

## Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht

Simon Bangerter/Christoph Tagmann \*

---

### Inhaltsverzeichnis

#### I. Einleitung

#### II. Hausdurchsuchungen

1. Hintergrund
2. Die neue Bestimmung
3. Voraussetzungen
  - a) Formelle Voraussetzungen
  - b) Materielle Voraussetzungen
4. Durchführung
  - a) Zuständigkeit
  - b) Konkretes Vorgehen
5. Handlungsmöglichkeiten des Unternehmens
  - a) Duldungspflicht
  - b) Kooperation
  - c) Einsprache (Siegelung)
  - d) Beschwerde

#### III. Legal privilege

1. Gewahrsam des Anwaltes
2. Gewahrsam des Unternehmens
3. Unternehmensjuristen
4. Würdigung

#### IV. Bonusregelung

1. Ablauf
  - a) Einreichung der Selbstanzeige
  - b) Prüfung der Selbstanzeige
  - c) Mitteilung vollständiger Erlass
  - d) Keine Mitteilung teilweiser Erlass
  - e) Voraussetzungen für vollständigen Erlass
  - f) Voraussetzungen für teilweisen Erlass
2. Spezialfragen
  - a) Unaufgeforderte Mitwirkung
  - b) Akteneinsicht
  - c) Informationsaustausch mit anderen Behörden
  - d) Verhältnis zum Zivilverfahren
  - e) Würdigung

#### V. Weitere Neuerungen

1. Berücksichtigung von Sachverhaltsänderungen (Noven)
  - a) Ausgangslage
  - b) Folgen
  - c) "Einstufiges Verfahren"

d) "Zweistufiges Verfahren"

e) Neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts

2. Rechtliches Gehör

a) Ausgangslage

b) Folgen

c) Lösungsmöglichkeiten

3. Meldungen gemäss Übergangsbestimmung

a) Ausgangslage

b) Folgen

c) Lösung

d) Kurze Würdigung

VI. Schlusswort

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 165 \*\***

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 166 \*\***

**I. Einleitung**

Am 1. April 2005 ist die in der Revision 04 statuierte Übergangsfrist <sup>1</sup> abgelaufen. Die einjährige Übergangszeit war keine Zeit des Stillstandes sondern vielmehr der Betriebsamkeit und Kontroversen. Dies vor allem deshalb, weil das neue Recht sowohl einige materielle als auch formelle Streitfragen aufgeworfen hat. Zu denken ist etwa an die Auseinandersetzung um die richtige Interpretation von Art. 5 Abs. 4 KG - Stichwort *Interbrand-* oder *Intrabrandwettbewerb*<sup>2</sup> - oder an die Diskussion über die Rechtsfolgen einer Meldung gemäss Übergangsbestimmung <sup>3</sup>. Diese Kontroversen haben dazu geführt, dass zahlreiche Publikationen erschienen sind und die Entscheide der Weko vermehrt angefochten wurden. Dabei spielten nicht zuletzt Verfahrensfragen eine entscheidende Rolle.

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 167 \*\***

Nachfolgend sollen die derzeitigen Positionen der Wettbewerbsbehörden in verfahrensrechtlichen Fragen dargestellt werden. Dabei kann in den Bereichen Hausdurchsuchungen (II.) und Legal Privilege (III.) auf das *Merkblatt über die Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen*<sup>4</sup> und bezüglich der Bonusregelung (IV.) auf das offizielle *Meldeformular*<sup>5</sup> abgestellt werden. Im letzten Abschnitt wird auf weitere Neuerungen (V.) aus der Rechtsprechung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsmittelinstanzen und deren Konsequenzen für das Verfahren vor der Weko eingegangen.

**II. Hausdurchsuchungen**

**1. Hintergrund**

Die Möglichkeit Hausdurchsuchungen durchzuführen ist nicht neu, sondern war bereits im alten KG 95 enthalten. Es war aber sehr fraglich, ob der alte Art. 42KG wirklich eine genügende gesetzliche Grundlage für einen *schweren Grundrechtseingriff* darstellte <sup>6</sup>. Dementsprechend haben die Wettbewerbsbehörden unter altem Recht nie eine Hausdurchsuchung durchgeführt. Mit der Revision wurde nun eine saubere und unumstrittene gesetzliche Grundlage für die Durchführung von Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen geschaffen. Diese Zwangsmassnahmen sollen zusammen mit der Bonusregelung als "flankierende Massnahmen" zur Einführung direkter Sanktionen die Entdeckungswahrscheinlichkeit von Wettbewerbsverstössen erhöhen <sup>7</sup>.

**2. Die neue Bestimmung**

Jede juristische Auslegung einer Bestimmung hat bei deren Wortlaut zu beginnen <sup>8</sup>. Der neue Art. 42 Abs. 2 KG lautet wie folgt:

*"Die Wettbewerbsbehörden können Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen. Für diese Zwangsmassnahmen sind die Art. 45-50 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht <sup>9</sup>*

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis,**

sinn gemäss anwendbar. Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen werden aufgrund eines Antrages des Sekretariates von einem Mitglied des Präsidiums angeordnet."

Bereits durch die grammatikalische Interpretation lassen sich einige wichtige Elemente gewinnen, welche nachfolgend tabellarisch dargestellt sind (Tabelle 1).

Art der Zwangsmassnahme	- Hausdurchsuchung	D.h. e contrario keine anderen Zwangsmassnahmen wie z.B.
	- Beweismittelbeschlagnahme	- Personendurchsuchung
		- Vermögensbeschlagnahme
Verfahren	Anordnung durch Präsidiumsmitglied auf Antrag des Sekretariats	Das restliche Verfahren wird nicht festgelegt sondern bestimmt sich nach Art. 45-50 VStrR

Tabelle 1

Aus der Tabelle wird ersichtlich, dass der Wortlaut zwar deutlich macht, welche Zwangsmassnahmen zulässig sind (und dass Instrumente wie sie teilweise ausländischen Wettbewerbsbehörden zukommen - beispielsweise Telefonüberwachungen oder der Einsatz von V-Leuten<sup>10</sup> - nach wie vor ausgeschlossen sind), die Norm überlässt jedoch die eigentliche Regelung der Materie den Art. 45-50 des Verwaltungsstrafrechts. Das Verwaltungsstrafrecht war im bisherigen Wettbewerbsrecht nur von marginaler Bedeutung. Im Kartellgesetz wird sonst einzig in Art. 57KG in Zusammenhang mit den bisher in der Praxis noch nie ausgesprochenen Strafsanktionen auf das VStrR hingewiesen.

Während also Hausdurchsuchungen für das Wettbewerbsrecht eine neue Materie darstellen, sind sie mitnichten eine neue Erscheinung im Schweizer Recht. Die Art. 45- 50VStrR bestehen bereits seit 1974, das heisst seit mehr als 30 Jahren. Diese Bestimmungen werden auch angewendet. Diverse andere Behörden wie namentlich Swissmedic, die Steuer- und die Zollbehörden führen seit Jahren unter Anwendung dieser Artikel Hausdurchsuchungen durch. Es besteht aber nicht nur eine behördliche Praxis zu den Art. 45- 50VStrR sondern

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 169 \*\***

auch Rechtsprechung. Diese bildet für die Wettbewerbsbehörden den *primären Orientierungspunkt* für die Auslegung der genannten Artikel<sup>11</sup>. Besonders ergiebig ist dabei die Rechtsprechung der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts. Weitere Auslegungshilfen bilden die strafprozessrechtliche und kartellrechtliche Literatur sowie die rechtsvergleichende Betrachtung der europäischen Praxis bei der Durchführung ihrer "dawn raids".

Unter Berücksichtigung dieser Elemente ist das Merkblatt des Sekretariates zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen entstanden. Dieses wurde in der Lehre teilweise heftig kritisiert<sup>12</sup>. Das Merkblatt steht jedoch - wie nachfolgend aufgezeigt wird - in Übereinstimmung mit der schweizerischen Rechtsprechung und stellt nicht etwa eine "Wunschliste" der Wettbewerbsbehörden dar.

**3. Voraussetzungen**

Es kann zwischen formellen und materiellen Voraussetzungen für die rechtmässige Durchführung von Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen unterschieden werden.

**a) Formelle Voraussetzungen**

Formelle Voraussetzung für die Durchführung einer Hausdurchsuchung ist deren Anordnung durch ein Präsidiumsmitglied (Art. 42 Abs. 2 KG). Diese Anordnung ist nichts anderes als ein *Hausdurchsuchungsbefehl*. Im Hausdurchsuchungsbefehl ist der Grund für die Hausdurchsuchung sowie der Ort an der sie stattfindet zu bezeichnen<sup>13</sup>. Gleichzeitig mit der Hausdurchsuchung wird auch die Beschlagnahme angeordnet. Rechtlich stellt die Hausdurchsuchung zwar keine Voraussetzung für die Anordnung einer Beschlagnahme dar, im kartellrechtlichen

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 170 \*\***

Kontext ist es aber schwer denkbar, dass es zu einer Beweismittelbeschlagnahme ohne vorgängige Hausdurchsuchung kommt.

Auf einen Hausdurchsuchungsbefehl kann nur dann verzichtet werden, wenn *Gefahr im Verzug* ist und ein Durchsuchungsbefehl nicht rechtzeitig eingeholt werden kann (Art. 49 Abs. 4 VStrR). Diese Variante dürfte bei kartellrechtlichen Hausdurchsuchungen zwar sehr selten, aber nicht nur theoretischer Natur sein. So ist beispielsweise durchaus denkbar, dass sich im Verlaufe einer Hausdurchsuchung Hinweise auf ein weiteres, den Behörden bisher unbekanntes Kartellmitglied ergeben, so dass auch bei diesem unverzüglich eine Hausdurchsuchung durchgeführt werden muss und es nicht gelingt, einen Hausdurchsuchungsbefehl schnell genug zu erhalten.

**b) Materielle Voraussetzungen**

Es können drei kumulative Voraussetzungen für die rechtmässige Durchführung von Hausdurchsuchungen unterschieden werden und eine zusätzliche, vierte Voraussetzung für die Beweismittelbeschlagnahme (Tabelle 2).

1. Hinreichender Tatverdacht	Durch tatsächliche Anhaltspunkte objektiv begründeter Anfangsverdacht. An die Bestimmtheit der Verdachtsgründe sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen <sup>14</sup> . Anhaltspunkte i.S.v. Art. 27 KG genügen. Ohne hinreichenden Tatverdacht liegt eine unzulässige &quot;fishing expedition&quot; vor.
2. Wahrscheinlichkeit der Auffindung von Beweismitteln	Es muss wahrscheinlich sein, dass sich in den Räumen Beweismittel befinden (Art. 48 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. a VStrR). Ist diese Wahrscheinlichkeit gegeben, spielt es keine Rolle, ob die Räume dem Unternehmen oder einem Dritten gehören <sup>15</sup> .
3. Verhältnismässigkeit	I.d.R. bei schweren Kartellrechtsverstössen gegeben, namentlich bei Verstössen die zu direkten Sanktionen führen können.

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 171 \*\***

+ zusätzliche Voraussetzung für Beschlagnahme

4. Potentielle Beweiseignung	Es genügt die Möglichkeit, dass Gegenstände unmittelbar oder mittelbar für die Tat oder ihre Umstände Beweis erbringen können <sup>16</sup> .
------------------------------	---

*Tabelle 2*

**4. Durchführung**

**a) Zuständigkeit**

Zuständig für die konkrete Durchführung der Hausdurchsuchung sind die Mitarbeiter des Sekretariates (Art. 23KG). Allerdings ist damit zu rechnen, dass Spezialisten anderer Behörden des Bundes oder der Kantone amtshilfweise beigezogen werden (Art. 41KG). Zu denken ist namentlich an den Beizug von Polizisten zur Gewährleistung der Sicherheit der Mitarbeiter des Sekretariates sowie an die Unterstützung durch IT-Spezialisten zur fachgerechten Beschlagnahme elektronisch gespeicherter Daten.

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 172 \*\***

**b) Konkretes Vorgehen**

Das Gesetz bestimmt in Art. 49 Abs. 1 VStrR, dass sich der untersuchende Beamte vor Beginn der Durchsuchung auszuweisen hat. Der gleiche Artikel bestimmt in Abs. 2, dass der Inhaber der Räume über den Grund der Hausdurchsuchung zu unterrichten und zu dieser beizuziehen ist. Wer als Inhaber der Räume zu gelten hat, dürfte bei Privatwohnungen noch relativ klar sein, hingegen stellt sich die Frage, wer diese Funktion beim Unternehmen einnimmt. Das Sekretariat hat in Ziffer 1 seines Merkblattes festgehalten, dass als Inhaber der Räume diejenige anwesende Person gilt, welche im Unternehmen hierarchisch die höchste Funktion innehat. Der Unternehmensvertreter soll möglichst weitgehende Entscheidkompetenzen haben, so dass er verbindlich Entscheide treffen und Weisungen erteilen kann (z.B. die Mitarbeiter zur Kooperation anweisen).

Dem Unternehmensvertreter wird ein Doppel des Hausdurchsuchungsbefehl (Art. 49 Abs. 4 VStrR), die Rechtsmittelbelehrung, Unterlagen zur Bonusregelung und in den meisten Fällen auch die Mitteilung über die Eröffnung einer Untersuchung übergeben. Die gleichzeitige Mitteilung der

Untersuchung wird deshalb die Regel sein, weil eine frühere Mitteilung der Eröffnung eines Verfahrens den für die Wirksamkeit einer Hausdurchsuchung wichtigen Überraschungseffekt gefährden könnte <sup>17</sup>.

Neben den untersuchenden Behördenvertretern hat gemäss Art. 49 Abs. 2 VStrR eine Amtsperson anwesend zu sein, welche darüber wacht, dass die Zwangsmassnahmen sich nicht von ihrem Zweck entfernen. Es besteht für das Unternehmen die Möglichkeit auf die Anwesenheit der Amtsperson zu verzichten. In diesem Fall ist der Verzicht auf die Amtsperson im Protokoll zu vermerken.

Es steht ausser Frage, dass der Unternehmensvertreter das Recht hat einen Anwalt beizuziehen. Allerdings hat das Sekretariat in Ziffer 2 des Merkblattes bekannt gegeben, dass mit der Durchführung der Hausdurchsuchung nicht bis zur Ankunft des Anwaltes vor Ort zugewartet wird. Die Verteidigungsrechte des Unternehmens werden dadurch gewahrt, dass sich der Anwalt nach seinem Eintreffen zu den während seiner Abwesenheit gefundenen Beweismitteln äussern kann. Dieses Vorgehen ist in der Lehre auf Kritik gestossen <sup>18</sup>. Dieser kann immerhin

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 173 \*\***

entgegnet werden, dass gemäss der Rechtsprechung der Strassburger Menschenrechtsorgane zu Art. 6 EMRK selbst in Haftfällen keinen Anspruch auf *sofortige* Zuziehung eines Anwaltes statuiert <sup>19</sup>. Zudem hat das Bundesstrafgericht in einem kürzlich ergangenen Entscheid eine Hausdurchsuchung explizit für zulässig befunden, an welcher der Anwalt nur teilweise teilnehmen konnte <sup>20</sup>.

Es dürfen namentlich Geschäfts- und Privaträume, alle sich darin befindlichen Behältnisse wie etwa Schränke oder Tresore, Fahrzeuge und schliesslich "Papiere" durchsucht werden (Art. 48 Abs. 1 und 50VStrR). Als "Papiere" im Sinne von Art. 50VStrR gelten nicht nur Papierdokumente sondern Informationsträger aller Art <sup>21</sup>, wobei in der Praxis elektronischen Datenträgern eine herausragende Bedeutung zukommen dürfte. Bei der Durchsuchung müssen die Behördenvertreter das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten. Das Gesetz spricht in diesem Zusammenhang von "gebührender Schonung" (Art. 45 Abs. 1 VStrR) und bei Papieren noch weitergehend von "grösster Schonung" (Art. 50 Abs. 1 VStrR).

Schliesslich ist ein Hausdurchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll zu erstellen, in dem alle beschlagnahmten Gegenstände aufgelistet werden (Art. 47 Abs. 1 und 2 sowie Art. 49 Abs. 4 VStrR). Das Protokoll wird vom Behörden- und Unternehmensvertreter unterzeichnet. Der Unternehmensvertreter erhält ein Doppel (Art. 49 Abs. 4 VStrR).

#### **5. Handlungsmöglichkeiten des Unternehmens**

Aus Sicht des Unternehmens und auch der Anwaltschaft interessiert vor allem die Frage, welche Handlungsmöglichkeiten dem Unternehmen zukommen.

##### **a) Duldungspflicht**

Zunächst muss festgehalten werden, dass es *keine Möglichkeit* gibt, die *Hausdurchsuchung abzuwenden* oder zu verschieben. Sind die Behördenvertreter einmal vor Ort erschienen, werden sie erst nach erfolgter Hausdurchsuchung

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 174 \*\***

wieder abziehen. Dabei kommt dem Unternehmen eine *Duldungspflicht* zu <sup>22</sup>. Das heisst zwar einerseits, dass das Unternehmen nicht verpflichtet ist, freiwillig Beweismittel vorzulegen oder sich aktiv an der Suche nach solchen zu beteiligen, das heisst aber andererseits, dass es die Zwangsmassnahme über sich ergehen lassen muss und die Untersuchungshandlungen der Behörden nicht behindern oder vereiteln darf. Dazu gehört etwa auch die Gewährung des Zuganges zu den zu durchsuchenden Räumen und Computersystemen <sup>23</sup>.

##### **b) Kooperation**

Darüber hinaus dürfte es regelmässig auch im Interesse des Unternehmens liegen, durch ein Minimum an Kooperation den Eingriff zu reduzieren <sup>24</sup>. Zu denken ist etwa an Informationen über Ablagesystem, Räumlichkeiten oder EDV-System. Derartige Informationen dürften einerseits kaum je die Gefahr einer Selbstbelastung in sich tragen und andererseits geeignet sein, die Hausdurchsuchung zeitlich zu verkürzen und örtlich zu fokussieren.

Sollte sich ein Unternehmen dazu entschliessen, dass es die Bonusregelung in Anspruch nehmen möchte, so hat es anlässlich der Hausdurchsuchung voll zu kooperieren, das heisst es muss (ihm bekannte) Beweismittel freiwillig heraussuchen und vorlegen bzw. die Behördenvertreter bei der Durchsuchung nach weiteren Beweismitteln unterstützen (vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. c und Art. 12 SVKG)<sup>25</sup>.

#### **c) Einsprache (Siegelung)**

Der wichtigste Schutzmechanismus, welcher dem Unternehmen zur Verfügung steht, ist die Einsprache. Diese richtet sich gegen die Durchsuchung von Papieren,

#### **\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 175 \*\***

insbesondere zum Schutz der Privat- (Art. 50 Abs. 1 VStrR) und Berufsgeheimnisse (Art. 50 Abs. 2 VStrR).

Die Einsprache ist grundsätzlich sofort, spätestens aber bei Unterzeichnung des Beschlagnahmeprotokolls am Ende der Hausdurchsuchung anzubringen<sup>26</sup>.

Die Einsprache führt dazu, dass die Papiere versiegelt und verwahrt werden, bis über die Entsiegelung durch eine richterliche Instanz entschieden worden ist. Noch ungeklärt ist die Frage, wer diese richterliche Behörde sein wird. In Frage kommen die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend REKO/WEF) und die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts. Für die Zuständigkeit der REKO/WEF spricht der Umstand, dass diese gemäss Art. 44KG für die Beschwerde gegen die Zwangsmassnahmen der Hausdurchsuchung und Beschlagnahme zuständig ist. Der Hinweis auf die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts ist jedoch ebenfalls im Gesetz enthalten und zwar in Art. 50 Abs. 3 VStrR. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre eine Zuständigkeit der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vorzuziehen<sup>27</sup>. Diese ist mit der Anwendung dieser Bestimmungen vertraut und kann eine einheitliche Rechtsprechung zum VStrR gewährleisten (so etwa zu Fragen in Zusammenhang mit den Berufsgeheimnissen). Für diese Auffassung spricht auch, dass die REKO/WEF bald in das Bundesverwaltungsgericht integriert wird. Spätestens zu diesem Zeitpunkt dürfte klar sein, dass das Bundesstrafgericht besser als das Bundesverwaltungsgericht geeignet ist, das Verwaltungsstrafrecht anzuwenden.

#### **d) Beschwerde**

Das Unternehmen hat zudem die Möglichkeit, eine Beschwerde gegen die Zwangsmassnahmen einzureichen. Zuständig für die Behandlung der Beschwerde ist ausdrücklich die REKO/WEF (Art. 44KG). Die Beschwerde wird faktisch keine aufschiebende Wirkung haben, da ihr diese immer in Anwendung von Art. 55 Abs. 2 VwVG entzogen sein wird.

#### **\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 176 \*\***

Die REKO/WEF prüft mit voller Kognition, ob die Voraussetzungen für eine rechtmässige Beschlagnahme der gefundenen Gegenstände gegeben sind<sup>28</sup>.

Nach der hier vertretenen Auffassung, wäre es von Vorteil, wenn sowohl für die Entsiegelung als auch für die Beschwerde die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes zuständig wäre. Bei der Überführung der REKO/WEF in das Bundesverwaltungsgericht könnte deshalb nochmals überdacht werden, ob Art. 44KG nicht in dem Sinne angepasst werden sollte, als dass für die Beurteilung von Zwangsmassnahmen nicht eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, sondern eine solche des Bundesstrafgerichts statuiert würde.

### **III. Legal privilege**

Unter dem - aus dem angloamerikanischen Rechtskreis entlehnten - Stichwort "legal privilege" wird in der schweizerischen (und europäischen) wettbewerbsrechtlichen Literatur kontrovers diskutiert, welche Dokumente durch die Wettbewerbsbehörden nicht beschlagnahmt werden können, weil sie unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses stehen.

#### **1. Gewahrsam des Anwaltes**

Weitgehend unbestritten ist die Situation bezüglich Dokumenten, die sich im Gewahrsam des Anwaltes befinden. Lehre und Rechtsprechung gehen vom Grundsatz aus, dass die gesamten Unterlagen aus dem Verkehr zwischen Anwalt und Unternehmen aufgrund des Anwaltsgeheimnisses

vor Beschlagnahme geschützt sind <sup>29</sup>. Hausdurchsuchungen bei Anwälten dürften deshalb nur in seltenen Ausnahmefällen vorkommen.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können folgende Ausnahmefälle unterschieden werden:

- Ein Schutz besteht nur bezüglich denjenigen Dokumenten, die mit der *anwaltschaftlichen Tätigkeit* in Zusammenhang stehen. Nicht als anwaltschaftlich gelten namentlich Tätigkeiten, bei welchen das kaufmännische Element überwiegt,

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 177 \*\***

- beispielsweise die Tätigkeit als Verwaltungsrat eines Unternehmens <sup>30</sup>.
- Kein Schutz besteht, wenn der Anwalt selbst eines KG-Verstosses verdächtigt wird. Für seine eigenen Verfehlungen kann niemand ein Privileg aufgrund eines Berufsgeheimnisses verlangen <sup>31</sup>.
- Eine weitere Grenze bildet der *Rechtsmissbrauch*. So besteht etwa kein Schutz, wenn Dokumente gar nicht mit einem Mandat des Anwaltes zusammenhängen sondern diesem nur deshalb übergeben werden, um den Schutz des Anwaltsgeheimnisses in Anspruch nehmen zu können (rechtsmissbräuchliche Hinterlegung) <sup>32</sup>.
- Schliesslich besteht kein Schutz, wenn die Dokumente zwar dem Anwalt übergeben worden sind, aber gar nicht für ihn, sondern für einen Dritten bestimmt sind <sup>33</sup>.

**2. Gewahrsam des Unternehmens**

In der Lehre wird geltend gemacht, dass die Anwaltskorrespondenz unabhängig von ihrem Aufbewahrungsort vor Beschlagnahme geschützt sein müsse. Sei dies nicht der Fall, so werde die präventive Beratungstätigkeit des Anwaltes ungebührlich erschwert. Dabei wird auch auf die Praxis der EU verwiesen, welche das Gewahrsamskriterium nicht kennt <sup>34</sup>.

Den Forderungen der Lehre steht allerdings die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts und insbesondere auch des Bundesstrafgerichts gegenüber. Gemäss dieser Rechtsprechung muss danach unterschieden werden, ob sich Dokumente im Gewahrsam des Anwaltes oder im Gewahrsam des Unternehmens befinden. Dabei wird vorgebracht, dass nur der Anwalt, nicht jedoch sein

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 178 \*\***

Klient, an das Anwaltsgeheimnis gebunden ist. Dementsprechend kann sich der Klient - das heisst das Unternehmen - nicht auf das Anwaltsgeheimnis berufen, um der Beschlagnahme von Unterlagen, die in seinem Gewahrsam sind, zu entgehen. Der folgende Auszug aus einem Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts lässt diesbezüglich keine Zweifel aufkommen:

*"Le secret professionnel de l'avocat, tel qu'il est défini par les Art. 321 CP et 13 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61) impose au mandataire et à ses auxiliaires un devoir de discrétion dans l'intérêt du client. Eux seuls sont débiteurs de ce devoir, le client n'en étant que le bénéficiaire. Il tombe ainsi sous le sens que le client lui-même ne saurait se rendre coupable d'une violation de l'Art. 321 CP et que, comme le MPC le soutient à juste titre, le secret professionnel de l'avocat n'est pas en cause lorsqu'il s'agit de documents qui sont en possession du client et non de son mandataire. C'est d'ailleurs dans ce sens que le Tribunal fédéral a tranché, à l'occasion d'une des seules décisions connues sur ce sujet (ATF du 18 octobre 1993 dans la cause F. c/ Procureur général de Genève, partiellement publié in SJ 1994 p. 106, spéc. consid. 3c p. 108). Ainsi, lorsque des documents sont saisis en mains du client, le secret professionnel de l'avocat ne saurait être invoqué pour s'opposer systématiquement à la perquisition en se prévalant de la sauvegarde exigée par les Art. 69 al. 1 et 77 PPF."* <sup>35</sup>

Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes führt in diesem Entscheid weiter aus, die in der Lehre teilweise vertretene Auffassung, beim Beschuldigten könne keine *Anwaltskorrespondenz* beschlagnahmt werden, stelle eine unzulässige Generalisierung des Grundsatzes dar, wonach beim Beschuldigten die *Korrespondenz mit seinem Verteidiger* vor Beschlagnahme geschützt ist. Das Bundesstrafgericht führt weiter aus, auch aus den Art. 6 und 8 EMRK sowie aus den Art. 31 und 32 BV lasse sich kein genereller Schutz der Anwaltskorrespondenz ableiten. Geschützt sei einzig der freie Verkehr eines Beschuldigten mit seinem Verteidiger. Folglich sei auch nur die sogenannte *Verteidigerkorrespondenz* vor Beschlagnahme geschützt, das heisst diejenige Korrespondenz, welche die Verteidigung im aktuellen Verfahren zum Gegenstand hat. Das Bundesstrafgericht verweist dabei auf den Bundesgerichtsentscheid vom 13. August 2004 (1P.133/2004) der auch in Ziffer 3 des Merkblattes des Sekretariates zitiert wird. Die Tragweite dieses Entscheides wird teilweise angezweifelt, weil es dabei um die Beurteilung einer staatsrechtlichen Beschwerde ging und das Bundesgericht auf eine Willkürkognition beschränkt war <sup>36</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung hat das Bundesgericht jedoch mit diesem Entscheid

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis,**

ein klares Signal gesendet, in welche Richtung seine Rechtsprechung gehen wird. Dieses Signal wurde vom Bundesstrafgericht aufgenommen und in aller Deutlichkeit weitergeführt. Die Haltung der Gerichte scheint deshalb klar und die Grundsatzfrage zumindest mittelfristig vom Tisch zu sein.

Schliesslich kann noch darauf hingewiesen werden, dass der Vorentwurf für eine gesamtschweizerische Strafprozessordnung<sup>37</sup> in Art. 274 (Beschränkung der Beschlagnahme) folgende Unterscheidung trifft:

<sup>1</sup> Bei Beschuldigten dürfen Unterlagen aus dem Verkehr mit ihrer Verteidigung nicht beschlagnahmt werden.

<sup>3</sup> Bei Personen, die das Zeugnis verweigern dürfen, dürfen Gegenstände und Vermögenswerte, die aus dem persönlichen Verkehr mit den Beschuldigten, stammen, namentlich Aufzeichnungen und Korrespondenzen, nicht beschlagnahmt werden, wenn diese Personen im gleichen Verfahren nicht selber Beschuldigte sind.

In dieser Bestimmung wird danach unterschieden, ob eine Beschlagnahme beim Beschuldigten oder bei einer zeugnisverweigerungsberechtigten Person stattfindet. Bei Beschlagnahmen beim Beschuldigten sind nur die Unterlagen aus dem Verkehr mit dem Verteidiger geschützt, nicht jedoch die gesamte Anwaltskorrespondenz. Diese ist gemäss Absatz 3 nur beim Anwalt vollumfänglich geschützt.

### 3. Unternehmensjuristen

Durch die neuen Kompetenzen der Wettbewerbsbehörden hat noch eine andere Diskussion an Aktualität gewonnen, die in vergleichbarer Weise auch in der EU geführt wird. Es geht dabei um die Frage, ob internen Unternehmensjuristen in Bezug auf das Anwaltsgeheimnis die gleiche Stellung zukommen soll wie externen Anwälten. In einigen neueren Publikationen und von Seiten der Unternehmen wird vorgebracht, die Funktion von externen Anwälten und internem Rechtsdienst sei letztlich die gleiche<sup>38</sup>. Unternehmensjuristen würden ihre Tätigkeit

#### **\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 180 \*\***

nur dann wirkungsvoll wahrnehmen können, wenn das Vertrauensverhältnis zu ihren unternehmensinternen "Klienten" in gleicher Weise geschützt werde, wie die Beziehung zwischen dem externen Anwalt und seinem Mandanten. Schliesslich wird auch die nicht unwesentliche Rolle des Unternehmensjuristen in der präventiven Kartellbekämpfung vorgebracht.

So wie die Perspektive der Unternehmensjuristen einiges für sich hat, so weicht der Blickwinkel der untersuchenden Wettbewerbsbehörden doch erheblich davon ab. Die kartellrechtlichen Verfahren richten sich gegen Unternehmen (Art. 2KG). Diesem werden grundsätzlich die Handlungen seiner Organe und Arbeitnehmer zugerechnet. So wird der interne Unternehmensjurist im kartellrechtlichen Verfahren als Teil des angeschuldigten Unternehmens wahrgenommen. Selbst der externe Anwalt kann sich jedoch nicht auf sein Anwaltsgeheimnis berufen, wenn er selbst beschuldigt ist.

Die Haltung des Sekretariates (vgl. Ziffer 4 des Merkblattes) stimmt mit der wohl immer noch herrschenden Lehre überein, welche das Anwaltsgeheimnis unabhängigen Anwälten vorbehält<sup>39</sup>. Auch wenn sich das Bundesgericht nicht explizit darüber geäussert hat, ob Unternehmensjuristen dem Anwaltsgeheimnis gemäss Art. 321StGB unterstehen, deutet nach der hier vertretenen Auffassung die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum BGFA<sup>40</sup> stark darauf hin, dass die institutionelle Unabhängigkeit des Anwaltes Voraussetzung für das Anwaltsgeheimnis ist. Folgende Erwägungen genereller Natur dürften wohl auch in Zusammenhang mit Art. 321StGB Gültigkeit haben:

*"Zudem stellt das Anwaltsgeheimnis im Rechtssystem eine Besonderheit dar, das dem registrierten Anwalt im Hinblick auf seine ausserordentliche Stellung in der Rechtspflege eingeräumt wird. Dem stehen Standespflichten gegenüber, denen der Anwalt nur vollumfänglich nachkommen kann, wenn er vom Mandanten und von Dritten unabhängig ist".<sup>41</sup>*

*"Mit dem Unabhängigkeitsgebot grundsätzlich nicht vereinbar ist die Vertretung des Arbeitgebers selber sowie von diesem nahe stehenden Unternehmungen oder von dessen Kunden oder sonstigen Geschäftspartnern, sofern die Art der Beziehung dieser Personen zum Arbeitgeber*

#### **\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 181 \*\***

*für die Unabhängigkeit der Mandatsführung nicht zum Vornherein irrelevant ist".<sup>42</sup>*

Schliesslich kann noch darauf hingewiesen werden, dass auch auf europäischer Ebene (noch?) keine

Praxisänderung stattgefunden hat <sup>43</sup>.

#### **4. Würdigung**

Art. 42 Abs. 2 KG verweist bezüglich des Verfahrens für Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen auf das Verwaltungsstrafrecht. Damit werden die kartellrechtlichen Zwangsmassnahmen in die bisherige Praxis in diesem Bereich eingebettet und die bestehende Rechtsprechung nutzbar gemacht. Es ist geradezu eine Pflicht der Wettbewerbsbehörden in ihrer Eigenschaft als untersuchende Behörde diese Rechtsprechung zu berücksichtigen. Es ist Aufgabe der Rechtsmittelinstanzen, die eigene Praxis allenfalls zu ändern oder zu präzisieren, zumal für die Unternehmen die Möglichkeit besteht, durch eine Einsprache den Umfang des Anwaltsgeheimnisses klären zu lassen.

Wie bereits erwähnt, soll nun nachfolgend die Bonusregelung kurz dargestellt und anschliessend auf weitere verfahrensrechtliche Neuerungen eingegangen werden.

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 182 \*\***

#### **IV. Bonusregelung**

##### **1. Ablauf**

###### **a) Einreichung der Selbstanzeige**

Will ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG beteiligt ist, einer Sanktionierung entgehen, hat es den Wettbewerbsbehörden seine Beteiligung an der Wettbewerbsbeschränkung anzuzeigen. Eine solche Selbstanzeige kann nur von einem einzigen Unternehmen allein (bzw. seinem Vertreter), nicht aber von zwei oder mehreren Unternehmen gemeinsam eingereicht werden, andernfalls der "Wettstreit" um den 100%-Bonus zum Erliegen käme <sup>44</sup>.

Die Einreichung der Bonusregelung kann wie folgt geschehen: persönlich durch Überbringen, per Fax, per Kurier oder mündlich zu Protokoll <sup>45</sup>. Nicht empfehlenswert ist die Einreichung einer Selbstanzeige per Post, E-Mail oder mündlich per Telefon, da dadurch der Zeitpunkt des Eingangs unter Umständen nicht genau erfasst oder der Absender nicht identifiziert werden kann. Dagegen kann eine Selbstanzeige zunächst in anonymisierter Form erfolgen. Das Unternehmen wird seine Identität gegenüber der Behörde jedoch in einem späteren Zeitpunkt offen legen müssen <sup>46</sup>.

Die Selbstanzeige ist an die Geschäftsleitung, d.h. den Direktor bzw. den stellvertretenden Direktor oder bei deren Abwesenheit an einen der Vizedirektoren zu richten.

###### **b) Prüfung der Selbstanzeige**

Nach dem Eingang der Selbstanzeige wird diese durch das Sekretariat geprüft. Dabei wird dem Unternehmen eine Eingangsbestätigung zugestellt, die das Datum sowie die genaue Uhrzeit festhält <sup>47</sup>. Damit wird der sogenannte "Marker"

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 183 \*\***

gesetzt, d.h. die Prioritätenordnung bei der Behandlung mehrerer Selbstanzeigen festgelegt <sup>48</sup>.

Die Eingangsbestätigung kann je nach Gegebenheiten mit verschiedenen Aufforderungen verbunden sein. Zu erwähnen ist insbesondere die Aufforderung zur Offenlegung der Identität des Unternehmens gegenüber der Behörde im Falle einer anonymen Selbstanzeige, die Aufforderung zur Aufgabe der Beteiligung an der Wettbewerbsbeschränkung, sofern dies nicht bereits geschehen ist, und die Aufforderung zur Vorlage weiterer Informationen bzw. Beweismittel <sup>49</sup>.

###### **c) Mitteilung vollständiger Erlass**

In einem weiteren Schritt erfolgt die Mitteilung, ob die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass erfüllt sind oder nicht. Bei dieser Mitteilung handelt es sich lediglich um einen provisorischen Entscheid, der im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums gefällt wird <sup>50</sup>. Da die Frage des vollständigen Erlasses der Sanktion u.a. auch von der Kooperation des Unternehmens während des Verfahrens abhängt, kann der definitive Entscheid durch die Weko erst nach Abschluss des Verfahrens in der Endverfügung erfolgen. Immerhin besteht eine erhebliche Bindungswirkung, indem von der provisorischen Beurteilung nur dann abgewichen werden kann, wenn sich

nachträglich neue Tatsachen ergeben, die dem (vollständigen) Sanktionserlass entgegenstehen <sup>51</sup>.

#### **d) Keine Mitteilung teilweiser Erlass**

Sind die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass nicht erfüllt, stellt sich die Frage nach einem teilweisen Erlass der Sanktion. Nach der Ausgestaltung der Bonusregelung trifft dies insbesondere auf den Zweit- und Drittanzeiger (sowie gegebenenfalls weitere Anzeiger) zu. In diesen Fällen erfolgt keine (provisorische) Mitteilung, ob und in welchem Ausmass die Sanktion erlassen werden kann. Dieser Entscheid ist der Weko in ihrer Endverfügung vorbehalten <sup>52</sup>.

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 184 \*\***

#### **e) Voraussetzungen für vollständigen Erlass**

Wie bereits angedeutet, kann der vollständige Erlass nur einem Unternehmen gewährt werden, und zwar demjenigen, welches als *Erstes* eine Selbstanzeige eingereicht hat. <sup>53</sup> In materieller Hinsicht wird vorausgesetzt, dass das Unternehmen entweder (1) *Informationen* liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine *Untersuchung* nach Art. 27KG zu eröffnen, oder (2) *Beweismittel* vorlegt, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG festzustellen <sup>54</sup>. Umgekehrt bedeutet dies, dass ein vollständiger Sanktionserlass prinzipiell ausgeschlossen ist, wenn die Wettbewerbsbehörden bereits über ausreichend Informationen zur Eröffnung einer Untersuchung verfügen bzw. ausreichend Beweismittel zum Nachweis eines Wettbewerbsverstosses vorliegen. Weiter wird verlangt, dass das Unternehmen nicht die "Kartellführerschaft" innehatte, d.h. insbesondere, dass es im Kartell nicht als "Haupttäter" oder als "Anstifter" auftrat <sup>55</sup>. Zudem ist die unaufgeforderte und uneingeschränkte Kooperation des Unternehmens während des gesamten Verfahrens erforderlich <sup>56</sup>. Diese Kooperation beinhaltet insbesondere auch die unaufgeforderte Einreichung aller verfügbaren Informationen und Beweismittel <sup>57</sup>.

Schliesslich hat das Unternehmen seine Beteiligung im Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde hin aufzugeben <sup>58</sup>. Dabei kann es unter Umständen angezeigt sein, dass das Unternehmen, welches eine Selbstanzeige eingereicht hat, seine Teilnahme am Kartell nicht sofort aufgibt, sondern - bis auf Anordnung der Behörde - noch während einer bestimmten Zeit weiterführt <sup>59</sup>. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn es darum geht, die vollständige Aufdeckung des Kartells und damit zusammenhängende Untersuchungshandlungen wie etwa Hausdurchsuchungen bei anderen Kartellmitgliedern nicht zu gefährden.

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 185 \*\***

#### **f) Voraussetzungen für teilweisen Erlass**

Die Voraussetzungen für einen teilweisen Sanktionserlass decken sich grundsätzlich mit denjenigen für den vollständigen Erlass (Einreichung von Information oder Beweismittel, Kooperation, Einstellung der Teilnahme am Wettbewerbsverstoss). Systembedingt kommt für das zweite (und alle weiteren) Unternehmen, die eine Selbstanzeige einreichen, nur noch ein teilweiser Erlass der Sanktion in Frage. Die Reduktion der Sanktion kann in Abhängigkeit des Beitrags zum Verfahrenserfolg bis zu 50% der Sanktion betragen <sup>60</sup>. Legt ein Unternehmen Informationen oder Beweismittel über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vor, kann die Reduktion der Sanktion auf 80% erhöht werden (sogenannter "Bonus-Plus") <sup>61</sup>.

## **2. Spezialfragen**

### **a) Unaufgeforderte Mitwirkung**

Im Rahmen der Bonusregelung stellt sich unter anderem die Frage, ob eine "unaufgeforderte Mitwirkung" (Kooperation) während eines laufenden Verfahrens (Vorabklärung oder Untersuchung) und damit ein teilweiser oder vollständiger Erlass der Sanktion angesichts der ab diesem Verfahrensstadium geltenden Auskunfts- und Editionsspflicht (vgl. Art. 40KG) der Unternehmen überhaupt noch möglich ist. Ähnlich stellt sich die Problematik anlässlich einer Hausdurchsuchung, mit der regelmässig eine Untersuchungseröffnung einhergeht.

Vorab ist festzuhalten, dass die Variante gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a SVKG (Informationen für eine Untersuchungseröffnung liefern) nur solange möglich ist, als eine Untersuchung noch nicht eröffnet ist, also nicht mehr anlässlich einer Hausdurchsuchung. Im Rahmen einer Vorabklärung wäre diese Variante indessen denkbar, jedoch ist zu fordern, dass die (unaufgefordert) einzureichenden

Informationen über das hinausgehen, was bereits gemäss Auskunftsbegehren eingefordert und eingereicht worden ist. Demgegenüber dürfte die Variante gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b SVKG (Beweismittel für einen Wettbewerbsverstoss vorlegen) nicht nur allgemein im Rahmen eines laufenden Verfahrens (Vorabklärung oder Untersuchung), sondern speziell auch anlässlich einer Hausdurchsuchung

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 186 \*\***

noch möglich sein, soweit das eigentliche Beweismittel ("pièce de résistance") noch nicht gefunden wurde und freiwillig herausgegeben wird <sup>62</sup>.

**b) Akteneinsicht**

Gemäss Art. 26 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 26VwVG besteht das Akteneinsichtsrecht erst im Stadium der Untersuchung. Zudem ist es beschränkt auf diejenigen Verfahrensbeteiligten, welche im Verfahren Parteistellung besitzen. Im Übrigen sind die Wettbewerbsbehörden an das Amtsgeheimnis gebunden (vgl. Art. 25KG). Es stellt sich nun die Frage, ob die Identität des Unternehmens, das eine Selbstanzeige eingereicht hat, im Rahmen der Akteneinsicht gegenüber den anderen Parteien offen zu legen ist. Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dem Interesse der Parteien an der Offenlegung der Identität des anzeigenden Unternehmens sind insbesondere die privaten Interessen des selbstanzeigenden Unternehmens, das sich vor potentiellen zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen von Opfern der Kartellabsprache schützen möchte (vgl. Art. 27 Abs. 1 lit. b VwVG), und die öffentlichen Interessen der Wettbewerbsbehörden (vgl. Art. 27 Abs. 1 lit. a VwVG) an der effizienten Aufdeckung des Kartells gegenüber zu stellen. Ohnehin wird die Identität des eine Selbstanzeige einreichenden Unternehmens wohl nur vorübergehend, d.h. höchstens bis zum Abschluss des Verfahrens geheim gehalten werden können.

**c) Informationsaustausch mit anderen Behörden**

Der Austausch von Informationen, die den schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Rahmen einer Selbstanzeige zur Kenntnis gebracht wurden, mit anderen, ausländischen Behörden, erscheint - selbst mit ausdrücklicher Zustimmung des Unternehmens - mit Blick auf das Amtsgeheimnis mangels einer staatsvertraglichen gesetzlichen Grundlage als juristisch "heikel". Sowohl mit als auch ohne Einverständnis des Unternehmens dürfte es als zulässig erachtet werden, wenn die Weko den ausländischen Behörden (lediglich) die Tatsache mitteilt, dass bei ihr eine Selbstanzeige eingereicht worden ist. Dadurch würde die Möglichkeit des Unternehmens, auch in diesen Ländern - sofern vorgesehen - eine Selbstanzeige einzureichen, noch nicht beeinträchtigt. Dessen ungeachtet dürfte auch aus der Sicht eines international tätigen Unternehmens ein

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 187 \*\***

gewisses Interesse an der koordinierten Einreichung und Behandlung einer Selbstanzeige bestehen.

**d) Verhältnis zum Zivilverfahren**

Zunächst ist festzuhalten, dass der Zivilrichter grundsätzlich nicht an einen Entscheid der Weko gebunden ist <sup>63</sup>. Dennoch ist mit einer gewissen Präjudizwirkung zu rechnen, so dass - wie bereits erwähnt - (auch) ein Unternehmen, das eine Selbstanzeige eingereicht hat, mit zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen konfrontiert sein kann. Dies wirft die Frage auf, ob die Bonusregelung dadurch an Anreiz verliert. Ob dies tatsächlich der Fall ist, hängt letztlich von einer Risikoanalyse bzw. -abwägung des Unternehmens ab. Dabei sind insbesondere folgende Faktoren zu berücksichtigen: (1) die Entdeckungswahrscheinlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung, (2) die voraussichtliche Höhe der Verwaltungssanktion (solange diesbezüglich keine Praxis besteht, wird diese schwer abzuschätzen sein; immerhin dürfte die Höhe des mit der Wettbewerbsbeschränkung erzielten Gewinns, den es mindestens "abzuschöpfen" gilt, eine gewisse Orientierungshilfe bieten <sup>64</sup>, (3) das Verhalten der anderen an der Absprache beteiligten Unternehmen (ist bereits eine Selbstanzeige eingereicht worden?), (4) die Art und der Umfang der zur Verfügung stehenden Informationen und Beweismittel (reichen diese für einen 100%-Bonus aus? Gibt es zusätzliche Informationen über weitere Wettbewerbsbeschränkungen?), (5) das Risiko und die Höhe allfälliger zivilrechtlicher Schadenersatzklagen <sup>65</sup>.

**e) Würdigung**

Die vorangehenden Abschnitte haben gezeigt, dass die SVKG, deren Erläuterungen und das Meldeformular den Unternehmen grundsätzlich ein taugliches Instrumentarium für die Einreichung

einer Selbstanzeige zur Verfügung stellt. Ebenso klar ist jedoch, dass damit längst nicht alle Fragen beantwortet werden. Hierzu wird sich aufgrund der ersten Erfahrungen zuerst eine Praxis entwickeln müssen. Dabei wird man sich, soweit dies für das schweizerische Recht möglich ist, an den ausländischen Regelungen zu orientieren haben.

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 188 \*\***

Nachfolgend wird auf einige weitere Neuerungen eingegangen, die sich aufgrund der KG-Revision und der neuesten Rechtsprechung der Rechtsmittelinstanzen ergeben haben.

**V. Weitere Neuerungen**

**1. Berücksichtigung von Sachverhaltsänderungen (Noven)**

**a) Ausgangslage**

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) hat namentlich in den beiden Entscheiden "Kreditkarten NDR" vom 9. Juni 2005 (Ziffer 6.2.6. <sup>66</sup> sowie "Ticket Corner" vom 27. September 2005 (Ziff. 5.3.1. <sup>67</sup> entschieden, dass eine Änderung des Sachverhalts (namentlich infolge Änderung bzw. Anpassung des wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens durch die beteiligten Unternehmen), welche *erst nach einer Feststellungs-/Verbotsverfügung der Weko* während dem Rechtsmittelverfahren eintritt, von der Beschwerdeinstanz zu berücksichtigen ist.

Dieser Aspekt ist insbesondere angesichts der relativ langen Verfahrensdauer der Rechtsmittelverfahren von z.T. mehreren Monaten oder gar Jahren von Bedeutung. Es besteht daher eine relativ hohe Wahrscheinlichkeit, dass sich der Sachverhalt im Verlauf eines Rechtsmittelverfahrens ändert. Die Ursache dafür kann sowohl im Verhalten der Beteiligten, wie z.B. der Anpassung des verpönten Verhaltens durch das betroffene Unternehmen, als auch in äusseren Umständen, wie z.B. des Markteintritts eines neuen Konkurrenten, liegen.

**b) Folgen**

Werden sämtliche neuen Tatsachen, die sich nach dem Entscheid der Weko ereignet haben, im Beschwerdeentscheid berücksichtigt, hat dies zur Folge, dass eine erstinstanzliche Verbotsverfügung der Weko *aufzuheben* ist, wenn zum Zeitpunkt des Erlasses des Beschwerdeentscheids aufgrund der Sachverhaltsänderung keine Wettbewerbsbeschränkung mehr vorliegt.

Damit haben es die Unternehmen letztlich in der Hand, durch vorübergehende Anpassung ihres wettbewerbswidrigen Verhaltens während des Rechtsmittelverfahrens

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 189 \*\***

zu erwirken, dass die REKO/WEF die erstinstanzliche Verfügung unter Berücksichtigung dieser neuen Tatsachen aufhebt. Im Falle einer Wiederaufnahme des zuvor durch die Weko verbotenen Verhaltens würde danach - infolge Aufhebung der entsprechenden Verbotsverfügung - keine Sanktionsmöglichkeit bestehen; im schlimmsten Fall drohte dem Unternehmen lediglich eine erneute Untersuchung und eine neue Verbotsverfügung der Weko, die sich wiederum mittels Beschwerde und (vorübergehender) Anpassung des Verhaltens beseitigen liesse.

Daran zeigt sich, dass die aufgrund der ihr zustehenden vollen Kognition zunächst sachgerecht erscheinende Praxis der REKO/WEF, Sachverhaltsänderungen nach dem Entscheid der Weko zu berücksichtigen, für die kartellgesetzlichen Verfahren nicht zu überzeugen vermag.

**c) "Einstufiges Verfahren"**

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Novenfrage in den "einstufigen Verfahren", d.h. denjenigen Verfahren, in denen gemäss dem durch die Revision eingeführten Art. 49a Abs. 1 KG neu *direkt* eine Sanktion auszusprechen ist, *keine* Rolle mehr spielt. Für die direkte Verhängung einer Sanktion ist unbedeutend, ob das unzulässige Verhalten bis zum Zeitpunkt der Verfügung bzw. darüber hinaus andauert oder ob es bereits vorher aufgegeben worden ist. Denn im neuen einstufigen Verfahren sind auch "Vergangenheitssachverhalte" direkt zu sanktionieren. Somit hat eine Veränderung des Sachverhalts nach der Verfügung der Weko keinen Einfluss mehr auf die Sanktion.

**d) "Zweistufiges Verfahren"**

Für Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht der direkten Sanktionierung unterliegen - es handelt

sich dabei insbesondere um solche, die nicht unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallen <sup>68</sup> - gilt wie bis anhin das "zweistufige Verfahren", d.h.

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 190 \*\***

dass zunächst eine Verbotsverfügung auszusprechen ist und erst nachher, bei Widerhandlung gegen diese Verfügung, gegebenenfalls eine Sanktion verhängt wird.

Die Antwort auf die Frage, ob Sachverhaltsänderungen im "zweistufigen Verfahren" nach Erlass der Verfügung der Weko zu berücksichtigen sind oder nicht, kann wie folgt hergeleitet werden:

Gemäss Art. 39KG gehen in verfahrensrechtlicher Hinsicht die speziellen Bestimmungen des KG denjenigen des VwVG vor, d.h. letztere kommen lediglich subsidiär zur Anwendung. Dieser Vorbehalt zugunsten des KG gilt nicht nur für erstinstanzliche, sondern auch für Rechtsmittelverfahren <sup>69</sup>, weshalb auch die REKO/WEF verfahrensrechtliche Vorbehalte im Sinne von Art. 39KG im Beschwerdeverfahren (Art. 44KG) berücksichtigen muss. Damit ist primär zu prüfen, ob und wie das KG die Novenfrage beantwortet.

Das KG regelt die Novenfrage zwar nicht explizit. Aufgrund der ratio legis und seiner verfahrensrechtlichen Konzeption bedarf das KG jedoch keiner expliziten Norm; vielmehr ergibt sich die Beantwortung der Novenfrage bereits aus der speziellen Verfahrensgestaltung des KG, nämlich der oben erwähnten Zweistufigkeit des Verfahrens (Verbotsverfügung und erst dann Sanktionsverfügung).

Bei dieser Verknüpfung von Verbots- und Sanktionsverfahren bildet die Verbotsverfügung das wesentliche Element für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Daraus folgt, dass deren Rechtsbeständigkeit nicht durch Sachverhaltsänderungen im Verlauf des Beschwerdeverfahrens unterlaufen werden darf. Deshalb dürfen bei den indirekt sanktionierbaren Tatbeständen Sachverhaltsänderungen nicht in die Entscheidungsfindung der Beschwerdeinstanz einfließen. Andernfalls würde der zentrale Stellenwert der Verbotsverfügung - entgegen der ihr vom Gesetzgeber zugedachten Funktion als Vorbedingung der Sanktionierbarkeit - stark relativiert und die Konzeption des KG ausgehebelt. Den beteiligten Unternehmen ist somit ein bestimmtes Verhalten, dessen Kartellgesetzwidrigkeit zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung festgestellt wurde, für die Zukunft zu verbieten.

Daraus folgt, dass das KG aufgrund seiner Konzeption eine implizite Lösung der Novenfrage enthält: Nach Art. 39KG geht diese Lösung den allgemeinen Verfahrensprinzipien des VwVG vor. Somit ist einer Veränderung des Sachverhalts

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 191 \*\***

nach Erlass der Verfügung der Weko nicht im Rechtsmittelverfahren, sondern erst im allenfalls nachfolgenden, separaten Sanktionsverfahren Rechnung zu tragen <sup>70</sup>.

**e) Neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts**

Dieses Ergebnis lässt sich im Übrigen auch aus einem neuen Urteil des Bundesgerichts vom 22. August 2005 ableiten: Die REKO/WEF hob eine Feststellungs- und Verbotsverfügung der Weko gegen ein Submissionskartell auf mit der Begründung, zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung habe die Preisabsprache nicht mehr bestanden, weshalb das in der Vergangenheit liegende Verhalten weder untersucht noch mittels Verfügung verboten werden könne. Das Bundesgericht hiess eine dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Weko bzw. des EVD gut <sup>71</sup>: Dass sich die Untersuchung auch auf vergangenes Verhalten beziehen könne, sei, wie aus den unverändert gebliebenen Fassungen des Gesetzes in französischer und italienischer Sprache geschlossen werden dürfe, schon vor der Gesetzesrevision möglich gewesen, sofern ein entsprechendes öffentliches Interesse vorhanden war <sup>72</sup>.

Aus dem Umstand, dass es nach dem Bundesgericht bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses angezeigt ist, ein zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung schon längst eingestelltes Verhalten in einer Verfügung als unzulässig festzustellen und für die Zukunft unter Strafandrohung zu verbieten, kann für die Novenfrage nur ein Schluss gezogen werden: Erst recht dürfen somit auch Änderungen des Sachverhalts (z.B. Aufgabe des unzulässigen Verhaltens), die erst nach der Feststellungs-/Verbotsverfügung der Weko eintreten, nicht zur Aufhebung der Verfügung führen. Würde man anders entscheiden, führte das zum paradoxen Ergebnis, dass die Weko eine noch vor der Verfügung eingetretene Sachverhaltsänderung in ihrer Verfügung nicht zwingend berücksichtigen

müsste, während eine erst *nach* der Verfügung eingetretene Sachverhaltsänderung die Aufhebung der Verfügung durch die REKO/WEF zur Folge hätte <sup>73</sup>.

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 192 \*\***

**2. Rechtliches Gehör**

**a) Ausgangslage**

Mit den beiden Entscheiden "Ticket Corner" vom 27. September 2005 <sup>74</sup> sowie "ADSL" vom 30. Juni 2005 <sup>75</sup> wies die REKO/WEF die Streitsache u.a. wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs zur Neuurteilung an die Weko zurück. Die REKO/WEF sah eine Gehörsverletzung einerseits darin, dass sich die Weko mit den Anträgen der Parteien nur unzureichend auseinander gesetzt hatte, andererseits dass die Parteien infolge verschiedener Änderungen im Dispositiv und der Begründung der Verfügung keine Möglichkeit zu einer erneuten Stellungnahme erhielten.

**b) Folgen**

Die Weko bzw. ihr Sekretariat werden durch diese Rechtsprechung - beide Entscheide sind rechtskräftig - unter Umständen vor folgende (faktische) Probleme gestellt: Zunächst stellt sich die Frage, ob zukünftig "jede" Änderung in der Begründung oder im Dispositiv der Verfügung der Weko zu einer erneuten Stellungnahme durch die Parteien berechtigt. Weiter ist offen, nach welchen Kriterien zu beurteilen ist, ob eine Änderung in der Verfügung eine erneute Stellungnahme der Parteien erfordert. Schliesslich ist unklar, wie eine allfällige (zusätzliche) Verfahrensverzögerung vermieden werden kann, wenn die Parteien ihre Argumente "gestaffelt" vorbringen, womit der Verfügungsentwurf den Parteien unter Umständen mehrere Male zur Stellungnahme unterbreitet werden muss.

**c) Lösungsmöglichkeiten**

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die REKO/WEF der Weko bei der Beurteilung, ob ein Parteivorbringen für die Verfügung von Bedeutung ist oder nicht, einen Ermessensspielraum einräumt. Demnach ist auf einen Parteiantrag grundsätzlich nur dann (ausführlich) einzugehen, wenn er für den Entscheid "wesentlich" ist. "Unwesentliche" Anträge müssen demgegenüber nicht berücksichtigt werden <sup>76</sup>. Dabei ist jedoch zu beachten, dass sich die Weko in jedem

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 193 \*\***

Fall mit den Anträgen der Parteien zu befassen hat und begründen muss, weshalb ein Antrag "wesentlich" oder "unwesentlich" ist.

Angesichts der teilweise sehr umfangreichen Stellungnahmen der Parteien stellt die Auseinandersetzung mit den (allen) Anträgen der Parteien im Hinblick darauf, ob diese für die Entscheidungsfindung "wesentlich" sind oder nicht, für die Wettbewerbsbehörden ein schwieriges und zeitaufwändiges Unterfangen dar. Wegen des Risikos, dass ein Entscheid infolge Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben wird, wird die Weko der Redaktion ihrer Verfügungen wohl (noch) grössere Beachtung schenken müssen, auch wenn die Begründung der Entscheide dadurch (noch) umfangreicher wird und sich Wiederholungen unter Umständen nicht vermeiden lassen.

Hinsichtlich der Frage, wann ein Antrag des Sekretariates bzw. ein Verfügungsentwurf der Weko den Parteien nochmals zur Stellungnahme unterbreitet werden muss, kann Folgendes festgehalten werden: Zu einer erneuten Stellungnahme berechtigen dürften ohne Weiteres alle Änderungen im Dispositiv und der Begründung der Verfügung, wenn sie einen negativen Einfluss auf die Rechtsstellung einer Partei haben. Zu denken ist z.B. an den Fall, dass die Weko dem Antrag des Sekretariates in der Sache nicht folgt, eine "Verurteilung" damit unterbleibt, oder wenn entgegen dem Antragsentwurf eine weitergehende "Verurteilung" stattfindet. Andererseits sollte das erneute Einholen einer Stellungnahme der Parteien unterbleiben dürfen, wenn die Weko im Antrag des Sekretariates lediglich redaktionelle oder stilistische Änderungen vornimmt. Im dazwischen liegenden "Graubereich" wird sich die Weko überlegen müssen, ob sie den Verfügungsentwurf im Sinne der Risikominimierung im Zweifelsfall nochmals den Parteien zur Stellungnahme unterbreiten will. In jedem Fall ist eine solche zusätzliche Stellungnahme sachlich auf die Änderungen des Verfügungsentwurfs zu beschränken und in zeitlicher Hinsicht zu verkürzen.

Abgesehen davon, dass es für die Parteien schwierig ist abzuschätzen, ob sie aufgrund ihrer Anträge und allfälliger Änderungen im Verfügungsentwurf in den "Genuss" einer weiteren Stellungnahme

kommen, dürften sie ohnehin kaum ein Interesse daran haben, ihre Argumente gestaffelt, d.h. portionenweise vorzubringen, um das Verfahren dadurch zu verlängern. Immerhin können die Wettbewerbsbehörden einem ewigen "Hin und Her" vorbeugen, indem sie sich auf Art. 32 Abs. 2 VwVG berufen, wonach verspätete Parteivorbringen nicht zu berücksichtigen sind, wenn diese für das Verfahren nicht ausschlaggebend sind.

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 194 \*\***

**3. Meldungen gemäss Übergangsbestimmung**

**a) Ausgangslage**

Gemäss Übergangsbestimmung zum revidierten KG konnten bestehende Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49aKG (vom 1. April 2004 bis 31. März 2005) gemeldet oder aufgelöst werden, womit eine direkte Sanktionierung entfiel.

Es stellte sich nun die Frage, ob während der Übergangsfrist eine Meldung mit sanktionsausschliessender Wirkung auch für Wettbewerbsbeschränkungen möglich war, die bereits damals Gegenstand eines laufenden Verfahrens (Vorabklärung oder Untersuchung) bildeten.

**b) Folgen**

Die Beantwortung dieser Frage ist deshalb von zentraler Bedeutung, weil damit darüber entschieden wird, ob ein Unternehmen, gegen das im Zeitpunkt der Übergangsfrist ein wettbewerbsrechtliches Verfahren bereits hängig war, mit direkten Sanktionen - unter Umständen in Millionenhöhe - belegt werden kann, für den Fall, dass die Weko nach Abschluss des Verfahrens zum Schluss kommen sollte, dass ein direkt sanktionierbarer Tatbestand im Sinne von Art. 49a Abs. 1 i.V. m. Art. 5 Abs. 3 oder 4 bzw. Art. 7KG vorliegt.

**c) Lösung**

Die Weko stellte sich auf den Standpunkt, dass die von mehreren Unternehmen eingereichten und entsprechend betitelten Schreiben keine Meldungen im Sinne der Übergangsbestimmung darstellten. Gegen diesen Entscheid wurde durch ein betroffenes Unternehmen Verwaltungsbeschwerde an die REKO/WEF erhoben. Diese hiess die Beschwerde gut und stellte fest, dass das von den Unternehmen eingereichte Schreiben eine Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung darstellte<sup>77</sup>. Die durch die Weko bzw. das EVD gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde durch das Bundesgericht mit Entscheid vom 19. August 2005 gutgeheissen. Das Bundesgericht stellte fest, dass das besagte Schreiben keine Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung darstelle<sup>78</sup>.

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 195 \*\***

In den Erwägungen hielt das Bundesgericht zunächst fest, dass die Übergangsbestimmung lediglich für *bestehende* Wettbewerbsbeschränkungen galt, währenddem *geplante* Vorhaben der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 lit. a unterliegen.<sup>79</sup> Weiter führte das Bundesgericht aus, dass Wettbewerbsbeschränkungen, die sich während der Übergangsfrist im Stadium der *Vorabklärung* oder *Untersuchung* befanden, nicht meldefähig waren, d.h. eine Meldung mit sanktionsausschliessender Wirkung nicht möglich war<sup>80</sup>. Für diese Unternehmen stand damit nur noch die in der Übergangsbestimmung festgehaltene Alternative offen, die Wettbewerbsbeschränkung bis am 31.3.2005 *aufzulösen*. Soweit sie dies nicht taten, unterstehen sie der direkten Sanktionierbarkeit, sofern die Weko zum Schluss kommt, dass ein entsprechender Tatbestand erfüllt ist.

Umgekehrt hielt das Bundesgericht fest, dass Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Zeitpunkt der Übergangsfrist noch *nicht* im Verfahrensstadium einer Vorabklärung oder Untersuchung befanden bzw. die Eröffnung einer solchen den Unternehmen noch nicht mitgeteilt wurde, mit sanktionsausschliessender Wirkung im Sinne der Übergangsbestimmung gemeldet werden konnten<sup>81</sup>. Dabei könne das Sanktionsrisiko - im Unterschied zur Meldung nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, bei der die direkte Sanktionierung im Falle der Erhebung eines Widerspruchs bestehen bleibt - bei einer Meldung nach Übergangsbestimmung nicht wieder aufleben. Mit anderen Worten war also das Widerspruchsverfahren auf Meldungen gemäss Übergangsbestimmung nicht analog anwendbar.

In der Begründung stellt das Bundesgericht insbesondere darauf ab, ob für die Unternehmen bei

Inkrafttreten des revidierten KG eine *Ungewissheit* über das Risiko einer direkten Sanktionierung bestand oder nicht. Dabei verneinte es eine solche Ungewissheit für Verhaltensweisen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bildeten<sup>82</sup>. Das Bundesgericht betonte zudem, dass damit auch das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt werde, zumal diejenigen Unternehmen, gegen die bereits ein kartellrechtliches Verfahren (Vorabklärung oder Untersuchung) laufe, im Unterschied zu denjenigen, gegen die noch kein

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 196 \*\***

solches Verfahren eröffnet worden sei, die *"kritische kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Tuns kennen und sich daher des Risikos direkter Sanktionen bei dessen Weiterführung nach Ablauf der Übergangsfrist bewusst sein müssen"*. Diesen Unternehmen stünde jedoch immer noch die Alternative der Auflösung offen, die nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden könne, da die Unternehmen auch unter dem alten Recht nicht damit rechnen konnten, das fragliche wettbewerbsbeschränkende Verhalten noch beliebig lange ausüben zu können<sup>83</sup>.

**d) Kurze Würdigung**

Nach der hier vertretenen Ansicht ist dem Bundesgerichtsentscheid sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zuzustimmen.

Demgegenüber übernahm die REKO/WEF in ihrer Entscheidung zumindest im Ergebnis die Argumentation der Unternehmen, die geltend machten, die Übergangsbestimmung beinhalte ein sogenanntes "Grandfathering", d.h. sämtliche Unternehmen, gegen die im Zeitpunkt der Übergangsbestimmung ein kartellrechtliches Verfahren laufe, seien infolge Meldung ohne Weiteres von der direkten Sanktionierbarkeit befreit<sup>84</sup>. Diese Auslegung der Übergangsbestimmung, die sich letztlich ausschliesslich auf den Wortlaut des Wortes "melden" stützt, ist bereits deshalb zu eng, weil die Unternehmen den Wettbewerbsbehörden aufgrund des bereits laufenden Verfahrens gar nichts Neues mehr melden konnten, diese "Meldung" also eine reine Formalität darstellte. Hätte der Gesetzgeber alle laufenden Verfahren von der direkten Sanktionierbarkeit ausnehmen wollen, hätte dies konsequenterweise auch für diejenigen Unternehmen gelten müssen, die keine "Meldung" eingereicht hatten. Das Beharren auf einer solchen "Meldung" wäre daher wohl einem überspitzten Formalismus gleichgekommen. Deshalb wäre bei der Auslegung durch die REKO/WEF und die betroffenen Unternehmen zu fordern gewesen, dass die Unternehmen auf die Einreichung einer "Meldung" hätten verzichten können bzw. dass die Wettbewerbsbehörden umgekehrt eine solche gar nicht hätten verlangen dürfen, da sämtliche Unternehmen von Gesetzes wegen von der direkten Sanktionierbarkeit ausgenommen gewesen wären. Ein solches Ergebnis lässt sich jedoch der Übergangsbestimmung nicht entnehmen. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, hätte er dies im Wortlaut der Übergangsbestimmung klar zum Ausdruck bringen können bzw. müssen.

**\*\* Simon Bangerter/Christoph Tagmann: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Seite 197 \*\***

Bei dem vom Bundesgericht vertretenen Standpunkt spielten schliesslich Fragen, wie etwa diejenige, ob eine Meldung mit sanktionsausschliessender Wirkung auf Fälle des nicht offensichtlichen Rechtsmissbrauchs zu beschränken sei oder ob eine allfällige sanktionsausschliessende Wirkung der Meldung an einen wie auch immer gearteten Vertrauensschutz der Unternehmen zu binden sei, keine Rolle, weshalb darauf nicht weiter eingegangen werden musste.

**VI. Schlusswort**

Durch die Verschärfung des Kartellrechts haben Verfahrensfragen an Bedeutung gewonnen. Zu denken ist insbesondere an die neuen Verfahrensinstrumente wie Hausdurchsuchungen und Bonusregelung sowie an die Veränderungen bisheriger Verfahrensabläufe, bedingt durch die neueste Rechtssprechung der Rechtsmittelinstanzen.

Bei der Implementierung der *neuen* Verfahrensinstrumente gilt es namentlich die Praxis und Rechtsprechung aus verwandten Rechtsgebieten zu nutzen.

Bei der - teilweise angezeigten - Anpassung *bestehender* Verfahrenselemente sollte darauf geachtet werden, dass "das Kind nicht mit dem Bad ausgeschüttet wird". Das Verfahrensrecht soll nicht Selbstzweck sein, sondern muss im Dienst des materiellen Rechts stehen!

\* Die nachfolgenden Ausführungen stellen die persönliche Meinung der Autoren dar. Die Autoren

danken Frau Fürsprecherin Jelena Majstorovič, Frau lic. iur. Danielle Blank und Herrn lic. iur. Michael Tschudin, wissenschaftliche Mitarbeiter beim Sekretariat der Wettbewerbskommission, für ihre wertvollen Hinweise sowie die kritische Durchsicht des Textes.

<sup>1</sup> Vgl. die Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 (nachfolgend "Übergangsbestimmung").

<sup>2</sup> Vgl. etwa die Auseinandersetzung zwischen Adrian Raass und Yvo Hangartner: Adrian Raass, Eine Frage der Erheblichkeit - Zur Interpretation eines Schlüsselbegriffs im Kartellgesetz, in: sic! 12/2004, 911 ff. (für Berücksichtigung des Interbrand-Wettbewerbs bei der Umstossung der Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG); Yvo Hangartner, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Abreden - Bemerkungen zum Aufsatz von Adrian Raass, in: sic! 7/8/2005, 609 ff (gegen eine Berücksichtigung); Adrian Raass, Und Interbrand-Wettbewerb reicht doch! - Eine Stellungnahme, in: sic! 10/2005, 778 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Irene Klauer, Die Übergangsbestimmung im neuen Kartellgesetz: Sanktionen trotz Meldung, in: sic! 9/2004, 709 ff. und nachfolgend den Abschnitt V.3.

<sup>4</sup> <http://www.weko.admin.ch/publikationen/00213/merkblatt-d.pdf?lang=de>.

<sup>5</sup> <http://www.weko.admin.ch/imperia/md/images/weko/66.pdf>.

<sup>6</sup> Vgl. Stefan Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002, 257 ff.; Astrid Waser, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Diss. Zürich 2002, 322.

<sup>7</sup> Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 (2028, 2044).

<sup>8</sup> Vgl. Ernst Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 43.

<sup>9</sup> VStrR; SR 313.0.

<sup>10</sup> Vgl. etwa Office of Fair Trading (OFT), Covert surveillance in cartel investigations (code of practice) und Covert human intelligence sources in cartel investigations (code of practice) zu finden auf [www.oft.gov.uk](http://www.oft.gov.uk).

<sup>11</sup> Vgl. Kramer (FN 8), 175 f.: "Ausser Streit steht zum anderen, dass *Richterrecht faktisch (rechtsrealistisch) betrachtet* neben dem Gesetzesrecht die wichtigste generell-abstrakt wirkende Rechtsquelle unserer Rechtsordnung darstellt".

<sup>12</sup> Vgl. Franz Hoffet/Dorothea Seckler, Vom Anwaltsgeheimnis zum "Legal Privilege", in: SJZ 101 (2005) 333 ff.; Stefan Brunnschweiler/Marquard Christen, Korrektes Verhalten bei Hausdurchsuchungen, in: Jusletter vom 17. Oktober 2005.

<sup>13</sup> Vgl. Olivier Schaller/Simon Bangerter, Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, in: AJP 10/2005, 1225, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung zur Frage der Begründungsdichte; vgl. weiter Patrick Sommer/Alain Raemy, Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizer Kartellrechts, in: sic! 10/2004, 760; Christoph Lang, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, in: Jusletter vom 27. September 2004, Rz 28.

<sup>17</sup> Zur Bedeutung des Überraschungselementes vgl. Waser (FN 6), 64 f.

<sup>18</sup> Vgl. Hoffet/Seckler (FN 12), 336 f.; für eine Wartezeit auf den Anwalt auch Brunnschweiler/Christen (FN 12), Rz 50; Sommer/Raemy (FN 13), 761; Lang (FN 13), Rz 32.

<sup>19</sup> Vgl. Jochen Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention - EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kiehl 1996, Art. 6 N 191.

<sup>20</sup> Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 4. Mai 2005 (BV 2005. 15) E. 4. Die Anwesenheit der in Art. 49 Abs. 2 VStrR genannten Personen ist eine blosser Ordnungsvorschrift.

<sup>21</sup> BGE 108 IV 76.

<sup>22</sup> Vgl. Philippe Spitz, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, in: sic! 7/8/2004, 558; Sommer/Raemy (FN 13), 763;

Schaller/Bangerter (FN 13), 1226; Brunnschweiler /Christen (FN 12), Rz 24.

<sup>23</sup> Robert Hauser/Erhard Schwenk, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Basel 2002, 324, hält fest: "Leistet der Hausinhaber Widerstand, so kann, nach der vergeblichen Aufforderung zu öffnen, Gewalt, z.B. durch Aufschliessen der Türe mittels eines Dietrichs, angewendet werden". Vgl. auch Tido Park, Handbuch Durchsuchung und Beschlagnahme, München 2002, Rz 299.

<sup>24</sup> Vgl. Lang (FN 13), Rz 35; Brunnschweiler /Christen (FN 12), Rz 24.

<sup>25</sup> Vgl. Schaller/Bangerter (FN 13), 1236 f.; Brunnschweiler/Christen (FN 12), Rz 34 ff.; Sommer/Raemy (FN 13) 764 f.

<sup>26</sup> BGE 114 Ib 357 E. 4; Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 12. Oktober 2004 (BKB 071/04) E. 6.

<sup>27</sup> Ausführlich Schaller/Bangerter (FN 13), 1234 f.; gl.M. Yvo Hangartner, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, hrsg. von Roger Zäch /Walter A. Stoffel, Zürich 2004, 259; Patrick Krauskopf/Olivier Schaller /Simon Bangerter, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, hrsg. von Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch, Basel 2005, Rz 12.68; a.M. Bilger (FN 6), 263 f.

<sup>28</sup> Auf Beschwerden gegen die Hausdurchsuchung (im Gegensatz zur Beschlagnahme) dürfte mangels aktuellem Rechtsschutzinteresse kaum je eingetreten werden, vgl. Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 5. Januar 2005 (BKB 111/04) E. 1.3.

<sup>29</sup> Vgl. statt vieler BGE 126 II 495 E. 5e.aa.; Ramon Mabillard, Anwaltsgeheimnis als Schranke für Zwangsmassnahmen, in: SJZ 101 (2005), 215; Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, Rz 747.

<sup>30</sup> BGE 112 Ib 606 , 115 Ia 197.

<sup>31</sup> BGE 106 IV 413 E. 7c, 102 IV 210 E. 4a.

<sup>32</sup> BGE 117 Ia 341 E. 6a.

<sup>33</sup> BGE 102 IV 210 E. 4b.

<sup>34</sup> Der gesamte Aufsatz von Hoffet/Seckler (FN 12) ist diesem Thema gewidmet. Vgl. weiter Lang (FN 13) Rz 40 f.; Brunnschweiler /Christen (FN 12), Rz 57 ff.; Mabillard (FN 29) 215; Spitz (FN 22), 558; Franz Hoffet/Klaus Neff, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, in: Anwaltsrevue 4/2004, 133; a.M. Schaller/Bangerter (FN 13) 1230; zum vergleichbaren Problem im Zivilrecht: Andreas Furrer, Die Reichweite des Anwaltsgeheimnisses im Zivilprozess - Plädoyer für ein schweizerisches attorney client privilege, in: AJP 8/2002, 895 ff; hingegen scheint in der strafprozessrechtlichen Lehre die Unterscheidung akzeptiert, vgl. Hauser /Schwenk (FN 23), 315 f.; Schmid (FN 29), Rz 746.

<sup>35</sup> Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 28. Februar 2005 (BKB189/04 bzw. BE.2004.9) E. 3.1.; vgl. auch den Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 4. Mai 2005 ( BV 2005. 15) E. 3.2.

<sup>36</sup> Vgl. Hoffet/Seckler (FN 12), 338; Brunnschweiler/Christen (FN 12), Rz 58.

<sup>37</sup> Der Vorentwurf sowie weitere Dokumente zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes sind auf der Website [www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch) unter der Rubrik Themen/Sicherheit/Gesetzgebung/Strafprozess zu finden. Zu beachten ist allerdings, dass in der Zwischenzeit der Entwurf für eine gesamtschweizerische StPO zusammen mit der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes erschienen ist (BBl 2006 1085). Gemäss Art. 263 des Entwurfs soll das Gewahrsamskriterium keine Rolle mehr spielen (vgl. BBl 2006 1245 f.). Falls diese Bestimmung so in Kraft treten sollte, müsste die Praxis des Sekretariats überprüft werden.

<sup>38</sup> Vgl. den Jahresbericht der Industrie-Holding 2004-2005, 48 f. erhältlich unter [www.industrie-holding.ch/uploads/media/IHJB2004-0505.pdf](http://www.industrie-holding.ch/uploads/media/IHJB2004-0505.pdf); Claudia Seitz, Unternehmensjuristen und das Anwaltsprivileg im europäischen Wettbewerbsverfahren - Wandel in der europäischen Rechtsprechung?, in: EuZW 8/2004, 231 ff.; Lang (FN 13), Rz 42.

<sup>39</sup> Vgl. etwa Stefan Trechsel, Strafgesetzbuch - Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 321 N 5; Michael Pfeifer, Kommentar zum Anwaltsgesetz, hrsg. von Walter Fellmann/Gaudenz Zindel, Zürich

2005, Art. 13 N 89 ff.; Andreas Donatsch/Wolfgang Wohlers, Strafrecht IV - Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 478 ff.; Beat Brechbühl/Ernst Hauser/Urs Hofer, Der Anwalt als Zeuge, Reihe "Das Anwaltsgeheimnis", Bd. 4, Zürich 1997, 41 ff.

<sup>40</sup> Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte; SR 935.61.

<sup>41</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 8. Januar 2001 (2P. 187/2000) E. 4c.

<sup>42</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 7. April 2004 ( 2A 285/2003) E. 2.

<sup>43</sup> Die Gewährung des "Legal Privilege" für "in-house counsels" wurde im Massnahmeentscheid des Präsidenten des EuG vom 30. Oktober 2003 i.S. *Akzo Nobel Chemicals und Akcros Chemicals* thematisiert, welcher jedoch in der Zwischenzeit durch einen Beschluss des Präsidenten des EuGH vom 27. September 2004 aufgehoben wurde (ohne auf diese Frage einzugehen). Der Entscheid in der Hauptsache steht noch aus. Massgebend ist daher nach wie vor das Urteil des EuGH vom 18. Mai 1982 i.S. *AM&S* gegen Kommission [Slg. 1982, 1575]. Vgl. Alec Burnside/ Helen Crossley, *AM&S, AKZO and beyond: legal professional privilege in the wake of modernization* (paper presented at the IBA Conference - Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice) erhältlich unter <http://www.ibashop.e-mango.co.uk/section.cfm/d=39/s=51>; Adriana Andreangeli, *The protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: one step forward, two steps back?*, *CompLRev* 2005/2 (1) 31 ff., erhältlich unter [www.clasf.org/CompLRev/assets/Vol2IssuelArticle2.pdf](http://www.clasf.org/CompLRev/assets/Vol2IssuelArticle2.pdf).

<sup>44</sup> Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), nachfolgend "Erläuterungen", abrufbar unter [www.weko.admin.ch/publikationen/00213/33.pdf?lang=de](http://www.weko.admin.ch/publikationen/00213/33.pdf?lang=de); Meldeformular, 2, Abschnitt C.a).

<sup>45</sup> Vgl. zur mündlichen Selbstanzeige Rolf Dähler /Patrick Krauskopf, *Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung*, in: *Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen*, hrsg. von Walter A. Stoffel/Roger Zäch, Zürich 2004, 148.

<sup>46</sup> Vgl. Meldeformular, 2, Abschnitt C.c) und e).

<sup>47</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 3 SVKG.

<sup>48</sup> Gemäss Art. 10 SVKG werden später eingegangene Selbstanzeigen erst dann geprüft, wenn über früher eingegangene Selbstanzeigen gemäss Art. 9 Abs. 3 KG entschieden wurde. Vgl. auch Dähler/Krauskopf (FN 45), 148.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. d sowie Art. 9 Abs. 3 lit. b und c SVKG.

<sup>50</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 3 sowie Art. 11 SVKG.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 11 SVKG.

<sup>52</sup> Vgl. Art. 14 SVKG.

<sup>53</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 SVKG.

<sup>54</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. a und b SVKG.

<sup>55</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. a SVKG.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. c SVKG.

<sup>57</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. b SVKG.

<sup>58</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. d SVKG.

<sup>59</sup> Vgl. Erläuterungen, 8.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 12 Abs. 1 und 2 SVKG.

<sup>61</sup> Vgl. Art. 12 Abs. 3 SVKG.

<sup>62</sup> Vgl. Schaller/Bangerter (FN 13), 1236 f.

<sup>63</sup> Vgl. Patrick Sommer, *Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung*, in: *Jusletter* vom 17. Oktober 2005, Rz 42 ff., m.w.H.

<sup>64</sup> Vgl. Erläuterungen, 1 und 4.

<sup>65</sup> Vgl. zum Ganzen Sommer, (FN 63), Rz 49 ff.

<sup>66</sup> Vgl. RPW 2005/3, 530 ff.

<sup>67</sup> Abrufbar unter [www.reko.admin.ch/Files/FB20041p.pdf](http://www.reko.admin.ch/Files/FB20041p.pdf).

<sup>68</sup> Hinsichtlich der Tatbestände nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ist in der Lehre umstritten, ob die direkte Sanktionierbarkeit auch dann bestehen bleibt, wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann und nur eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, die nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann und damit unzulässig bleibt. Befürwortend z.B. Roger Zäch, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, hrsg. von Walter A. Stoffel/Roger Zäch, Zürich 2004, 34 ff.; ablehnend z.B. Reto Jacobs/Johannes Bürgi, Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, in: SJZ 100 (2004), 149 f.

<sup>69</sup> Vgl. etwa Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz 1048 f. m.w.H.

<sup>70</sup> Vgl. zum Ganzen: Christoph Tagmann/ Beat Zirlick, Indirekte Auswirkungen der KG-Revision auf einzelne Rechtsinstitute, in: Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz 26 ff.

<sup>71</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 22. August 2005 ( 2A.59/2005), RPW 2005/3, 580 ff.

<sup>72</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 22. August 2005 ( 2A.59/2005), E 3.3.; RPW 2005/3, 580 ff., vgl. auch die Änderung der Formulierung von Art. 27KG anlässlich der Revision 2003, mit welcher klargestellt wurde, dass unter dem neuen Recht auch in der Vergangenheit liegende, abgeschlossene, d.h. nicht mehr praktizierte Verhaltensweisen geprüft und direkt sanktioniert werden können.

<sup>73</sup> Vgl. Tagmann/Zirlick, (FN 70), Rz 34 f.

<sup>74</sup> Zitiert in FN 67.

<sup>75</sup> RPW 2005/3, 505 ff.

<sup>76</sup> Vgl. RPW 2005/3, 505 ff., insb. E. 4.3.3 und 4.3.4.

<sup>77</sup> Vgl. RPW 2005/2, 418 ff.

<sup>78</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 19. August 2005 ( 2A.287/2005), RPW 2005/4, 708 ff.

<sup>79</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. August 2005 ( 2A.287/2005) E.3.1, RPW 2005/4, 709 f.

<sup>80</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. August 2005 ( 2A.287/2005) E.3.5, RPW 2005/4, 712.

<sup>81</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. August 2005 ( 2A.287/2005) E.3.5, RPW 2005/4, 712.

<sup>82</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. August 2005 ( 2A.287/2005) E.3.4, RPW 2005/4, 711 f.

<sup>83</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. August 2005 ( 2A.287/2005) E.3.4.

<sup>84</sup> Vgl. RPW 2005/2, 418 ff.