. B. Punitive Damages, Plea Bargaining, V-Mann, Telefonabhörung etc.) diskutiert.

⁴ Vgl. Bundesamt für Justiz (BJ), Stellungnahme vom 6.3.2008 zur Evaluation Kartellgesetz, Verfahrensrecht und EMRK.

⁵ Nicht bzw. nur am Rande Gegenstand des vorliegenden Berichts sind zivilrechtliche Verfahren (Art. 12 ff. KG) und Strafverfahren (Art. 54 ff. KG).

⁶ Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0).

⁷ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021).

B Themenbereiche

B.1 Vorbemerkungen

5. Die Behandlung der nachfolgenden Themenbereiche entspricht der vorangehenden Fragestellung. Der Bericht soll eine Übersicht über die Problemstellungen geben und mögliche Lösungsansätze aufzeigen. Eine abschliessende Beurteilung sämtlicher verfahrensrechtlicher Aspekte ist aufgrund der Komplexität der Materie nicht möglich.

6. Obwohl sie im Kartellgesetz als verwaltungsrechtliche Sanktionen konzipiert sind, dürfen die neuen Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG – gleich wie übrigens auch die Sanktionen nach Art. 50–52 KG – aufgrund der Art und der Schwere der Sanktionsdrohung als strafrechtliche bzw. strafrechtsähnliche Sanktionen i. S. v. Art. 6 EMRK zu betrachten sein⁸. Dies führt dazu, dass die verfahrensrechtlichen Garantien dieses Artikels (fair trial) zu beachten sind. Wenn im Folgenden strafprozessuale Prinzipien wie die Unschuldsvermutung oder das Selbstbelastungsprivileg diskutiert werden, so geschieht dies stets mit Blick auf die aus Art. 6 EMRK fliessenden Anforderungen an ein faires Verfahren. Dass die Sanktionen nach schweizerischem Recht grundsätzlich als verwaltungsrechtlich konzipiert sind, soll damit nicht in Frage gestellt werden.

B.2 Unabhängigkeit bzw. Unbefangenheit der WEKO

B.2.1 Ausgangslage / Problemstellung

7. Ein zentrales Merkmal der WEKO ist ihre Unabhängigkeit. In Art. 19 Abs. 1 KG wird ausdrücklich festgehalten, dass die WEKO von den Verwaltungsbehörden unabhängig ist. Dies bedeutet, dass sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben *nicht an Weisungen* des Bundesrates, des Departements oder anderer Verwaltungsbehörden *gebunden* ist. Sie ist nicht in der Hierarchie der Bundesverwaltung eingegliedert und untersteht keiner direkten Aufsicht (Art. 24 RVOV⁹)¹⁰. Die Unabhängigkeit gemäss Art. 19 Abs. 1 KG erstreckt sich auch auf das Sekretariat der WEKO¹¹.

8. Die Frage nach der Unabhängigkeit bzw. Unbefangenheit der Wettbewerbsbehörden hat mit der Einführung der direkten Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG neue Aktualität gewonnen. Die neuen Sanktionen dürften, wie gesagt¹², als strafrechtliche Sanktionen im Sinne von Art. 6 EMRK gelten, weshalb die verfahrensrechtlichen Garantien dieses Artikels (fair trial) zu beachten sind. Dazu gehört namentlich das Recht, dass über die „strafrechtliche Anklage“ durch ein unabhängiges und unbefangenes Gericht befunden wird. Der Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht ergibt sich auch aus Art. 30 Abs. 1 BV¹³. Dieser Anspruch kann namentlich dadurch verletzt werden, dass eine Richterin oder ein Richter bereits in einem früheren Zeitpunkt mit der konkreten Streitsache zu tun hatte (sog. *Vorbefassung*).

⁸ Daran ändert auch die gesetzliche Bezeichnung als verwaltungsrechtliche Sanktionen nichts. Vgl. zum Ganzen WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, 206; REINERT in: SHK-Kartellgesetz, Art. 49a N 3, KOBEL, 1154; BORER, Art. 49a N 2; ZÄCH, Rn 1105; WASER, 125 ff.; SPITZ, 556; HANGARTNER, Aspekte, 269; TAGMANN, 84 ff.; ZIMMERLI, 449 ff., wobei einige Autoren sogar von eigentlichem Strafrecht sprechen; a.M. VON BÜREN, 197, KOUMBARAKIS, Rn 114, die davon ausgehen, dass es sich um eine reine verwaltungsrechtliche Norm handle; vgl. auch Botschaft KG 2003, BBl 2002 2034.

⁹ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25.11.1998 (RVOV; SR 172.010.1).

¹⁰ Vgl. BILGER, 24.

¹¹ Vgl. BORER, Art. 19 N 2; SCHMIDHAUSER, Art. 23 N 17.

¹² Vgl. Rn 6 m.Nw.

¹³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

9. Aufgrund von Art. 19 Abs. 1 KG ist die WEKO von den Verwaltungsbehörden unabhängig. Zu prüfen ist hingegen, inwiefern die funktionalen und organisatorischen Verflechtungen zwischen der WEKO und ihrem Sekretariat die Unabhängigkeit und Unbefangenheit der WEKO in Frage stellen.

B.2.2 Trennung zwischen WEKO und Sekretariat

B.2.2.1 Institutionelle Trennung

10. Untersuchungsbehörde ist gemäss Art. 23 KG das Sekretariat. Entscheidbehörde dagegen die WEKO (Art. 18 Abs. 3 KG). Im Kartellgesetz ist zur Eröffnung einer Untersuchung (Art. 27 KG) bei der Anordnung von Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen (Art. 42 Abs. 2 KG) sowie beim Erlass verfahrensleitender Verfügungen (Art. 23 Abs. 1 KG) die Mitwirkung eines Mitglieds des Präsidiums der WEKO vorgesehen. Insofern sieht das Gesetz eine relativ klare Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde vor¹⁴.

11. Dieses Bild wird jedoch bereits im Geschäftsreglement (GR)¹⁵ relativiert: Gemäss Art. 8 lit. b GR beaufsichtigt der Präsident die Geschäftsführung des Sekretariates und gemäss Art. 12 GR kann das Sekretariat wichtige Fragen schon vor oder unabhängig von einer Antragstellung mit der Kommission, der Kammer¹⁶ oder dem Präsidium diskutieren. Gemäss Art. 17 Abs. 2 GR können Kommissionsmitglieder an den Untersuchungshandlungen des Sekretariates, insbesondere an Anhörungen und Zeugeneinvernahmen, teilnehmen. Kommission und Kammern können das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen (Art. 17 Abs. 3 GR) oder die Verfahrensbeteiligten selbst anhören (Art. 17 Abs. 4 GR). Unklar ist, ob diese beiden letzten Absätze nur im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG (d. h. nach dem Antrag des Sekretariates an die Kommission) in Frage kommen oder in den wettbewerbsrechtlichen Verfahren allgemeine Gültigkeit haben (Art. 17 GR trägt den Titel „Vorabklärungen und Untersuchungen“).

12. In der Praxis findet in Übereinstimmung mit dem GR keine strikte Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde statt. Die in Art. 12 GR vorgesehene Möglichkeit, wichtige Fragen mit der Entscheidbehörde zuvor oder unabhängig von einer Antragstellung zu diskutieren, wird stark genutzt.

B.2.2.2 Zeitliche Trennung

13. Das Sekretariat schliesst seine Untersuchungshandlungen mit der Antragstellung an die WEKO gemäss Art. 30 Abs. 1 KG ab. Die Antragstellung kann als Zeitpunkt betrachtet werden, in welchem der Übergang vom Untersuchungs- zum Entscheidstadium stattfindet.

14. Mit der Antragstellung beginnt das Entscheidstadium vor der WEKO. Gemäss Art. 30 Abs. 2 KG können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariates Stellung nehmen, bevor die WEKO ihren Entscheid trifft. „Die Stellungnahmen der Beteiligten [...] müssen, auch wenn sie beim Sekretariat eingereicht werden, unmittelbar und unverändert der WEKO vorgelegt werden“¹⁷.

15. Die WEKO kann eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen (Art. 30 Abs. 2 KG). Mittels der sog. Hearings kann

¹⁴ Unklar ist allerdings die Tragweite von Art. 53 KG, welcher in der bisherigen Praxis jedoch noch keine grosse Rolle gespielt hat (vgl. zu diesem Spezialproblem unten Rn 36 ff.).

¹⁵ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1.7.1996 (GR; SR 251.1).

¹⁶ Seit der Verkleinerung der Kommission per 1.1.2008 von 15 auf 12 Mitglieder ist die WEKO nicht mehr in Kammern organisiert. Aufgaben, die bisher den Kammern zufielen, werden seither vom Plenum oder vom Präsidium wahrgenommen.

¹⁷ BORER, Art. 30 N 6. Vgl. auch Kapitel B.5 zum rechtlichen Gehör.

sich die WEKO unmittelbar ein eigenes Bild vom Sachverhalt verschaffen. In besonderen Fällen kann mit den Hearings auch dem Anspruch auf rechtliches Gehör der Parteien nachgekommen werden. Mit der Durchführung zusätzlicher Untersuchungsmassnahmen kann ausschliesslich das Sekretariat beauftragt werden; die WEKO hat keine Möglichkeit, diese Massnahmen selbst durchzuführen.

16. Auch im Entscheidstadium kommen dem Sekretariat diverse Kompetenzen zu, und es nimmt verschiedene Aufgaben wahr: Einerseits vertritt es in einem gewissen Sinne seinen Antrag vor der Kommission und tritt somit als Vertretung der Anklage auf, vergleichbar mit der Staatsanwaltschaft. Andererseits ist die Stellung des Sekretariates während des Entscheidstadiums auch vergleichbar mit derjenigen eines Gerichtsschreibers. Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. d GR nimmt der Direktor des Sekretariates zusammen mit den von ihm bestimmten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern an den Beratungen über den Antrag teil und liefert alle verlangten Informationen. Das Sekretariat besorgt die Protokollführung und redigiert die Verfügung, d. h. in der Praxis, dass das Sekretariat den eigenen Antrag gemäss den Beschlüssen der WEKO abändert, bis die WEKO endgültig über die Verfügung entscheidet. Im Anschluss an den Entscheid der WEKO erfolgt die Schlussredaktion gemäss den Vorgaben des Präsidenten. Die Kompetenz für diese Änderungen nach dem Schlussentscheid stützt sich auf Art. 16 Abs. 2 GR („Das zuständige Präsidiumsmitglied genehmigt die redaktionelle Ausfertigung aller Beschlüsse“). Das Sekretariat ist danach auch für den Versand und den Vollzug des Entscheides zuständig.

B.2.3 Lösungsansatz

B.2.3.1 Vorbemerkung

17. Die institutionelle/organisationsrechtliche Frage, ob die WEKO ein Gericht im Sinne der EMRK darstellt, ist in der Lehre umstritten¹⁸. Deren Beantwortung hängt wesentlich davon ab, ob die Trennung der Kompetenzen zwischen dem Sekretariat und der WEKO als ausreichend qualifiziert wird¹⁹.

18. Weiter kommt es darauf an, ob die Unabhängigkeit der WEKO durch den Einsitz von Interessenvertretern in Frage gestellt wird. Während diesbezüglich teilweise Kritik geäussert und gefordert wird, die Mitglieder sollten sowohl wirtschaftlich als auch politisch unabhängig sein²⁰, sehen andere hierin kein Problem²¹. Das Gesetz selber impliziert in Art. 18 Abs. 2 und 2^{bis}, dass der WEKO neben unabhängigen Sachverständigen auch Interessenvertreter angehören dürfen. Nach Ansicht des BJ verliert die WEKO – konventionsrechtlich gesprochen – jedenfalls die Unabhängigkeit bzw. Unbefangenheit nicht allein dadurch, dass Interessenver-

¹⁸ Bejahend z. B. WASER, 141 f.; SOMMER/RAEMY, 759; vgl. auch die Botschaft KG 2003, BBl 2002 2052, die diesbezüglich keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sah; verneinend z. B. KOBEL, 1157; HANGARTNER, Aspekte, 271; auch das BJ (zit. in Fn 4), S. 2, neigt dazu, die WEKO nicht als Gericht zu qualifizieren.

¹⁹ Bejahend WASER, 141, da die Anordnung *einzelner Massnahmen* gemäss EGMR *nicht* genügen, um Art. 6 Abs. 1 EMRK zu verletzen, m.Hw. auf Morel/Frankreich, EGMR Urteil vom 6.6.2000, Report of Judgments and Decisions 2000-VI, §§ 40 ff.; Nortier/Niederlande, EGMR Urteil vom 24.8.1993, Serie A, Nr. 267, §§ 33 ff.; sinngemäss auch SOMMER/RAEMY, 759. Nur für den Fall, dass die WEKO (bzw. einzelne Mitglieder) aktiv am *gesamten* Untersuchungsverfahren und am nachfolgenden Entscheid teilnehmen würde, könnte die WEKO allenfalls nicht mehr als unabhängig bzw. unparteiisch bezeichnet werden, vgl. WASER, 141; SOMMER/RAEMY, 759.

²⁰ Vgl. OECD/OCDE, Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation, Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation – La réforme de la réglementation en Suisse, 2006, S. 57;

²¹ Verneinend WASER, 140 f., mit Hinweis auf Ringeisen/Österreich, EGMR Urteil vom 16.7.1971, Serie A., Nr. 13, § 97; BJ (zit. in Fn 4), S. 2 f.

treter einsetzen²². Es gilt indessen zwei Einschränkungen zu beachten: Einerseits müssen „die Mehrheit der Mitglieder“ unabhängige Sachverständige sein (bei zur Zeit 12 Mitgliedern also mindestens 7). Andererseits gelten auch für „nicht unabhängige Sachverständige“ die Ausstandsregeln von Art. 22 KG und Art. 10 VwVG. Wenn auch die heutige Lösung mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist, so wäre es de lege ferenda doch zu begrüssen, wenn Kommissionsmitglieder weniger Vertreter spezifischer wirtschaftlicher oder politischer Interessen als vielmehr unabhängige Sachverständige wären.

19. Im Ergebnis ist zweitrangig, ob die WEKO ein unabhängiges Gericht i. S. v. Art. 6 EMRK ist oder nicht: Entscheidend ist, dass die Angelegenheit überhaupt vor eine Instanz gebracht werden kann, die den Anforderungen an ein Gericht entspricht²³. Da die Anforderungen an das Gericht und die Verfahrensrechte nach EMRK im gesamten Verfahren grundsätzlich nur, aber immerhin, *einmal* erfüllt sein müssen, genügt es, wenn diese auch erst vor der oberen Instanz, d. h. im Kartellverfahren vor dem BVGer, erfüllt werden.²⁴ Vorausgesetzt wird in diesem Fall jedoch, dass die obere Instanz über *volle Kognition* verfügt, d. h. einen Sachverhalt sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht voll überprüfen kann.²⁵ Dies trifft gemäss Art. 39 KG i. V. m. Art. 49 VwVG auf das BVGer zu.²⁶ Darüber hinaus wird gefordert, dass die richterliche Instanz (das BVGer) von ihrer vollen Kognition auch *tatsächlich* Gebrauch macht. Dies trifft nach der hier vertretenen Ansicht tendenziell auf die neueren Fälle zu²⁷, auch wenn sich die ehemalige REKO/WEF bei Ermessensentscheiden in der Vergangenheit eher eine gewisse Zurückhaltung auferlegt hatte²⁸. Aus Sicht der EMRK ist jedoch weniger relevant, wie das BVGer als Gericht seine Kognition im Einzelfall wahrnimmt, als vielmehr, ob es das Recht hat, mit voller Kognition zu prüfen²⁹. Es ist denn auch unbestritten, dass das BVGer (und auch die vorgängige REKO/WEF) ein unabhängiges Gericht im Sinne der EMRK darstellt³⁰. Selbst wenn der WEKO die nötige institutionelle Unabhängigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK abgesprochen würde, wäre davon auszugehen, dass dieser Mangel vor der oberen Instanz, dem BVGer, *geheilt* werden kann.

20. Die Fragen, ob die WEKO in diesem Sinne unabhängig ist bzw. ob eine Heilung des Mangels nötig ist, sind nicht restlos geklärt. Sie ist im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens („Swisscom Terminierungsgebühren“) vor dem BVGer hängig. Nur im – sehr unwahrscheinlichen – Fall, dass die Rechtsmittelinstanzen die Ansicht vertreten, weder genüge die WEKO den genannten Anforderungen, noch könne dieser Mangel vor dem BVGer geheilt werden, hätte dies organisatorische und institutionelle Anpassungen im Kartellgesetz zur Folge, welche umfangreich sein dürften.

²² BJ (zit. in Fn 4), S. 2 f.

²³ Vgl. auch das BJ (zit. in Fn 4), S. 2.

²⁴ Vgl. VILLIGER, Rz. 412; HANGARTNER, Aspekte, 271.

²⁵ Vgl. VILLIGER, Rz. 427.

²⁶ Statt vieler LORENZ KNEUBÜHLER, Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Spruchkörperbestimmung und Kognition, in: Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, Ehrenzeller/Schweitzer (Hrsg.), St. Gallen 2008, S. 294 ff., insb. 304 ff.

²⁷ Vgl. z. B. BVGer, Urteil B-2157/2006 vom 3.10.2007; RPW 2006/4, 698 ff.; RPW 2006/2, 310 ff.; RPW 2005/4, 672 ff.; RPW 2005/3, 505 ff.

²⁸ Vgl. zur älteren zurückhaltenderen Praxis z. B. RPW 1998/4, 655 ff., insb. 677; RPW 2000/3, 461 ff., insb. 476; RPW 2002/4, 698 ff., insb. 723; RPW 2005/3, 530 ff., insb. 556 f.; RPW 2005/4, 704 ff., insb. 707. Vgl. dazu auch die nicht ganz eindeutigen Vorgaben der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 130 II 449 ff., 451, E.4.1; BGE 131 II 680, 684 f., E.2.3.3, m.w.Nw.

²⁹ Nähme das BVGer seine volle Kognition aus der Sicht der betroffenen Parteien nicht genügend wahr, so müssten sie dies in einem Rechtsmittelverfahren gegen den Entscheid des BVGer geltend machen.

³⁰ Vgl. z. B. WASER, 142; HANGARTNER, Aspekte, 271 f.; BJ (zit. in Fn 4), S. 2.

B.2.3.2 De lege lata

21. Bezüglich Unabhängigkeit der Kommissionsmitglieder wäre erstrebenswert, dass der Bundesrat bei der Ernennung von neuen Mitgliedern nur noch *unabhängige* Sachverständige berücksichtigt. Selbst wenn dieses Verhalten dem historischen Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen dürfte, widerspricht es nicht dem Wortlaut des geltenden Gesetzes (das KG sieht nur vor, dass Interessenvertreter ernannt werden dürfen, nicht aber müssen).

22. Trotz der erwähnten Möglichkeit, dass allfällige Mängel im Verfahren vor der WEKO im Rechtsmittelverfahren geheilt werden könnten, sind solche Mängel nach Möglichkeit zu verhindern. Zu diesem Zweck sollte die Einflussnahme der WEKO auf das Sekretariat betreffend Untersuchungsfragen auf das im Kartellgesetz vorgesehene Minimum beschränkt werden. Umgekehrt ist im Entscheidstadium die WEKO für das Verfahren zuständig und nicht mehr das Sekretariat. Dieses hat nur noch eine ausführende Funktion. Wichtig ist dabei eine klare zeitliche Trennung der beiden Verfahrensstadien. Dabei sollte der im Gesetz vorgesehene Zeitpunkt des Antrages des Sekretariates massgebend sein.

23. Die Entscheidbehörde sollte keinen Einfluss auf die Ausarbeitung des Antrags nehmen. Das Sekretariat verfügt auch über die Kompetenz, den eigenen Antrag allenfalls aufgrund der Stellungnahmen zu überarbeiten und ihn den Beteiligten zur erneuten Stellungnahme zuzusenden. Im Entscheidstadium hingegen obliegt die Verfahrensführung allein der WEKO: Sie hat zu entscheiden, ob sie – soweit erforderlich – das rechtliche Gehör zusätzlich mittels Hearings oder durch die Anordnung weiterer Untersuchungsmassnahmen, welche vom Sekretariat im Auftrag der WEKO durchgeführt werden, sicherstellen will.

24. Heute ist die Abgrenzung der Kompetenzen von Sekretariat und WEKO bisweilen entweder nicht klar oder aber so durchlässig, dass sie Übergriffe zulässt, weshalb zu fordern ist, dass die Bestimmungen des GR zukünftig möglichst restriktiv ausgelegt werden. Diskussionen gemäss Art. 12 Abs. 2 GR sollen auf Grundsatzthemen beschränkt werden. Dadurch kann sichergestellt werden, dass das Sekretariat in seinen Untersuchungen nicht Positionen vertritt, für die es dann bei der Entscheidbehörde keinen grundsätzlichen Rückhalt hat. Hingegen muss die Verfahrensführung im konkreten Fall beim Sekretariat liegen. Bei konkreten Verfahrensfragen (z. B. Fristen, Untersuchungsmassnahmen etc.) sollte die Mitwirkung auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in welchen für den Erlass einer verfahrensleitenden Verfügung das Einverständnis des jeweiligen Präsidiumsmitglieds notwendig ist. Bezüglich Art. 8 lit. b GR gilt es zu bemerken, dass die frühere REKO/WEF die gesamte WEKO und nicht den Präsidenten als Aufsichtsbehörde des Sekretariates erachtete (RPW 2004/2, 639). Dabei sollte die WEKO ihren Einfluss auf die Geschäftsführung des Sekretariates auf diejenigen Fragen beschränken, welche klarerweise Aufgabe der Aufsichtsbehörde bilden (namentlich die Behandlung von Aufsichtsbeschwerden).

25. Schliesslich sollte bei der Schlussredaktion des Entscheides Art. 16 Abs. 2 GR beachtet werden. Dieser Artikel beinhaltet keine Kompetenz des Präsidiums, den durch die Kommission beschlossenen Verfügungstext nach Belieben zu ändern, sondern betrifft einzig redaktionelle Korrekturen. Wesentliche Änderungen in der Begründung oder gar im Dispositiv würden die Funktion der Gesamtkommission als Entscheidgremium in Frage stellen.

B.2.3.3 De lege ferenda

Variante 1: Trennung der Behörden

26. Es wäre denkbar, Untersuchungs- und Entscheidbehörde konsequent zu trennen. Dem Sekretariat käme eine vergleichbare Rolle zu, welche die Staatsanwaltschaft im „Staatsan-

waltschaftsmodell II“ im Strafprozess wahrnimmt³¹: Das Sekretariat wird – gewissermassen als spezialisierte Staatsanwaltschaft für Wettbewerbsverstösse – Leiterin des Vorverfahrens („Vorabklärung“), führt die Untersuchung, erhebt die Anklage („Antrag“) und vertritt diese vor dem Gericht (der WEKO). Die WEKO ihrerseits wird zu einem eigentlichen Spezialgericht, vor dem ein kontradiktorisches Verfahren stattfindet.

27. Eine derartige Änderung würde einen grossen Anpassungsbedarf im Bereich des Verfahrens- und Organisationsrechts nach sich ziehen. Die Behördenorganisation und das Verfahren müssten sich vermehrt am Strafprozessrecht orientieren. Zudem müsste eine Professionalisierung der WEKO ins Auge gefasst werden, und der WEKO müssten eigentliche Gerichtsschreiber zur Seite gestellt werden.

28. Vorteile dieser Variante wären:

- die Konformität mit Bundesverfassung und EMRK bereits vor der ersten Entscheidungsinstanz, d. h. eine optimale Wahrung der Parteirechte;
- das Widerspiegeln der materiellen Rechtsänderungen im Verfahrensrecht, d. h., es stellt sich die Frage, ob das Strafprozessrecht nicht die besseren Antworten für die neuen Fragen (Hausdurchsuchungen, Einvernahmen, ne bis in idem etc.) liefert als das VwVG;
- klare Aufgabenteilung;
- die Professionalisierung der WEKO ist eine langjährige, wenn auch immer noch aktuelle Forderung von Expertengruppen, der Lehre und internationalen Organisationen³². Es ist fraglich, ob das Milizsystem heute noch zeitgerecht ist, da die Anzahl, der Umfang und die Komplexität der Fälle zugenommen haben. Die Professionalisierung würde auch die Verkleinerung der Kommission sowie den Übergang zu einer reinen Fachkommission – d. h. ohne Interessenvertreter – erlauben. Bisher haben sich sämtliche Bestrebungen zur Professionalisierung als politisch nicht durchsetzbar erwiesen.

29. Als Nachteile können demgegenüber genannt werden:

- höhere Kosten, erhöhter Personalbedarf: während heute die Entscheidredaktion durch diejenigen Sekretariatsmitglieder erfolgt, welche aufgrund der Untersuchung bereits fundierte Dossierkenntnis haben, müssten bei einer Trennung der Zuständigkeiten der WEKO „unabhängige“ Gerichtsschreiber zugeordnet werden, welche sich zuerst in das Dossier einzuarbeiten hätten;
- längere Verfahrensdauer: infolge der Trennung müssten sich sowohl die der Untersuchungs- als auch die der Entscheidbehörde unterstellten Personen fundiert mit dem Dossier befassen, wobei letztere erst mit der Antragstellung durch das Sekretariat Zugriff auf das Dossier erhielten, weshalb vom Zeitpunkt der Antragstellung bis zur Schlussredaktion der Verfügung mehr Zeit vergehen würde als heute;
- gegen eine Professionalisierung wird jeweils der Verlust des Praxisbezugs vorgebracht³³.

³¹ Dies ist das Modell, welches im Rahmen der Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes gesamtschweizerisch gelten wird (vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1085, 1103 ff.).

³² Vgl. Botschaft KG 62, BBl 1961 II 601; Botschaft KG 95, BBl 1995 I 492, 596; Botschaft KG 2003, BBl 2002 2030 ff.; Bericht OECD (zit. in Fn 20), S. 57; Interpellation Baumann [06.3237] v. 11.5.06 zur Organisationsstruktur der WEKO; BORER, Die Volkswirtschaft 2006/5, 22; SAURER, 23.

³³ Vgl. Amtl. Bull. NR 2002, 1446 f.

Variante 2: Einheitsbehörde

30. Wird davon ausgegangen, dass die Anforderung der BV und EMRK erst in zweiter Instanz, d. h. vor dem BVGer sichergestellt sind, so könnte die Entscheidungsbefugnis direkt an das Sekretariat übergeben und die WEKO aufgelöst werden bzw. Sekretariat und WEKO völlig zu einer einzigen Behörde verschmolzen werden. Da sich kartellrechtliche Verfahren auch gegen öffentliche Unternehmen richten können, müsste eine solche Wettbewerbsbehörde zur Vermeidung von Interessenkonflikten wie heute von der übrigen Verwaltung unabhängig sein. Nachteil dieser Variante wäre eine allenfalls verminderte Akzeptanz des erstinstanzlichen Entscheides seitens der Unternehmen und der Bevölkerung, da der Entscheid nicht mehr von einem unabhängigen Miliz-Gremium von Fachexperten gefällt würde, sondern von einer reinen Verwaltungsbehörde. Der Vorteil dieser Variante würde im erheblich einfacheren Verfahren liegen, da der Wechsel des Dossiers vom Sekretariat zur WEKO und der dazugehörige aufwändige Informationstransfer entfallen würden.

Variante 3: Trennung der Verfahrensstadien

31. Durch Änderungen des GR könnte relativ einfach auf Verordnungsstufe eine striktere Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidstadium vorgesehen werden. Es wären namentlich die oben erwähnten Bestimmungen derart anzupassen, dass der Kommission keine über die im Kartellgesetz vorgesehene Mitwirkung hinausgehenden Einflussmöglichkeiten gegenüber dem Sekretariat zukommen.

Variante 4: keine Änderungen

32. Schliesslich kann auch die Auffassung vertreten werden, aufgrund der EMRK-Konformität des aktuellen Verfahrens seien gar keine Änderungen de lege ferenda notwendig.

B.2.4 Empfehlung / Schlussfolgerung

33. Welche der möglichen Varianten gewählt wird, ist letztlich eine politische Frage. Es geht darum zu entscheiden, ob die Politik eine einzige Behörde, welche Untersuchungs- und Entscheidfunktion wahrnimmt, oder ob sie weiterhin ein professionalisiertes Sekretariat und eine aus Sachverständigen zusammengesetzte Miliz-Kommission („Gericht“) für die Entscheidung bevorzugt.

34. Um den Anschein einer Befangenheit bzw. eine Vorbefassung im Einzelfall auf ein Minimum zu reduzieren, erscheinen – unabhängig von der institutionellen bzw. organisationsrechtlichen Frage – folgende beiden Punkte generell empfehlenswert: Einerseits sollte der Bundesrat anstatt Vertreter spezifischer wirtschaftlicher oder politischer Interessen vorzugsweise unabhängige Sachverständige als WEKO-Mitglieder ernennen. Andererseits sollte im Gesetz, in einer Verordnung oder im Geschäftsreglement möglichst Klarheit geschaffen werden über die Abgrenzung der Kompetenzen von Sekretariat und WEKO.

35. Das Untersuchungs- und das Entscheidstadium können, falls erwünscht, bereits heute weitgehend von einander getrennt werden. Diese Trennung ist im Gesetz angelegt. Hingegen sehen das GR und die Praxis zahlreiche Durchbrechungen dieses Grundsatzes vor. Auf die Umsetzung dieser Durchbrechungen könnte indessen verzichtet werden, ohne dass dafür zwingend das Gesetz angepasst werden müsste: entweder durch eine entsprechende (KG-konforme) Auslegung des GR oder durch dessen Revision. Stehen weitergehende Eingriffe zur Diskussion, wären auch grundsätzliche Änderungen des Systems zu prüfen wie in den Varianten 1 und 2 dargestellt. Das weitere Vorgehen hängt indessen entscheidend davon ab, wie ein zukünftiger Entscheid des BVGer bzw. des BGer hinsichtlich der Frage der institutionellen/organisationsrechtlichen Unabhängigkeit der WEKO im Hinblick auf Art. 6 EMRK ausfallen wird.

B.2.5 Exkurs: Mitwirkung des Präsidiums bei Verwaltungs- und Sanktionsverfahren

B.2.5.1 Ausgangslage / Problemstellung

36. Gemäss Art. 27 Abs. 1 KG erfolgt die *Eröffnung* einer Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO³⁴. Das Sekretariat allein führt in der Folge die Untersuchung und stellt der WEKO einen begründeten Entscheidantrag³⁵. Demgegenüber sieht Art. 53 Abs. 1 KG eine andere Vorgehensweise vor: Liegt ein Verstoss gemäss Art. 49a–52 KG vor oder wird ein solcher vermutet, untersucht das Sekretariat den Fall und stellt der WEKO einen Antrag zum Entscheid. Gemäss Art. 53 Abs. 1 KG hat die Untersuchung „im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums“ zu erfolgen. Aufgrund dieser Vorschrift ist das Mitglied des Präsidiums bei jedem Verfahrensschritt vorgängig zu orientieren bzw. um sein „Einvernehmen“ zu ersuchen.

37. Weder aus der Botschaft noch den Materialien ergibt sich, weshalb beim Verfahren der Verhängung einer Verwaltungssanktion jeder Verfahrensschritt das Einvernehmen des Mitglieds des Präsidiums voraussetzt³⁶. DUCREY vermutet, der Grund könne darin liegen, dass bei Sanktionsverfahren nicht wie bei den üblichen Untersuchungen (noch vor der Revision 2003) eine einvernehmliche Regelung im Vordergrund steht, sondern die Ahndung eines als unzulässig bezeichneten Verhaltens mit verhältnismässig hohen Sanktionen: „Durch die Beteiligung eines Mitglieds des Präsidiums soll wohl das Sekretariat gestärkt und den Untersuchungshandlungen eine zusätzliche Legitimation verliehen werden“³⁷.

38. Diese Abweichung im Sanktionsverfahren gegenüber dem üblichen Untersuchungsverfahren, in welchem das Einvernehmen des Präsidiumsmitglieds nur für den Entscheid über die Eröffnung der Untersuchung notwendig ist, bestand schon vor der KG-Revision 2003; damals war sie in praktischer Hinsicht jedoch noch von untergeordneter Bedeutung: Aufgrund der Zweistufigkeit des Verfahrens galt damals für die Untersuchung (= 1. Verfahren) die Regelung von Art. 27 Abs. 1 KG, erst im daran anschliessenden und praktisch äusserst seltenen Sanktionsverfahren (= 2. Verfahren) Art. 53 Abs. 1 KG.

39. Mit der Revision 2003 wurden die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG eingeführt. Für die Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 7 KG gibt es somit nur noch ein einstufiges Verfahren. Ob das Verfahren effektiv in eine Sanktion mündet, steht bei Verfahrenseröffnung noch nicht fest. Immerhin müssen bei der Eröffnung Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gegeben sein. Unklar ist nun, ob nur für die Untersuchungseröffnung oder aber von Anfang an für alle Untersuchungshandlungen das Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums notwendig ist.

B.2.5.2 Lösungsansatz

B.2.5.2.1 De lege lata

40. Der Wortlaut von Art. 53 Abs. 1 KG lässt vermuten, dass diese Regelung bei den Verfahren nach Art. 49a KG als *lex specialis* dem Art. 27 Abs. 1 KG vorgeht und dass somit das Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums bei direktsanktionierbaren Tatbeständen von Anfang an und für alle Untersuchungshandlungen notwendig ist. Somit ist es angezeigt, das zuständige Präsidiumsmitglied bei jedem Verfahrensschritt vorgängig zu orientieren und es um sein Einverständnis zu fragen. In der Praxis könnte dieser Nachweis des Einvernehmens vom Sekretariat wohl am wirkungsvollsten erbracht werden, wenn Auskunftersuchen,

³⁴ Dies war bis zur Reduktion der WEKO und der Abschaffung der drei Kammern per 1.1.2008 i.d.R. der Präsident jener Kammer, in deren Zuständigkeit die Angelegenheit fällt (vgl. Art. 5 und 7 GR).

³⁵ Vgl. zu dieser Diskrepanz statt aller DUCREY, Art. 53 N 9.

³⁶ So DUCREY, Art. 53 N 10.

³⁷ DUCREY, Art. 53 N 10.

Vorladungen, verfahrensleitende Verfügungen etc. die Unterschrift eines Mitglieds des Präsidiums tragen würden³⁸.

41. Organisatorisch einfacher wäre es, das Präsidiumsmitglied regelmässig über die geplanten Verfahrensschritte zu informieren und die entsprechenden Schreiben weiterhin vom Sekretariat unterschreiben zu lassen, im Text jedoch auf das Einvernehmen mit dem Präsidiumsmitglied hinzuweisen. Sofern das Präsidiumsmitglied nichts anderes zurückmeldet, darf das Sekretariat davon ausgehen, dass es mit dem geplanten und mitgeteilten Vorgehen einverstanden ist. Selbst wenn so eine Information im Einzelfall unterlassen wurde, dürfte das für das Sekretariat nicht problematisch sein: Einerseits müsste die Partei diesen Punkt explizit rügen und zumindest glaubhaft machen, dass das Einvernehmen nicht bestand (die Behörden könnten auch nachträglich immer behaupten, es habe ein mündliches oder implizites Einverständnis geherrscht). Andererseits könnte selbst das nachgewiesene Fehlen des damaligen Einverständnisses nachträglich „geheilt“ werden, wenn das Verfahren im Einvernehmen mit dem Präsidiumsmitglied seinen Lauf nimmt. Jedenfalls sollte dieses Fehlen keinen Grund für die Aufhebung einer Entscheidung der WEKO darstellen dürfen. Hingegen ist davon auszugehen, dass die Partei aus dem nachgewiesenen Fehlen des Einverständnisses das Recht zur Verweigerung der konkret angeordneten Untersuchungsmassnahme herleiten bzw. die Entfernung entsprechender Dokumente aus den Akten verlangen würde.

42. Möglich wäre auch eine einschränkende Auslegung von Art. 53 KG: Man könnte argumentieren, die Bestimmung beziehe sich nur auf Verstösse i. S. v. Art. 50, 51 und 52 KG (grammatikalisches und evtl. historisches Element). Art. 49a KG sei im Nachhinein in den Abschnitt Verwaltungssanktionen „hineingerutscht“, weshalb sich Art. 53 KG nicht darauf beziehe. Dies liesse sich auch aus sachlichen Gründen vertreten, da sich gezeigt hat, dass die Mitwirkung des Präsidiumsmitglieds auch in Verfahren nach Art. 50 ff. KG an sich nicht (mehr) angezeigt ist, was nach einer restriktiven Auslegung von Art. 53 KG ruft.

43. Abschliessend ist auf ein Dilemma hinzuweisen: Je exakter man dem Erfordernis des Einverständnisses zwischen Sekretariat und Präsidium bereits während der Untersuchung nachkommt, desto mehr verwischt man damit die tendenziell angestrebte verfahrensmässige Trennung zwischen Untersuchung (Sekretariat) und Entscheid (Kommission)³⁹.

B.2.5.2.2 De lege ferenda

44. Wenn auch eine absolute, EMRK-konforme Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde für das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren nicht zwingend nötig ist (Rn 19 ff.), so ist die Trennung doch soweit möglich durchzuführen. Zu diesem Zweck wäre Art. 53 Abs. 1 dem Art. 27 Abs. 1 KG anzupassen bzw. ersatzlos zu streichen.

B.2.5.3 Empfehlung / Schlussfolgerung

45. Für die Zukunft ist die Streichung von Art. 53 Abs. 1 KG anzustreben. Bis dahin ist – sofern man nicht (wohl contra legem) die Anwendbarkeit von Art. 53 Abs. 1 KG auf Verfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG generell bestreitet – eine möglichst unkomplizierte Vorgehensweise empfohlen: Das Einverständnis des Präsidiumsmitglieds wird zwar jeweils eingeholt, i.d.R. dürfte es aber genügen, wenn der zuständige Vizedirektor das Präsidiumsmitglied regelmässig über das geplante Vorgehen informiert und dies dokumentiert wird (z. B. Akten- oder Telefonnotiz, E-Mail etc.).

³⁸ DUCREY, Art. 53 N 10 mit dem Hinweis, dass dabei nicht vorausgesetzt ist, dass das grundsätzlich zuständige Mitglied des Präsidiums das ganze Verfahren begleitet; bei seiner Abwesenheit kann das Einverständnis von einem anderen Präsidiumsmitglied eingeholt werden.

³⁹ Vgl. dazu oben Rn 7 ff.

B.3 Beweislastverteilung/Regeln der Beweisabnahme (Unschuldsvermutung)

B.3.1 Ausgangslage / Problemstellung

46. Die Unschuldsvermutung enthält sowohl eine Beweislast- wie auch eine Beweiswürdigungsregel: Ausfluss der Unschuldsvermutung ist somit einerseits der Schutz vor unzulässiger Beweislastumkehr zu Lasten des Angeschuldigten (Beweislastregel). Dies bedeutet, dass es an den Behörden ist, diejenigen Beweise vorzulegen, welche die Feststellung der Schuld des Angeklagten und damit dessen Verurteilung ermöglichen. Es darf somit nicht vom Angeklagten verlangt werden, seine Unschuld zu beweisen. Als Beweiswürdigungsregel besagt die Unschuldsvermutung, dass der Angeschuldigte, wenn Zweifel an seiner Schuld bestehen, nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ freizusprechen ist.⁴⁰

47. Zumindest in Verfahren, in denen den Betroffenen Sanktionen nach Art. 49a ff. KG drohen, gilt nach der hier vertretenen Auffassung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV die Unschuldsvermutung.

48. Das Kartellgesetz äussert sich weder zur Frage, wer den Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung bzw. des Vorliegens eines „Rechtfertigungsgrundes“ zu erbringen hat (Beweisführungslast), noch wer die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit trägt (objektive Beweislast). Ebenso enthält das Kartellgesetz keine spezifischen Regeln betreffend die Beweiswürdigung respektive das erforderliche Beweismass. Schliesslich sind die Auswirkungen der Unschuldsvermutung auf die Beweislast und die Beweiswürdigung im Falle von sanktionierbaren Tatbeständen nicht geklärt.

B.3.1.1 Beweisführungslast und objektive Beweislast

49. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt die Untersuchungsmaxime (Art. 12 VwVG). Dies hat zur Folge, dass es grundsätzlich an den Wettbewerbsbehörden ist, einem Unternehmen einen Wettbewerbsverstoss nachzuweisen. Dabei bezieht sich die Untersuchungsmaxime nicht nur auf das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG oder Art. 7 KG, sondern grundsätzlich auch auf mögliche Gründe für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs und auf „Rechtfertigungsgründe“ nach Art. 5 Abs. 2 KG bzw. „legitimate business reasons“ im Falle von Art. 7 KG⁴¹. Gemäss Rechtsprechung und Lehre zur Beweisführungslast für *Rechtfertigungsgründe* der wirtschaftlichen Effizienz haben die Wettbewerbsbehörden den massgebenden Sachverhalt, welcher eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG ermöglicht, von Amtes wegen zu ermitteln⁴². Diesbezüglich wird präzisiert, dass die Wettbewerbsbehörden für die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen verantwortlich sind, allen relevanten Tatsachen nachzugehen haben und sich nicht auf die Aussagen, Informationen und Beweismittel von Verfahrensbeteiligten beschränken dürfen⁴³.

50. In Bezug auf die *Widerlegung der Vermutung* von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG waren die Meinungen in der Lehre bis anhin geteilt: So wird etwa die Ansicht vertreten, der Vermu-

⁴⁰ Vgl. VILLIGER, Rn 499.

⁴¹ Im Folgenden ist der vom Gesetz selber (Art. 5 Abs. 2 KG) verwendete Begriff der „Rechtfertigung“ insofern untechnisch zu verstehen, als er nicht implizieren soll, bei Art. 5 Abs. 2 KG und den legitimate business reasons nach Art. 7 KG gehe es darum, dass ein tatbestandsmässiges (und damit an sich unrechtmässiges) Verhalten ausnahmsweise gerechtfertigt wird (vgl. Art. 14 ff. StGB); denn möglicherweise dürfte bei Vorliegen eines „Rechtfertigungsgrundes“ bereits die Tatbestandsmässigkeit dieser Verhaltensweisen nach Art. 5 bzw. 7 KG und damit auch nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgeschlossen sein (vgl. aber RPW 2006/3, 559 E. 6.1.2).

⁴² Vgl. RPW 2006/3, 559 E. 6.1; RPW 2007/1, 129, E. 10.3; WASER, 156 f.

⁴³ Vgl. RPW 2006/3, 559 E. 6.1.

tungstatbestand gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sei erfüllt, wenn die Behörden den Abschluss einer entsprechenden Abrede nachgewiesen hätten (Vermutungsbasis). Die Widerlegung der Vermutung durch Innen- oder Aussenwettbewerb obliege dann (einzig) den Unternehmen⁴⁴. Dieser Auffassung kann nach der hier vertretenen Ansicht jedoch – zumindest ohne entsprechende gesetzlichen Grundlage – aufgrund der (analogen) Geltung der oben zitierten Rechtsprechung im Zusammenhang mit den Rechtfertigungsgründen nicht ohne weiteres gefolgt werden. Denn aufgrund der *Offizialmaxime* und der *Unschuldsvermutung* gehört es grundsätzlich zu den Aufgaben der Wettbewerbsbehörden, neben Elementen, die das Unternehmen belasten, ebenso die relevanten Sachverhaltselemente für eine mögliche Entlastung – d. h. für die Umstossung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wie auch für das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG bzw. von „legitimate business reasons“ i. S. v. Art. 7 KG – zu erheben, zu prüfen und zu bewerten.

51. Der Untersuchungsgrundsatz kann allerdings durch faktische Gegebenheiten eingeschränkt sein⁴⁵: Die Unternehmen haben ein ureigenes Interesse daran, namentlich Gründe für die Widerlegung der Vermutung (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) und Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) sowie *legitimate business reasons* (Art. 7 KG) von sich aus vorzubringen⁴⁶. Im Rahmen ihrer Mitwirkungs- und Auskunftspflichten (Art. 40 KG, Art. 13 VwVG) sind die Unternehmen zudem gehalten, an der Beweisbeschaffung mitzuwirken. Allerdings entbindet dies die Behörden nicht, selber auch nach solchen Gründen zu suchen und diese abzuklären⁴⁷.

52. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass hinsichtlich der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung von Wettbewerb (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) und des Bestehens von Rechtfertigungsgründen (Art. 5 Abs. 2 KG) bzw. *legitimate business reasons* (Art. 7 KG) je nach Auslegung eine Divergenz zwischen der Beweisführungslast (WEKO) und der objektiven Beweislast bestehen kann. Die Frage, zu wessen Lasten zum Beispiel die Beweislosigkeit bzw. der nicht vollständig erbrachte Beweis eines allenfalls bestehenden Innen- oder Aussenwettbewerbs zur Widerlegung der Vermutung (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) oder des Vorhandenseins eines Rechtfertigungsgrundes (Art. 5 Abs. 2, Art. 7 KG) geht, ist umstritten.

53. Betreffend die Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass das Nicht-Gelingen der Widerlegung zu Lasten der Unternehmen gehe, welche die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hätten⁴⁸. Dies ist vertretbar, solange die WEKO nach ihrer Abklärung zum Schluss kommt, dass überhaupt kein Innen- oder Aussenwettbewerb herrscht. Kann die WEKO jedoch nicht eindeutig darlegen, dass überhaupt kein Innen- und Aussenwettbewerb herrscht, stellt sich die Frage, ob im Falle von sanktionierbaren Tatbeständen die Unternehmen die objektive Beweislast wirklich tragen müssen. Das Problem der objektiven Beweislast bei unsicherem Restwettbewerb⁴⁹ wird dadurch verstärkt, dass die Wettbewerbsbehörden den Massstab für die Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung im Rahmen der Untersuchungsmaxime weitgehend selbst fest-

⁴⁴ Implizit ZÄCH, Rn 449.

⁴⁵ Vgl. KÖLZ/HÄNER, 97 Rn 269.

⁴⁶ Dies trifft jedoch nur zu, wenn davon ausgegangen wird, dass die Unternehmen effektiv die objektive Beweislast beispielsweise im Falle nicht bewiesener Rechtfertigungsgründe tragen. Diese Auffassung ist jedoch – zumindest bei sanktionierbaren Tatbeständen *de lege lata* – kritisierbar, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

⁴⁷ Vgl. RPW 2006/3, 559 E. 6.1; ZÄCH, Rn 309 und Rn 670; RICHLI, 460; DIETRICH, Art. 39 N 66; CARRON, Art. 39 N 30 f.

⁴⁸ Vgl. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, 116.

⁴⁹ Bestehen Zweifel über das Bestehen von genügendem Restwettbewerb, ist die Frage, wer die objektive Beweislast bei sanktionierbaren Tatbeständen trägt, ebenfalls unter dem Blickwinkel der Anforderung von Art. 6 EMRK an das erforderliche Beweismass zu erörtern (vgl. Rn 58 f.).

legen können. Das Problem stellt sich, wie nachfolgend erläutert wird, in analoger Weise im Falle von Rechtfertigungsgründen der wirtschaftlichen Effizienz.

54. Im Zusammenhang mit der objektiven Beweislast im Falle von Art. 5 Abs. 2 KG (Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz) ist eine erhebliche Abrede gemäss BGer als unzulässig zu erklären, wenn die Effizienzgründe nicht erstellt sind. Entsprechendes dürfte im Bereich von Art. 7 KG für den Nachweis des Vorliegens von legitimate business reasons gelten. Der Entscheid fällt somit – trotz der Beweisführungslast der WEKO – zu Ungunsten des Unternehmens aus, welches aus dem unbewiesen gebliebenen Rechtfertigungsgrund Rechte ableiten wollte und demzufolge die objektive Beweislast trägt⁵⁰. Dieser Ansicht kann dann gefolgt werden, wenn keine ernsthaften Zweifel über das Nichtvorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes bestehen. Bestehen hingegen Zweifel über das Bestehen/Ausmass⁵¹ eines Rechtfertigungsgrundes, kann – zumindest im Falle von sanktionierbaren Tatbeständen – einerseits gleich wie bei der absoluten Beweislosigkeit argumentiert werden (Rechtfertigungsgrund wurde nicht bewiesen, deshalb bleibt die Abrede bzw. Verhaltensweise unzulässig) oder kann andererseits die Beweislastregel zu Gunsten des beschuldigten Unternehmens ausgelegt werden. Wie nachfolgend näher ausgeführt wird, sollte der Entscheid aufgrund der Unschuldsvermutung nicht ohne weiteres zu Lasten des Unternehmens ausfallen, wenn Zweifel an der Unzulässigkeit eines Sachverhalts bestehen (vgl. Rn 58 f., 60).

55. Im Unterschied zum Kartellgesetz stellt das EU-Recht in Art. 2 VO 1/2003 eine ausdrückliche Beweislastregel auf: Demnach ist es an der EU-Kommission, einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 und Art. 82 EGV zu beweisen. Gelingt dies nicht, geht dies zu ihren Lasten. Sind die Voraussetzungen gemäss Art. 81 Abs. 1 EGV nachgewiesen, ist es gemäss Art. 2 Satz 2 VO 1/2003 aber an den Unternehmen darzulegen, dass die Voraussetzungen für einen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllt sind. Soweit es um die Verhängung von Bussgeldern geht, wird die Vereinbarkeit dieser Regelung mit der Unschuldsvermutung indessen teilweise in Frage gestellt.⁵² Da die EU als Institution nicht Mitglied der EMRK ist, ist diese zwar an sich für die EU nicht unmittelbar anwendbar. Aufgrund der Mitgliedschaft der einzelnen Mitgliedstaaten anerkennt die EU die entsprechenden Rechte jedoch als allgemeine Rechtsgrundsätze. Die Ausgangslage zwischen der EU und der CH ist dennoch nur bedingt vergleichbar, da die Schweiz als Mitgliedstaat der EMRK die darin enthaltenen Rechte vollumfänglich zu gewähren hat.

B.3.1.2 Beweiswürdigung und erforderliches Beweismass

56. Das Beweismass beantwortet die Frage nach dem notwendigen Grad der Überzeugung des Richters, einen bestimmten Sachverhalt als bewiesen zu betrachten.

57. Die Verwaltungsbehörde darf eine Tatsache grundsätzlich erst als bewiesen annehmen, wenn der volle Beweis erbracht ist, d. h., wenn sie von deren Vorhandensein derart überzeugt ist, dass das Gegenteil als unwahrscheinlich erscheint⁵³. Das BGer und die REKO/WEF relativierten diesen Grundsatz allerdings insoweit, als ihrer Ansicht nach keine absolute Gewissheit über die Verwirklichung des rechtserheblichen Sachumstands bestehen

⁵⁰ RPW 2007/1, 129, E. 10.3.

⁵¹ Die REKO/WEF und das BGer bestätigten in den Beschwerdeentscheiden i. S. Buchpreisbindung die Praxis der WEKO, wonach in Bezug auf jeden einzelnen Rechtfertigungsgrund zu untersuchen ist, ob die durch die Abrede erzielten Effizienzgewinne die wettbewerbswidrigen Auswirkungen aufwiegen können. Demnach reicht das Bestehen eines Rechtfertigungsgrundes nicht, sondern es muss zudem aufgezeigt werden, dass dieser die schädlichen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkungen kompensiert oder überkompensiert, RPW 2006/3, 548, E. 11; RPW 2007/1, 129, E. 12.

⁵² Vgl. dazu z. B. KLEES, 91 Rn 24; SCHWARZE/WEITBRECHT, 219 Rn 37.

⁵³ Vgl. RPW 2003/1, 62 Rn 45; KÖLZ/HÄNER, 105 RN 289.

müsse, sondern dass unter Umständen der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genüge. Sie übernahmen somit die Ansicht bestimmter Autoren, dass im Kartellverwaltungsverfahren angesichts der Komplexität der kartellrechtlichen Sachverhalte keine übertriebenen Ansprüche an das Beweismass gestellt werden dürfen.⁵⁴

58. Nichtsdestotrotz sollten die Anforderungen an das Beweismass umso höher sein, je einschneidender die Folgen für das betroffene Unternehmen sind. Bei direkt sanktionierbaren Tatbeständen i. S. v. Art. 49a Abs. 1 KG kann aufgrund des strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakters dieser Sanktionen⁵⁵ in aller Regel nur der Vollbeweis rechtsgenügend sein, was sich in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Beweismass im Strafrecht ergibt⁵⁶.

B.3.2 Lösungsansatz

B.3.2.1 De lege lata

59. Bei direkt sanktionierbaren Tatbeständen ist aufgrund des Grundsatzes „in dubio pro reo“ analog zum Strafrecht der volle Beweis der kartellrechtlichen Unzulässigkeit eines Sachverhalts zu erbringen. Eine Senkung des Beweismasses aufgrund der Komplexität kartellrechtlicher Sachverhalte und die Akzeptanz eines Beweisgrads der überwiegenden Wahrscheinlichkeit scheint daher grundsätzlich ausgeschlossen.

60. Eine konzeptionelle Schwierigkeit besteht aufgrund der möglichen Divergenz zwischen Beweisführungslast und objektiver Beweislast im Zusammenhang mit der Umstossung der Vermutung (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) und der Würdigung von Rechtfertigungsgründen (Art. 5 Abs. 2 KG) sowie legitimate business reasons (Art. 7 KG): Zunächst folgt die Beurteilung, ob im Einzelfall genügend (Rest-)Wettbewerb besteht, um die Vermutung der Beseitigung von Wettbewerb umstossen zu können, keinen allgemeingültigen Kriterien. In ökonomischer Hinsicht sind zudem mögliche Effizienzgewinne sowie deren Stellenwert im Vergleich zu den durch die Abrede verursachten negativen Auswirkungen oft nur annäherungsweise beweisbar. Hat die Entscheidbehörde (welcher die Beweisführungslast obliegt) Zweifel am Bestehen von Rechtfertigungsgründen bzw. an deren Ausmass gehen diese Zweifel gemäss kontroverser Praxis der WEKO zu den nicht sanktionierbaren Tatbeständen nicht zu Gunsten, sondern zu Lasten des angeklagten Unternehmens, da der volle Beweis des Bestehens der Effizienzgründe nicht erbracht worden ist⁵⁷. Die Abrede ist dieser Ansicht folgend somit für

⁵⁴ Vgl. RPW 2005/1, 183 E. 8; bestätigt durch den Beschwerdeentscheid i. S. Buchpreisbindung, E. 6.2, wo die REKO/WEF sich quasi der EU-Praxis bezüglich des erforderlichen Beweismasses für Gründe der wirtschaftlichen Effizienz anschliesst. Für die Erteilung der Freistellung verlangt die EU-Kommission nicht, dass die Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EGV eindeutig vorliegen müssen, sondern wendet häufig einen Wahrscheinlichkeitsgrad an. Sie verwendet dabei verschiedene Formulierungen wie „wahrscheinlich“, „hinreichend wahrscheinlich“ und „ausreichend wahrscheinlich“, wobei unklar ist, ob es sich um unterschiedliche Wahrscheinlichkeitsmassstäbe handelt, vgl. dazu KIRCHHOFF, 745 ff., 746, 754. Der Beschwerdeentscheid der REKO/WEF wurde in diesem Punkt vom BGer bestätigt, RPW 2007/1, 129, E. 10.4.

⁵⁵ Vgl. dazu die Nw. in Fn 8.

⁵⁶ Vgl. AMSTUTZ/KELLER/REINERT, 119; bezüglich des Beweismasses im Falle sanktionierbarer Tatbestände relativiert auch die REKO/WEF ihre oben genannte Rechtsprechung, indem sie explizit offen lässt, ob die Beweismasserfordernis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Fall von Sanktionen nach Art. 49a KG ausreichen würde, RPW 2006/3, 548, E. 6.2.

⁵⁷ Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz, RPW 2005/2, 269, wo die WEKO diesbezüglich ausführt: „Falls das Bestehen von Rechtfertigungsgründen im vorliegenden Fall nicht bewiesen werden kann, muss die Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erklärt werden [...]. Es ist somit immer dann von der Unzulässigkeit der Abrede auszugehen, wenn dieser Nachweis [des oder der Rechtfertigungsgründe] nicht erbracht wurde, wenn mithin die positiven Effizienzwirkungen nicht erwiesen werden konnten: Im Zweifel wird es wegen der Grundentscheidung des schweizerischen Kartellgesetzes (Art. 1 KG) für die wettbewerbsmäs-

unzulässig zu erklären. Gemäss dieser Auffassung müssten somit auch Zweifel am Bestehen/Nichtbestehen von genügendem Restwettbewerb zur Umstossung der Vermutung von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu Lasten der Unternehmen gehen. Ein Problem dieser Interpretation liegt darin, dass die Behörden gegebenenfalls ungenügende Sachverhaltsabklärungen getroffen haben und ihnen deshalb der volle Beweis des Nicht-Bestehens bzw. des erforderlichen Ausmasses von Restwettbewerb oder das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen nicht immer vollumfänglich gelingt. Werden zudem Zweifel am Bestehen von (Rest-) Wettbewerb im Hinblick auf die Vermutungswiderlegung und von Rechtfertigungsgründen als Zweifel an der Unzulässigkeit der Abrede betrachtet⁵⁸, wird – obiger Auffassung folgend – bei sanktionierbaren Tatbeständen die Unschuldsvermutung in ihrer Ausgestaltung als Beweiswürdigungsregel verletzt, da Zweifel an der Unzulässigkeit einer Abrede nicht zu Lasten der Unternehmen gehen dürfen.

61. In praktischer Hinsicht kann dieser systematischen Ungereimtheit wie folgt begegnet werden: Die Behörde hat die gleichen Massstäbe für die Beweisführung hinsichtlich des Masses der Wettbewerbsbeeinträchtigung (Widerlegung der Vermutung) und des Vorhandenseins allfälliger Rechtfertigungsgründe anzuwenden. Das heisst, sie darf sich nicht nur auf Eingaben der Parteien stützen, sondern muss aktiv auch zu Gunsten der Unternehmen recherchieren, um im Rahmen der Beweiswürdigung klare Position beziehen zu können („es besteht genügend Restwettbewerb“ oder „es besteht nicht genügend/kein Restwettbewerb“; „der Beweis ist erbracht“ oder „nicht erbracht“). Die Behörde hat daher in der Verfügung zum Ausdruck zu bringen, dass sie gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht (oder nicht verwirklicht) hat.

B.3.2.2 De lege ferenda

62. Eine gesetzliche Bestimmung, die nach dem Vorbild des Rechts der EU den Nachweis der Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und den Nachweis von Rechtfertigungsgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG den Unternehmen allein aufbürdet (wobei deren Nichtgelingen zu Lasten der Unternehmen geht), steht zwar in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Unschuldsvermutung in ihrer Ausgestaltung als Beweislastregel. Dennoch ist davon auszugehen, dass sie sich praktizieren liesse, ohne dass damit gegen übergeordnetes Recht (Art. 6 Abs. 2 EMRK) verstossen wird⁵⁹. Insbesondere müsste ein angemessener Ausgleich zwischen dem Gewicht der Sache und den Verteidigungsrechten gesichert sein⁶⁰. Die Untersuchungsmaxime, d. h. die Pflicht der Behörden, neben belastenden auch entlastende Argumente zu Gunsten der Unternehmen zu suchen und abzuwägen, dürfte durch die Beweislastverschiebung nicht aufgehoben werden. Von Bedeutung bliebe auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wozu auch die Möglichkeit des Beweises des Gegenteils gehört.

63. Eine Veränderung der bestehenden Beweislastregeln zu Lasten der betroffenen Unternehmen erscheint daher grundsätzlich denkbar. Hilfreich wäre – de lege ferenda – eine von Art. 173 Abs. 2 StGB⁶¹ bzw. Art. 2 VO 1/2003 inspirierte Regel, welche explizit den Nachweis

sige Koordination der Wirtschaft bei der Unzulässigkeit der Abrede bleiben müssen“ (Rn 43). In-
dessen ist darauf hinzuweisen, dass in diesem Fall eine Sanktionierung nicht zur Diskussion stand.

⁵⁸ Diese Betrachtungsweise als Ganzes entspricht der Anwendung der legitimate business reasons im Falle von Art. 7 KG.

⁵⁹ I.d.S. das BJ (zit. in Fn 4), S. 3.

⁶⁰ So auch das BJ (zit. in Fn 4), S. 3, m.Hw. u. a. auf EGMR, Sakabiaku gegen Frankreich, Série A no. 121-A, § 28. Eine blosse Beweislastverschiebung (nicht –umkehr) zu Lasten des Angeschuldigten dürfte zulässig sein, wenn dieser ausreichend Gelegenheit erhält, sich wirksam zu verteidigen.

⁶¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB; 311.0). Art. 173 Abs. 2 StGB (Ehrverletzungen) bestimmt: „Beweist der Beschuldigte, dass die von ihm vorgebrachte oder weiterverbreitete Äusserung der Wahrheit entspricht [...], so ist er nicht strafbar“.

eines Rechtfertigungsgrundes dem Angeschuldigten auferlegt, wie z. B.: „Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, *wenn die beteiligten Unternehmen beweisen, dass ...*“.

64. Eine entsprechende Regelung wäre auch für die Missbrauchskontrolle prüfenswert. Im Rahmen von Art. 7 Abs. 1 KG wäre aber zu beachten, dass die Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen im Tatbestand von Art. 7 KG – anders als in Art. 5 Abs. 2 KG – nicht explizit erwähnt ist. Vielmehr kann ein Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens erst und nur dann missbräuchlich sein, wenn dafür keine sachlichen Gründe bestehen. Mit anderen Worten ist das Fehlen von *legitimate business reasons* dem Tatbestandselement des missbräuchlichen Verhaltens immanent. Zwar ist es bei Art. 7 KG (wie bei Art. 5 KG) so, dass die Unternehmen selber am besten wissen, was die sachlichen Gründe für ihr Verhalten sind, weshalb es auch an ihnen liegt, diese Gründe darzulegen und allenfalls nachzuweisen. Im Gegensatz zu Art. 5 KG, bei dem es um Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen geht, denen aus Sicht des wirksamen Wettbewerbs „per se“ etwas Problematisches anhaftet, stehen bei Art. 7 KG verschiedenartige Verhaltensweisen zur Diskussion, die nur dann problematisch sind, wenn sie missbräuchlich, also auch nicht sachlich gerechtfertigt sind. Anders als bei Art. 5 KG, bei dem das Problem durch einen einfachen Einschub in Abs. 2 gelöst werden kann (Rn 63), müsste bei einer beabsichtigten Verschiebung der Beweislast im Rahmen der Missbrauchskontrolle die ganze Konzeption von Art. 7 KG geändert werden, indem z. B. der Tatbestand aufgeteilt würde in ein Element des missbräuchlichen Verhaltens und eines der Rechtfertigung mittels *legitimate business reasons*.

B.3.3 Empfehlung / Schlussfolgerung

65. Ein Verstoss gegen das Kartellgesetz ist gemäss Untersuchungsmaxime grundsätzlich durch die *Behörden* nachzuweisen, wobei die Parteien eine Mitwirkungspflicht trifft. Können die Behörden einen Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG nachweisen und sollten sie keine genügenden Anhaltspunkte für die Umstossung der Vermutung finden, so geht das aufgrund der aktuellen Konzeption von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG zu Lasten der an der Abrede beteiligten Unternehmen. Kann die Vermutung hingegen umgestossen werden, so sollte auch der Nachweis des Bestehens von Rechtfertigungsgründen und somit ein Teilbereich der Beweislast durch eine Anpassung von Art. 5 Abs. 2 KG auf die Unternehmen überwältigt werden können. Sollte eine entsprechende Regelung auch zum Nachweis des Vorliegens bzw. Fehlens von *legitimate business reasons* im Rahmen von Art. 7 KG gefordert werden, müsste genauer geprüft werden, wie sich eine solche in die Konzeption der Missbrauchskontrolle integrieren liesse; sicherlich wäre eine entsprechende Umformulierung von Art. 7 KG schwieriger als eine solche von Art. 5 KG (vgl. Rn 64). Ein weitergehendes Abweichen von der Grundregel, dass das Nichtgelingen des Beweises eines Kartellverstosses zu Lasten des Staates geht, scheint indessen im Hinblick auf übergeordnetes Recht nicht ohne weiteres möglich zu sein.

66. In der Praxis sollte daher die Entscheidbehörde in der Verfügung klar darlegen, dass sie gestützt auf die Beweiserhebung und Beweiswürdigung zu einer bestimmten Überzeugung betreffend Zulässigkeit/Unzulässigkeit gelangt ist. Dies bedingt, dass sich die Wettbewerbsbehörden (die Juristen wie auch die Ökonomen) v. a. bezüglich Marktabgrenzung und Rechtfertigungsgründen klar positionieren. Allfällige vor der Entscheidfindung bestehende mögliche Lösungshypothesen sollten nicht in den Entscheid übernommen werden, da die Entscheidbehörde nur von einer Lösung überzeugt sein kann/darf. Formulierungen wie „es ist wahrscheinlich, dass“ sollten aufgrund des Erfordernisses eines Vollbeweises ebenfalls vermieden werden bzw. positiv umformuliert werden.

B.4 Verbot des Selbstbelastungszwangs

B.4.1 Ausgangslage/Problemstellung

67. Im Zusammenhang mit der Einführung der direkten Sanktionen in Art. 49a Abs. 1 KG anlässlich der Revision 2003 stellt sich die Frage nach der Anpassung der verfahrensrechtlichen Regelungen hinsichtlich der Rechte der Parteien. Aufgrund des zumindest strafrechtsähnlichen Charakters der direkten Sanktionen stehen dabei die Verteidigungsrechte der „Angeklagten“ im Sinne von Art. 6 Abs. 3 EMRK im Vordergrund („fares Verfahren“). Das daraus abgeleitete Recht, sich nicht selbst zu belasten bzw. nicht gegen seinen Willen zur eigenen strafrechtlichen Überführung beitragen zu müssen (Verbot des Selbstbelastungszwangs, Selbstbeichtigungsprivileg oder Nemo-tenetur-Prinzip)⁶² gilt nach der neueren Lehre auch für Unternehmen, sofern die gleiche Schutzbedürftigkeit wie bei natürlichen Personen gegeben ist⁶³. Ist ein Unternehmen somit unmittelbar Adressat von Sanktionen mit strafrechtsähnlichem Charakter, so muss es sich auch direkt auf die entsprechenden Verteidigungsrechte gemäss EMRK bzw. BV stützen können⁶⁴.

68. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wahrung der Verteidigungsrechte und des Anspruchs auf einen fairen Prozess fragt sich diesbezüglich zum einen, ob – und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt – das Sekretariat die angeschriebenen Unternehmen bezüglich des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, zu belehren hat. Zum anderen stellt sich die Frage des in diesem Zusammenhang allenfalls widersprüchlich anmutenden Hinweises auf die in Art. 40 KG vorgesehene Auskunftspflicht bzw. die allgemeinen Mitwirkungspflichten gemäss Art. 13 Abs. 1 VwVG der Verfahrensbeteiligten sowie die damit verbundenen Sanktionen bei Verstössen⁶⁵.

69. Der Hinweis auf das Selbstbeichtigungsprivileg erschwert unter Umständen die Sachverhaltsermittlung und kann somit zu einer Verfahrensverzögerung, -behinderung oder gar -verhinderung führen. In der Praxis birgt die Belehrung durch die Behörde die Gefahr in sich, dass die Unternehmen Fragebogen des Sekretariates nur noch sehr zurückhaltend oder gar nicht mehr beantworten bzw. die Unternehmensvertreter anlässlich von Parteiaussagen jegliche Mitwirkung verweigern.

70. Bei der Beurteilung dieser Problematik gilt es vorab das Verhältnis zwischen Vorabklärung und Untersuchung zu erläutern.

B.4.1.1 Vorabklärung

71. In der Verwaltungsrechtslehre ist anerkannt, dass dem informellen, nicht auf Erlass einer Verfügung ausgerichteten Verwaltungshandeln Gefahren und verfahrensrechtliche Nachteile anhaften⁶⁶. Da die Verfahrensrechte grundsätzlich von Beginn des Verfahrens an

⁶² Vgl. dazu das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 20.2.2001 i. S. *Mannesmannröhren-Werke AG/Kommission* (T-236/01 oder T-112/98; gegen das EuG-Urteil ist ein Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH hängig [ABI. 2001 C 212/11]); Urteil des Gerichtshofes vom 18.10.1989 i. S. *Orkem SA/Kommission* (374/87; Slg. 1989, 3283); Urteil des Gerichts erster Instanz vom 29.4.2004 i. S. *Tokai Carbon u. a./Kommission* (T-236/01); Urteil des Gerichtshofes (Zweite Kammer) vom 29.6.2006 i. S. *SGL Carbon AG/Kommission* (C-301/04 P); vgl. zur Geltung des Selbstbelastungsverbot für juristische Personen z. B. SPITZ, 557, m.w.Nw., und allgemein statt vieler ZbJV 137/2001 809. Vgl. auch TAGMANN, 117 m.w.Hw.

⁶³ In der Lehre ist weitgehend unbestritten, dass sich auch Unternehmen bzw. deren Vertreter (Organe) auf das Selbstbelastungsverbot berufen können. Vgl. dazu z. B. REINERT, Art. 42 N 10, m.w.Nw.

⁶⁴ Vgl. BORER, Art. 49a N 4.

⁶⁵ Vgl. Art. 52 KG bzw. Art. 306 StGB für die Beweisaussage unter Straffolge gemäss Art. 42 Abs. 1 KG resp. Art. 64 BZP.

⁶⁶ Vgl. BILGER, 147.

gelten, stellt sich die Frage, wie diese in der Vorabklärung gewährleistet werden können. Problematisch diesbezüglich könnte insbesondere die Pflicht der Behörde sein, das betroffene Unternehmen über die kartellrechtliche „Anschuldigung“ zu informieren⁶⁷. Weiter besteht ein Konflikt mit dem Ausschluss des Akteneinsichtsrechts in der Vorabklärung (Art. 26 Abs. 3 KG). Denn nach der Praxis des BGer gilt das Akteneinsichtsrecht grundsätzlich auch ausserhalb eines formellen Verfahrens, wenn hierfür vom Gesuchsteller ein schutzwürdiges tatsächliches oder rechtliches Interesse glaubhaft gemacht werden kann⁶⁸. Die Problematik der eingeschränkten Verfahrensrechte im Stadium der Vorabklärung wird dadurch verschärft, dass nach herrschender Lehre die Pflichten der Unternehmen (insbesondere Auskunftspflicht nach Art. 40 KG) bereits ab Verfahrensbeginn gelten⁶⁹.

B.4.1.2 Untersuchung

72. In der Untersuchung sind die eigentlichen Parteirechte grundsätzlich vollumfänglich gewährleistet. Die Parteien erhalten – unter Vorbehalt von Art. 27 Abs. 1 VwVG – in der Regel ab Untersuchungseröffnung das Recht, Einsicht in die Akten zu nehmen. Der Behörde obliegt weiter die Pflicht, die betroffenen Unternehmen innerhalb möglichst kurzer Frist über die gegen sie erhobenen Vorwürfe zu unterrichten⁷⁰. Obwohl im Kartellgesetz nicht ausdrücklich erwähnt, teilt das Sekretariat den beteiligten Unternehmen (Verfügungsadressaten) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchungseröffnung bereits in seiner heutigen Praxis stets individuell mittels eingeschriebenem Brief mit (diese Praxis liesse sich in Art. 28 KG als Regelfall kodifizieren, wobei für die Ausnahmen auf Art. 36 VwVG verwiesen werden könnte). In der Regel wird gleichzeitig ein Ausblick über den weiteren Verfahrensgang gegeben, und allenfalls werden bereits zusätzliche Auskünfte eingeholt. Im Zusammenhang mit dem Versand von Fragebogen wird grundsätzlich jeweils auf die oben erwähnten Informationspflichten der beteiligten Unternehmen und die damit verbundenen Sanktionsbestimmungen aufmerksam gemacht. Die Bedeutung der Sanktionsbestimmungen bei Verweigerung der Mitwirkung wird indessen durch den nemo-tenetur-Grundsatz in Frage gestellt.

73. Würde man den Unternehmen ein absolutes Aussageverweigerungsrecht zugestehen und würden sie davon Gebrauch machen, hätte das für die Sachverhaltsermittlung durch das untersuchende Sekretariat einschneidende Konsequenzen: Denn sehr viele wichtige Informationen z. B. über Umsätze, Preise, Marktanteile etc. erhält das Sekretariat heute direkt von den Unternehmen. Fragebogen sind wohl das am häufigsten eingesetzte Ermittlungsinstrument. Während das Sekretariat für die Klärung gewisser Fragen auf andere Instrumente – wie z. B. Befragung von anderen Marktteilnehmern oder Hausdurchsuchungen – ausweichen könnte, so haben diese gegenüber Fragebogen doch meist erhebliche Nachteile:

74. Bei der Hausdurchsuchung und der Beschlagnahme von Beweismitteln handelt es sich unbestrittenermassen um Instrumente, welche besonders schwer in die Rechtsstellung der Betroffenen eingreifen. Stehen mildere Mittel zur Verfügung (z. B. Auskunfts-/Aktenedition etc.), so ist diesen aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips und der daraus abgeleiteten Maxime, Grundrechtseingriffe möglichst gering zu halten, der Vorrang zu geben⁷¹. Theoretisch könnten die Behörden zunächst versuchen, mittels Fragebogen (freiwillige) Antworten des Unternehmens zu erlangen, und erst und nur dann mit einer Hausdurchsuchung einzugreifen, wenn das Unternehmen sich auf sein Aussageverweigerungsrecht beruft. Nach dem Verschicken von Fragebogen kann es infolge Wegfalls des für Hausdurchsuchungen

⁶⁷ Vgl. BILGER, 160. Auch diese Pflicht der Behörden ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 und 3 EMRK.

⁶⁸ BGE 123 II 534, 538.

⁶⁹ Vgl. BILGER, 152 f., 160.

⁷⁰ Die Informationspflichten der Behörden sind ebenfalls Bestandteil der in Art. 6 Abs. 3 EMRK vorgesehenen Verteidigungsrechte; vgl. BILGER, 160.

⁷¹ Vgl. Entscheid BE.2007.10-13 des Bundesstrafgerichts vom 14.3.2008, E. 5.2 und 5.3.

ansonsten üblichen Überraschungselements indessen oft auch schon zu spät sein, um eine Hausdurchsuchung durchzuführen⁷². Im Ergebnis müsste das Sekretariat aufgrund der Gefahr, dass ein einzelnes Unternehmen den Fragebogen nicht beantworten will, auch bei all denjenigen Unternehmen, die lieber einen Fragebogen beantworten würden, sogleich mit einer Hausdurchsuchung eingreifen. Das wiederum wäre, abgesehen von der zweifelhaften Verhältnismässigkeit, bereits aufgrund der dafür nicht vorgesehenen Kapazitäten des Sekretariats in der Praxis unmöglich.

75. Andere Beweismittel wie z. B. die Befragung von Marktteilnehmern (Konkurrenten, Abnehmer, Konsumenten etc.) können im Einzelfall eine Alternative zu Fragebogen darstellen. Jedoch ist bereits bei einfachen Fragen – wie z. B. die nach dem Preis des Produktes X in den letzten fünf Jahren oder dem Umsatz des Unternehmens Y in den letzten 2 Jahren –, welche das betroffene Unternehmen selber mit kleinstem Aufwand beantworten könnte, schnell eine Grenze erreicht: Oft können und wollen weder Konkurrenten noch Konsumenten solche Fragen verlässlich und zuverlässig beantworten. Bei einer kartellrechtlichen Verurteilung eines Unternehmens auf solche Antworten aus zweiter Hand abzustellen, wenn das betroffene Unternehmen die Angaben aus erster Hand liefern könnte, erscheint nicht unproblematisch.

76. Im Ergebnis dürfte das Sekretariat infolge der meist bestehenden Informationsasymmetrie um eine Befragung der betroffenen Unternehmen nicht umhin kommen. Dies ist letztlich auch der Grund dafür, weshalb der Gesetzgeber – in Verschärfung der allgemeinen Regeln des VwVG – die Auskunftspflicht in Kombination mit einer Strafandrohung explizit im Kartellgesetz vorgesehen hat⁷³.

B.4.2 Lösungsansatz

77. Einerseits steht ausser Diskussion, dass in einem Verfahren, das in die kartellrechtliche Sanktionierung des Unternehmens münden kann, die strafrechtlichen Mindestgarantien für Angeschuldigte beachtet werden müssen. Dazu gehört u. a. das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen⁷⁴. Dabei ist zu beachten, dass das Schweigerecht den Untersuchungsbehörden zwar grundsätzlich nicht verbietet, beliebige – auch das Unternehmen belastende – Fragen zu stellen, sondern umgekehrt, dass der Befragte darauf keine Antwort geben muss⁷⁵.

78. Andererseits hat der Gesetzgeber den Wettbewerbsbehörden zwecks effizienter Aufklärung von Kartellsachverhalten und zwecks Durchsetzung des Kartellrechts in Art. 40 i. V. m. 52 KG explizit die Befugnis zugestanden, von den Unternehmen Auskünfte und Akten unter Sanktionsandrohung im Widerhandlungsfall einzufordern.

79. In diesem Spannungsfeld zwischen dem Interesse an der Wahrung der Parteirechte und der Durchsetzung des Kartellrechts ist eine vermittelnde Lösung zu finden. Das BVGer bzw. das BGer wird sich diesbezüglich gegebenenfalls zukünftig noch abschliessend äussern müssen. Immerhin hat sich die REKO/WEF im Zusammenhang mit der Frage des Hinweises der Unternehmen auf das Selbstbelastungsverbot bei sanktionsbedrohten Tatbe-

⁷² „Ohne Überraschungseffekt besteht nämlich die Gefahr, dass Beweismittel beiseite geschafft oder vernichtet werden“ (Entscheid BE.2007.10-13 des Bundesstrafgerichts vom 14.3.2008, E. 5.2).

⁷³ KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, RZ. 12.20, gehen davon aus, dass das Selbstbelastungsverbot durch einen einfachen Fragebogen nicht verletzt werden kann, sondern erst durch eine allenfalls darauf folgende förmliche Auskunftsverfügung. Dieser Ansatz löst für die Behörden das Problem der Informationsbeschaffung insofern nicht nachhaltig, als für die Unternehmen nur ein beschränkter Anreiz besteht, einen Fragebogen zu beantworten, wenn dessen Beantwortung nicht erzwungen werden kann.

⁷⁴ Vgl. BORER, Art. 40 N 4.

⁷⁵ BJ (zit. in Fn 4), S. 4.

ständen im Hinblick auf eine allfällige Sanktionierung – wenn auch nicht explizit – so doch implizit für die Beachtung der Verteidigungsrechte gemäss Art. 29 ff. BV und Art. 6 Abs. 3 EMRK sowie insbesondere des Auskunftsverweigerungsrechts ausgesprochen⁷⁶.

80. Will das Sekretariat für die Sachverhaltsermittlung Auskünfte eines „angeschuldigten“ Unternehmens einholen, ohne das Unternehmen explizit auf das Verbot des Selbstbelastungszwangs hinzuweisen⁷⁷, so kommt es nicht umhin, auf gewisse Typen von Fragen zu verzichten. Denn Auferlegung von Sanktionen bzw. bereits deren Androhung durch die Behörde bei Verweigerung der Mitwirkung der betroffenen Unternehmen bei Fragen, durch die es sich selber belasten könnte, erscheint im Lichte der in Art. 6 Abs. 3 EMRK vorgesehenen Verteidigungsrechte zumindest als heikel⁷⁸.

81. Im Sinne einer pragmatischen Beurteilung der Grenzen des Nemo-tenetur-Prinzips hat sich das Aussageverweigerungsrecht auf diejenigen Fragen zu beschränken, welche das Unternehmen zwingen, sich selber direkt zu belasten, indem es z. B. ein wettbewerbesrechtlich unzulässiges Verhalten einzugestehen hätte⁷⁹. Unzulässig ist m.a.W. ein Zwang zu einem Geständnis. Gemeint sind z. B. Fragen betreffend Ziel, Zweck bzw. Teilnahme an wettbewerbswidrigem Verhalten, d. h. Fragen, welche das Unternehmen zwingen, zu einem Wettbewerbsvergehen Stellung zu nehmen⁸⁰. Hinsichtlich solcher Aussagen muss den betroffenen Unternehmen ein absolutes Schweigerecht zugestanden werden.

82. Nicht umfasst vom Schweigerecht sollten hingegen Fragestellungen sein, die sich auf Begebenheiten beziehen, durch welche sich die Unternehmen nicht direkt selber belasten können. Zulässig sind insbesondere Fragen bezüglich rein tatsächlicher Begebenheiten wie z. B. nach Preisen, Umsätzen, Daten, Orten und Namen der Unternehmen, die an einer Zusammenkunft teilgenommen haben, die Namen der Personen, die das Unternehmen bei den erwähnten Zusammenkünften vertreten haben, und die Forderung nach Edition der Reisedokumente (Reisekostenabrechnung, Flugscheine usw.) dieser Personen. Die Aufforderung nach Kopien sämtlicher Einladungen, Tagesordnungen, Protokolle, internen Vermerke, Berichte und aller anderen Unterlagen, die sich im Besitz eines Unternehmens und/oder seiner Angestellten befinden und die Zusammenkünfte betreffen, dürfte auch darunter zu subsumieren sein⁸¹.

83. Das Unternehmen kann m.a.W. mittels Sanktionsandrohung gezwungen werden, den Behörden gewisse Informationen und die diesbezüglich vorhandenen Unterlagen zu übergeben. Insoweit die Behörden aus den Antworten auf diese Fragen (und allenfalls aus anderen Beweismitteln) einen Verstoss gegen das Kartellgesetz ableiten können, führen die Antworten faktisch zumindest in indirekter Weise für das betroffene Unternehmen letztlich doch zu einer Belastung⁸². Ob die Informationen und die Unterlagen von den Behörden dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten zu erbringen, spielt aber keine Rolle.

⁷⁶ Vgl. RPW 2005/4, 669 ff., E. 2.3. ff.

⁷⁷ Nach HAURI muss der Beschuldigte im Verwaltungsstrafverfahren nicht ausdrücklich belehrt werden, dass es ihm freisteht, auszusagen oder die Aussage zu verweigern (KURT HAURI, Verwaltungsstrafrecht [VStrR], Bern 1998, Art. 39 Rn 4 m.w.Hw.); vgl. zur Frage der Belehrungspflicht insb. auch SCHLAURI, 224 ff. m.w.Nw.

⁷⁸ Vgl. TAGMANN, 116, insb. Fn 577.

⁷⁹ Vgl. Orkem SA (Fn 63), Rn 37 f.; Mannesmannröhren-Werke AG (Fn 63), Rn 70.

⁸⁰ Vgl. Orkem SA (Fn 63), Rn 37 f.

⁸¹ Vgl. Mannesmannröhren-Werke (Fn 63), Rn 70

⁸² Eine andere Ansicht vertritt das BJ, nach welchem sich die betroffene Person durch Auskunftserteilung nie einem Risiko der Strafverfolgung aussetzen muss, weshalb sie generell auf alle Fragen der Behörden schweigen dürfe. Eine Unterscheidung in Fragen, welche dem Nemo-tenetur-Grundsatz unterstehen, und solche, welche von ihm nicht erfasst sind, sei dem Strafprozessrecht fremd. Vgl. zum Ganzen BJ (zit. in Fn 4), S. 3 f.

84. Im Einzelfall kann die Abgrenzung zwischen unzulässigen Fragen, welche das Unternehmen direkt belasten können, und zulässigen Fragen, welche das Unternehmen nur indirekt belasten können, heikel sein⁸³. Grundsätzlich sollten sich die Fragen auf tatsächliche Begebenheiten und nicht auf rechtliche Qualifikationen beziehen. Zusätzlich sollten die Fragen einen spezifischen Sachverhalt betreffen und nicht allgemeiner Natur sein⁸⁴.

B.4.2.1 Vorabklärung

85. Gemäss Praxis der REKO/WEF ist das VwVG auf das Verfahren der Vorabklärung nicht anwendbar⁸⁵; das BGE hat die Frage im BGE 130 II 521 offen gelassen. In der Lehre werden diesbezüglich unterschiedliche Auffassungen vertreten: Während der eine Teil der Lehre gestützt auf die Botschaft zum Kartellgesetz die Ansicht vertritt, für das Verfahren der Vorabklärung gelte – mit Ausnahme des spezialgesetzlich ausgeschlossenen Akteneinsichtsrechts – ebenfalls das VwVG,⁸⁶ sprechen sich andere Autoren bisher gegen die Anwendbarkeit des VwVG auf die Vorabklärung aus. Das Vorabklärungsverfahren diene nicht dazu, Rechte und Pflichten zu begründen oder festzustellen, weshalb es nicht zu einer Verfügung führe. Das VwVG dürfe aber nur auf Verfahren Anwendung finden, welche mit einer Verfügung enden⁸⁷.

86. Tatsächlich würde die Anwendung der Verfahrensbestimmungen des VwVG der der Vorabklärung inhärenten Formlosigkeit widersprechen und zu einer (ungewollten) Formalisierung führen. Beim Instrument der Vorabklärung handelt es sich nicht um einen Bestandteil des Untersuchungsverfahrens nach Art. 27 ff. KG, sondern um ein eigenständiges Instrument des Kartellverwaltungsverfahrensrechts⁸⁸. Ziel der Vorabklärung ist es, den Sachverhalt aufzubereiten und festzustellen, ob genügend Anhaltspunkte für die Eröffnung eines formellen Untersuchungsverfahrens vorliegen⁸⁹. Gemäss Botschaft zum Kartellgesetz soll der Ausschluss des Akteneinsichtsrechts im Rahmen der Vorabklärung den informellen Charakter dieses Verfahrens unterstreichen, wobei dem Schutz allfälliger Anzeiger („Denunzianten“) eine essentielle Bedeutung zukommt⁹⁰. Funktionalität und Rechtsnatur der Vorabklärung gebieten eine Einschränkung von Verfahrensrechten. So würde das Recht auf Akteneinsicht bereits im Stadium der Vorabklärung die Gefahr bergen, den Ermittlungszweck zu vereiteln. Die Beschneidung der Rechte wird dadurch relativiert, dass den Adressaten einer Vorabklärung einerseits die Mitwirkung am Verfahren durch die Möglichkeit zur Stellungnahme gewährt wird und andererseits den Parteien das Recht auf Akteneinsicht ab Untersuchungsöffnung zusteht.

87. Grundsätzlich ist aber auch im Vorabklärungsstadium möglichst eine Symmetrie der Rechte und Pflichten zu gewährleisten, d. h., wenn die entsprechenden Pflichten bereits in der Vorabklärung bestehen, müssen auch die entsprechenden Rechte gewährt werden. Die Behörden haben deshalb auch in der Vorabklärung bereits die oben beschriebenen Grundsätze betreffend Selbstbelastungsprivileg zu beachten⁹¹. Andernfalls wären die erlangten Informationen wohl nicht verwertbar. In der Praxis stellen somit die Behörden den Betroffenen

⁸³ Vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, RZ. 12.20 m.w.Nw.

⁸⁴ Vgl. SPITZ, Problemstellungen, 557.

⁸⁵ Vgl. RPW 2004/2, 636 f. E. 1.2.3., in welchem die REKO/WEF das Vorabklärungsverfahren als „Nichtverfügungsverfahren“ bezeichnet.

⁸⁶ Vgl. Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., 603; WASER, 57; BORER, Art. 26 N 10 ff.

⁸⁷ Vgl. BILGER, 63 ff., 151.

⁸⁸ Vgl. BILGER, 141, 151 f.; RICHLI, 420.

⁸⁹ Vgl. RICHLI, 420, BILGER, 47.

⁹⁰ Vgl. Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 602 f.

⁹¹ Vgl. zum Ganzen auch WASER, 192, und TAGMANN, 119.

keine Fragen, mit welchen sich letztere selber direkt belasten könnten⁹². Gleichzeitig unterstehen die Betroffenen gegenüber dem Sekretariat aber auch bereits im Stadium der Vorabklärung der Auskunftspflicht gemäss Art. 40 i. V. m. 52 KG.

B.4.2.2 Untersuchung

88. Den Parteien stehen ab Untersuchungseröffnung sämtliche Verteidigungsrechte zu. Die den Wettbewerbsbehörden obliegende Informationspflicht bezüglich der kartellrechtlichen „Verdachtsmomente“⁹³ muss sich unter Umständen nicht mit der Publikation gemäss Art. 28 KG decken: Die betroffenen Unternehmen, gegen welche die Vorwürfe erhoben werden, müssen zur Wahrung ihrer Verteidigungsrechte möglichst genau und individuell über das ihnen zur Last gelegte Verhalten informiert werden⁹⁴.

89. Das Untersuchungsverfahren wird in jedem Fall durch eine Verfügung abgeschlossen (Art. 30 KG). Die Anwendbarkeit des VwVG ist in diesem Verfahrensstadium unbestritten, und den Parteien stehen sämtliche Mitwirkungspflichten und Verteidigungsrechte zu. Was im Rahmen der Vorabklärung gilt⁹⁵, hat erst recht Geltung im Untersuchungsstadium.

90. Die in Art. 41 Abs. 2 KG vorgesehenen Instruktionsinstrumente wie Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen verstossen nicht gegen das Selbstbelastungsverbot, sofern die Angestellten bzw. Organe des Unternehmens nicht (unter Strafandrohung) zu aktiver Mitwirkung an der Durchsuchung verpflichtet werden, sondern die Zwangsmassnahmen nur dulden müssen⁹⁶.

91. Somit könnten die Behörden zunächst versuchen, mittels Fragebogen Antworten des Unternehmens zu erlangen. Bei der bei Einholung von Auskünften mittels Fragebogen haben sich die Behörden einzuschränken auf Fragen, bei deren Beantwortung sich die Unternehmen nicht selber direkt belasten⁹⁷. Damit erübrigt sich ein Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht.

92. Sollte sich das Unternehmen dennoch darauf berufen, überhaupt nicht aussagen zu müssen, so stehen den Behörden nach der gesetzlichen Konzeption zwei verschiedene Instrumente zur Verfügung: Sie können auf der Erzwingung der gesetzlichen Auskunftspflicht beharren und den Parteien Sanktionen bzw. Strafen für den Widerhandlungsfall androhen (Art. 40 i. V. m. 52 und 55 KG). De facto steht aber auch eine Hausdurchsuchung – als eine Art „Realvollstreckung“ des nicht beantworteten Fragebogens – zur Diskussion⁹⁸: Die Behörden holen sich vor Ort diejenigen Informationen und Dokumente, die sie vom Unternehmen nicht erhalten haben. Auf diese Weise könnten zumindest diejenigen Informationen, die beim Unternehmen in schriftlicher oder elektronischer Form vorhanden sind (z. B. Umsatzzahlen, Preise etc.), trotz Aussageverweigerung doch noch beschafft werden. Nachteile von Hausdurchsuchungen sind insbesondere die Personal- und Ressourcenintensivität sowie der erhebliche Eingriff in die Rechte der Betroffenen. Allenfalls könnten die Behörden dem Unternehmen bereits im Fragebogen für den Fall der Verweigerung der Beantwortung die Durchführung einer Hausdurchsuchung in Aussicht stellen.

⁹² Vgl. Rn 81 f.

⁹³ Vgl. Rn 72.

⁹⁴ Hingegen kann es im Rahmen der amtlichen Publikation gemäss Art. 28 KG geboten sein, hinsichtlich der Umschreibung des vorgeworfenen Verhaltens gegenüber Dritten und der Öffentlichkeit eine gewisse Zurückhaltung zu üben (vgl. auch Rn 72).

⁹⁵ Vgl. Rn 87.

⁹⁶ Vgl. BJ (zit. in Fn 4), S. 3 f.; SCHALLER/BANGERTER, 1226.

⁹⁷ Vgl. Rn 81 f.

⁹⁸ In diesem Fall wird aber auf das Hausdurchsuchungen ansonsten übliche Überraschungselement verzichtet, vgl. schon Rn 74.

93. Die für den Versand von Fragebogen geltenden Grundsätze hinsichtlich Verbots des Selbstbelastungszwangs bzw. Aussageverweigerungsrecht gelten mutatis mutandis auch bei mündlichen Einvernahmen (z. B. anlässlich einer Hausdurchsuchung). Gemäss Art. 42 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden die von einer Untersuchung Betroffenen darüber hinaus zur Beweissaussage im Sinne von Art. 64 (BZP⁹⁹) anhalten. Diese Möglichkeit zur Beweissaussage erlaubt es, gemäss Art. 63 Abs. 2 BZP bestimmte Personen mit Organeigenschaft stellvertretend für die juristische Person als Partei einem Parteiverhör zu unterziehen. Grundsätzlich haben demnach die für die Untersuchung zuständigen Wettbewerbsbehörden die Organe einer juristischen Person nicht als Zeugen, sondern aufgrund ihrer Organeigenschaft als Parteien zu befragen, und sie können gemäss Art. 42 KG eine Beweissaussage anordnen¹⁰⁰. Eine solche Beweissaussage hat zur Folge, dass die betroffenen Personen ihre Aussage unter der Strafdrohung von Art. 306 StGB (falsche Aussage) zu machen haben und zur Wahrheit zu ermahnen sind (Art. 64 Abs. 2 BZP).

94. Aufgrund des verfassungsmässigen Rechts eines Angeschuldigten, sich nicht selber belasten zu müssen bzw. die Auskunft verweigern zu dürfen, erscheint es prima vista angezeigt, die Strafdrohung bei der Beweissaussage gemäss Art. 42 Abs. 2 KG i. V. m. Art. 64 BZP und Art. 306 StGB als EMRK-konform zu betrachten, soweit die Beweissaussage keine direkte Selbstbelastung zum Gegenstand hat. Fraglich bleibt allerdings, ob die Verweigerung der Beweissaussage einen Einfluss auf die Sanktionshöhe gemäss Art. 49a Abs. 1 KG haben könnte; denn aus dem Gebrauch des Aussageverweigerungsrechts dürfen dem Beschuldigten keinerlei Nachteile erwachsen. Art. 40 BZP, welcher die freie richterliche Beweiswürdigung statuiert und insbesondere vorsieht, dass der Richter das Verweigern der Beantwortung von Fragen oder das Vorenthalten angeordneter Beweismittel berücksichtigt, findet demnach im Kartellverfahren vor den Wettbewerbsbehörden keine Anwendung¹⁰¹. Letztlich bleibt somit fraglich, ob die Möglichkeit der Wettbewerbsbehörden, ein angeschuldigtes Unternehmen (bzw. dessen Organe) gemäss Art. 42 Abs. 1 KG zur Beweissaussage zu verpflichten, einem restriktiven Verständnis der Vorgaben der EMRK standhält.

B.4.2.3 Kurze Hinweise auf die Praxis ausländischer Behörden

95. Um zu zeigen, dass die Schweiz mit der genannten Problematik und dem gewählten pragmatischen Lösungsansatz nicht allein dasteht, folgen abschliessend ein paar kurze und vereinfachende Hinweise auf die Praxis ausländischer Behörden:

96. *EU*: Bezüglich Erlangen von Auskünften kennt die EU ein 2-stufiges Verfahren: Erteilt ein Unternehmen die verlangte Auskunft innert gesetzter Frist nicht oder nicht vollständig, so fordert die Kommission die Auskunft durch Auskunftsentscheidung unter Androhung von Zwangsmassnahmen sowie unter Hinweis auf das Recht zur Klage gegen die Entscheidung ein. Zulässig sind in der EU (vereinfacht dargestellt) alle Fragen bezüglich tatsächlicher Begebenheiten; unzulässig sind Fragen betreffend Ziel, Zweck bzw. Teilnahme an wettbewerbswidrigem Verhalten, d. h. Fragen, die ein Unternehmen zwingen, zu einem Wettbewerbsvergehen Stellung zu nehmen. Ein Unternehmen muss m.a.W. einen allfälligen Verstoß nicht direkt eingestehen (kein Zwang zu einem Geständnis), es kann aber gezwungen werden, alle gegen sich selbst vorhandenen Beweise der Kommission zu übergeben¹⁰².

97. *Frankreich*: In Frankreich gibt es – soweit ersichtlich – keinen Entscheid, der sich speziell mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs in Kartellsachen beschäftigt. Die Untersu-

⁹⁹ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (Bundeszivilprozessordnung, BZP; SR 273).

¹⁰⁰ Vgl. BORER, Art. 42 N 5.

¹⁰¹ Vgl. REINERT, Art. 42 N 10 m.w.Nw.

¹⁰² Vgl. zum Ganzen die in Fn 63 zitierten EuG- bzw. EuGH-Entscheide i. S. Mannesmannröhren-Werke, Orkem sowie Tokai und statt vieler etwa WASER, 180 m.Nw.

chungsbehörden machen die Befragten nicht auf ein allfälliges Schweigerecht aufmerksam. Umgekehrt steht ihnen aber auch nicht das Sanktionsrecht im Falle der Verweigerung von Auskünften zu. Immerhin sieht der Code de Commerce Strafsanktionen vor für den Fall der Behinderung kartellrechtlicher Untersuchungsmaßnahmen¹⁰³. Bei Gefahr von Kollusion oder bei klarer Verweigerung der Mitwirkung führen die Behörden Hausdurchsuchungen durch.

98. *Deutschland*: Nach deutschem Recht ist zwischen Kartellverwaltungs-¹⁰⁴ und Ordnungswidrigkeitsverfahren nach Ordnungswidrigkeitengesetz (OWIG) unterscheiden:

- Im *Verwaltungsverfahren* wird grundsätzlich eine Belehrung gemäss § 59 V GWB erteilt. Daraus folgt, dass die befragten Personen die Pflicht haben, umfassend Auskunft zu erteilen. Diese können sie nur verweigern, sofern sie sich dadurch der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder einem Verfahren nach dem OWIG aussetzen würden. Den Behörden stehen zur Durchsetzung der Auskunftspflicht Mittel des Verwaltungszwanges zur Verfügung (z. B. Zwangsgelder). Die ungerechtfertigte Verweigerung einer Aussage zufolge formellen Auskunftsbeschluss stellt ihrerseits eine Ordnungswidrigkeit dar¹⁰⁵. Es muss im Einzelfall, je nach Auskunft/Frage, abgewogen und entschieden werden, ob diese zu einer unzulässigen Selbstbelastung führen könnte oder ob der Befragte zur Auskunft verpflichtet ist. Solange die Auskunft nicht geeignet ist, einen Verstoss mit Ordnungswidrigkeitscharakter (auch subjektive Komponente/Verschulden erforderlich), sondern „lediglich“ ein kartellrechtlich unzulässiges Verhalten nachzuweisen, welches in der Folge allein im Verwaltungsverfahren untersagt würde, liegen keine strafrechtlich relevanten Informationen vor und kann der Befragte die Auskunft *nicht* verweigern.
- Krasse Fälle des Verstosses gegen das Missbrauchs- oder Kartellverbot¹⁰⁶ stellen *Ordnungswidrigkeiten gemäss OWIG* dar¹⁰⁷. Haben die Behörden einen begründeten Anfangsverdacht (zufolge Bonusmeldung etc.), wird meist direkt ein Ordnungswidrigkeitsverfahren eröffnet¹⁰⁸ und der Sachverhalt sodann mittels Durchsuchungsbeschluss, Aktenbeschlagnahme etc. abgeklärt. Das Ordnungswidrigkeitsverfahren läuft grundsätzlich nach strafrechtlichen Prinzipien ab. D. h. auch, dass ein sodann Verdächtiger Aussagen, die ihn belasten könnten, entsprechend seinen Rechten in Strafverfahren verweigern kann. Wird ein Verstoss und damit die Ordnungswidrigkeit nachgewiesen, können Sanktionen i. S. von Bussgeldern verhängt werden¹⁰⁹.
- Wurde im Rahmen des Kartellverwaltungsverfahrens formell richtig gemäss § 59 V GWB belehrt und stellt sich zu einem späteren Zeitpunkt heraus, dass vermutlich doch krassere Verstösse und damit Ordnungswidrigkeiten vorliegen könnten, kann das laufende Verfahren sistiert und ins Ordnungswidrigkeitsverfahren gewechselt werden. Die

¹⁰³ Art. L.450-8 code de commerce: „Est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7500 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents désignés à l'article L. 450-1 et les rapporteurs du Conseil de la concurrence sont chargés en application du présent livre“.

¹⁰⁴ Das Kartellverwaltungsverfahren ist ein reines Untersuchungsverfahren. Es zielt auf die Untersagung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens. Gegenstand ist z. B. die präventive Fusionskontrolle, die Durchsetzung des Verbots des missbräuchlichen Ausnutzens einer marktbeherrschenden Stellung oder des Kartellverbotes etc.

¹⁰⁵ Vgl. § 81 II Ziff. 6 GWB.

¹⁰⁶ Z. B. harte Kartelle wie Preis- oder Gebietsabsprachen.

¹⁰⁷ Vgl. § 81 GWB.

¹⁰⁸ Der Entscheid, ob ein Verwaltungs- oder Ordnungswidrigkeitsverfahren eröffnet wird, liegt im pflichtgemässen Ermessen der Behörde.

¹⁰⁹ Bussgelder haben nicht den Charakter einer Kriminalstrafe, sondern stellen nach deutschem Verständnis eine „ernsthafte Pflichtenmahnung“ dar, sind in diesem Sinne also traditionell Ahndungen von Verwaltungsunrecht.

trotz Belehrung erteilten Auskünfte im Rahmen des Verwaltungsverfahrens können anschliessend auch im Ordnungswidrigkeitsverfahren verwendet werden. Zuzufolge rechtsgenügender Belehrung besteht kein Verwertungsverbot und müssen die entsprechenden Tatsachen nicht neuerdings erhoben werden. Den Behörden stehen sodann andere Möglichkeiten der Sachverhaltsabklärung zur Verfügung und es können Bussgelder verhängt werden (s.o.).

B.4.3 Empfehlung / Schlussfolgerung

99. Da der auf Erlass einer Verfügung ausgerichtete Rechtsschutz im Verfahren der Vorabklärung eingeschränkt ist, soll grundsätzlich von der Eröffnung einer Vorabklärung abgesehen werden, wenn in jenem Zeitpunkt bereits die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung vorliegen.

100. Die Parteien sind bereits im Stadium der Vorabklärung bzw. spätestens mit Eröffnung der Untersuchung möglichst genau und umfassend mit den gegen sie erhobenen Anschuldigungen zu konfrontieren. Unabhängig davon sind die Fragen in schriftlichen Auskunftsbegehren (Fragebogen) und mündlichen Befragungen (Einvernahme, Parteiverhör) bezogen auf möglichst objektive, tatsächliche Begebenheiten und spezifische Sachverhalte zu stellen, so dass sich das Unternehmen durch deren Beantwortung nicht selber direkt belastet. Hierzu bedarf es letztlich wohl keiner Änderungen der gesetzlichen Grundlagen, sondern lediglich der Sensibilisierung der Sekretariatsmitarbeitenden, diese Praxis auch zukünftig weiter zu verfolgen.

101. Unter Einhaltung dieser Vorgaben sollten sich die Wettbewerbsbehörden weiterhin auf die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG sowie die damit verbundene Verwaltungssanktionsandrohung stützen dürfen, sofern es im Einzelfall nicht sachgerechter erscheint, die entsprechenden Informationen mit dem Zwangsmittel der Hausdurchsuchung direkt beim Unternehmen zu holen.

102. Von der Anwendung bzw. Androhung der Sanktionsbestimmungen im Zusammenhang mit den Verstössen gegen die im Kartellgesetz statuierte Mitwirkungspflicht bzw. Pflicht zur Beweissaussage sollte m.a.W. weiterhin Gebrauch gemacht werden. Bei der verlangten Mitwirkung bzw. Fragestellung ist allerdings aufgrund des Nemo-tenetur-Prinzips eine gewisse Zurückhaltung seitens der Wettbewerbsbehörden geboten.

B.4.4 Exkurs: Legal Privilege bei kartellrechtlichen Hausdurchsuchungen

103. Anwälte können in kartellrechtlichen Verfahren aufgrund des Anwaltsgeheimnisses Auskünfte gemäss Art. 40 KG sowie Zeugenaussagen nach Art. 42 KG verweigern (Art. 16 VwVG i. V. m. Art. 42 Abs. 1 lit. b BZP). Zudem ist das Anwaltsgeheimnis auch bei Hausdurchsuchungen zu wahren (Art. 42 KG i. V. m. Art. 50 Abs. 2 VStrR). Aufgrund dieser prozessualen Folgen des Anwaltsgeheimnisses wird es oftmals als Privileg verstanden, als sog. „legal privilege“.

104. Bisher hat das legal privilege für kartellrechtliche Hausdurchsuchungen keine grosse Rolle gespielt. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und des Bundesstrafgerichtes kann die Anwaltskorrespondenz, die sich im Gewahrsam des Unternehmens befindet, nämlich nur dann nicht beschlagnahmt werden, wenn es sich um Verteidigerkorrespondenz handelt (d. h. um Korrespondenz, welche die Verteidigung im konkreten Verfahren zu Gegenstand hat)¹¹⁰. Verteidigerkorrespondenz dürfte aber zum Zeitpunkt von Hausdurchsuchungen, welche regelmässig überraschend zu Beginn des Verfahrens stattfinden, kaum je

¹¹⁰ BStrGer, 28.2.2005 ϕ BK_B189/04 bzw. BE.2004.9) E. 3.1.; BStrGer, 4.5.2005 (BV 2005.15) E. 3.2.; BGer, 13.8.2004 (1P.133/2004) E. 2 ff. Vgl. auch Ziff. 3 des Merkblattes des Sekretariates zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen.

vorhanden sein. Das Gewahrsamskriterium wurde in der neuen StPO ausdrücklich verworfen (Art. 264 Abs. 1 lit. c StPO), so dass damit zu rechnen ist, dass es durch die Rechtsprechung auch für kartellrechtliche Fälle aufgegeben werden wird.

105. Das Sekretariat hat in Ziff. 4 seines Merkblattes über die Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen festgehalten, dass die Arbeitserzeugnisse von Unternehmensjuristen (in-house lawyer/in-house counsel) nicht durch das Anwaltsgeheimnis vor Durchsuchung und Beschlagnahme geschützt sind. Seither wird dieses Thema in der Lehre kontrovers diskutiert. Das Bundesstrafgericht hat diese Frage in einem aktuellen Entscheid bei der Überprüfung einer kartellrechtlichen Hausdurchsuchung überprüft und ist zum Ergebnis gelangt, dass die Unternehmensanwälte Art. 321 StGB nicht unterstellt sind und demzufolge bei ihnen Dokumente durchsucht und beschlagnahmt werden dürfen¹¹¹. Das Bundesgericht hat hingegen die umstrittene Frage, ob das Anwaltsgeheimnis für Unternehmensjuristen gilt, offen gelassen¹¹². Es hat auch offen gelassen, ob die Unternehmensanwälte dem beschuldigten Unternehmen zuzurechnen sind oder nicht, weil im zu beurteilenden Fall die Informationen nicht in den Räumlichkeiten der Unternehmensanwälte beschlagnahmt wurden. Informationen, welche nicht nur dem Unternehmensanwalt selbst anvertraut und faktisch in dessen Herrschaft stünden, sondern auch anderen Mitarbeitern des Unternehmens zugänglich seien, können nicht Objekt des Berufsgeheimnisses sein. Auch in Europa wurde das legal privilege für Unternehmensanwälte kürzlich vom EuG verworfen¹¹³.

106. Derzeit ist aber ein Gesetzgebungsprojekt im Gange, welches die Unternehmensanwälte bezüglich des Anwaltsgeheimnisses den freiberuflichen Anwälten gleichstellen will (Unternehmensanwaltsgesetz)¹¹⁴. Dokumente, welche aus dem Verkehr zwischen einer „beschuldigten Person“ (unternehmensinterne Stelle) und dem Unternehmensanwalt stammen, dürften – unabhängig des Ortes, an dem sie sich befinden – nicht mehr beschlagnahmt werden¹¹⁵.

107. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die heutige, für die Durchführung von Hausdurchsuchungen vorteilhafte Rechtslage sich in naher Zukunft erheblich zu verschlechtern droht. Eine solche indirekte Aufweichung der Ermittlungsinstrumente der Wettbewerbsbehörden sollte im Hinblick auf die Aufdeckung bzw. Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen und somit im Interesse der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts verhindert werden.

B.5 Rechtliches Gehör

B.5.1 Ausgangslage / Problemstellung

108. Das Sekretariat ist gemäss Art. 30 Abs. 2 KG verpflichtet, den Verfahrensbeteiligten den Antrag zur Stellungnahme vorzulegen; die Beteiligten haben das Recht, zum Antrag schriftlich Stellung zu nehmen. Verletzt das Sekretariat seine Pflicht, wird damit der Anspruch der Parteien auf das rechtliche Gehör verletzt, was einen formellen Verfahrensman-

¹¹¹ BStrGer, 14.3.2008 ϕ BE.2007.10–13).

¹¹² BGE 1B_101/2008, 28.10.2008 i. S. Panalpina etc.

¹¹³ Joined Cases T-125/03 and T-253/03, Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd., Rz. 166–168.

¹¹⁴ Bundesgesetz über die Unternehmensanwältinnen und Unternehmensanwälte (Unternehmensanwaltsgesetz, UAG), derzeit in der Ämterkonsultation, eine Vernehmlassung ist geplant. Der Entwurf ist die Folge einer Motion der Rechtskommission des Nationalrates, welche die weitgehende Gleichstellung der Personen, welche als Angestellte einer Unternehmung für diese rechtsberatend oder forensisch tätig sind, fordert (07.3281). Die Motion wurde am 19.6.2007 im Nationalrat angenommen (vgl. AB 2007 N 970).

¹¹⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Unternehmensanwältinnen und Unternehmensanwälte.

gel darstellt, der im Beschwerdeverfahren zur Aufhebung des Entscheids der WEKO führen kann.

109. In der jüngeren Rechtsprechung der ehemaligen REKO/WEF ist das rechtliche Gehör dergestalt ausgedehnt worden, dass praktisch jede Änderung der Begründung und des Dispositivs der Verfügung der WEKO dazu führte, dass die Parteien dazu erneut Stellung nehmen durften¹¹⁶. Dadurch, dass die Parteien ihre Argumente nicht auf einmal, sondern gestaffelt vorbringen (konnten), hatten sie es in der Hand, die ohnehin nicht gerade kurzen Verfahren quasi nach Belieben zusätzlich zu verzögern.

110. Auch gewisse Lehrmeinungen vertreten die Ansicht, der Antrag des Sekretariats dürfe nach Eingang der Stellungnahmen der Beteiligten nur dann abgeändert werden, wenn das Sekretariat der WEKO ihnen erneut Gelegenheit gibt, sich zu äussern¹¹⁷.

111. Selbst wenn diese Rechtsprechung durch die ehemalige REKO/WEF und das BGer bis zu einem gewissen Grad wieder relativiert worden ist¹¹⁸, ist die Frage, wie sich die Wettbewerbsbehörden im Einzelnen zu verhalten haben, bis heute nicht restlos geklärt.

B.5.2 Lösungsansatz

B.5.2.1 De lege lata

112. Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV ist im Grundsatz unbestritten. Es geht jedoch um dessen Tragweite und Umfang: Im Bereich des Kartellrechts ergibt sich dieser zunächst aus den Bestimmungen des VwVG, namentlich Art. 29 und 30 Abs. 1 VwVG. Danach sind die Parteien vor dem Erlass einer Verfügung anzuhören (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Das Äusserungsrecht bezieht sich dabei grundsätzlich auf alle wesentlichen Tatsachen, Beweismittel und das Beweisergebnis.

113. Darüber hinaus enthält das Kartellgesetz eine spezielle Vorschrift, die den allgemeinen Bestimmungen des VwVG gemäss Art. 39 KG vorgeht: Nach Art. 30 Abs. 2 KG können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariates Stellung nehmen. Art. 30 Abs. 2 KG stellt damit eine Erweiterung des nach der Verfassung bzw. dem VwVG bestehenden Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, da dieser Anspruch an sich nicht auch das Recht umfasst, sich zum Entscheidentwurf der instruierenden Behörde gesondert äussern zu können¹¹⁹.

114. Aus der Kompetenzaufteilung zwischen Sekretariat und WEKO in organisatorischer Hinsicht (Sekretariat als Untersuchungsbehörde, WEKO als Entscheidbehörde, vgl. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 KG i. V. m. Art. 12 Abs. 1 lit. c GR) ergibt sich, dass die WEKO an den Antrag des Sekretariates nicht in jedem Fall vollumfänglich gebunden sein kann. Vielmehr muss es ihr als Entscheidbehörde zustehen, unter bestimmten Voraussetzungen in einem gewissen Ausmass sowohl in der Begründung als auch im Dispositiv vom Entwurf des Sekretariates abzuweichen. Auch wenn die neuesten Entscheide der ehemaligen REKO/WEF und des BGer nicht zu einer definitiven Klärung des Umfangs und der Tragweite des rechtlichen Gehörs geführt haben, scheinen diese dennoch für eine restriktivere Anwendung des rechtlichen Gehörs zu sprechen, wenn nunmehr die Rede davon ist, dass die WEKO nicht an den

¹¹⁶ Vgl. RPW 2006/2, 317, Erw. 4.3 [betreffend Zusammenschlusskontrolle], RPW 2005/4, 677 Erw. 4, und RPW 2005/3, 509 ff. Erw. 4.1, 4.8; REKO/WEF i. S. Sammelrevers vom 11.7.2006, E. 5., wonach die WEKO an den Antrag des Sekretariates nicht gebunden sein soll.

¹¹⁷ Vgl. BILGER, 272 f. m.w.Nw.; BORER, Art. 30 KG Rn 6; WASER, 242.

¹¹⁸ RPW 2006/3, 558 f., E. 5; BGE 126 V 130 E. 2b; 125 I 113 E. 3, publiziert in RPW 2007/1, 133, Erw. 7.2.

¹¹⁹ Vgl. BGE 2A.292/2002, E. 3.4, publiziert in RPW 2003/3, 695 ff.; BILGER, 275, 277.

Antrag des Sekretariates gebunden¹²⁰ bzw. eine Abweichung der WEKO in einigen Punkten vom Antrag des Sekretariates bundesrechtlich nicht zu beanstanden sei¹²¹.

115. Vorbehalten dürfte einzig die Situation sein, dass die WEKO das Sekretariat mit neuen Untersuchungshandlungen betraut und das Sekretariat seinen Antrag in der Folge an die neuen Ermittlungsergebnisse anpasst oder die WEKO den Antrag des Sekretariates nicht unterstützt und zu einer anderen (gegenteiligen) kartellrechtlichen Würdigung des Sachverhaltes kommt (z. B. Unzulässigkeit statt Zulässigkeit eines Verhaltens, Untersagung statt Zulassung eines Zusammenschlusses). Nur in diesen Fällen, die eine grundlegende Überarbeitung bzw. Neuformulierung des Antrages bzw. des Verfügungsentwurfs durch das Sekretariat voraussetzen, ist dieser den Beteiligten noch einmal zur Stellungnahme zu unterbreiten.

116. In der Konsequenz würde ein weitgehend formalisiertes Äusserungsrecht der Beteiligten vor dem Erlass der Verfügung durch die WEKO darauf hinauslaufen, dass faktisch eine Art Einspracheverfahren ohne Rechtsmittelfunktion¹²² eingeführt würde, obwohl ein solches Verfahren im Kartellgesetz keine gesetzliche Grundlage findet und daher als unzulässig zu betrachten ist.

117. Dennoch gilt es in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass nach Ansicht der REKO/WEF für das rechtliche Gehör bzw. das Recht auf vorgängige Stellungnahme zur Verfügung in formaler Hinsicht „irrelevant [ist], ob die Verfügung im Untersuchungsverfahren vor dem Sekretariat oder im Entscheidungsverfahren geändert wird, und ob man die geänderte Fassung noch als Antrag beziehungsweise Verfügungsentwurf oder aber als Verfügung bezeichnet“¹²³. Hierzu ist festzuhalten, dass der Wortlaut von Art. 30 Abs. 2 KG einzig vom Antrag des Sekretariates spricht. Dass die am Verfahren Beteiligten auch zur Verfügung bzw. zum Verfügungsentwurf der WEKO schriftlich Stellung nehmen könnten, lässt sich Art. 30 Abs. 2 KG in grammatikalischer Hinsicht nicht entnehmen (dabei ist indessen zu berücksichtigen, dass die Begriffe „Antrag“ und „Verfügungsentwurf“ nicht immer einheitlich verwendet werden).¹²⁴ Dies würde letztlich auch dem Sinn und Zweck der Bestimmung zuwider laufen, da es nicht sein kann, dass den Parteien der definitive Entscheid der WEKO vorweg zur Stellungnahme unterbreitet werden muss. Dies ist auch bei anderen Behörden, insbesondere den Gerichtsbehörden, nicht der Fall. Diese entscheiden vielmehr, nachdem sich die Parteien geäußert haben, autonom über die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes, ohne dass die Parteien hierzu nochmals (vor Erlass der Verfügung) Stellung nehmen können. Folgte man hingegen streng der eingangs erwähnten Rechtsprechung der REKO/WEF und forderte man, dass das Äusserungsrecht nach Art. 30 Abs. 2 KG gegenüber der WEKO identisch sei wie gegenüber dem Sekretariat, wäre es de lege ferenda zu prüfen, den Gehörsanspruch der Parteien einzuschränken entweder auf den Antrag des Sekretariates oder auf den Umfang des VwVG¹²⁵.

118. Als Alternative zu einer Gesetzesänderung bietet sich an, in materieller Hinsicht eine pragmatische Lösung zu finden. Der Gehörsanspruch lässt sich nämlich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf die rechtserheblichen Sachfragen einschränken. Zur rechtlichen Würdigung müssen die Parteien nur dann angehört werden, wenn sich (a) die Behörden auf Rechtsnormen zu stützen gedenken, mit deren Beizug die Parteien nicht rechnen

¹²⁰ RPW 2006/3, 558 f., E. 5.

¹²¹ Vgl. BGE 126 V 130 E. 2b; 125 I 113 E. 3, publiziert in RPW 2007/1, 133, E. 7.2.

¹²² Vgl. dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI, 257 f., Rn 46 ff.

¹²³ REKO/WEF, RPW 2005/4, 679 E. 4.1.

¹²⁴ Im Bereich des *Fusionskontrollverfahrens* nach Art. 32 ff. KG ist im Übrigen fraglich, ob Art. 30 KG, und damit auch der erweiterte Gehörsanspruch nach dessen Abs. 2, überhaupt anwendbar ist, da das Fusionskontrollverfahren ein spezielles, vom Verfahren nach Art. 27 ff. KG zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 und 7 KG zu unterscheidendes, eigenständiges Verfahren darstellt. Vgl. CARRON, Art. 30 KG Rn 7.

¹²⁵ Dazu unten Rn 123 f.

mussten, (b) sich die Rechtslage geändert hat oder (c) ein besonders grosser Ermessensspielraum besteht¹²⁶.

119. Im Rahmen einer differenzierten Betrachtungsweise und zur Vermeidung von formellen Fehlern sollte de lege lata gelten, was folgt:

- Es ist im Grundsatz unbestritten, dass das Anhörungsrecht der Parteien nach KG weiter geht als dasjenige nach VwVG (und auch weiter als das verfassungsmässige rechtliche Gehör). Die Parteien haben an sich auch das Recht, nicht nur zur ersten Version des Antrags Stellung zu nehmen, sondern grundsätzlich auch zu jeder (wesentlich) überarbeiteten Version. Das gilt sowohl für die Überarbeitung des Antrags aufgrund der Stellungnahmen der Parteien als auch aufgrund der Anweisung der WEKO wie grundsätzlich auch aufgrund der Anpassung des Verfügungsentwurfs durch die WEKO selber¹²⁷.
- Erneut zur Stellungnahme zu unterbreiten ist der Antrag bzw. der Verfügungsentwurf damit bei jeder materiellen Änderung des Dispositivs¹²⁸, oder wenn die WEKO in ihrem Entscheid in tatsächlich oder rechtlich wesentlichen Punkten (z. B. andere rechtliche Würdigung, Änderung der Sanktion etc.) vom Antrag abweicht, sei es aufgrund zusätzlicher Argumente des Sekretariats oder eigener Erkenntnisse.
- Aufgrund der Einmaligkeit von Art. 30 Abs. 2 KG und des Gebots der verfassungsmässigen Auslegung ist das Recht der Parteien jedoch auch nicht zu überzeichnen: Insbesondere kann es nicht angehen, dass die WEKO den Antrag des Sekretariats entweder wörtlich akzeptieren oder sonst zwingend zurückweisen muss. Auch aus praktischen und rechtsstaatlichen Gründen (z. B. Verhinderung eines endlosen Hin und Her, Vermeidung von Verfahrensverzögerungen etc.) sind dem Äusserungsrecht der Parteien Grenzen zu setzen. Auf eine erneute Unterbreitung zur Stellungnahme kann verzichtet werden z. B. bei rein sprachlicher Überarbeitung, bei kleineren materiellen Anpassungen bzw. Ergänzungen, die keinen wesentlichen Einfluss auf die Begründung und das Ergebnis des Entscheides haben (z. B. Präzisierung des Sachverhalts oder einer Erwägung), unabhängig davon, ob das Sekretariat den Antrag oder die WEKO den Verfügungsentwurf angepasst hat, und bei der redaktionellen Ausfertigung des Entscheids durch das zuständige Präsidiumsmitglied (Art. 16 Abs. 2 GR).
- Da zur Zeit nach wie vor nicht im Detail geklärt ist, was genau die Rechtsmittelinstanzen von der WEKO bzw. ihrem Sekretariat erwarten, ist davon auszugehen, dass die WEKO bzw. das Sekretariat – um ihren Entscheid im Rekursfall nicht wegen eines formellen Fehlers zu gefährden – faktisch genötigt sind, im Zweifelsfall den geänderten Antrag bzw. Verfügungsentwurf den Beteiligten erneut zur Stellungnahme zustellen. Dies wiederum ist insofern nicht unproblematisch, als dadurch eine Praxis entsteht, auf welche die Behörden in späteren Verfahren behaftet werden könnten.

120. De lege lata ist damit festzustellen, dass die Anwendung von Art. 30 Abs. 2 KG nach dem Verständnis der REKO/WEF für die WEKO mit verfahrensrechtlichen Unannehmlichkeiten verbunden ist. Diese sind jedoch nicht derart gravierend, dass sie nicht einhaltbar wären. Die Praxis der Weko¹²⁹ hat gezeigt, dass den Parteien, wenn mehrere Runden mit der Aufforderung zur erneuten Stellungnahmen durchgeführt werden, bald einmal die neuen Argumente ausgehen und es faktisch nicht zu dem bisweilen befürchteten ewigen Hin und Her

¹²⁶ BGE 2A.292/2002, E. 3.2.3, publiziert in RPW 2003/3, 695 ff.; BGE 127 V 431, E. 2b; BGE 126 I 19, E. 2c.

¹²⁷ Vgl. dazu oben Rn 117.

¹²⁸ Also *nicht* bei rein redaktionellen bzw. die Kostenliquidation oder die Rechtsmittelbelehrung betreffenden Änderungen; RPW 2005/4, 679 E. 4.1 m.w.Hw.

¹²⁹ Vgl. RPW 2006/4, 625 ff.

kommt. Zudem wäre diese Strategie letztlich auch nicht im Interesse der Parteien, die eine möglichst effiziente, umfassende Verteidigung anstreben. Schliesslich ist nicht ausgeschlossen, im Einzelfall einem Hin und Her dadurch Einhalt zu gebieten, dass die WEKO das Beweisverfahren schliesst und die weiteren Vorbringen der Parteien im Sinne von Art. 32 VwVG als verspätet zurückweist und nicht mehr berücksichtigt.

121. Wenn auch die Wettbewerbsbehörden den Beteiligten gegenüber hinsichtlich Einladung zur Stellungnahme eine – im Vergleich zur Regelung im VwVG – gewisse Grosszügigkeit an den Tag legen sollten, so müssen sie sich umgekehrt auch davor hüten, zwecks Vermeidung verfahrensrechtlicher Risiken das rechtliche Gehör allzu weitgehend zu gewähren. Ansonsten hätten die Rechtsmittelinstanzen nie einen Anlass, die Grenze des Gehörsanspruchs festzulegen (die Parteien werden eine zu weit gehende Gehörgewährung nicht anfechten). Damit würde aber der Zustand, dass der Gehörsanspruch zu weit interpretiert wird, perpetuiert.

B.5.2.2 De lege ferenda

122. Solange die Frage der Tragweite des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 30 Abs. 2 KG durch das BGer nicht restlos geklärt ist, erscheint es angezeigt, pragmatisch vorzugehen und den Antrag bzw. Verfügungsentwurf bei Änderungen im Zweifelsfall den Parteien nochmals zur Stellungnahme zuzustellen, um nicht das Risiko einzugehen, dass ein Entscheid lediglich aus formellen Gründen aufgehoben wird. Immerhin bestehen Anzeichen dafür, dass das BVGer und das BGer Art. 30 Abs. 2 KG nunmehr etwas restriktiver auslegen als bisher¹³⁰.

123. Je nachdem, wie sich die WEKO bzw. das Sekretariat in der Frage des rechtlichen Gehörs zukünftig verhalten werden und wie sich die Rechtsmittelinstanzen dazu aussprechen, drängt sich die Frage nach einer Anpassung bzw. Präzisierung von Art. 30 Abs. 2 KG auf.

124. Das Äusserungsrecht nach Art. 30 Abs. 2 KG geht faktisch weiter als dasjenige gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG, welches sich nur auf die wesentlichen Tatsachen und Beweismittel sowie das Beweisergebnis bezieht. Die Konsultationspflicht gemäss Art. 30 Abs. 2 KG stellt eine *lex specialis* gegenüber dem allgemeinen Recht zur vorgängigen Anhörung gemäss Art. 30 VwVG dar. Die Erfahrungen zeigen, dass die Rechtsmittelbehörden aus dem spezialgesetzlichen Äusserungsrecht in der Tendenz hohe Anforderungen an das erstinstanzliche Verfahren herleiten. Dabei bleibt unklar, wie sich die Wettbewerbsbehörden im Einzelnen zu verhalten haben, zumal es auch die Aspekte der Verfahrensökonomie und Verfahrensbeschleunigung zu beachten gilt.

125. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden wäre Art. 30 Abs. 2 KG ersatzlos zu streichen, womit nach Art. 39 KG die bestehenden Bestimmungen des VwVG zur Anwendung gelangen würden, also Art. 29 ff. VwVG. Allenfalls könnte Art. 30 Abs. 2 Satz 1 KG wie folgt angepasst („reduziert“) werden: „Die WEKO ist an den Antrag des Sekretariates nicht gebunden. Sie kann davon abweichen, ohne dass die Änderungen den Parteien nochmals zur Stellungnahme unterbreitet werden müssen.“

B.5.3 Empfehlung / Schlussfolgerung

126. Solange das BVGer bzw. das BGer die Frage der Tragweite des rechtlichen Gehörs bzw. die Auslegung von Art. 30 Abs. 2 KG nicht restlos geklärt haben, besteht für die Wettbewerbsbehörden das latente Risiko, eine Gehörsverletzung zu begehen. Um in einem konkreten Fall die Gefahr eines formellen Fehler zu minimieren, müsste das rechtliche Gehör

¹³⁰ Vgl. RPW 2006/3, 558 f., E. 5; BGE 126 V 130 E. 2b; 125 I 113 E. 3, publiziert in RPW 2007/1, 133, E. 7.2.

den Parteien daher im Zweifelsfall stets erneut gewährt und der Antrag bzw. Verfügungsentwurf bei Änderungen stets nochmals zur Stellungnahme unterbreitet werden. Gewährt indessen die Weko im Zweifel das rechtliche Gehör zu weitgehend, so haben die Rechtsmittelinstanzen nie einen Anlass, die Grenze des Gehörsanspruchs festzulegen, womit die exzessive Gehörsgewährung perpetuiert würde.

127. Selbst wenn die Rechtsmittelinstanzen die heute unklaren Anforderungen an das rechtliche Gehör nicht noch zusätzlich erhöhen, drängt sich daher ein gesetzgeberischer Eingriff zur Gewährleistung der Verfahrenseffizienz auf jeden Fall auf. Aus Sicht der rechtsanwendenden Behörden wäre eine Streichung bzw. Anpassung von Art. 30 Abs. 2 KG sachdienlich. Soweit die oben beschriebene pragmatische Vorgehensweise der WEKO bzw. des Sekretariats durch die Rechtsmittelinstanzen gestützt wird, dürfte das bestehende Instrumentarium aber ausreichen, um den Anforderungen an das rechtliche Gehör gerecht zu werden, ohne dass den Wettbewerbsbehörden dadurch allzu viele prozessuale Nachteile erwachsen.

B.6 Dauer der Verfahren, Fristen

B.6.1 Ausgangslage / Problemstellung

B.6.1.1 Vorbemerkungen

128. Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sind Zivil- und Strafverfahren innert angemessener Frist abzuschliessen. Massgebend sind gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR die Umstände des Einzelfalls. Hauptkriterien sind die Komplexität der Angelegenheit, das Verhalten der Behörden und des Betroffenen sowie die Bedeutung des Ausgangs des Verfahrens für Letzteren.

129. In der Praxis der WEKO und ihres Sekretariats kommt es vor, dass einzelne Untersuchungsverfahren mehrere Jahre lang dauern. Dies liegt einerseits in der Komplexität der zu beurteilenden Sachverhalte und zum anderen im Auskosten sämtlicher Verfahrensrechte durch die Parteien.

B.6.1.2 Verzögerungen durch das Sekretariat bzw. die WEKO

130. Abgesehen vom Fusionskontrollverfahren (Art. 32 Abs. 1 und 33 Abs. 3 KG) und vom Widerspruchsverfahren (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG) sind weder das Sekretariat noch die WEKO an Fristen gebunden, innerhalb welcher bestimmte Untersuchungshandlungen durchzuführen und auszuwerten sind und innerhalb welcher die WEKO zu einer Entscheidung zu kommen hat.

B.6.1.3 Verzögerungen durch die Parteien und Gerichtsferien

131. In der Praxis verzögern (mehrmalige) Fristverlängerungen und übermässig lange und sich z.T. wiederholende Eingaben der Parteien (z.T. deutlich über 100 Seiten pro Stellungnahme) die Verfahren zusätzlich.

132. Da weder das Kartellgesetz noch das VwVG Regeln betreffend die Bemessung behördlicher Fristen enthalten, ist es dem Ermessen der Behörde überlassen, wie lange Fristen sie gewährt. Dabei hat sie jedoch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.

133. In der Praxis haben sich für den „Normalfall“ folgende Fristen herausgebildet: Äusserung zu einzelnen Beweismitteln: 30 Tage; Äusserung zum Antrag des Sekretariates: 30 Tage, bei zweiter Zustellung des Antrags bzw. Verfügungsentwurfs: 10 Tage; Äusserung zur Person des Sachverständigen und der Fragestellung sowie der Formulierung von Abänderungs- und Ergänzungsanträgen bei der Einholung eines Gutachtens: 30 Tage; Erteilung einzelner Auskünfte sowie Edition von Unterlagen: je nach erforderlichem Aufwand: 7–14 Tage; Beantwortung von Fragebogen: 30 Tage.

134. Gemäss Art. 22 Abs. 2 VwVG kann eine behördlich angesetzte Frist aus zureichenden Gründen erstreckt werden, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht. Was unter zureichenden Gründen zu verstehen ist, wird in der zitierten Bestimmung nicht ausgeführt. Ebenso wenig ist ihr zu entnehmen, ob eine Frist mehr als einmal verlängert werden kann. Deshalb ist es Sache der Behörde, die entsprechenden Regeln zu formulieren.

135. Praxisgemäss gilt bezüglich Fristverlängerungen Folgendes: Für die Gewährung einer ersten Fristverlängerung genügt die Geltendmachung „plausibler“ Gründe. Solche Gründe sind insbesondere Krankheit, Militärdienst, Ferienabwesenheit, berufsbedingte Abwesenheit, begründete Arbeitsüberlastung, notwendige Beweismittelbeschaffung und zeitintensive Entscheidungsstrukturen (z. B. bei Verbänden, Konzernen, internationalen Gesellschaften etc.). Der maximale Umfang der Fristverlängerung entspricht der erstmals angesetzten Frist. Für die Gewährung einer zweiten und letztmaligen Fristverlängerung müssen die Betroffenen qualifizierte Gründe geltend machen. Damit sind Gründe gemeint, die auf höhere Gewalt zurückzuführen sind wie z. B. schwere Krankheit oder katastrophenähnliche Ereignisse¹³¹. Der maximale Umfang der Fristverlängerung entspricht wiederum der erstmals angesetzten Frist¹³².

136. Schliesslich tragen auch Gerichtsferien zur Verlängerung von Verfahren bei. Gemäss Art. 22a VwVG stehen gesetzliche und behördliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, still: (a) vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern; (b) vom 15. Juli bis und mit 15. August; (c) vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar. Der Fristenstillstand bewirkt, dass die Frist um die Dauer der Gerichtsferien verlängert wird. Es ist daher grundsätzlich zu vermeiden, dass der Endtermin einer behördlichen Frist in die Gerichtsferien fällt. Ein weiterer Faktor bildet die Regel von Art. 20 Abs. 3 VwVG. Dieser Bestimmung folgend kann eine Frist an Samstagen, Sonntagen und anerkannten Feiertagen nicht ablaufen.¹³³ Deshalb sind die Fristen so zu bemessen, dass deren Endtermin auf den nächstfolgenden Werktag fällt.

137. Art. 22a VwVG erfasst zwar nicht die im Kartellverwaltungsverfahren üblichen behördlichen Fristen mit Endtermin. Derartige Fristen stehen während den Gerichtsferien an sich nicht still. Allerdings können Fristen, deren Endtermin innerhalb der Gerichtsferien angesetzt wird, während den Gerichtsferien nicht ablaufen. Sie werden bis nach Ablauf des ersten Tages nach den Gerichtsferien verlängert.

138. Des Weiteren dürfen die Betroffenen erwarten, dass die Behörde bei der Bemessung laufende oder bevorstehende Gerichtsferien angemessen berücksichtigt. Dies bedeutet, dass die übliche Frist (Rn 132 f.) schon im Voraus länger angesetzt wird. Was angemessen ist, lässt sich nicht allgemeingültig festlegen, sondern verlangt eine Berücksichtigung der konkreten Umstände im Einzelfall. Als Kriterien fallen dabei insbesondere der Zeitpunkt der Ansetzung, die Dauer der im Normalfall eingeräumten Frist sowie allenfalls der den Parteien erwachsende Aufwand in Betracht.

B.6.2 Lösungsansatz

B.6.2.1 Verzögerungen durch das Sekretariat bzw. die WEKO

139. Mit Ausnahme der genannten Bestimmungen (Rn 130) und der Fusionskontrolle enthält das Kartellgesetz keine Fristen, welche das Sekretariat und die WEKO zwingen würden, ein Verfahren innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens durchzuführen. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die Verankerung von Ordnungsfristen im Kartellgesetz eine sinnvolle Ab-

¹³¹ RPW 2000/2, 266 f.; BILGER, 137.

¹³² RPW 2006/4, 723 i.f.

¹³³ Zur Bestimmung eines Feiertages nach kantonalem Recht ist das Recht des Kantons massgebend, in dem die Partei oder ihr Vertreter Wohnsitz oder Sitz hat.

hilfe gegen die übermässig lange Dauer von Verfahrens- und Entscheidstadien schaffen könnte.

140. Wie die Regelung bezüglich der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen zeigt, ist es durchaus möglich, einen konkreten – allenfalls äusserst komplexen – Sachverhalt innerhalb einer bestimmten Frist abzuklären und zu würdigen. Diesbezüglich ist jedoch hervorzuheben, dass die Einhaltung der Fusionskontrollfristen namentlich durch die Flexibilität des Sachbearbeiters begünstigt wird, dem Unternehmenszusammenschluss – falls erforderlich – absolute Priorität zu gewähren, da andere von ihm zu bearbeitende Verfahren an keine Fristen gebunden sind und zeitlich hinter das Fusionsverfahren zurückgestellt werden können. Würden alle Verfahren mit Fristen versehen und somit faktisch als prioritär qualifiziert, wäre eine solche Flexibilität eingeschränkt und bestimmte Fristen könnten allenfalls bei Fristenkollisionen nicht eingehalten werden.

141. Eine weitere Schwierigkeit liegt in der Festlegung von allgemein geeigneten Fristen, da gewisse Verfahren für die Behörden deutlich zeit- und arbeitsaufwändiger sind als andere. Zudem liegt die Dauer eines Verfahrens nicht einzig in den Händen der Behörden, sondern sie ist stets auch abhängig vom Verhalten der Parteien (Fristverlängerungen etc.; Rn 131 ff.).

142. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die explizite Nennung von Fristen im Kartellgesetz die Parteien dazu verleiten könnte, ihre Kooperation einzuschränken, was zur Folge hätte, dass die WEKO bei Ablauf der Fristen allenfalls über ungenügendes Beweismaterial verfügen würde. Diese Problematik stellt sich bei Unternehmenszusammenschlüssen nicht, da die Parteien ein Interesse an einem möglichst raschen Entscheid haben und die Kooperation somit in ihrem eigenen Interesse steht.

143. Die aufgeführten Argumente treffen jedoch nicht auf das Stadium der Entscheidungsfindung der WEKO zu. Auch in komplexen Fällen bekommt die WEKO den ausgearbeiteten Antrag des Sekretariats, aufgrund dessen es ohne weitere Abklärungen (abgesehen von einer allfälligen Anhörung i. S. v. Art. 30 Abs. 2 KG) möglich sein sollte, einen Entscheid zu fällen. Ordnungsfristen für die Entscheidungsfindung der WEKO wären somit grundsätzlich denkbar. Da die Frist für die WEKO wohl erst laufen würde, sobald die WEKO komplett dokumentiert und der Fall liquid ist, müsste – wie auch immer – sichergestellt sein, dass die WEKO das Sekretariat nicht mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen nach Art. 30 Abs. 2 KG beauftragen würde, nur um den Fristlauf zu hemmen oder zu unterbrechen.

B.6.2.2 Verzögerungen durch die Parteien und die Gerichtsferien

144. Grundsätzlich erscheint es nicht ausgeschlossen, für die Belange des Kartellgesetzes kürzere Fristen für die Parteien vorzusehen: So könnten etwa *de lege ferenda* die Gerichtsferien für die kartellrechtlichen Verfahren ausgeschaltet und *de lege lata* die vom Sekretariat in der Praxis herausgebildeten Fristen verkürzt werden. Durch eine strategisch geschickte Planung der verschiedenen Verfahrensschritte können die Behörden *de lege lata* im Einzelfall auch das Problem der Gerichtsferien umgehen, indem sie den Parteien die Fristen so ansetzen, dass sie durch die Gerichtsferien nicht tangiert, d. h. verlängert, werden.

145. Bei all diesen Massnahmen gilt es jedoch wiederum das übergeordnete Recht zu beachten, zumindest in denjenigen Verfahren, die zu direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG führen können. In diesen Fällen ist den Betroffenen gemäss Art. 6 Abs. 1 und 3 lit. b EMRK u. a. auch ausreichend Zeit für die Vorbereitung der Verteidigung zu gewähren¹³⁴.

146. Angesichts der Komplexität der KG-Fälle kann eine Frist zur Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates von 30 Tagen kaum als zu lang bezeichnet werden. Ähnliches gilt prinzipiell auch für die Auskunftsbegehren des Sekretariates nach Art. 40 KG, wobei hier je nach Umfang und Komplexität der Fragestellung allenfalls die Möglichkeit für eine Verkür-

¹³⁴ Vgl. z. B. VILLIGER, Rn 509.

zung eher bestehen dürfte. Dem Spielraum für eine Verkürzung dieser Fristen erscheinen aber allgemein Grenzen gesetzt zu sein. Diskutabel wäre allenfalls, ob eine erste Verlängerung prinzipiell kürzer ausfallen könnte (z. B. 14 statt 30 Tage), wobei sich der Zeitgewinn jedoch in engen Grenzen halten würde. Da die Dauer der Fristen im Ermessen der Behörde steht, bedarf es hierzu an sich keiner Gesetzesänderung. Allerdings wäre eine entsprechende gesetzliche Grundlage im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert. Dabei darf jedoch auch eine solche gesetzliche Regelung nicht gegen die EMRK verstossen (ob dies der Fall wäre, würde letztlich die Rechtsprechung zeigen). Schliesslich darf die Möglichkeit einer zweiten Fristverlängerung nicht eingeschränkt werden, jedoch ist das Sekretariat gehalten, diese ausnahmslos nur im Falle von oben genannten qualifizierten Gründen zu gewähren.

147. Ein zusätzliches Problem im Zusammenhang mit der Gewährung von behördlichen Fristen stellt der Umfang der Stellungnahmen der Unternehmen bzw. deren Vertreter dar (z.T. über 100 Seiten). Eine generelle gesetzliche Beschränkung der Eingaben der Parteien im Voraus – z. B. direkt mittels Vorgabe eines Maximalumfangs oder indirekt mittels Verkürzung der Frist für die Ausarbeitung der Stellungnahme – steht wiederum im Spannungsfeld zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte: Infolge der Komplexität der KG-Fälle sind wohl gewisse Zugeständnisse an den Umfang zu machen. Sollte ein Unternehmen im Einzelfall die Grenzen des Zumutbaren überschreiten, indem z. B. der Umfang seiner Eingabe überbordende Ausmasse annimmt oder die Eingabe von Wiederholungen geprägt ist oder sonst Klarheit vermissen lässt, und wird dadurch die effiziente Arbeitsabwicklung im Sekretariat unverhältnismässig behindert, so erscheint als ultima ratio eine Rückweisung der Eingabe zur Überarbeitung nicht ausgeschlossen (vgl. Art. 39 KG i. V. m. Art. 52 Abs. 2 VwVG). Die Einführung einer speziellen Bestimmung im Kartellgesetz, die sich z. B. an Art. 52 Abs. 2 VwVG bzw. Art. 42 Abs. 2 BGG¹³⁵ (Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde, insbesondere Begründung in klarer, gedrängter Form) orientieren würden, ist zwar denkbar, aber nicht zwingend nötig.

B.6.3 Empfehlung / Schlussfolgerung

B.6.3.1 Verzögerungen durch das Sekretariat bzw. die WEKO

148. Aufgrund der oben ausgeführten Argumente (Rn 140 ff.) scheint es nicht sinnvoll, *Ordnungsfristen für Instruktionshandlungen* des Sekretariats im Kartellgesetz zu verankern. Hingegen könnten interne Leitlinien solche Fristen vorsehen, und es würde somit am zuständigen Dienstleiter bzw. Sachbearbeiter liegen, diese diszipliniert einzuhalten. Gegebenenfalls könnte deren Einhaltung in die jährliche Zielauswertung mit dem Dienstleiter einfließen.

149. Bezüglich *Fristen nur für die Entscheidphase* ist zu bedenken, dass die heute bereits bestehenden Regeln des Fusionskontrollverfahrens Fristen beinhalten sowohl für die Prüfungsphase des Sekretariats sowie die Entscheidphase der Kommission. Es wäre somit nicht kohärent, für andere Verfahren im Kartellgesetz nur für das Entscheidstadium und nicht für das gesamte Verfahren Fristen zu setzen (vgl. Rn 143). Dies umso mehr, als die Gründe für eine solche Differenzierung aus dem Gesetzestext nicht ersichtlich sind. Aufgrund der Gesetzssystematik scheint es somit auch nicht angezeigt, Kommissionsfristen im Kartellgesetz festzusetzen, selbst wenn diese grundsätzlich wünschenswert wären.

B.6.3.2 Verzögerungen durch die Parteien und die Gerichtsferien

150. Die *Nichtberücksichtigung von Gerichtsferien*, die *Verkürzung von behördlichen Fristen* und die *Einschränkung von Verlängerungsmöglichkeiten* könnten gesetzlich speziell geregelt werden. Der sich aus dem übergeordneten Recht (EMRK) ergebende Anspruch auf rechtliches Gehör und Verteidigung (inkl. ausreichende Vorbereitungszeit) setzt einer solchen Re-

¹³⁵ Bundesgesetz vom 17.6.2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

gelung jedoch Grenzen. Anstelle einer gesetzlichen Regelung könnten die Wettbewerbsbehörden de lege lata auch von ihrem Ermessensspielraum Gebrauch machen und die Fristen sowie deren Verlängerungsmöglichkeiten verkürzen bzw. einschränken. Wie weit dabei wiederum aus grundrechtlicher Sicht gegangen werden könnte, würde sich aus der Rechtsprechung ergeben.

151. Entsprechendes gilt für die *Beschränkung überlanger Parteieingaben*: Hier ist zusätzlich das Dilemma zu beachten, dass eine offene, flexible Regelung dem Sekretariat zwar einen grossen Ermessensspielraum geben würde, aber der Rechtssicherheit abträglich wäre und Ressourcen in Streitigkeiten binden könnte, ob eine Beschränkung im Einzelfall angemessen sei oder nicht. Eine klare, starre Regelung hingegen würde dem Einzelfall nicht gerecht, da eine ausführliche Eingabe im einen Fall angezeigt sein kann, im anderen hingegen nicht.

B.7 Massenverfahren

B.7.1 Ausgangslage / Problemstellung

152. Sind mehrere Unternehmen an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung, namentlich einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG, beteiligt, ist diese an sich jedem einzelnen Unternehmen zu verbieten, und es ist für jedes Unternehmen separat eine Sanktion festzulegen. Gleiches gilt im Normalfall, wenn die Unternehmen in einer Unternehmensvereinigung (Verband, Verein) organisiert sind. Verfügungsadressat ist damit jedes einzelne an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen. Ein Verband kommt als Verfügungsadressat grundsätzlich nur dann in Frage, wenn er selbst ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellt, also selber als Anbieter oder Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig im Wirtschaftsprozess auftritt. Ob ein Verband diese Voraussetzung erfüllt, ist im Einzelfall zu prüfen. Oft sind jedoch nur die einzelnen Mitglieder des Verbands als Unternehmen und somit als Verfügungsadressaten anzusehen. Selbst wenn der Verband im Einzelfall als Unternehmen qualifiziert wird und gegen ihn verfügt werden kann, wird sich eine Sanktion gegen den Verband an die Regel an Art. 49a Abs. 1 KG halten müssen, welche vorsieht, dass das Unternehmen mit „10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet“ wird. Dem Verband neben seinem eigenen – i.d.R. geringen – Umsatz stellvertretend auch noch die Umsätze der Verbandsmitglieder anzurechnen, erscheint nicht ohne weiteres möglich.

153. Bei einer Vielzahl von beteiligten Unternehmen ist der Nachweis der Beteiligung eines jeden Unternehmens an der Wettbewerbsbeschränkung und die Auferlegung einer individualisierten Sanktion für jedes einzelne Unternehmen mittels Verfügung mit bisweilen kaum praktikablem Aufwand verbunden.

B.7.2 Lösungsansatz

B.7.2.1 EU-Recht

154. Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003 enthält ein kompliziertes, mehrstufiges Verfahren zur Festsetzung der Haftung im Falle einer Vielzahl von Unternehmen, die in einer Unternehmensvereinigung (Verband) organisiert sind:

155. Vorerst ist nach Art. 23 Abs. 2 Unterabsatz 3 VO 1/2003 vorausgesetzt, dass die Unternehmensvereinigung hinsichtlich des zu beurteilenden Sachverhalts *nicht* selbst unternehmerisch tätig gewesen ist (andernfalls würde sie für eigenes Verhalten ins Recht gefasst), sondern die Interessen ihrer als Unternehmen handelnden Mitglieder wahrnahm.

156. Die Unternehmensvereinigung ist indessen, sofern sie Rechtspersönlichkeit besitzt, dennoch Verfügungsadressatin der Geldbusse, die sich auf der Grundlage der Umsätze der Mitgliederunternehmen (da nur diese letztlich die tatsächliche Grösse und Wirtschaftskraft

des Verbandes widerspiegeln) berechnet, und sie ist verpflichtet, sofern sie selbst nicht zahlungsfähig ist, die Busse durch die Einforderung entsprechender (durch sie frei zu bestimmender) Beiträge von ihren Mitgliedern innert Frist zu decken (vgl. Art. 23 Abs. 4 Unterabsatz 1 VO 1/2003). Gelingt dies nicht, kann die Kommission in folgender Kaskade vorgehen¹³⁶: (1) Inanspruchnahme derjenigen Mitgliedsunternehmen, deren Vertreter in den betreffenden Entscheidgremien der Vereinigung waren (Art. 23 Abs. 4 Unterabsatz 2 VO 1/2003). (2) Subsidiäre Inanspruchnahme für den Restbetrag sämtlicher anderer Mitgliedsunternehmen, die auf dem Markt tätig waren, unabhängig von deren Beteiligung in den Entscheidgremien (Art. 23 Abs. 4 Unterabsatz 3 VO 1/2003). Die Haftung ist jedoch für jedes Mitgliedunternehmen beschränkt auf 10 % seines im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes (Art. 23 Abs. 4 Unterabsatz 5 VO 1/2003). Zudem steht jedem Mitgliedunternehmen gemäss Art. 23 Abs. 4 Unterabsatz 4 VO 1/2003 eine *Exkulpationsmöglichkeit* offen und zwar durch den Nachweis, dass es keine Kenntnis vom Beschluss hatte oder sich vor Beginn der Untersuchung aktiv davon distanziert (mit Vorteil schriftliche Vermerkung im Protokoll) *und* (kumulativ) diesen nicht umgesetzt hat.¹³⁷

157. Die Inanspruchnahme von Mitgliedsunternehmern *ohne eigentlichen Nachweis* deren Beteiligung bzw. der Umstand, dass sich die Unternehmen exkulpieren müssen, erscheint unter dem Gesichtspunkt der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) problematisch. Andererseits ist aber auch zu bedenken, dass ein Verfahren, das sich gegen eine Vielzahl von einzelnen Verbandsmitgliedern (gegebenenfalls Hunderte oder gar Tausende) richten müsste, praktisch in Frage gestellt würde, wenn die EU-Kommission die Beteiligung an der Zuwiderhandlung für jedes einzelne Unternehmen nachweisen müsste.

B.7.2.2 Schweizer Recht

158. Anders als die EU-Regelung sieht das Kartellgesetz keine spezielle „Haftungskaskade“ zur Erleichterung des Verfahrens für die Wettbewerbsbehörden vor, wenn eine Vielzahl von Unternehmen, insbesondere im Rahmen einer Unternehmensvereinigung, an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt sind. Eine Unternehmensvereinigung kann nach schweizerischem Recht wohl nur dann direkt sanktioniert werden, wenn sie (wie ihre Mitglieder) ebenfalls unternehmerisch tätig und an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligt war (Rn 152). Ist dies nicht der Fall, weil sie lediglich die Interessen ihrer Mitglieder vertritt, bleibt nichts anderes übrig, als gegen alle einzelnen Mitgliedsunternehmen vorzugehen, auch wenn es sich dabei um eine Vielzahl (Hunderte, Tausende¹³⁸) von Unternehmen handelt (z. B. die Angehörigen einer ganzen Berufsgruppe wie Fahrlehrer, Architekten, Ärzte, Apotheker, Anwälte etc.). Es ist klar, dass dies die Wettbewerbsbehörden, zumindest wenn sie die Verfahrens- und Parteirechte – namentlich die Unschuldsvermutung, aber etwa auch das Recht auf individuelle Vertretung und Verteidigung, Akteneinsicht etc. – einhalten wollen, vor praktisch kaum lösbare Ressourcen- und Administrativprobleme stellt, wenn sie gegen jedes Unternehmen einzeln ermitteln, den Wettbewerbsverstoss für jedes einzelne Unternehmen nachweisen und für jedes Unternehmen individuell eine Sanktionsverfügung erlassen müssen.

159. Die Übernahme einer „Kaskadenhaftung“ in Analogie zum EU-Recht erscheint mangels einer gesetzlichen Grundlage im Kartellgesetz indessen ausgeschlossen. Auch deren gesetzliche Einführung wäre unter dem Aspekt der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) bedenklich und im Vergleich zur EU aufgrund der Mitgliedschaft der Schweiz bei der EMRK wohl noch problematischer.

¹³⁶ Vgl. zum Ganzen KLEES, Verfahrensrecht, 393 ff., Rz. 132 ff.

¹³⁷ Vgl. ausführlich und kritisch dazu KLEES, Verfahrensrecht, 395, Rz. 136 ff.

¹³⁸ So z. B. in der Untersuchung „Preisempfehlungen bei drei Hors-Liste-Medikamenten“, in welcher neben Herstellerinnen und Grossisten auch sämtliche Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte in der Schweiz Partei sind.

160. Ob die Wettbewerbsbehörden im Sinne eines „Kompromisses“ und der effizienten Verfahrensführung gestützt auf das Opportunitätsprinzip in Fällen mit einer grossen Anzahl von beteiligten Unternehmen (Massenverfahren) eine kleine Zahl (je nach Umständen z. B. 10–100) von Unternehmen herausgreifen und das Verfahren „exemplarisch“ nur gegen diese – ungeachtet weiterer Beteiligter – führen könnten, erscheint aus folgenden Gründen zweifelhaft: Zunächst erfolgt die Auswahl der Unternehmen mehr oder weniger zufällig und damit weitgehend „willkürlich“ (Gleichbehandlungsgebot). Weiter kann die Kartellrente i.d.R. nicht abgeschöpft werden, wenn ein Grossteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen nicht sanktioniert wird. Schliesslich ist die Zerschlagung des Kartells nicht mit Sicherheit gewährleistet¹³⁹ und letztlich der Präventivcharakter der Sanktionen in Frage gestellt.

B.7.3 Empfehlung/Schlussfolgerung

161. Ob sich die Wettbewerbsbehörden in eigentlichen Massenverfahren mit einer Vielzahl von Verfügungsadressaten lediglich auf eine Auswahl beschränken und das Verfahren nur gegen diese führen könnten, erscheint zumindest ohne explizite gesetzliche Grundlage unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisch. Insofern könnte diesbezüglich gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehen. Es dürfte indessen schwierig sein, eine gesetzliche Bestimmung zu formulieren, welche sowohl praxistauglich wäre als auch EMRK-konform ausgestaltet würde und die Präventionswirkung der Sanktionen weiterhin gewährleisten könnte.

B.8 Einvernehmliche Streitbeilegung

B.8.1 Ausgangslage / Problemstellung

B.8.1.1 Begriff und bisherige Bedeutung der einvernehmlichen Streitbeilegung

162. Gemäss *Art. 26 Abs. 2 KG* kann das Sekretariat der WEKO im Rahmen der Vorabklärung „*Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen*“ anregen. Dadurch gibt das Sekretariat den betroffenen Unternehmen Gelegenheit, bei Vorliegen von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung die Einleitung eines aufwändigen Untersuchungsverfahrens dadurch zu vermeiden, dass sie sich verpflichten, eine bestimmte Abrede nicht mehr einzuhalten bzw. aufzuheben oder bestimmte Verhaltensweisen zukünftig zu unterlassen. Soweit die Unternehmen die vereinbarten Massnahmen und ihr mutmasslich wettbewerbswidriges Verhalten anpassten, wurde die Vorabklärung – unter Geltung des alten Rechts – ohne Folgen eingestellt.¹⁴⁰ Das Institut der „*einvernehmlichen Regelung*“ nach *Art. 29 Abs. 1 KG* stellt eine besondere, formalisierte Art der einvernehmlichen Streitbeilegung im Rahmen der Untersuchung nach *Art. 27 KG* dar. Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. Im Unterschied zur Vorabklärung bedarf die einvernehmliche Streitbeilegung im Untersuchungsverfahren gemäss *Art. 29 Abs. 2 KG* der formellen Genehmigung mittels (anfechtbarer) Verfügung durch die WEKO (*Art. 30 Abs. 1 KG*).¹⁴¹

163. Auch wenn es sich bei den Bestimmungen über die einvernehmliche Streitbeilegung um „Kann-Vorschriften“ handelt, gebieten das partnerschaftlich-kooperative Verwaltungshandeln sowie die Verfahrensökonomie, dass – wenn immer möglich – eine einvernehmliche Streitbeilegung angestrebt wird, sofern sich die betroffenen Unternehmen kooperationsbereit

¹³⁹ Vgl. zum Ganzen TAGMANN, 293 ff.

¹⁴⁰ Vgl. dazu z. B. RPW 1997/4, 472; RPW 1998/3, 377; RPW 2003/4, 726.

¹⁴¹ Vgl. dazu z. B. RPW 2000/1, 25; RPW 2001/1, 114; RPW 2001/3, 522; RPW 2002/3, 464 f.; RPW 2003/2, 294 ff.; RPW 2005/1, 142 ff. und 169 f.

zeigen. Entsprechend kamen die beiden Institute in der Vergangenheit häufig zur Anwendung.¹⁴²

164. Vor der KG-Revision 2003 wurde das Verfahren im Falle einer Anpassung des mutmasslich wettbewerbswidrigen Verhaltens durch das/die Unternehmen i.d.R. ohne Folgen eingestellt, sofern kein öffentliches Interesse an der Weiterführung des Verfahrens bestand, was regelmässig der Fall war.¹⁴³ Insgesamt kann festgehalten werden, dass die einvernehmliche Streitbeilegung bis zur KG-Revision 2003 für die Unternehmen und die Wettbewerbsbehörden gleichermaßen ein effizientes Mittel zur Verfahrenserledigung und Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs darstellte, bestehend insbesondere aus Zeit-, Arbeits- und Kostenersparnis. Zusätzlich konnten die Unternehmen negative Publizität, die mit der Eröffnung, Durchführung und dem Abschluss von Verfahren verbunden ist, vermeiden. Als Nachteil für die Beteiligten stellte sich heraus, dass durch die einvernehmliche Streitbeilegung eine abschliessende Überprüfung des Sachverhalts sowie dessen kartellrechtliche Würdigung meist unterblieb, so dass die Frage der Unzulässigkeit bzw. Zulässigkeit des umstrittenen Verhaltens offen blieb, womit eine weiterführende Praxis nicht entstehen konnte.

B.8.1.2 Bedeutung im neuen Recht

165. Obwohl Art. 26 Abs. 2 und Art. 29 KG durch die Revision 2003 nicht direkt betroffen waren und nicht geändert wurden, hat sich deren Bedeutung durch die Revision stark gewandelt: Die Einführung der direkt sanktionierbaren Tatbestände in Art. 49a Abs. 1 KG gegenüber den bisher lediglich im Wiederholungsfalle nach Art. 50 bzw. 54 KG indirekt sanktionierbaren Verhaltensweisen bringt es mit sich, dass die einvernehmliche Streitbeilegung für diejenigen Verstösse gegen das Kartellgesetz, welche direkt sanktionierbar sind, eingeschränkt bzw. ausgeschlossen ist.¹⁴⁴

166. Die Verpflichtung von Sekretariat und WEKO zur Verfolgung und Ahndung der direkt sanktionierbaren Tatbestände liegt in der *Offizialmaxime* begründet. Sie findet zudem Bestätigung in der Änderung der Formulierung von Art. 27 KG, mit welcher klargestellt wurde, dass auch in der Vergangenheit liegende, abgeschlossene, d. h. nicht mehr praktizierte Verhaltensweisen geprüft und direkt sanktioniert werden können bzw. aufgrund der *Offizialmaxime* auch müssen.¹⁴⁵ Dabei steht den Behörden selbstverständlich der im Gesetz und den Verordnungen vorgesehene Ermessensspielraum zu.

167. Dies hat zur Folge, dass eine Änderung bzw. Anpassung des wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens durch die beteiligten Unternehmen während eines laufenden Verfahrens nach neuem Recht grundsätzlich nicht mehr zur Einstellung des Verfahrens führt, sondern dass das Verhalten positiv oder negativ zu beurteilen und – bei erfüllttem Tatbestand – die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit des Verhaltens mittels Verfügung festgestellt sowie eine Direktsanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgesprochen werden muss.¹⁴⁶ Die Einstellung einer Vorabklärung oder Untersuchung ohne Folgen ist daher letztlich nur noch dann mög-

¹⁴² Vgl. die Jahresberichte der WEKO.

¹⁴³ Vgl. z. B. RPW 2004/3, 804 f.; RPW 2004/2, 481; RPW 2003/3, 521 f.; RPW 2003/2, 270.

¹⁴⁴ Vgl. zum Ganzen z. B. STOFFEL, rev. Wettbewerbsgesetz, 11 f.

¹⁴⁵ Die alte Fassung von Art. 27 KG lautete: „Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung *vorliegt* ...“; demgegenüber steht in der revidierten Version: „Bestehen Anhaltspunkte *für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung* ...“. Gemäss BGE konnten gewisse Vergangenheitssachverhalte aber auch schon unter dem alten Recht von den Wettbewerbsbehörden aufgegriffen werden (BGE 2A.59/2005 vom 22.8.2005).

¹⁴⁶ Vgl. BGE vom 19.12.2003, 2A.415/2003, E. 3.4.4 = RPW 2004/2, 661; RPW 2006/4, 665 f. Rn 270; REKO/WEF RPW 2006/3, 558 E. 4.2; RPW 2007/2, 234 Rn 315 ff.; BILGER, 343, 377 f.; BORER, Art. 29 N 4; RICHLI, SIWR V/2, 435; SCHMIDHAUSER in Homburger et al., Art. 29 N 18 ff.; STOFFEL, Grundzüge, 11 f.; ZÄCH, N 994, 996, 1000; ZÄCH/TAGMANN, 998, 1006 ff.; TAGMANN/ZIRLICK, Rn 8 ff., 12, 16; TAGMANN, 304 ff., 307; und CARCAGNI, Art. 29 N 2, 7.

lich, wenn ein Wettbewerbsverstoss nicht nachgewiesen werden kann oder sich das mutmasslich wettbewerbswidrige Verhalten im Rahmen des Verfahrens als wettbewerbsrechtlich zulässig herausstellt.

168. Andernfalls könnten die an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen ihr mutmasslich wettbewerbswidriges Verhalten kurz vor Abschluss des Verfahrens anpassen und damit einer Sanktionierung regelmässig entgehen. Dies würde auch Art. 49a Abs. 1 KG seiner Wirkungen berauben und widerspräche dem Willen des Gesetzgebers zur Revision 2003, der mit der Verschärfung des Kartellgesetzes auch den mutmasslich durch die Wettbewerbsbeschränkung erzielten Gewinn abschöpfen, dadurch den verursachten volkswirtschaftlichen Schaden kompensieren sowie Unternehmen zukünftig von KG-Verstössen abschrecken will (General- und Spezialprävention).

169. M.a.W. sind die Frage der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit sowie diejenige der Sanktionierbarkeit und der Höhe der Sanktion nicht verhandelbar zwischen den Behörden und den Unternehmen, sondern vielmehr stets von den rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu klären und hoheitlich zu entscheiden. Gegenstand einer einvernehmlichen Streitbeilegung ist ausschliesslich die Klärung der Frage, wie eine als unzulässig qualifizierte Wettbewerbsbeschränkung beseitigt werden kann, auf welche Art und Weise also in der Zukunft die Wiederherstellung eines KG-konformen Zustandes erreicht werden kann¹⁴⁷.

170. Dieses Resultat ergibt sich im Übrigen nicht nur aus der *Offizialmaxime*, sondern auch aus dem *Konzept der Bonusregelung*: Würde beim Abschluss einer einvernehmlichen Regelung auf eine Sanktionierung verzichtet, stünde dies im Widerspruch zu Art. 8 Abs. 1 SVKG¹⁴⁸. Denn im Rahmen einer Selbstanzeige kann der 100 %-Bonus, also der vollständige Erlass einer Sanktion, nur *einem einzigen* Unternehmen und nur unter bestimmten strengen Voraussetzungen gewährt werden: Vorgesehen ist der Erlass nur für dasjenige Unternehmen, das einerseits *als erstes* und andererseits *von sich aus* an der Aufdeckung und Beseitigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens mitgewirkt und mit den Wettbewerbsbehörden umfassend kooperiert hat (Art. 8 SVKG). Einem kooperierenden Zweit- und Drittansprecher kann nur eine Reduktion der Sanktion von maximal 50 %, nicht aber ein vollständiger Erlass der Sanktion gewährt werden (Art. 12 SVKG). Daraus folgt, dass Sinn und Zweck der Bonusregelung unterlaufen würden, wenn aufgrund einer einvernehmlichen Regelung auf die Ausfällung einer Sanktion gänzlich verzichtet würde, obwohl das Unternehmen die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion gemäss Art. 8 SVKG nicht erfüllt.

B.8.2 Lösungsansatz

B.8.2.1 De lege lata

171. Bei denjenigen Wettbewerbsbeschränkungen, welche *direkt sanktionierbar* sind, ist, wie gesehen, eine einvernehmliche Streitbeilegung für das in der Vergangenheit liegende Verhalten – im Gegensatz zum alten Recht – ausgeschlossen. Immerhin bleibt sie in Bezug auf die Art und Weise der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und/oder des zukünftigen Verhaltens – also in die Zukunft gerichtet – grundsätzlich noch möglich. Nach der bestehenden Rechtsordnung ist ein Verzicht auf eine Sanktion – abgesehen von den Fällen von Art. 8 SVKG – nicht vorgesehen. Ebenfalls kein Raum besteht für ein Aushandeln der Sanktion zwischen Unternehmen und Behörden im Sinne eines „Plea Bargainings“, d. h. das Eingeständnis eines Wettbewerbsverstosses durch das Unternehmen im Austausch mit einer (deutlich) geringeren Sanktion, als sie nach der üblichen Berechnung gemäss Kartellge-

¹⁴⁷ Vgl. etwa REKO/WEF RPW 2006/3, 558 E. 4.2.; RPW 2007/2, 234 Rn 315; STOFFEL, Grundzüge, 11 f.; TAGMANN/ZIRLICK, Rn 13.

¹⁴⁸ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

setz und KG-Sanktionsverordnung zu erwarten wäre¹⁴⁹. Denkbar ist hingegen eine Reduktion der Sanktion in der Größenordnung von ca. 10–40 % infolge Kooperation.¹⁵⁰

172. Uneingeschränkt erhalten bleibt die Möglichkeit der einvernehmlichen Streitbeilegung demgegenüber für Wettbewerbsbeschränkungen, die *nicht mit direkten Sanktionen* bedroht sind. Diese Fälle könnten aber (zukünftig) eine Minderheit darstellen, da die Wettbewerbsbehörden die Priorität auf die Beurteilung derjenigen Wettbewerbsbeschränkungen legen dürften, welche die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichsten Auswirkungen zeitigen, d. h. Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 7 KG. Ein weiterer Anwendungsbereich für einvernehmliche Streitbeilegungen besteht für Fälle, bei denen die direkte Sanktionierbarkeit aus einem bestimmten Grund nicht zum Tragen kommt bzw. wegfällt: Dies ist der Fall z. B. im Rahmen der *Meldung von geplanten* (und in der Zwischenzeit umgesetzten) *Wettbewerbsbeschränkungen*, die infolge der Eröffnung eines Verfahrens durch die Wettbewerbsbehörden (Widerspruchsverfahrens) sofort aufgehoben werden müssen (vgl. Art. 49a Abs. 3 lit. a KG i.f.) oder der *Bonusregelung* (Art. 49a Abs. 2 KG) denkbar.

173. Eine einvernehmliche Streitbeilegung hat auch nach aktuellem Recht noch Vorteile für die beteiligten Unternehmen: z. B. bessere Akzeptanz der Entscheidung infolge Konsens, Festlegung, welche Anpassungen vorzunehmen sind, damit das Verhalten „gerade noch“ als wettbewerbsrechtskonform einzustufen ist; Vermeidung negativer Publizität; Zeit- und Kostenersparnis; Reduktion der Sanktionshöhe infolge Kooperation. Somit dürften die Unternehmen auch in Zukunft in gewissen Fällen an einer einvernehmlichen Lösung interessiert sein, auch wenn sich deren Bedeutung grundlegend geändert hat (vgl. zum Ganzen auch die Verordnung der EU-Kommission vom 26. Oktober 2007¹⁵¹, die in eine ähnliche Richtung zielt und diese Vorgehensweise formalisiert und institutionalisiert).

B.8.2.2 De lege ferenda

174. Eine Lockerung der Kriterien für den vollständigen Erlass einer Sanktion wäre, sofern denn erwünscht, nur auf dem Weg der Anpassung der gesetzlichen Grundlagen möglich: So könnte z. B. der volle Bonus nach Art. 8 SVKG schon beim Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gewährt werden. Damit würde aber der Präventionscharakter der Direktsanktionen in Frage gestellt.

175. Ebenfalls einer Gesetzesanpassung bedürfte die allfällige Einführung der Möglichkeit eines „Plea Bargainings“. Die Form der Ausgestaltung sowie die Vor- und Nachteile der Einführung dieses unserer Rechtsordnung an sich fremden Instruments müsste sorgfältig abgeklärt werden.

B.8.3 Empfehlung / Schlussfolgerung

176. Wenn es auch kurzfristig verfahrensökonomisch und effizient erscheint, bei Anpassung bzw. Aufgabe des umstrittenen Verhaltens durch das Unternehmen auch das Verfahren ohne weitere Folgen einzustellen, so handeln sich die Behörden so doch mittel- und langfristig Probleme ein: Die Unternehmen werden bewusst die Grenze des kartellrechtlich Zulässigen überschreiten und darauf vertrauen, im Falle von Ermittlungen der Behörden kurz vor Abschluss des Verfahrens und der Verhängung einer Sanktion ihr Verhalten immer noch anpassen zu können. KG-Verstöße bergen so kein Risiko für das Unternehmen. Den Behörden könnte es in der Folge generell verwehrt werden, im Einzelfall dennoch eine Sanktion zu

¹⁴⁹ Vgl. dazu auch Rn 218 ff.

¹⁵⁰ Vgl. RPW 2006/4, 665 f. Rn 268 ff.

¹⁵¹ Vgl. Verordnung (EG) Nr. 622/2008 der Kommission vom 30. Juni 2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen <<http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/settlements.html>> [22.12.2008].

verhängen, da sich die Unternehmen auf die Gleichbehandlung (im Unrecht) berufen würden.

177. Die Wettbewerbsbehörden haben sich deshalb de lege lata von der bisherigen (d. h. KG 1995) Vorstellung der einvernehmlichen Streitbeilegung als „Allerweltsheilmittel“ zur Beseitigung von allfälligen Kartellverstößen sowie zur Vermeidung von aufwändigen Verfahren zu verabschieden. Vielmehr ist eine möglichst konsequente und einheitliche Praxis des Sekretariats und der WEKO im erwähnten Sinne zu fordern. Dies hat u. a. auch zur Folge, dass die Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens (Vorabklärung oder Untersuchung) grundsätzlich mit Bedacht zu erfolgen hat, da das Verfahren eben nicht mehr ohne weiteres, namentlich aufgrund einer Verhaltensanpassung seitens der Unternehmen, wieder eingestellt werden kann. Dabei sollte beachtet werden, dass die Problematik nicht dadurch umgangen wird, dass Fälle, die mit direkten Sanktionen bedroht sind, ohne Eröffnung eines (förmlichen) Verfahrens auf rein informeller Basis (Telefongespräch, mündliche Besprechung, Verpflichtungserklärungen, informelle Verwaltungsschreiben etc.) „einvernehmlich“ geregelt und folgenlos ad acta gelegt werden. Schliesslich könnte der nachträglichen Wiedereröffnung eines nur vorübergehend ohne Folgen eingestellten Verfahrens der Grundsatz „ne bis in idem“, allenfalls auch der Vertrauensschutz entgegenstehen.

178. Eine Lockerung der Kriterien für den vollständigen Erlass einer Sanktion bzw. die Einführung der Möglichkeit eines „Plea Bargainings“ müsste, falls politisch wirklich gewollt, im Rahmen einer Gesetzesrevision erfolgen.

B.9 Sofortige Vollstreckbarkeit

179. Nach geltendem Recht kann die Behörde „ihre Verfügungen vollstrecken, wenn: a) die Verfügung nicht mehr durch Rechtsmittel angefochten werden kann; b) die Verfügung zwar noch angefochten werden kann, das zulässige Rechtsmittel aber keine aufschiebende Wirkung hat; c) die einem Rechtsmittel zukommende aufschiebende Wirkung entzogen wird“ (Art. 39 VwVG). Einer Verwaltungsbeschwerde an das BVGer, welche die betroffenen Unternehmen gegen eine Verfügung der WEKO erheben, kommt also in der Regel aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz kann die aufschiebende Wirkung jedoch bei einer Verfügung, welche nicht auf eine Geldleistung gerichtet ist, entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG), sofern überzeugende Gründe für die sofortige Vollstreckbarkeit sprechen¹⁵². Demgegenüber hat die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Art. 82 ff. BGG) grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 und 2 BGG).

180. Um die Durchschlagskraft von Kartellverfahren zu verstärken, wäre es dienlich, Verwaltungsbeschwerden gegen Verfügungen der WEKO grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung mehr zuzuerkennen. Eine solche Lösung würde sich zu Gunsten des Wettbewerbs und meist auch zu Gunsten der Konsumenten und der Mitbewerber auswirken. Nur im Ausnahmefall, wenn das von der Verfügung betroffene Unternehmen im Einzelfall hinreichende Gründe geltend machen könnte, würde die WEKO der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen.

181. Eine solche Umkehr des heute bestehenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist in Art. 55 Abs. 5 VwVG dem Grundsatz nach bereits vorgesehen: „Vorbehalten bleiben die Bestimmungen anderer Bundesgesetze, nach denen eine Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat“.

182. Eine pragmatische Lösung sieht das deutsche Recht vor: § 64 GWB deckt den ganzen Bereich der Missbrauchsaufsicht ab. Seit Dezember 2007 ist eine Gesetzesänderung in Kraft

¹⁵² Vgl. etwa BGE 110 V 40 E. 5b; 105 V 266 E. 2; REKO/WEF in: RPW 2004/1, S. 200; REKO/WEF in RPW 2004/4, 1191; REKO/WEF in: RPW 1999/3, S. 536 ff.; REKO/WEF 96/FB-001, E. 3.3.4.

und gilt eine neue Praxis. Grundsätzlich sind Massnahmen der Missbrauchsaufsicht der Kartellbehörden im Kartellverwaltungsverfahren sofort vollziehbar. Die Adressaten einer Massnahme/Verfügung haben lediglich die Möglichkeit, gemäss § 65 III GWB einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen, wovon in der Praxis häufig Gebrauch gemacht wird. Das angerufene Gericht prüft dann summarisch gestützt auf die Rechts- und Sachlage im Zeitpunkt der Anrufung die Rechtmässigkeit der Verfügung und kann die Vollstreckbarkeit aussetzen. § 64 f. GWB beziehen sich nur auf das Kartellverwaltungsverfahren¹⁵³. Es kann demnach gesagt werden, dass Missbrauchsverfügungen der Bundeskartellbehörden nach deutschem Recht in der Regel sofort vollstreckbar sind.

183. Im Hinblick auf Art. 55 Abs. 5 VwVG wäre entsprechend ein neuer Art. 44 KG zu erlassen etwa mit folgendem Text: „Beschwerden gegen Verfügungen der WEKO haben in der Regel keine aufschiebende Wirkung.“

¹⁵³ Verfahren betreffend Ordnungswidrigkeiten folgen dem Ordnungswidrigkeitengesetz.

C Änderungen des Verfahrensrechts

C.1 Integrale Änderung (Anwendung anderer Verfahrensrechte)

C.1.1 Allgemeines

184. Die direkten Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG stellen strafrechtliche bzw. strafrechtsähnliche Sanktionen im Sinne von Art. 6 EMRK dar, weshalb diverse durch die EMRK vorgesehene Verfahrensgarantien zu beachten sind¹⁵⁴. Im Zusammenhang mit der Strafbarkeit von Unternehmen im Bereich des Strafrechts (Art. 100^{quater} altStGB, heute Art. 102 StGB) stellt sich die Frage, ob sich Kartellrecht und Strafrecht im Bereich der direkten Sanktionen nicht derart angenähert haben, dass es sich rechtfertigt, verfahrensrechtlich auf eine eigentliche Strafprozessordnung umzuschwenken. In Frage käme einerseits das VStrR, auf welches im Kartellgesetz bereits in Art. 42 KG für die Durchführung von Zwangsmassnahmen und in Art. 57 KG für den Bereich der Strafsanktionen gegen natürliche Personen (Art. 54 ff. KG) verwiesen wird¹⁵⁵. Neben dem VStrR könnte auch die Anwendung der neuen gesamtschweizerischen StPO geprüft werden. Es stellt sich damit die Frage nach den Vor- und Nachteilen eines integralen Verweises auf eine dieser beiden Verfahrensrechte.

185. In gesetzestechnischer Hinsicht müsste der in Art. 39 KG vorgesehene Verweis auf das VwVG durch einen solchen auf das VStrR bzw. die StPO ersetzt werden.

186. Der Hauptvorteil einer integralen Übernahme einer anderen Verfahrensordnung – nämlich die Einfachheit und Konsistenz einer solchen Lösung – wird aber schon auf dieser Stufe in Frage gestellt: Es müsste nämlich geprüft werden, ob der Verweis auf VStrR/StPO nicht auf die direkt sanktionierbaren Tatbestände beschränkt werden sollte und ob für die anderen Fälle (nicht-sanktionierbare Tatbestände, Fusionskontrolle etc.) nicht weiterhin das VwVG sachgerechter wäre. Damit wären aber mehrere parallele Verfahrensrechte einschlägig und Abgrenzungsfragen bei der Zuweisung der Fälle zu einem bestimmten Verfahrensrecht absehbar (namentlich die Abgrenzung zwischen sanktionierbaren und nicht-sanktionierbaren Fällen dürfte in der Praxis schwierig sein¹⁵⁶).

187. Ausgehend vom Szenario, dass die heute aktuelle institutionelle Organisation und die Aufteilung von Kompetenzen von Sekretariat als Untersuchungs- und WEKO als Entscheidbehörde beibehalten bleiben, werden nachfolgend die generellen Vor- und Nachteile der (integralen) Anwendung von VStrR/StPO dargestellt im Hinblick darauf, dass der Verweis zumindest für die direkt sanktionierbaren Tatbestände erfolgen müsste¹⁵⁷.

C.1.2 VStrR

188. Vorteile:

- Weiter reichende Teilnahme- und Verteidigungsrechte der Verfahrensadressaten als im VwVG.

¹⁵⁴ Vgl. Rn 6 m.Nw.

¹⁵⁵ Der Verweis in Art. 42 KG beschränkt sich auf die Art. 45–50 VStrR. Demgegenüber wird in Art. 57 KG integral auf das VStrR verwiesen. In der Praxis wurde allerdings bisher noch nie ein Kartellstrafverfahren gegen eine natürliche Person durchgeführt.

¹⁵⁶ Oftmals dürfte sich erst im Laufe des Verfahrens herausstellen, ob sich die Untersuchung auf einen direkt sanktionierbaren Tatbestand bezieht oder nicht. Es müsste dann ein Mechanismus für den Übergang eines Falles von einem Verfahrensrecht in das andere vorgesehen werden. Kommt hinzu, dass umstritten ist, ob sich die Sanktionsdrohung auf den Abredetyp bezieht (Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG), oder darauf, ob Wettbewerb beseitigt wird oder nicht (vgl. ausführlich zu diesem Lehrstreit TAGMANN, 35 ff.).

¹⁵⁷ Vgl. dazu auch unten Rn 242.

- Umfangreiche Praxis anderer Behörden, Rechtsprechung (teilweise selbst des EGMR).
- Wird im Bereich der Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen bereits teilweise angewendet.

189. Nachteile:

- Das VStrR ist relativ alt, d. h. seit dem Jahr 1974 weitgehend unverändert in Kraft. Das VStrR ist eher ein rudimentäres Gesetz, welches beispielsweise gerade bezüglich der Regelung der Teilnahme und Verteidigungsrechte hinter dem Standard der StPO zurückbleibt.
- Das Verfahren des VStrR ist auf natürliche und nicht auf juristische Personen ausgerichtet. Die Probleme, die sich im Kartellrecht ergeben, weil primär Unternehmen Untersuchungsadressaten sind (Umfang des Selbstbelastungsverbots, Einvernahme von Unternehmensvertretern etc.) sind im VStrR nicht geregelt.
- Das Verfahren im VStrR ist für herkömmliche Verwaltungsbehörden konzipiert und lässt sich nicht ohne weiteres auf die Wettbewerbsbehörden mit ihrer Zweiteilung zwischen Kommission und Sekretariat übertragen.
- Der Adressat einer Strafverfügung kann diese durch das kantonale Strafgericht überprüfen lassen (Art. 72 VStrR). Gegen diesen Entscheid können dann zunächst die kantonalen Rechtsmittel ergriffen werden (Art. 80 VStrR) und danach kann der Fall an das Bundesstrafgericht (Art. 81 VStrR) und das Bundesgericht (Art. 82 VStrR) weitergezogen werden. Ob ein solcher Instanzenzug – und damit faktisch die Umgehung des Bundesverwaltungsgerichts – für die direkten Sanktionen gemäss Art. 49a KG sachgerecht wäre, erscheint fraglich.

190. Die Anwendung des VStrR auf direkt sanktionierbare Tatbestände käme nach der hier vertretenen Auffassung nur unter Vornahme diverser Anpassungen und Vorbehalte sowie der Einführung zahlreicher KG-spezifischer Sondernormen in Frage. Eine integrale Anwendung des VStrR scheint daher prima vista nicht angezeigt. Allenfalls könnten einzelne Bestimmungen des VStrR sachgerechter sein als ihre „Pendants“ im VwVG.

C.1.3 StPO

191. Vorteile:

- Aktuelles Gesetz, welches zahlreiche offene Fragen detailliert regelt (z. B. Vertretung von Unternehmen, Teilnahme- und Verteidigungsrechte, Zwangsmassnahmen etc.).
- Die Regelungen in der StPO werden sich zum Schweizer Standard entwickeln mit entsprechender Praxis und Rechtsprechung. Es ist daher damit zu rechnen, dass die Praxis der WEKO (z. B. in Bezug auf Verteidigungsrechte) vermehrt mit derjenigen nach der StPO verglichen werden wird.
- Eine Einhaltung der StPO würde die EMRK-Konformität des Verfahrens sicherstellen.

192. Nachteile:

- Das Verfahren in der StPO basiert auf dem Staatsanwaltschaftsmodell II, welches eine strikte Trennung zwischen der untersuchenden Staatsanwaltschaft und dem erkennenden Gericht vorsieht (im Gegensatz zum Untersuchungsrichtermodell). Im Bereich des Kartellrechts müsste die Behördenorganisation entsprechend angepasst werden (vgl. oben Rn 26). Würde die Behördenorganisation nicht angepasst, so müssten wohl umgekehrt diverse Bestimmungen der StPO in angepasster Form in das Kartellgesetz übernommen werden.
- Die StPO ist sehr umfangreich (457 Artikel) und regelt zahlreiche Themen, welche für kartellrechtliche Verfahren nicht relevant sind.

- In der internationalen Kartellrechtspraxis haben sich sachgerechte Lösungen entwickelt, welche im Widerspruch zur StPO stehen (z. B. kein absolutes Schweigerecht, sondern es wird von einer Auskunftspflicht für nicht direkt selbstbelastende Fragen ausgegangen [vgl. Rn 80 ff.]).
- Im Gegensatz zum VStrR enthält die StPO diverse Bestimmungen zu juristischen Personen. Dennoch ist die StPO hauptsächlich auf Verfahren gegen natürliche Personen ausgerichtet, so dass jeweils zu prüfen wäre, inwiefern die einzelnen Bestimmungen für KG-Verfahren, welche sich per definitionem gegen Unternehmen richten, sachgerecht sind.
- Die StPO sieht in Art. 13 folgende Gerichte vor: ein Zwangsmassnahmengericht, ein erstinstanzliches Gericht, eine Beschwerdeinstanz und eine Berufungsinstanz. Dabei sind Bund und Kantone weitgehend frei in der Organisation ihrer Gerichte (Art. 14 StPO). Vorliegend gilt es festzuhalten, dass die StPO durch Strafgerichte angewendet werden wird (im Bund wohl durch das Bundesstrafgericht und das Bundesgericht). Die Einführung der StPO für kartellrechtliche Verfahren hätte daher entweder zur Folge, dass neu die Strafgerichte die Anwendung des Kartellrechts durch die WEKO zu überprüfen hätten (was für sie eine neue und eher sachfremde Materie wäre) oder dass das Bundesverwaltungsgericht die StPO anzuwenden hätte.

193. Im Vergleich zum VStrR wäre die StPO besser für einen integralen Verweis geeignet. Allerdings illustrieren die oben aufgeführten Nachteile, dass bei einem solchen Verweis entweder die StPO oder die derzeitige Praxis und Behördenorganisation angepasst werden müssten. Die StPO schützt die Untersuchungsadressaten weitergehend, als dies im derzeitigen Kartellverfahrensrecht der Fall ist. Es stellt sich die Frage, inwiefern im Kartellrecht den Parteien eine Verbesserung der Verteidigungsrechte zugestanden werden sollte, zumal dies zu einer praktischen Erschwerung der kartellrechtlichen Verfahren führen würde. Letztlich kann hier keine abschliessende Beurteilung vorgenommen werden, welche Variante (VStrR oder StPO) vorzuziehen wäre.

C.1.4 Erlass eines neuen, separaten „Kartellverfahrensgesetzes“

194. Als Alternative zum integralen Verweis auf ein bereits bestehendes Verfahrensrecht (insbesondere VwVG, VStrR, StPO) könnten auch ein eigenes Kartellverfahrensgesetz oder eine Kartellverfahrensverordnung erlassen werden.

195. Nach der hier vertretenen Ansicht ist in der bestehenden gesetzlichen Regelung keine ausreichende gesetzliche Grundlage im Sinne einer Delegationsnorm für den Erlass einer eigenständigen *Verfahrensverordnung* zu erblicken. Dies aus folgenden Gründen: Erstens verweist Art. 39 KG einzig auf das VwVG, soweit das Kartellgesetz keine besonderen, abweichenden Vorschriften vorsieht. Zweitens ist Art. 60 KG als Delegationsnorm wohl zu allgemein gehalten. Und drittens müsste im Falle des Erlasses einer Verordnung das Verhältnis von Art. 60 KG zu Art. 39 KG respektive das Verhältnis zwischen der gestützt auf Art. 39 KG oder Art. 60 KG erlassenen Verfahrensordnung zu den Verfahrensvorschriften des VwVG geklärt werden; denn hierarchisch sind die Gesetzesbestimmungen des VwVG allfälligen Ordnungsbestimmungen übergeordnet. Selbst wenn eine genügende Delegationsnorm im Gesetz bestünde, bliebe fraglich, ob es aus rechtsstaatlichen Gründen angezeigt ist, die gesamten Regeln für ein Verfahren, welches in eine Sanktion münden kann, auf Verordnungsstufe zu normieren¹⁵⁸.

196. Anstelle einer Verordnung könnte der Gesetzgeber auch ein *Kartellverfahrensgesetz* erlassen. In dieses neue Gesetz müssten die bestehenden KG-Verfahrensbestimmungen in angepasster Form überführt und durch zahlreiche neue Vorschriften ergänzt werden. Eine

¹⁵⁸ Vgl. auch unten Rn 241.

solche Vorgehensweise erscheint in der aktuellen Situation nicht opportun: Denn der Erlass eines separaten Gesetzes nur für Kartellverfahren wäre vom Aufwand her sehr intensiv und vom Ergebnis her nicht notwendig bzw. allenfalls gar überschüssend, weshalb er auch politisch nur schwer begründbar sein dürfte¹⁵⁹.

C.2 Punktuelle Änderungen (KG/VwVG)

197. Soll für das Kartellgesetz keine neue, umfassende Verfahrensordnung geschaffen werden, stellt sich die Frage, welche punktuellen Änderungen im Kartellgesetz selbst und gegebenenfalls im VwVG vorgenommen werden könnten bzw. müssten, um den Anforderungen an ein effizientes Verfahrensrecht (weiterhin) zu genügen. Die nachstehende Tabelle enthält eine Übersicht derjenigen Bestimmungen, die angepasst werden könnten. Dabei muss in diesem Rahmen offen bleiben, ob gewisse Änderungen einer verfassungs- bzw. völkerrechtskonformen Auslegung überhaupt Stand halten würden. Jedes bewusste Abweichen von den übergeordneten Vorschriften – selbst wenn eine gesetzliche Grundlage vorhanden wäre oder erlassen werden könnte – ist zu vermeiden. Zudem ist zu beachten, dass die folgenden Vorschläge noch nicht als definitive Formulierungen zu verstehen sind, sondern vielmehr als Denkanstoss für zukünftige KG- bzw. VwVG-Revisionen.

Neue Verfahrensordnung Kartellgesetz: Anpassung KG und VwVG, Formulierungsvorschläge		
KG/VwVG Bestehende Bestimmung:	Anpassungsmöglichkeit, Bemerkungen:	Formulierungsvorschlag:
Wichtigste KG-Bestimmungen		
Art. 5 KG (Unzulässige Wettbewerbsabreden)	Allenfalls Anpassung: Beweislastverschiebung für Rechtfertigungsgründe auf die Unternehmen, falls der Tatbestand der Wettbewerbsabrede nachgewiesen ist (analog Art. 173 Abs. 2 StGB).	Art. 5 Abs. 2 Ingress: „Wettbewerbsabreden sind [...] gerechtfertigt, <i>wenn die beteiligten Unternehmen beweisen, dass ...</i> “.
Art. 7 KG (Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen)	Allenfalls Anpassung von Abs. 1: Beweislastverschiebung für legitime business reasons auf die Unternehmen, falls im Übrigen der Tatbestand nachgewiesen ist (analog Art. 173 Abs. 2 StGB).	offen
Art. 18 KG (Wettbewerbskommission)	Abs. 2: anpassen: Abschaffung der bisherigen Praxis der Ernennung von Interessenvertretern	Art. 18 Abs. 2 Satz 2: „Die Mitglieder müssen unabhängige Sachverständige sein.“
Art. 26 KG (Vorabklärung)	Abs. 2: übernehmen/belassen, evtl. Hinweis darauf, dass durch die zukünftige Umsetzung von Anregungen des Sekretariats eine Sanktionierung einer bereits bestehenden Wettbewerbsbeschränkung nicht abgewendet werden kann. Abs. 3: übernehmen (d. h., die Bestimmung würde in ein allfälliges neues Verfahrensgesetz übernommen) / belassen (d. h., die Vorschrift würde im VwVG belassen, falls weiterhin darauf verwiesen würde).	-
Art. 27 KG (Untersuchungseröffnung)	Übernehmen/belassen	-

¹⁵⁹ Vgl. auch unten Rn 240.

Art. 28 KG (Publikation Untersuchungseröffnung)	Allenfalls Anpassung: Praxis der individuellen Eröffnung im Gesetz als Regeln nennen	Art. 28 Abs. 1: „Das Sekretariat gibt die Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation bekannt <i>und teilt sie, von Ausnahmen im Sinne von Artikel 36 VwVG abgesehen, den beteiligten Unternehmen individuell mit</i> “.
Art. 29 KG (Einvernehmliche Regelung)	Übernehmen/belassen, evtl. Hinweis darauf, dass sich an der Sanktionierung dadurch nichts ändert.	-
Art. 30 KG (Entscheid, rechtliches Gehör)	Je nach weiterer Praxis/Rechtsprechung: Änderung von Abs. 2 (vgl. hierzu Kapitel B.5. Rechtliches Gehör): Streichung (und somit Anwendung von Art. 30 ff. VwVG) oder Anpassung	Nach Art. 30 Abs. 2 Satz 1 KG: „Die WEKO ist an den Antrag des Sekretariates nicht gebunden. Sie kann davon abweichen, ohne dass die Änderungen den Parteien nochmals zur Stellungnahme unterbreitet werden müssen.“
Art. 31 KG (Ausnahmsweise Zulassung)	Übernehmen/belassen	-
Art. 39 KG (Verweis auf VwVG)	Allenfalls Anpassungsbedarf, Delegationsnorm.	Siehe nachfolgend „E Gesetzliche Grundlage“.
Art. 40 KG (Auskunftspflicht)	Klärung des Auskunftsverweigerungsrechts bzw. Vorbehalt des Selbstbelastungsverbots für Verfahren betreffend strafrechtsähnliche Sanktionen (vgl. Kapitel B.4): allenfalls Präzisierung, dass sich Aussagepflicht nicht auf Fragen bezieht, durch deren Beantwortung sich der Betroffene direkt selber belastet	Offen
Art. 41 (Amtshilfe)	Internationale Rechtshilfe (vgl. dazu den Beitrag zur Evaluation P8).	Offen
Art. 42 KG (Untersuchungsmassnahmen)	Bei der Einvernahme von Zeugen Verweis auf Art. 40 VStrR. Derzeit bezüglich Hausdurchsuchungen kein Handlungsbedarf. Praktische Probleme könnten sich ergeben, falls das Unternehmensanwalts-gesetz angenommen wird (Rn 103 ff.).	Offen
Art. 42a KG (Untersuchungsmassnahmen Luftverkehrsabkommen CH-EG)	Übernehmen/belassen	-
Art. 43 KG (Beteiligung Dritter am Verfahren)	Änderung, Vorrang gegenüber Art. 11a VwVG Probleme: 1. Klärung des Verhältnisses von Art. 43 KG zu Art. 6/48 VwVG. 2. Klärung der Parteistellung von Dritten in Verfahren nach Art. 49a ff. KG (inkl. Frage, ob Dritte in einem dem Verfahren nach Art. 27 ff. KG folgenden Sanktions-	Offen

	<p>verfahren nach Art. 50 ff. KG ihre Parteistellung behalten).</p> <p>3. In Verfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG muss grundsätzlich eine individuelle Verteidigung möglich sein, Frage der EMRK-Konformität einer gemeinsamen Vertretung mehrerer Unternehmen.</p>	
<p>Art. 44 KG (Instanzenzug), aufgehoben per 1.1.2007 durch VGG Anstelle davon Art. 31 i. V. m. Art. 33 lit. f VVG</p>	<p>Klärung des Verhältnis zu Art. 26 ff. VStrR i. V. m. Art. 42 Abs. 2 KG (insbesondere Zuständigkeiten: BVGer, BStrGer, Gabelung des Rechtswegs bei Zwangsmassnahmen/Versiegelung).</p> <p>Ergänzung hinsichtlich der Frage der Noven:</p> <p>Problem: Obere Instanzen berücksichtigten Noven, d. h. Sachverhaltsänderungen, die nach dem erstinstanzlichen Verfahren aufgetreten sind, im oberinstanzlichen Verfahren, was zur Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides führte.</p> <p>Noven sollten von den oberinstanzlichen Verfahren zukünftig nicht mehr berücksichtigt werden, da auch Vergangenheitssachverhalte untersucht werden können und müssen.</p>	<p>Zur Frage der Noven: „Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt die Beschwerde nach demjenigen Sachverhalt, der der Verfügung der Wettbewerbskommission zugrunde lag“.</p>
<p>neuer Artikel, wohl an Stelle des aufgehobenen Art. 44 KG</p>	<p>neuer Artikel: sofortige Vollstreckbarkeit (automat. Entzug der aufschiebenden Wirkung als Regelfall; vgl. Rn 179 ff.)</p>	<p>Art. 44: „Beschwerden gegen Verfügungen der WEKO haben keine aufschiebende Wirkung.“</p>
<p>Art. 49a KG (direkte Sanktionen, Bonusregelung, Meldung)</p>	<p>Abs. 1: Verzugszinspflicht, nicht im Gesetz geregelt, Praxis der Wettbewerbsbehörden uneinheitlich.</p> <p>Abs. 2: Forderung der Unternehmen auf Geheimhaltung des Selbstanzeigers und dessen Informationen bis zum Antrag an die Kommission wegen Befürchtungen privater Schadenersatzklagen in den USA. Andererseits muss sich die WEKO auf diese Informationen stützen können, wenn sie ihren Entscheid begründen will. Daher grundsätzlich keine Geheimhaltung auf unbestimmte Zeit von Informationen, die entscheiderelevant sind. Je nach Interessenabwägung sind verschiedene Varianten denkbar.</p>	<p>Art. 49a Abs. 1 Satz 5 KG: „Der Verzugszins von 5 % auf dem Sanktionsbetrag beginnt nach Ablauf von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung zu laufen.“</p> <p>Art. 49a Abs. 2 Satz 2 KG: „Die den Behörden im Rahmen dieser Mitwirkung zugegangenen Informationen und Beweismittel unterliegen der (vollumfänglichen) Geheimhaltung (evtl.: längstens bis zur Zusendung des Antrags an die Beteiligten [Art. 30 Abs. 2 KG]. In diesem Zeitpunkt ist grundsätzlich Akteneinsicht in die für die Verfügung relevanten Dokumente zu gewähren). Die Identität des/der Selbstanzeiger/s ist/kann während der gesamten Dauer des Verfahrens geheim zu halten/geheim gehalten werden (oder: Die Identität ist unter Vorbehalt von Art. 27 VwVG/unter Vorbehalt begründeter Ausnahmen offen zu legen.“)</p>

<p>Art. 50 KG (Verstösse gegen Verfügungen etc.)</p>	<p>Entscheid BVGer i. S. Unique (3.10.07): Infolge Lückenfüllung genügt für Verstoss Vollstreckbarkeit und gilt Art. 50 KG auch für vorsorgliche Massnahmen.</p>	<p>Im Sinne des Legalitätsprinzips evtl. dennoch gesetzliche Klarstellung: „Verstösst ein Unternehmen [...] gegen eine einvernehmliche Regelung, eine <i>vollstreckbare</i> Verfügung der Wettbewerbsbehörden, <i>einen vorsorglichen Massnahmeentscheid</i> oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen, ...“</p>
<p>Art. 53 KG</p>	<p>Abs. 1: Problem, dass keine Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde stattfindet (Frage der Unabhängigkeit der WEKO). Allerdings kann dieser Mangel im zweitinstanzlichen Verfahren vor dem BVGer wohl geheilt werden (vgl. dazu Kapitel B.2). Frage ist rechtshängig vor BVGer. Allgemeines Problem: Art. 53 bezieht sich systematisch auch auf Art. 49a Abs. 1 KG, regelt aber das Verfahren quasi gar nicht. Frage: Welche Verfahrensbestimmungen gelten in Verfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG und den Verfahren nach Art. 50–52 KG. Zur Anwendung gelangen wohl analog Art. 26 ff., 43, 39 KG, aber z.T. sind Modifikationen nötig.</p>	<p>Art. 53 Abs. 1 KG ersatzlos streichen.</p>
<p>Art. 53a KG (Delegationsnorm für Gebührenerhebung)</p>	<p>Gesetzliche Grundlage unpräzise/unvollständig: unklare gesetzliche Grundlage für Gebühren in Verfahren nach Art. 50 ff. KG und Meldungen nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG.</p>	<p>Art. 53a Abs. 1 lit. a KG ergänzen: “Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 26–30 (nicht 26–31, denn das Verfahren vor dem BR fällt nicht darunter) und Verfügungen in Verfahren nach Art. 50–55 KG“. Art. 53a Abs. 1 lit. c KG ergänzen: „Gutachten, Prüfung von Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG und sonstige Dienstleistungen“</p>
<p>Art. 53b</p>	<p>neuer Art. 53b „Strafsanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen“ (unter dem Titel „5. Kapitel: Strafsanktionen“)</p>	<p>Art. 53b: „Wer vorsätzlich an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 [evtl.: oder an einer unzulässigen Verhaltensweise nach Artikel 7] beteiligt ist, wird mit Busse bis zu ... Franken bestraft.“</p>
<p>Art. 60 KG (Delegationsnorm Ausführungsbestimmungen)</p>	<p>Evtl. Anpassen, neue gesetzliche Grundlage/Delegationsnorm für eigenständige Verfahrensordnung, vgl. Bemerkungen zu Art. 39 KG. (dazu Rn 238 ff.).</p>	

Wichtigste VwVG-Bestimmungen		
Art. 1 VwVG (Geltungsbereich)	Geltungsbereich: Anwendung auf erstinstanzliches KG-Verfahren	Offen
Art. 11 VwVG (Vertretung allgemein)	Übernehmen/belassen, Klärung der Frage der individuellen Vertretung.	Offen
Art. 11a VwVG (obligatorische Vertretung, Gruppen)	Nicht übernehmen, Spezialbestimmung von Art. 43 Abs. 2 KG	-
Art. 11b VwVG (Zustell-domizil)	Übernehmen/belassen	-
Art. 12 VwVG (Sachverhaltsfeststellung, Untersuchungsmaxime, Beweismittel)	Übernehmen/belassen, Anpassungsbedarf?	Offen
Art. 13 VwVG (Mitwirkung der Parteien)	Übernehmen/belassen i. V. m. Art. 40 KG	-
Art. 14 VwVG (Zeugeneinvernahmen)	Nicht übernehmen, lex specialis in Art. 42 KG	Offen
Art. 16 VwVG (Zeugnisverweigerung)	Evtl. neue eigene Bestimmung i. V. m. Art. 40 KG, Berücksichtigung des Selbstbelastungsverbots. Evtl. expliziter Ausschluss der Mediation (Art. 16 Abs. 1 ^{bis} VwVG) für KG-Verfahren, da Art. 29 f. KG wohl lex specialis.	Offen
Art. 19 VwVG i. V. m. Art. 37, 49–41, 43-61 BZP (Ergänzende Bestimmungen)	Zumindest sinngemäss übernehmen/belassen, freie Beweiswürdigung, aber: Unschuldsvermutung (in dubio pro reo), Recht auf Beweisabnahme, Recht, Zeugen zu befragen etc.	Offen
Art. 22 VwVG (Fristerstreckung)	Übernehmen/belassen, evtl. kürzere Fristen vorsehen, Verkürzung wäre auch aufgrund des Ermessensspielraums möglich, aber: Ausreichende Wahrung der Verteidigungsrechte, insbesondere genügend Zeit bei komplexen Fällen.	„Der Umfang der Fristverlängerung entspricht maximal der erstmals angesetzten Frist. Eine zweite Fristverlängerung wird nur gewährt, wenn qualifizierte Gründe wie schwere Krankheit oder katastrophenähnliche Ereignisse vorliegen.“
Art. 22a VwVG (Stillstand)	Übernehmen/belassen, evtl. Ausschluss der Gerichtsferien für die KG-Verfahren, aber: evtl. im eigenen Interesse (vgl. Kapitel B.6).	„Im Kartellverwaltungsverfahren gelten keine Gerichtsferien / Art. 22a VwVG ist auf das Kartellverwaltungsverfahren nicht anwendbar.“
Art. 25 VwVG (Feststellungsverfahren)	Frage der Feststellungsverfügung stellt sich insbesondere im Zusammenhang mit Meldungen nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, wenn ein geplantes Vorhaben nach der Meldung nicht umgesetzt wird. Problem, dass ein „virtueller“, nicht umgesetzter Sachverhalt wohl nicht abschliessend beurteilt werden kann, was das Institut der Meldung in diesen Fälle in Frage stellt. Begründung BGer im Fall „DMIF“ liegt noch nicht vor.	Evtl. Streichung von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG (in Anlehnung an die EU-Regelung).

Art. 26 VwVG (Akteneinsicht)	Übernehmen, Verhältnis zu Art. 26 Abs. 3 KG klären	Offen
Art. 27 VwVG (Ausnahmen von der Akteneinsicht)	Übernehmen/belassen, Anpassungsbedarf?	Offen
Art. 28 VwVG (Massgeblichkeit geheimer Akten)	Übernehmen/belassen	-
Art. 29 VwVG (Rechtliches Gehör)	Sinngemäss übernehmen, belassen	Offen
Art. 30 VwVG (Rechtliches Gehör)	Übernehmen/belassen i. V. m. Art. 30 Abs. 2 KG, Koordination, Anpassung?	Offen
Art. 30a VwVG (besondere Einwendungsverfahren)	Übernehmen/belassen, aber evtl. nicht möglich bei direkten Sanktionen	Offen
Art. 31 VwVG (Anhörung der Gegenpartei)	Übernehmen/belassen	-
Art. 32 VwVG (Prüfung der Parteivorbringen)	Übernehmen (d. h. belassen, da Anpassung betr. Beweislastverteilung bereits in Art. 5 Abs. 2 KG) evtl. Präzisierung von Abs. 2: Klärung Verhältnis zu Art. 19 VwVG (i. V. m. Art. 60 VwVG) und Art. 52 KG (Art. 52 KG ist wohl lex specialis).	Offen
Art. 33 VwVG (Beweisabnahme, Beweiswürdigung)	Übernehmen/belassen, evtl. Anpassung i. S. Beweislastverteilung, aber: Unschuldsvermutung (in dubio pro reo).	Offen
Art. 33a (Verfahrenssprache)	Übernehmen/belassen	-
Art. 33b VwVG (Mediation)	Evtl. expliziter Ausschluss der Mediation (Art. 16 Abs. 1 ^{bis} VwVG) für KG-Verfahren, da Art. 29/30 Abs. 1 KG wohl lex specialis.	Offen
Art. 34–43 VwVG (Entscheideröffnung, formelles, Vollstreckung)	Übernehmen/belassen, zumindest sinn- gemäss.	Offen
Art. 44 VwVG (Beschwerdeverfahren)	Übernehmen/belassen, Anpassungsbedarf?	Offen
Art. 45 VwVG (Beschwerdemöglichkeit gegen Zwischenverfügungen)	Übernehmen/belassen	Offen
Art. 48 VwVG (Beschwerdebefugnis)	Übernehmen/belassen, Einschränkungen der Beschwerdebefugnis wohl nicht möglich, da aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch. Klärung der Beschwerdebefugnis Dritter mit Parteistellung in den Verfahren nach Art. 49a ff. KG (v. a. im Sanktionspunkt).	Offen
Art. 49 VwVG (Beschwerdegründe, Kognition)	Übernehmen/belassen, Beschränkung der Kognition aus rechtsstaatlicher Sicht wohl ausgeschlossen.	Offen

Art. 50 VwVG (Beschwerdefrist)	Übernehmen/belassen	-
Art. 52 VwVG (Beschwerdeform)	Übernehmen/belassen, evtl. mit der Einschränkung des Umfangs der Eingaben, aber: Verteidigungsrechte müssen wahrgenommen werden können.	Offen
Art. 55 VwVG (Vorsorgliche Massnahmen, aufschiebende Wirkung)	Übernehmen/belassen, ohne Abs. 5, Abs. 2–4 anpassen	Offen
Art. 61 VwVG (Beschwerdeentscheid, reformatorisch, kassatorisch)	Übernehmen/belassen, evtl. Einschränkung hinsichtlich der reformatorischen Entscheidfällung, ist rechtsstaatlich ausgeschlossen. Evtl. Fristen für die Behandlung von Beschwerdeentscheiden, aber wohl nur Ordnungsvorschrift.	Offen
Art. 62 VwVG (Änderung der Verfügung, reformatio in peius, melius)	Übernehmen/belassen, Bindung an die Begehren der Parteien, aber: Rechtsanwendung von Amtes wegen, volle Kognition.	Offen
Art. 66 VwVG (Revision)	Übernehmen/belassen, Abs. 2: Frage der Noven, vgl. zu Art. 44 KG	Offen
Art. 67-69 VwVG (Revisionsverfahren, Begehren, Entscheid, Erläuterung Beschwerdeentscheid, Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung)	Übernehmen/belassen	-
Art. 71 VwVG (Aufsichtsbeschwerde)	Übernehmen/belassen, evtl. Klarstellung, wer Aufsichtsbehörde über Sekretariat, Präsident, Präsidium, WEKO ist.	Offen

D Diskussion neuer Instrumente

198. An dieser Stelle soll kurz auf verschiedene weitere Instrumente eingegangen werden, die zumindest teilweise schweizerischen (Strafverfolgungs-)Behörden und ausländischen Wettbewerbsbehörden zur Verfügung stehen, dem geltenden Kartellgesetz jedoch fremd sind. Im Vordergrund stehen dabei die folgenden Zwangsmassnahmen: Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs/Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten, verdeckte Ermittlung, Schutz von Whistleblowern, verdeckte Online-Durchsuchungen und Einsetzen eines Beobachters in ein Unternehmen. Weiter stehen folgende Instrumente zur Diskussion: „Plea Bargaining“, Sanktionierung von natürlichen Personen, Compliance als Exkulpationsgrund, Verstärkung des Zivilrechtsweges, „Punitive Damages“ und weitere. Im vorliegenden Kontext können diese Massnahmen/Instrumente, welche der effektiveren Durchsetzung des Kartellrechts dienlich wären, nicht abschliessend behandelt werden. Vielmehr geht es darum, im Sinne eines Denkanstosses für zukünftige KG-Revisionen einen kurzen Überblick zu geben.

D.1 Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs/Überwachung mit technischen Geräten

199. Allgemein zeichnen sich Überwachungsmassnahmen dadurch aus, dass sie ohne das Wissen des Betroffenen, also geheim durchgeführt werden. Sie greifen dadurch besonders stark in die Privatsphäre ein und treffen unter Umständen auch Personen, welche mit der Straftat und der Untersuchung direkt nichts zu tun haben¹⁶⁰. Sie sind daher nur unter besonders restriktiven Voraussetzungen zulässig, d. h. nur bei schwerwiegenden Delikten, die zudem im Gesetz ausdrücklich (und abschliessend) genannt werden müssen¹⁶¹. Dabei bedarf es jeweils einer vorgängigen Genehmigung der Massnahme durch ein Gericht¹⁶².

200. Zu den geheimen Überwachungsmassnahmen ist zunächst die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs zu rechnen. Als weitere Überwachungsmassnahme kommt der Einsatz von technischen Überwachungsgeräten (z. B. Wanzen, Foto-, oder Filmkameras etc.) in Frage. Dabei dienen die technischen Geräte der Aufzeichnung von Gesprächen und Vorgängen, welche nicht öffentlich stattfinden¹⁶³. Die sogenannte Observation, d. h. die Ermittlungstätigkeit, bei welcher Vorgänge und Personen in der Öffentlichkeit systematisch und während einer gewissen Dauer beobachtet und registriert werden, gilt als relativ geringfügiger Grundrechtseingriff und ist deshalb ohne vorgängige Genehmigung und zur Verfolgung sämtlicher Verbrechen oder Vergehen zulässig¹⁶⁴.

201. Gewisse ausländische Wettbewerbsbehörden – namentlich solche, welche Wettbewerbsverstösse auch strafrechtlich verfolgen – haben die Kompetenz, Überwachungsmassnahmen durchzuführen¹⁶⁵.

202. Im Zusammenhang mit den KG-Verfahren ist zunächst klar, dass für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs bzw. die Überwachung mit technischen Geräten von na-

¹⁶⁰ Vgl. SCHMID, Rz. 759.

¹⁶¹ Vgl. etwa Art. 269 Abs. 2 und 286 Abs. 2 StPO sowie Art. 3 und 7 des Bundesgesetzes über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; SR 780.1).

¹⁶² Vgl. Art. 272, 284 und 289 StPO.

¹⁶³ Vgl. Art. 280 StPO.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 282 StPO, Botschaft StPO, 1252 f.

¹⁶⁵ Vgl. OFT (Office of Fair Trading), Covert surveillance in cartel investigations, Code of practice, 2004, <www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/of738.pdf> [22.12.2008]; bekannt sind etwa auch die Video- und Tonaufnahmen welche das FBI bei der Untersuchung des Lysin-Kartells erstellt hat; vgl. DOJ, An Inside Look at a cartel at work: common characteristics of international cartels, <www.usdoj.gov/atr/public/speeches/4489.htm> [22.12.2008].

türlichen Personen (Organe, Vertreter von Unternehmen) eine explizite gesetzliche Grundlage (im Kartellgesetz) notwendig wäre. Für die entsprechende gerichtliche Genehmigung müsste die gesetzliche Zuständigkeit ebenfalls geklärt bzw. allenfalls noch geschaffen werden. Diese wäre wohl beim BVGer oder BStrGer anzusiedeln, da zumindest im jetzigen Zeitpunkt nicht definitiv feststeht, ob die WEKO (gegenüber dem Sekretariat) als Gerichtsbehörde anzusehen ist. Zudem müsste klargestellt werden, dass diese Massnahmen nur im Falle der schwerwiegendsten Wettbewerbsbeschränkungen, die mit direkten Sanktionen bedroht sind, zur Anwendung gelangen.

203. Ob solche Massnahmen zweckdienlich wären, ist schwierig zu beurteilen. Da Wettbewerbsbeschränkungen infolge der Einführung der direkten Sanktionen zunehmend im Verborgenen stattfinden, wären Überwachungsmassnahmen an sich als nützlich anzusehen. Sie könnten die Beweisfindung und -führung unterstützen und erleichtern.

D.2 Verdeckte Ermittlung

204. Zur Diskussion steht weiter der Einsatz von verdeckten Ermittlern (V-Mann)¹⁶⁶. Dabei geht es um die Informationsbeschaffung mittels Personen, welche für die Polizei verdeckt im „kriminellen“ Umfeld tätig sind. Neben speziell zu diesem Zweck ausgebildeten Polizeiangehörigen (undercover agents) können die Informationen auch durch für die Polizei tätige Privatpersonen (Informanten) beschafft werden¹⁶⁷.

205. Gewisse ausländische Wettbewerbsbehörden – namentlich solche, welche Wettbewerbsverstösse auch strafrechtlich verfolgen – haben die Kompetenz, verdeckte Ermittlungen durchzuführen¹⁶⁸.

206. Neben den offenen Fragen hinsichtlich der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage und deren Ausgestaltung sowie der „Rekrutierung“ dieser Ermittler ist auch bei dieser Massnahme nur schwer abschätzbar, was sie tatsächlich bringen würde. Ob und wie ein verdeckter Ermittler in ein Unternehmen eingeschleust werden könnte, ist fraglich. Offen ist auch, ob er im Zusammenhang mit Wettbewerbsbeschränkungen tatsächlich an die nötigen Informationen herankommen würde.

207. Eher denkbar ist die Beschaffung der Informationen durch Personen, welche bereits im Unternehmen sind und verdeckt für die Wettbewerbsbehörden Informationen beschaffen (Informanten, Whistleblower). Hier gilt es zu unterscheiden: Das Entgegennehmen von Informationen eines Angestellten eines Unternehmens (ohne Wissen des Arbeitgebers) stellt noch keine verdeckte Ermittlung dar und ist bereits heute möglich¹⁶⁹. Allerdings kommen solche Fälle kaum vor, so dass ausländische Behörden prüfen, ob Informanten nicht finanziell entschädigt werden sollten¹⁷⁰.

D.3 Schutz von „Whistleblowern“

208. Als *Whistleblower* werden Personen bezeichnet, die aufgrund ihrer besonderen Beziehungsnähe zu einem Unternehmen Kenntnisse über illegale Praktiken in diesem Unternehmen erhalten und die entsprechenden Informationen Dritten (namentlich Behörden) zur Kenntnis bringen, damit diese gegen die illegalen Praktiken vorgehen können. Die typische Problematik des Whistleblowings besteht darin, dass der Whistleblower in einem Abhängig-

¹⁶⁶ Vgl. Art. 286–298 StPO.

¹⁶⁷ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, 385 f. Gesetzlich geregelt ist allerdings nur der erste Fall der „undercover agents“ im Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE, SR 312.8).

¹⁶⁸ Vgl. OFT, Covert human intelligence sources in cartel investigations, Code of practice, 2004, <www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/oft739.pdf> [22.12.2008].

¹⁶⁹ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, 387.

¹⁷⁰ Vgl. COLLINS (vom OFT), 4.

keitsverhältnis zum angezeigten Unternehmen steht. Dies ist offensichtlich der Fall bei Arbeitnehmern, eine Abhängigkeit kann aber auch bei anderen Personen, z. B. bei Vertragspartnern wie Beauftragten, Lieferanten etc., vorliegen¹⁷¹.

209. Ein Whistleblower läuft Gefahr, von seinem Arbeitgeber und Arbeitskollegen als „Nestbeschmutzer“ wahrgenommen und entsprechend diskriminiert zu werden (Mobbing, Karrierehemmnisse etc.). Es besteht das Risiko, dass er entlassen wird und auch nur schwer eine neue Stelle findet. Schliesslich kann er sich sogar strafbar machen (Verletzung von Geschäftsgeheimnissen) und/oder gegen die arbeitsrechtliche Treuepflicht verstossen (Art. 321 OR). So hat das Bundesgericht festgehalten, die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers betreffe auch durch den Arbeitgeber begangene Verstösse gegen das Straf- oder Verwaltungsrecht, sofern nicht höherrangige Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit eine Offenlegung rechtfertigen. Zudem müsse der Arbeitnehmer immer zunächst die internen Beschwerdemöglichkeiten ausschöpfen¹⁷².

210. Im angelsächsischen Ausland sind im Zusammenhang mit grossen Korruptionsaffären und anderen illegalen Praktiken (Enron, Arthur Andersen, Britische Eisenbahn) Gesetze in Kraft getreten, welche Whistleblower schützen sollen (UK: Public Interest Disclosure Act [PIDA]; USA: Sarbanes-Oxley Act [SOX]). Der SOX sieht etwa vor, dass die Unternehmen ein Verfahren einrichten müssen, damit Mitarbeiter *anonym* Meldung erstatten können. Zudem ist gemäss SOX ausdrücklich eine Meldung an eine externe Stelle ohne vorangehende Information des Unternehmens zulässig. Weiter sieht SOX die Wiedereinstellung des Mitarbeiters, Rückerstattung des ausstehenden Lohnes inkl. Zinsen, Prozess- und Anwaltskosten sowie Ersatz des immateriellen Schadens vor¹⁷³.

211. In der Schweiz wurde am 22. Juni 2007 die Motion Gysin an den Bundesrat überwiesen. Der Bundesrat wird beauftragt, das Arbeitsrecht derart abzuändern, dass der Whistleblower vor ungerechtfertigter Entlassung und weiteren Diskriminierungen geschützt ist. Zudem sollen verbesserte finanzielle Entschädigungen bei missbräuchlichen Kündigungen ins Auge gefasst werden¹⁷⁴. Am 5. Dezember 2008 hat der Bundesrat eine Teilrevision des Obligationenrechts in die Vernehmlassung geschickt, welche vorsieht, dass künftig besser vor einer Kündigung geschützt werden soll, wer Missstände am Arbeitsplatz meldet (Art. 321a^{bis} OR)¹⁷⁵.

212. In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellt sich v. a. die Frage nach Anonymität und Vertraulichkeit. Die Wettbewerbsbehörden haben aufgrund der Officialmaxime auch anonymen Hinweisen nachzugehen. Die Problematik solcher Hinweise ist aber hinlänglich bekannt: Ihre Glaubwürdigkeit wird durch die Anonymität beeinträchtigt. Im Bereich des Strafprozessrechtes geht die neuere Lehre davon aus, dass die Strafverfolgungsbehörden das Recht haben, die Anzeige einer ihnen bekannten Person entgegenzunehmen, deren Identität aber geheim zu halten¹⁷⁶. Im Kartellrecht können in diesem Bereich die Art. 27 und 28 VwVG angewendet und der Name des Whistleblowers geheim gehalten werden. In der Praxis dürfte es allerdings dann zu Schwierigkeiten kommen, wenn die Wettbewerbsbehörden direkt auf Informationen des Whistleblowers abstellen möchten (z. B. Zeugenaussage oder zur Begründung eines Entsigelungsbegehrens). Dann kann der Wunsch des Whistleblowers nach Vertrau-

¹⁷¹ Vgl. zum Begriff VON KAENEL, 309; CARRANZA/MICOTTI, 982.

¹⁷² BGE 127 II 130 E. 5a.; vgl. zum Ganzen ausführlich PORTMANN, 179 ff.; VON KAENEL, 309 ff.; CARRANZA/MICOTTI, 987 ff.

¹⁷³ Vgl. PORTMANN, 179; CARRANZA/MICOTTI, 984.

¹⁷⁴ 03-3212 Motion: Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption, eingereicht von Remo Gysin am 7.5.2003 (Veränderter Wortlaut vom 22.3.2006).

¹⁷⁵ Vgl. „Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz)“ unter <<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html>> [22.12.2008].

¹⁷⁶ Vgl. VON KAENEL, 313 f.

lichkeit mit den verfassungsmässigen Rechten des Angeschuldigten kollidieren¹⁷⁷. Damit die Aufdeckung von Kartellverstössen nicht behindert wird, sollte der Schutz eines Whistleblowers jedoch in jedem Einzelfall so weit wie möglich gewährleistet sein.

D.4 Verdeckte Online-Durchsuchungen

213. Art. 18m des Entwurfes vom 5.7.2006 zur Revision des Gesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) sieht das geheime Durchsuchen eines gesicherten Datenverarbeitungssystems vor¹⁷⁸. Konkret geht es darum, dass mittels spezieller Computerprogramme (sog. Trojaner) das Datenverarbeitungssystem online und ohne Wissen des Betroffenen durchsucht werden kann. Die verdeckte Online-Durchsuchung unterscheidet sich von der gewöhnlichen Durchsuchung durch ihre Heimlichkeit, was zu einer höheren Eingriffsintensität führt. Sie ist auch von der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs zu unterscheiden, weil sie nicht die Überwachung eines Kommunikationsvorganges zum Inhalt hat, sondern sämtliche auf dem Zielcomputer vorhandenen Daten betrifft¹⁷⁹.

214. Die verdeckte Online-Durchsuchung ist derzeit erst im BWIS geplant, in der neuen StPO jedoch noch nicht vorgesehen. Solange dieses neue Instrument selbst im Strafprozess noch nicht vorgesehen ist, dürfte eine Aufnahme im Kartellgesetz schwierig sein¹⁸⁰.

D.5 Beobachter

215. Art. 23^{quater} BankG sieht vor, dass die EBK eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen kann, in einer Bank einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen. Dieser sog. „Untersuchungsbeauftragte“ hat im Jahr 2004 den zuvor im BankG vorgesehenen „Beobachter“ ersetzt. Im Gegensatz zum neuen Untersuchungsbeauftragten – welcher aktiv in die Geschäftsführung des beaufsichtigten Instituts eingreifen kann – beschränkte sich die Aufgabe des Beobachters auf die passive Beobachtung und Berichterstattung an die EBK. Dem Beobachter (und dem heutigen Untersuchungsbeauftragten) steht ein uneingeschränktes Recht zur Einsicht in die Geschäftstätigkeit, die Bücher und die Akten der betroffenen Gesellschaft zu. Dieses Recht umfasst den Zutritt zu allen von der Bank beziehungsweise unterstellungspflichtigen Unternehmen benützten Räumlichkeiten und insbesondere auch den Zugang zu deren Computersystemen. Dem betroffenen Institut obliegt eine umfassende Auskunfts- und Mitwirkungspflicht (Art. 23^{quater} Abs. 3 BankG)¹⁸¹.

216. Gemäss informellen Angaben setzt auch die holländische Wettbewerbsbehörde NMa (versuchsweise) Beobachter in Unternehmen ein, die eines Wettbewerbsverstosses verdächtigt werden. Grundgedanke dieses Instrumentes ist es, dass sich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im täglichen Geschäftsgang eines Unternehmens widerspiegeln müssen. Die Funktionsweise einer Wettbewerbsbeschränkung lässt sich dann durch die Beobachtung der Geschäftsabläufe über eine gewisse Zeitspanne eruieren.

¹⁷⁷ Vgl. VON KAENEL, 313 ff.

¹⁷⁸ Vgl. <www.fedpol.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bwis.Par.0031.File.tmp/GesetzestextVernehmlassungCorrigendumVersion05.07.2006.pdf> sowie die Botschaft vom 15.6.2007 <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2007/5037.pdf> [22.12.2008].

¹⁷⁹ Mit diesen Argumenten hat der deutsche BGH eine verdeckte Online-Durchsuchung mangels gesetzlicher Grundlage für unzulässig erklärt, Beschluss vom 31.1.2007 (StB 18/06), vgl. MMR 4/2007, 237 ff. (mit Anmerkungen). Mit Urteil vom 27.2.2008 hat das deutsche Bundesverfassungsgericht Online-Durchsuchungen durch Nachrichtendienste enge Grenzen gesetzt (<www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html> [22.12.2008]).

¹⁸⁰ Ebenfalls sehr zurückhaltend das BJ (zit. in Fn 4), S. 6.

¹⁸¹ Vgl. auch die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20.11.2002, BBl 2002 8060 ff., 8075; POLEDNA/MARAZZOTTA, Art. 23^{quater} N 1–3 und 11 f.

217. Im Bereich des Wettbewerbsrechts erscheint ein Untersuchungsbeauftragter nach dem Vorbild des BankG nicht sachgerecht, da die WEKO im Gegensatz zur EBK keine Aufsichtsbehörde darstellt und nicht an Stelle der Unternehmen handeln sollte. Hingegen wäre ein Beobachter denkbar, obwohl dieses Instrument im Bereich des Wettbewerbsrechts auf internationaler Ebene wenig erprobt ist. Der Grundgedanke erscheint interessant und die weitere internationale Entwicklung sollte verfolgt werden. Ob der Beobachter tatsächlich ein taugliches Instrument zur Sachverhaltsermittlung darstellt, ist derzeit aber noch weitgehend unklar, so dass sich seine Einführung nicht unmittelbar aufdrängt.

D.6 „Plea Bargaining“

218. Die eigentliche Aushandlung der Sanktion bzw. der Sanktionshöhe ist im Kartellgesetz nicht vorgesehen. Von Gesetzes wegen besteht immerhin die Möglichkeit, im Rahmen der Bonusregelung und der Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung die Sanktion mehr oder weniger zu reduzieren bis hin zu einer bloss symbolischen Sanktion. Darüber hinaus besteht indessen kein gesetzlicher Spielraum für die Verhandlung der Sanktion. Dieser könnte allenfalls durch eine explizite gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Vorteilhaft wäre, dass ein Sachverhalt unter Umständen nicht abschliessend beurteilt werden müsste und das (mutmasslich) wettbewerbswidrige Verhalten eingestellt würde und die Sanktion im Gegenzug im Rahmen von Verhandlungen (mit dem Sekretariat) reduziert bzw. darauf verzichtet würde. Diese Vorgehensweise wäre mit einem verfahrensmässigen Effizienzgewinn verbunden. Im Gegenzug stünden folgende Nachteile zur Diskussion: Fehlende Praxisbildung mangels abschliessender Klärung der Zulässigkeit/Unzulässigkeit eines Verhaltens, Verlagerung des Wettbewerbsrechts auf die Verhandlungsebene (Verhandlungsgeschick der Parteien, „Willkür“ in der Behandlung, Zwangs- und Drohpotenzial der Wettbewerbsbehörden etc.), die Frage, wie die WEKO in das „Plea Bargaining“ einzubeziehen wäre (die Situation ist vergleichbar mit der Zusicherung des Sanktionserlasses durch das Sekretariat, d. h. ein „Plea Bargaining“ macht nur Sinn, wenn die WEKO weitgehend an das Verhandlungsergebnis gebunden ist) sowie die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Rechts tradition und -kultur in der Schweiz.

219. Auf internationaler Ebene ist das aus dem amerikanischen Recht stammende „Plea Bargaining“ im Bereich des Wettbewerbsrechts seit dem Jahr 2005 auf der Traktandenliste der EU, um die zahlreichen Verfahren auf einfachere Weise erledigen zu können. Dabei werden namentlich folgende Probleme diskutiert: Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip, die Frage nach der Rechtssicherheit und die Einhaltung des fairen Verfahrens gemäss Art. 6 EMRK. Es wird ausgeführt, dass Mechanismen gegen Missbräuche vorzusehen sind und die Auswirkungen auf die anderen Verfahrensparteien sowie auf allfällige Zivilverfahren zu berücksichtigen sind¹⁸². In diesem Zusammenhang ist auf die Verordnung der EU-Kommission vom 30. Juni 2008 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen hinzuweisen¹⁸³: Mit dieser Verordnung wird beabsichtigt, zur Verfahrensbeschleunigung ein institutionalisiertes, formelles Vergleichsverfahren zwischen den Parteien und der EU-Kommission einzuführen. Hingegen hält die Kommission ausdrücklich fest, dass damit kein eigentliches System des „Plea Bargaining“ eingeführt werden soll, d. h. kein Verhandlungsspielraum hinsichtlich der Feststellung der Unzulässigkeit eines Verhaltens und der Ausfällung einer Sanktion und deren Höhe besteht. Das kooperative Verhalten wird „lediglich“ als Sanktionsmilderungsgrund berücksichtigt. Auch in den mit den „Settlement Verfahren“ verwandten „Commitment“ Verfahren kann über die Sanktionierbarkeit nicht verhandelt werden.

220. Die gesetzliche Einführung eines eigentlichen „Plea Bargaining“ dürfte für die Schweiz nicht ein dringliches Anliegen darstellen. Da die direkten Sanktionen gerade erst eingeführt

¹⁸² Vgl. den Beitrag von BURRICHTER/ZIMMER zu diesem Thema.

¹⁸³ Vgl. Fn 151.

wurden, erscheint es sinnvoll, wenn sich zunächst eine „Sanktionierungspraxis“ bilden kann. Dabei spielt auch eine Rolle, dass durch die Fälle „Unique“, „Publigruppe“ und „Documed“ bereits aufgezeigt wurde, dass einvernehmliche Regelungen nach wie vor möglich sind und sich diese auch in erheblichem Mass auf die Sanktionierung auswirken können, indem die Kooperation des Unternehmens auch ausserhalb der Bonusregelung eine Reduktion der Sanktion von bis zu 40 % zur Folge haben kann¹⁸⁴.

D.7 Sanktionierung von natürlichen Personen

221. In einer Motion – vom Ständerat im März 2008 angenommen – verlangt Ständerat Rolf Schweiger¹⁸⁵, dass „zur Stärkung der Compliance-Anstrengungen der Unternehmen ... im Kartellgesetz gleichzeitig Strafsanktionen für natürliche Personen im Fall ihrer aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern verankert werden“ sollen. Entsprechend fordert auch die Parlamentarische Initiative von Nationalrat Hans Kaufmann¹⁸⁶: „Wer in Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Treuepflichten gegenüber dem Unternehmen vorsätzlich und durch aktive Handlungen an einer Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 von Unternehmen mit einem gemeinsamen Marktanteil im betroffenen Markt von mehr als 30 Prozent mitwirkt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafen bestraft“.

222. Um die an Kartellabsprachen beteiligten Manager und Mitarbeiter strafrechtlich zur Verantwortung ziehen zu können, sehen die Kartellrechtsordnungen anderer Staaten (z. B. USA, Grossbritannien, Niederlanden, Deutschland) direkte Strafsanktionen bzw. Geldbussen gegenüber natürlichen Personen vor¹⁸⁷. International ist ein zunehmender Trend in Richtung einer vermehrten Kriminalisierung von Wettbewerbsverstössen zu beobachten¹⁸⁸: Bei harten Verstössen gegen das Kartellrecht sind die verantwortlichen natürlichen Personen direkt zu bestrafen. Die Erfahrungen im Ausland zeigen, dass die Sanktionsmöglichkeit gegenüber natürlichen Personen die Abschreckung vor der Bildung volkswirtschaftlich schädlicher harter Kartelle erhöht und sich auch positiv auf die Nutzung der Bonusregelung auswirken kann¹⁸⁹.

223. Eine zusätzliche direkte Bestrafung (Freiheits- oder Geldstrafe) von natürlichen Personen neben dem Unternehmen könnte auch in der Schweiz die präventive Wirkung des Sanktionensystems im Kartellgesetz zusätzlich verstärken. Dabei sind folgende beiden Punkte zu beachten: Einerseits müsste die Bestrafung von natürlichen Personen im Kartellgesetz völlig unabhängig von der allfälligen Einführung einer Exkulpationsmöglichkeit infolge Compliance vorgesehen werden, also anders, als von beiden parlamentarischen Vorstössen verlangt (vgl. Rn 228 ff.). Andererseits hat die Bestrafung der verantwortlichen natürlichen Personen kumulativ zur Sanktionierung des Unternehmens hinzuzutreten, sofern beide Tatbestände erfüllt sind. Schliesslich wäre aus Sicht der Rechtssicherheit zu begrüssen, wenn vor der

¹⁸⁴ Vgl. Rn 171 sowie den bereits erwähnten Verordnungsentwurf in der EU, der konzeptionell in dieselbe Richtung zielt.

¹⁸⁵ 07.3856 Motion Schweiger Rolf vom 20.12.2007: „Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionensystem für das Schweizer Kartellrecht“ (<www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20073856> [22.12.08]); der Bundesrat hat die Ablehnung der Motion beantragt, der erstbehandelnde Ständerat hat sie am 6.3.2008 angenommen (<www.parlament.ch/ab/frame-set/d/s/4802/264401/d_s_4802_264401_264423.htm> [22.12.08]).

¹⁸⁶ 08.443 Pa. Iv. Kaufmann Hans vom 13.6.2008: „Existenzgefährdung infolge von Kartellbussen verhindern“.

¹⁸⁷ Vgl. den Beitrag von CALKINS zu diesem Thema.

¹⁸⁸ Vgl. OECD, Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation, 2005, 26–29, www.oecd.org/dataoecd/58/1/35863307.pdf (17.10.07); vgl. auch den Beitrag von SCOTT HAMMOND vom DOJ zu diesem Thema (Charting New Waters in International Cartel Prosecutions, 2006, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/214861.pdf [17.10.07]).

¹⁸⁹ Vgl. Pressemitteilung der NMa vom 11.10.2007 „NMa highlights new powers“, <www.nmanet.nl/engels/home/News_and_publications/News_and_press_releases/Press_2007/07_27_NMa_highlights_new_powers.asp> [22.12.2008].

Einführung von direkten Individualsanktionen zunächst bezüglich Sanktionierung von Unternehmen eine gewisse konstante Praxis geschaffen würde.

224. Ein derart ausgestaltetes Sanktionssystem¹⁹⁰ würde im Sinne der Verstärkung der Prävention gewährleisten, dass auch natürliche Personen für ihre kartellgesetzwidrigen Handlungen und Unterlassungen verantwortlich gemacht werden. Auch für eine natürliche Person sollte das Leniency-Programm gelten, so dass diese nicht bestraft wird, wenn sie die Wettbewerbsbeschränkung der Wettbewerbsbehörde anzeigt. Würde eine Strafbestimmung eingeführt, müsste wohl Vorsatz vorausgesetzt werden¹⁹¹: Der entsprechende Nachweis gegenüber natürlichen Personen dürfte in der Praxis schwer zu erbringen sein. Bis heute hat die WEKO jedenfalls noch nie eine Strafe gestützt auf Art. 54 f. KG gegen natürliche Personen verhängt, obwohl diese Möglichkeit bereits seit mehr als 10 Jahren besteht. Des Weiteren ergäben sich im Strafverfahren ernst zu nehmende Probleme hinsichtlich Verwertbarkeit derjenigen Unterlagen, die im Rahmen des Sanktionsverfahrens gegen das Unternehmen erhoben bzw. vom Unternehmen – allenfalls sogar von der zu bestrafenden natürlichen Person – in einem solchen geliefert wurden.

225. Zu klären wäre auch, inwiefern die Einführung strafrechtlicher Sanktionen gegen natürliche Personen eine grundlegende Reform der Sanktionsmechanismen im Kartellrecht verlangen würde, insbesondere die Übertragung der Zuständigkeit für die Beurteilung solcher Strafsanktionen an (Straf-)Gerichte, was erheblichen gesetzgeberischen Anpassungsbedarf zur Folge hätte. Offen ist auch, welches Verfahrensrecht zur Anwendung gelangen müsste.

226. Ob diese zusätzliche „Kriminalisierung“ von Wettbewerbsverstößen mit all ihren Folgen notwendig bzw. erwünscht ist, bleibt letztlich eine politische Frage¹⁹².

227. Anders wäre die Bestrafung von natürlichen Personen allenfalls zu bewerten, wenn sie lediglich zu einer Geldbusse wegen einer Ordnungswidrigkeit führte: Die Erfahrungen in anderen Ländern wie z. B. Deutschland zeigen, dass damit ein gewünschter Abschreckungseffekt erreicht werden kann, wenn die persönliche Geldbusse nicht vom Unternehmen übernommen werden darf, ohne dass es zu einer „Kriminalisierung“ nach dem Strafgesetz kommt.

D.8 Antitrust Compliance-Programme als „Exkulpationsgrund“

228. In der erwähnten Motion¹⁹³ verlangt Ständerat Schweiger, es sei „im Kartellgesetz durch eine ausdrückliche Regelung sicherzustellen, dass Unternehmen, welche ein hohen Anforderungen genügendes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit einer reduzierten beziehungsweise beim Vorliegen von (im Gesetz hiefür vorzusehenden) Voraussetzungen mit keiner Verwaltungssanktion belegt werden können“. In dieselbe Richtung geht eine Parlamentarische Initiative Kaufmann¹⁹⁴: Danach soll die direkte Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG entfallen, sofern „das Unternehmen nachweist, dass es ein seiner Geschäftstätigkeit und seiner Branche angemessenes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regeln eingeführt und nachhaltig betrieben hat“.

¹⁹⁰ Eine entsprechende Norm z. B. in einem neuen Art. 53b („Strafsanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen“) könnte etwa lauten: „Wer vorsätzlich an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 oder an einer unzulässigen Verhaltensweise nach Artikel 7 beteiligt ist, wird mit Busse bis zu XXX Franken bestraft.“

¹⁹¹ Entsprechend den bereits bestehenden Straftatbeständen gegen natürliche Personen für den Fall der Widerhandlung gegen einen Entscheid der WEKO (vgl. Art. 54 und 55 KG).

¹⁹² Welche auch von der EU-Kommission noch nicht beantwortet wurde, vgl. WILS, 46.

¹⁹³ Motion 07.3856, zit. in Fn 185.

¹⁹⁴ Parlamentarische Initiative 08.443, zit. in Fn 186.

229. Die Einführung der Möglichkeit zur direkten Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG war eines der wichtigsten Elemente der Revision des Kartellgesetzes von 2003. Bereits heute haben Antitrust Compliance-Programme, verstanden als unternehmensinternen organisatorischen Massnahmen gegenüber den Mitarbeitenden, die der Vermeidung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens dienen, positive Effekte für das Unternehmen: Ist das Compliance-Programm in der Praxis wirksam, so kommen keine Kartellverstösse vor, weshalb dem Unternehmen auch keine Sanktionen drohen. Versagt ein – an sich ernst gemeintes und grundsätzlich wirksames – Compliance-Programm im Einzelfall, indem sich z. B. einzelne Manager oder Mitarbeiter weisungswidrig und eigenmächtig an Kartellen beteiligen, ohne dass das Unternehmen etwas dagegen machen könnte, so dürfte bereits nach der geltenden gesetzlichen Regelung unbestritten sein, dass das Compliance-Programm (und ein damit einhergehendes geringeres Verschulden des Unternehmens) im Rahmen der Art. 3 und 6 SVKG als sanktionsmildernd, nicht aber als sanktionsausschliessend berücksichtigt werden kann¹⁹⁵.

230. Die weitergehende Berücksichtigung von Compliance-Programmen als sanktionsausschliessendes Kriterium (bzw. als „Exkulpationsmöglichkeit“ des Unternehmens) könnte zur Aushebelung der erst im April 2004 eingeführten direkten Sanktionierbarkeit von Unternehmen (Art. 49a Abs. 1 KG) führen, indem der Anreiz des Unternehmens bzw. des Verwaltungsrates untergraben würde, das Kartellgesetz zu befolgen. Denn in der Praxis könnte sich wohl fast jedes Unternehmen exkulpieren, da ein Massstab und Kriterien zur Beurteilung und Bewertung der einzelnen Compliance-Programme fehlen. Praktisch wäre es für die Wettbewerbsbehörden äusserst schwierig, die einzelnen Programme zu beurteilen und auf ihre grundsätzliche Tauglichkeit zu prüfen. Kartellverfahren vor der WEKO und den Rechtsmittelinstanzen dürfen aber im Ergebnis nicht auf die Klärung der letztlich für den wirksamen Wettbewerb nicht relevanten Frage reduziert werden, ob ein Compliance-Programm, das in der Praxis versagt hat, vom Unternehmen dennoch genügend ernst gemeint war, so dass die Sanktionierbarkeit entfielen.

231. M.a.W. ist nicht einzusehen, weshalb ein Compliance-Programm die Sanktionierbarkeit gerade in denjenigen Fällen ausschliessen sollte, in welchen erwiesen ist, dass es nicht wirksam war und ein Unternehmen trotz Compliance-Programm gegen das Kartellgesetz verstossen hat.

232. Die Einführung einer Exkulpationsmöglichkeit mittels Compliance-Programm könnte überdies auch die Bonusregelung (Art. 49a Abs. 2 KG) in Frage stellen, weil nur noch ein geringerer Anreiz bestünde, eine Selbstanzeige einzureichen, wenn ein Unternehmen weiss, dass es dank seines Compliance-Programms sowieso sanktionsfrei ausgehen wird.

233. Des Weiteren würde die Exkulpationsmöglichkeit dem Ziel, das Schweizer Kartellrecht zwecks Rechtssicherheit für die Unternehmen materiell möglichst dem Recht der EU bzw. ihrer Mitgliedstaaten anzunähern, widersprechen: Mit der Einführung der Sanktionsbefreiung dank „angemessener Compliance“, welche so – soweit ersichtlich – nirgends bekannt ist, würde das Schweizer Kartellgesetz wieder zum Sonderfall.

234. Folglich sollten Compliance-Programme, wie bis anhin, nur, aber immerhin, sanktionsmildernd – nicht aber sanktionsausschliessend! – berücksichtigt werden. Im Einzelfall ist es aufgrund des grossen Ermessensspielraums der Behörden nicht ausgeschlossen, dass die Sanktion bis hinunter auf eine symbolische Höhe gesenkt werden kann. Hierzu ist indes keine Gesetzesänderung notwendig.

¹⁹⁵ Sollte die Kartellabsprache nicht von einem Mitarbeiter, sondern von einem Geschäftsleitungs- oder gar Verwaltungsratsmitglied initiiert oder vorgenommen worden sein, dürfte selbst eine Milderung der Sanktion kaum in Betracht kommen.

D.9 Zivilrechtliches Verfahren und „Punitive Damages“

235. Neben dem verwaltungsrechtlichen Verfahren enthält das Kartellgesetz in den Art. 12 ff. KG auch ein zivilrechtliches Verfahren gegen Wettbewerbsbehinderungen¹⁹⁶.

236. Abgesehen von der Einführung von *Strafschadenersatz* („punitive damages“), der über die Verhängung einer Verwaltungsanktion gemäss Kartellgesetz und die zivilrechtliche Schadenskompensation hinausgeht und der schweizerischen Rechtskultur entgegen stehen dürfte, werden auf europäischer Ebene diverse Ideen diskutiert, um den wenig benutzten *Zivilrechtsweg* neben oder im Anschluss an das verwaltungsrechtliche Verfahren zu fördern. In der EU werden verschiedene Themen und Lösungsvorschläge erwogen, die auch für das schweizerische Kartellzivilverfahren von Interesse sein könnten. Als wichtigste Beispiele können genannt werden: Einführung einer verschuldensunabhängigen Kausalhaftung, vereinfachter Zugang zu Beweisen durch Offenlegungspflichten, Ausschluss des „passing on-Einwandes“¹⁹⁷, Klagemöglichkeit für indirekte Abnehmer und kollektive Anspruchsdurchsetzung von Abnehmern/Verbrauchern („Sammelklagen“).

237. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Einführung von „Punitive Damages“ im schweizerischen Kartellrecht nicht empfehlenswert erscheint. Hingegen sind die Entwicklungen im Bereich der Erleichterung des zivilrechtlichen Verfahrens auf europäischer Ebene zu beobachten und zu gegebener Zeit zu berücksichtigen. Gewisse Anpassungen können bereits heute vorgenommen werden.

¹⁹⁶ Vgl. zum Ganzen ausführlich den Projektbericht P2 (externe Gutachten von Prof. Dr. HEINEMANN und Prof. Dr. BAUDENBACHER).

¹⁹⁷ Bei der „passing on-defence“ geht es um die Frage, ob ein das KG verletzendes Unternehmen, mit der Einrede gegen die Schadenersatzklage seines Abnehmers verteidigen kann, dass dieser die überhöhten Preise auf seine Kunden abwälzen konnte und damit gar keinen Schaden erlitten hatte; vgl. dazu ausführlich BÄCHLI, 365 ff.

E Gesetzliche Grundlagen

238. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Änderungen oder Anpassungen des Verfahrensrechts an sich auf verschiedensten Stufen und in verschiedensten Varianten denkbar sind. Im Vordergrund dürften folgende Varianten stehen, welche oben im Bericht (Rn 184 ff.) bereits erwähnt worden sind:

239. Als erste Möglichkeit bietet sich an, die vorgeschlagenen Änderungen *in das Kartellgesetz selbst* aufzunehmen bzw. die bestehenden Artikel anzupassen oder zu ergänzen.

- Vorteile:
 - gesetzestechnisch die „sauberste“ Lösung;
 - höhere „Beschwerderesistenz“, da Abweichungen von der EMRK durch Gesetzesbestimmungen eher möglich sind als durch Verordnungsbestimmungen.
- Nachteile:
 - Aufwändig, da sämtliche Vorschriften durch das Gesetzesrevisionsverfahren eingeführt werden müssten;
 - politische Angelegenheit.

240. Eine zweite Möglichkeit könnte darin bestehen, ein *eigenes Kartellverfahrensgesetz* zu erlassen, in welche die bestehenden KG-Verfahrensbestimmungen in angepasster Form überführt und durch die neuen Vorschriften ergänzt werden. Oben¹⁹⁸ wurde bereits aufgezeigt, dass der Erlass eines speziellen Kartellverfahrensgesetzes zur Zeit nicht ernsthaft zur Diskussion stehen dürfte. Für die Vor- und Nachteile vgl. auch Rn 239. Evtl. ist diese Variante (noch) aufwändiger als die unter Rn 239 beschriebene.

241. Eine dritte Möglichkeit könnte so aussehen, dass im Kartellgesetz in Art. 39 oder anstelle von Art. 39 KG eine präzisere Delegationsnorm für allfällige Ausführungsvorschriften, eine *eigene Kartellverfahrensverordnung*, eingeführt würde¹⁹⁹.

- Vorteile:
 - Revision nur eines Gesetzesartikels;
 - Erlass der Verordnung durch den Bundesrat; grösserer Einfluss bei der Ausarbeitung der Verordnung.
- Nachteil:
 - Problematik der genügenden Bestimmtheit der Delegationsnorm;
 - Verhältnis der Delegationsnorm und der Ausführungsbestimmungen zu den Regeln des VwVG evtl. problematisch; insbesondere Frage, welche Vorschriften im Falle eines Widerspruchs zwischen VwVG und den neuen Ausführungsvorschriften vorgehen²⁰⁰.
 - Tiefere Legitimationsstufe und „Beschwerderesistenz“, da Abweichungen von der EMRK durch Verordnungsbestimmungen schwieriger begründbar sind als durch Gesetzesbestimmungen.

¹⁹⁸ Vgl. Rn 194 ff.

¹⁹⁹ Das BJ (zit. in Fn 4), S. 6, lehnt eine solche Lösung ab.

²⁰⁰ Vgl. schon oben Rn 194 ff.

242. Vierte Möglichkeit: Verweis in Art. 39 KG auf sämtliche Bestimmungen des *VStrR* oder der Schweizerischen *StPO*, da es sich zumindest bei den direkt sanktionierbaren Tatbeständen um ein Verfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter handelt. Neben den bereits oben²⁰¹ genannten Vor- und Nachteilen sind speziell folgende zu nennen:

- Vorteile:
 - Revision nur eines Gesetzesartikels;
 - Verweis auf eine gesamte Verfahrensordnung.
- Nachteile:
 - Ob die Bestimmungen dieser Gesetze mit den KG-Verfahren kongruent sind, ist ungeklärt, voraussichtlich dennoch erheblicher Anpassungsbedarf;
 - *VStrR* evtl. auch nicht mehr aktuell.

243. Die Frage der gesetzlichen Grundlage zum Erlass der entsprechenden Vorschriften kann vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden. Sie müsste mit dem BJ abgesprochen werden. Dasselbe gilt für allfällige gesetzliche Änderungen bzw. Neuerungen im Kartellgesetz, die von den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (EMRK), soweit diese auf das KG-Verfahren zur Anwendung gelangen, abweichen.

²⁰¹ Vgl. schon oben Rn 184 ff.

F Beantwortung der aufgeworfenen Fragen, Schlussfolgerungen

Frage 1: Genügt das aktuelle Verfahrensrecht den Anforderungen von kartellrechtlichen Verfahren?

244. Die Frage kann zwar grundsätzlich mit „ja“ beantwortet werden. Die im vorliegenden Bericht dargestellten Anpassungen und neuen Massnahmen, welche z.T. nicht nur das Verfahrens-, sondern auch das materielle Recht betreffen, könnten jedoch einer rascheren und effizienteren Anwendung und Durchsetzung des materiellen Kartellrechts förderlich sein und sind somit aus Sicht des Wettbewerbs grundsätzlich zu begrüßen. Zu nennen sind beispielsweise die in Rn 255 ff. zusammenfassend erwähnten Anpassungen und Massnahmen:

245. Da das Verfahrensrecht im Rahmen der Revision 2003 weitgehend unangetastet blieb, war und ist aus der Sicht der Wettbewerbsbehörden eine „pragmatische“ Vorgehensweise angezeigt in dem Sinne, dass die bestehenden Bestimmungen weiterhin angewendet wurden und werden, gegebenenfalls angepasst an die Erfordernisse einer verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung. In der Praxis bedeutet dies, dass die einzelnen Verfahrensfragen anhand von konkreten Einzelfällen durch die Wettbewerbsbehörden und allenfalls durch die Rechtsmittelinstanzen (BVGer, BGer, gegebenenfalls EGMR) zu klären sind. Im Rahmen der seit dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen auf den 1.4.2004 ergangenen Entscheide der WEKO wurden denn auch verschiedene hier zu behandelnde Verfahrensfragen aufgeworfen (Fälle Unique, Swisscom Terminierungsgebühren, Publigroupe), die z.T. im Rechtsmittelverfahren durch das BVGer, das BGer und gegebenenfalls den EGMR definitiv beantwortet werden müssen (z. B. Unabhängigkeit der WEKO im Sinne der EMRK, Tragweite der Auskunftspflicht versus Selbstbelastungsverbot, Unschuldsumutung, Sanktionierbarkeit und Möglichkeit einvernehmlicher Streitbeilegung etc.).

246. Solange die Anwendung der bestehenden Verfahrensbestimmungen im Kontext des neuen Rechts durch die Rechtsmittelinstanzen nicht definitiv geklärt ist, bleibt es schwierig festzustellen, ob das Verfahrensrecht den Anforderungen an ein effizientes kartellrechtliches Verfahren tatsächlich genügt oder nicht. Allgemein sind die Wettbewerbsbehörden bestrebt, die bestehenden Bestimmungen dergestalt auszulegen, dass eine möglichst effiziente Anwendung und Durchsetzung des Kartellgesetzes gewährleistet ist. Diese Vorgehensweise kann jedoch in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Verfahrensrechten der Beteiligten stehen. Die mit der Revision 2003 einhergegangene Verschärfung des materiellen kartellrechtlichen Instrumentariums (insbesondere durch die Einführung von direkten Sanktionen) ruft – im Sinne der Waffengleichheit – nach einer besonders sorgfältigen Wahrung der Verteidigungsrechte der Parteien.

247. Wie gross der Spielraum für eine *Verschärfung* des Verfahrensrechts ist, bleibt daher von vornherein ungewiss. Je nach konkreter gesetzlicher Ausgestaltung oder praktischer Handhabe könnte eine Verschärfung ganz oder teilweise mit dem übergeordneten Recht (BV, EMRK) kollidieren. Denn eine Verschärfung des Verfahrensrechts geht meist mit einer Beschränkung der Parteirechte einher. Verfahrensrechtlichen Massnahmen zur rascheren und effizienteren Anwendung bzw. Durchsetzung des materiellen Kartellrechts, welche weiter gehen als die im vorliegenden Bericht bereits umschriebenen, sind zwar nicht a priori ausgeschlossen, dennoch dürften ihnen enge Grenzen gesetzt sein, sollen die aus der Verfassung bzw. dem Völkerrecht fliessenden Prinzipien nicht verletzt werden. Umgekehrt könnte sich aber gerade aus der Bindung an die entsprechenden Grundsätze ein allfälliger gesetzgeberischer Handlungsbedarf ergeben.

248. Die Einführung von Regeln im Bereich des Verfahrensrechts, welche (weit) strenger sind als die bereits bestehenden bzw. die im vorliegenden Bericht diskutierten, erscheint daher – abgesehen von wenigen Teilbereichen – nur unter der Voraussetzung möglich, dass übergeordnetes Recht durch abweichende KG-Bestimmungen entweder geändert oder aus-

drücklich davon abgewichen wird. Die Frage, ob dies politisch überhaupt durchführbar wäre, wird im vorliegenden Bericht ausgeklammert. Mögliche Verschärfungen des Verfahrensrechts sind daher, soweit sie hier überhaupt diskutiert werden, eher als unrealistische Massnahmen anzusehen.

Frage 2: Wie lassen sich die allfälligen verfahrensrechtlichen Probleme lösen?

249. Als Lösungsansatz stehen zunächst einmal die seit der Revision praktizierte pragmatische Anwendung der bestehenden Bestimmungen durch die Wettbewerbsbehörden²⁰² und die allfällige Klärung im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens im Vordergrund. Unter Umständen wird sich aus Rechtsmittelentscheiden ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf ergeben, indem gewisse verfahrensrechtliche Bestimmungen anzupassen sind²⁰³.

250. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bzw. ein allfälliger Spielraum für verfahrensrechtliche Anpassungen kann indessen auch unabhängig von der Praxis oder einem Rechtsmittelentscheid diskutiert werden, was im vorliegenden Bericht geschieht. Der Spielraum für verfahrensmässige Verschärfungen zu Lasten der Parteien, welche weiter gehen als die im vorliegenden Bericht umschrieben, findet seine Grenzen am übergeordneten Recht. Umgekehrt dürfte eine Anpassung zumindest der Praxis der Wettbewerbsbehörden im Sinne der Stärkung der Parteirechte der Wahrung übergeordneten Rechts in gewissen Bereichen förderlich sein.

Frage 3: Ist allenfalls für kartellrechtliche Verfahren ein separates Verfahrensrecht angebracht?

251. Der Erlass eines separaten Verfahrensrechts erscheint – wie oben gezeigt (Rn 184 ff. und 238 ff.) – weder aus juristischen noch aus praktischen Gründen angezeigt, zumal das Kartellgesetz bereits eine Reihe von spezifischen verfahrensrechtlichen Bestimmungen enthält, die den allgemeinen, subsidiär anwendbaren Verfahrensbestimmungen des VwVG vorgehen. Diese Regelung hat sich im Grossen und Ganzen bis heute bewährt. Wenn schon, sind daher lediglich punktuelle Änderungen im Kartellgesetz angebracht.

252. Zudem müsste ein allfälliges separates Kartellverfahrensrecht grundsätzlich ebenfalls völkerrechts- und verfassungsrechtskonform ausgestaltet sein, womit der Handlungsspielraum von vornherein beschränkt ist.

253. Schliesslich müsste der Erlass eines solchen separaten Verfahrensrechts wohl im Rahmen eines Gesetzesrevisionsverfahrens erfolgen, was mit entsprechend hohem Aufwand verbunden ist.

Frage 4: Ergeben sich aus der EMRK (verfahrensrechtliche) Probleme in der Anwendung des Kartellgesetzes?

254. Die Frage ist differenzierend zu beantworten: In einzelnen Bereichen gibt es zwar Berührungspunkte (bzw. „Probleme“) zwischen dem Kartellverfahren (im weitesten Sinn) und übergeordnetem Recht. Zu nennen sind namentlich die bereits erwähnten Probleme bzw. Fragen im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit der WEKO (Rn 7 ff.), der Unschuldsvermutung (Rn 46 ff.) und dem Verbot des Selbstbelastungszwangs (Rn 67 ff.). Wie oben dargelegt, lassen sich diese Probleme jedoch – ein anderslautender Entscheid des BVGer bzw. BGer vorbehalten – bereits de lege lata pragmatisch lösen.

²⁰² Im vorliegenden Bericht oft unter dem Kapitel „de lege lata“ beschrieben.

²⁰³ Im vorliegenden Bericht oft unter dem Kapitel „de lege ferenda“ beschrieben.

Frage 5: Gibt es einen gesetzlichen Anpassungsbedarf?

255. Ein unmittelbarer gesetzlicher Anpassungsbedarf in Bezug auf das Verfahrensrecht besteht an sich nicht. Zahlreiche Probleme dürften sich durch eine pragmatische Anwendung der bereits bestehenden Normen lösen lassen (vorbehaltlich einer Intervention des BVGer oder BGer).

256. Es gibt im Gesetz indessen gewisse Unklarheiten bzw. Auslegungsspielraum, was für die Behörden wie für die Unternehmen zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führt. Insofern wäre eine teilweise Anpassung der gesetzlichen Grundlage im erwähnten Sinne wünschenswert.

257. Zu nennen sind insbesondere:

- Einschränkung des Rechts auf Stellungnahme zum Verfügungsentwurf der WEKO (Art. 30 Abs. 2 KG; vgl. Rn 99 ff.)
- Klärung der Abgrenzung von Dritten zu Parteien i.S.d. VwVG (Art. 43 KG; vgl. Tabelle nach Rn 197)
- Klärung des Auskunftsverweigerungsrechts/Selbstbelastungsverbots (Art. 40, 42 KG; vgl. Rn 67 ff.)
- Präzisierung, dass für Sanktionierung nicht Rechtskraft, sondern Vollstreckbarkeit vorausgesetzt ist und dass Regelung auch für vorsorgliche Massnahmen gilt (Art. 50 KG; vgl. Tabelle nach Rn 197)
- Beschränkung der Mitwirkung des Präsidiumsmitglieds bei Sanktionsverfahren (Art. 53 Abs. 1 KG; vgl. Rn 36 ff.)
- Klärung der Verzugszinspflicht und der Gebührenpflicht (Art. 53a KG; vgl. Tabelle nach Rn 197)
- Regelung von Massenverfahren (vgl. Rn 152 ff.)
- Klärung der Noven-Problematik im Rechtsmittelverfahren (vgl. Tabelle nach Rn 197)

258. Nicht gänzlich auszuschliessen ist ferner, dass die *Rechtsprechung der Rechtsmittelinstanzen* eine (zwingende) Revision des Gesetzes zur Folge haben wird, sofern sie ein pragmatisches und verfahrensökonomisches Tätigwerden der Wettbewerbsbehörden gegen Wettbewerbsbeschränkungen faktisch stark erschweren oder gar verunmöglichen sollte. Unabhängig davon soll eine Anpassung des Verfahrensrechts auch im Rahmen einer allgemeinen (materiellen) KG-Revision an die Hand genommen werden. Dies betrifft vor allem die Frage der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden (insbesondere die Trennung zwischen Sekretariat und Weko; (Rn 7 ff.) und der Ernennung von Interessenvertretern als WEKO-Mitglieder (Rn 18, 21, 33).

259. Einen gesetzlichen Anpassungsbedarf gibt es schliesslich, wenn *neue Instrumente* eingeführt werden sollen, welche den Behörden und den Privaten die Durchsetzung des Kartellrechts erleichtern und somit wirksamen Wettbewerb fördern sollen. Zu nennen sind hier:

- Verbesserung des zivilrechtlichen Wegs (vgl. Rn 235 ff. und Bericht P2)
- Verbesserung der internationalen Rechtshilfe (vgl. Bericht P8)
- Einführung direkter Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen (Rn 221 ff. und Bericht P2)
- Verschiebung der Beweislast für Rechtfertigungsgründe auf die Unternehmen (Art. 5 und 7 KG; Rn 46, 62 ff.)
- gesetzlicher Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde als Regelfall, d. h. Einführung der sofortigen Vollstreckbarkeit (vgl. Rn 179 ff.)

- Schutz von Whistleblowern (vgl. Rn 208 ff.)
- neue (technische) Ermittlungsinstrumente (vgl. Rn 199 ff.)

260. Schliesslich gilt es zu verhindern, dass durch die zukünftige Gesetzgebung die Durchsetzung des Kartellrechts behindert wird etwa durch Massnahmen, welche den Behörden das Tätigwerden erschweren. Zu nennen sind beispielsweise:

- Verhinderung einer Regelung im Unternehmensanwaltsgesetz, welche kartellrechtliche Hausdurchsuchungen erschwert (Legal Privilege; vgl. Rn 103 ff.)
- Verhinderung der Sanktionsbefreiung bei Compliance-Programmen (parlamentarische Vorstösse Schweiger und Kaufmann; vgl. Rn 228 ff.)

G Literaturverzeichnis

- BÄCHLI, MARC, Die „Passing-on-Defense“, in: SJZ 103 (2007), 365 ff.
- BILGER, STEFAN: Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002.
- BORER, JÜRIG: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005.
- BORER, JÜRIG: OECD-Empfehlungen zur Wettbewerbspolitik: Missbrauchsansatz ist nicht das Problem, Die Volkswirtschaft 2006/5, 22.
- BURRICHTER, JOCHEN/ZIMMER, DANIEL: Reflections on the Implementation of a Plea Bargaining/Direct Settlement-System in EC Competition Law, 2006, <[www.iue.it/RSCAS/research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Burrichter.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Burrichter.pdf)> [22.12.2008].
- CALKINS, STEPHEN: Coming to Praise Criminal Antitrust Enforcement, 2006, <[http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Calkins.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Calkins.pdf)> [22.12.2008].
- CARCAGNI, ROMINA: Kartellgesetz, Handkommentar, Baker & McKenzie, Bern 2007.
- CARRANZA, CARLOS JAÏCO/MICOTTI, SÉBASTIEN: Whistle-Blowing: problèmes et perspectives, in: AJP 8/2007, 981 ff.
- CARRON, BENOÎT: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (éd.), Genève/Bâle/Munich 2002.
- COLLINS, PHILIP: Some Background Notes on the Investigative Powers of the Competition Authorities, 2006, 4, <[www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Collins.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Collins.pdf)> [22.12.2008].
- DIETRICH, MARCEL: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997.
- DUCREY, PATRIK: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997.
- HANGARTNER, IVO: Aspekte des Verwaltungsrechts nach dem revidierten KG von 2003, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.): Kartellgesetzrevision, Neuerungen und Folgen, 251 ff. (zit. HANGARTNER, Aspekte).
- HANGARTNER, IVO: Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren, AJP 1/2006, 43 ff. (zit. HANGARTNER, Verhältnis).
- HAUSER, ROBERT/SCHWERI, ERHARD/HARTMANN, KARL: Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005.
- KIRCHHOFF, WOLFGANG: Sachverhaltsaufklärung und Beweislage bei der Anwendung des Art. 81 EG-Vertrag, sowie dort zitierte Rechtsprechung, WuW 7/8/2004.
- KLEES, ANDREAS: Europäisches Kartellverfahrensrecht, Köln 2005.
- KOBEL, PIERRE: Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, in: AJP 9/2004, 1150 ff.
- KÖLZ, ALFRED/HÄNER, ISABELLE: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998.
- KOUMBARAKIS, ZINON: Die Kronzeugenregelung im schweizerischen Strafprozess de lege ferenda, Studien zum Strafrecht, Diss., Zürich 2006.
- KRAUSKOPF, PATRICK/SCHALLER, OLIVIER/BANGERTER, SIMON: Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: Geiser/Krauskopf /Münch (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, 471 ff.
- MÜLLER, JÖRG-PAUL: Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999.
- POLEDNA, THOMAS/MARAZZOTTA, LORENZO: Bankengesetz, Basler Kommentar, Watter/Vogt/Bauer/Winzeler (Hrsg.), Basel 2005.
- PORTMANN, DOMINIQUE, Rubrik der Unternehmensjuristen, Whistleblowing, in: SJZ 103 (2007) Nr. 7, 179 ff.

- REINERT, PETER: Kartellgesetz, Handkommentar, Baker & McKenzie, Bern 2007.
- RICHLI, PAUL: Kartellverwaltungsverfahren, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, von Büren/David (Hrsg.), Bd. V. Teilbd. 2, Basel etc. 2000.
- SAURER, MARKUS: Institutionelle Schwächen in der Schweizer Wettbewerbspolitik – Überholte Strukturen und ungenügende Gewaltentrennung, NZZ vom 5.7.2006, 23.
- SCHALLER, OLIVIER/BANGERTER, SIMON: Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, in: AJP 10/2005, 1221 ff.
- SCHLAURI, REGULA: Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Diss. Zürich 2003.
- SCHMID, NIKLAUS: Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 4. Auflage, Zürich/Basel/ Genf 2004.
- SCHMIDHAUSER, BRUNO: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997.
- SCHWARZE, JÜRGEN/WEITBRECHT, ANDREAS: Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrecht, Baden-Baden 2004.
- SOMMER, PATRICK/RAEMY, ALAIN: Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizer Kartellrechts, in: sic!, 10/2004, 758 ff.
- SPITZ, PHILIPPE: Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellrechts, in: sic! 7/8/2004, 553 ff.
- STOFFEL, WALTER A.: Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts – Die Tragweite des zweiten Paradigmawechsels innerhalb von zehn Jahren, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich 2004, 11 f. (zit. STOFFEL, rev. Wettbewerbsgesetz).
- STOFFEL, WALTER A.: Wettbewerbsabreden, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Basel/Genf/ München 2000, 55 ff. (zit. STOFFEL, Wettbewerbsabreden).
- TAGMANN, CHRISTOPH: Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, Diss., Zürich 2007.
- TAGMANN, CHRISTOPH/ZIRLICK, BEAT: Indirekte Auswirkungen der KG-Revision auf einzelne Rechtsinstitute, in: Jusletter vom 17. Oktober 2005.
- TSCHANNEN, PIERRE/ZIMMERLI, ULRICH: Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005.
- VILLIGER, MARK E.: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999.
- VON BÜREN, ROLAND: Zur Zulässigkeit der „passing-on defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, in: SZW 3/2007, 189–206.
- VON KAENEL, ADRIAN, Whistleblowing, in: SJZ 103 (2007) Nr. 13, 309 ff.
- WASER, ASTRID: Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002.
- WILS, WOUTER: Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?, 2006, <[www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Wils.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Wils.pdf)> [22.12.2008].
- WIPRÄCHTIGER, HANS/ZIMMERLIN, SVEN: Kartellrechtliche Verantwortlichkeit aus der Sicht des Strafrechts und Strafprozessrechts – Bemerkungen zu den Sanktionen und zum Sanktionsverfahren im revidierten Kartellgesetz, in: Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Niggli/Amstutz (Hrsg.), Basel 2007, 203–244.
- ZÄCH, ROGER: Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005.
- ZÄCH, ROGER/TAGMANN, CHRISTOPH: Die einvernehmliche Streitbeilegung von Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen Kartellrecht, 985 ff., in: Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern 2005.
- ZIMMERLI, DANIEL: Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, Diss., Bern 2007.