

Christoph Tagmann / Beat Zirlick

## **Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht**

---

Im nachfolgenden Beitrag soll aufgezeigt werden, dass das mit der Revision von 2003 im schweizerischen Kartellgesetz eingeführte Instrument der Bonusregelung (Kronzeugenregelung) nach einiger Anlaufzeit nun im Grossen und Ganzen zu funktionieren scheint. Dennoch gibt es eine nicht unbeträchtliche Anzahl offener Fragen sowohl materieller wie auch formeller Natur (z.B. Anwendungsbereich, Nachrückungsrecht, Amnesty Plus). Zudem offenbaren sich im Zusammenhang mit der Anwendung der Bonusregelung manche Unsicherheiten, Schwächen und Risiken in praktischer Hinsicht (z.B. Aufwand/Effizienz, Missbrauchspotenzial). Diese Rechtsunsicherheit und das daraus folgende eingeschränkte Vertrauen der Unternehmen kann dazu führen, dass die Bonusregelung im Zweifelsfall nicht in Anspruch genommen wird, was aus der Sicht des Kartellgesetzes, welches funktionierenden Wettbewerb anstrebt, zu bedauern ist.

---

Rechtsgebiet(e): Kartellrecht

Zitiervorschlag: Christoph Tagmann / Beat Zirlick, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, in: Jusletter 10. August 2009

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Gesetzgeberische Unzulänglichkeiten
  - 2.1 Anwendungsbereich
  - 2.2 «Nachrückungsrecht»
  - 2.3 «Amnesty Plus»
3. Unklarheiten, Schwächen und Risiken in der Praxis
  - 3.1 Informationsflut und Verfahrensdauer
  - 3.2 Unklarheit über das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung
  - 3.3 Materielle Voraussetzungen zur Inanspruchnahme der Bonusregelung
  - 3.4 Inanspruchnahme der Bonusregelung während bzw. nach einer Hausdurchsuchung
  - 3.5 «Präventive» Inanspruchnahme der Bonusregelung, «Schuldeingeständnis»?
  - 3.6 Gebühren des Verfahrens
  - 3.7 Missbrauchspotenzial durch Selbstanzeige?
4. Schlussbemerkungen

## 1. Einleitung

[Rz 1] Die mit der Revision 2003 am 1. April 2004 im schweizerischen Kartellgesetz (KG)<sup>1</sup> eingeführte Bonusregelung wurde namentlich unter Hinweis auf die positiven ausländischen Erfahrungen fast einhellig begrüsst. Die Vorteile sind denn auch unübersehbar und praktisch unbestritten: die destabilisierende Wirkung von Wettbewerbsabsprachen von innen her, die Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit von Absprachen, welche infolge der direkten Sanktionen zunehmend versteckt getroffen werden, sowie die Erhöhung der Ermittlungseffizienz der Behörden. Diese positiven Eigenschaften werden denn auch im Synthesebericht der «Evaluationsgruppe Kartellgesetz» vom 5. Dezember 2008 bestätigt.<sup>2</sup> Auch wenn infolge der noch relativ jungen Bestimmung bis zum jetzigen Zeitpunkt nur eine rudimentäre Praxis der Wettbewerbskommission (WEKO) in Anwendung von Art. 49a Abs. 2 KG bekannt ist, soll nachfolgend dennoch versucht werden, kurz auf mögliche Nachteile, mithin Schwächen und Risiken, der im Kartellgesetz und in der KG-Sanktionsverordnung (SVKG)<sup>3</sup> geregelten Bonusregelung einzugehen. Dabei soll zunächst auf einige gesetzgeberische «Versäumnisse», danach auf einige praktische Probleme hingewiesen werden.

## 2. Gesetzgeberische Unzulänglichkeiten

### 2.1 Anwendungsbereich

[Rz 2] Gemäss Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG kann eine Sanktionierung unabhängig von der Art der Wettbewerbsbeschränkung (horizontale Wettbewerbsabrede nach Art. 5

Abs. 3 KG, vertikale Wettbewerbsabsprache nach Art. 5 Abs. 4 KG oder Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG) entfallen, wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Beschränkung mitwirkt. Der Einleitungssatz von Art. 8 SVKG indiziert zwar, dass die Bonusregelung primär auf Fälle von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anwendbar ist, doch erscheint eine Anwendung auf Fälle von Art. 7 KG nicht ausgeschlossen.

[Rz 3] Für den Entscheid eines an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmens über eine Selbstanzeige ist es von zentraler Bedeutung zu wissen, ob es für einen Sanktionserlass überhaupt in Frage kommt. Dies ist – je nach Typ der Wettbewerbsbeschränkung – nicht von vornherein klar.

[Rz 4] Der Paragraf und damit unbestritten ist die Anwendung der Bonusregelung auf *horizontale* Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen nach Art. 5 Abs. 3 KG: Klassischerweise können solche Fälle im Lichte der Sanktionsdrohung kaum mehr ohne Mithilfe und Hinweise aus dem «Täterkreis» ans Licht gebracht werden.<sup>4</sup>

[Rz 5] Schwieriger wird die Beurteilung hinsichtlich der Fälle von Art. 5 Abs. 4 KG, da hier per definitionem Unternehmen *verschiedener Marktstufen* beteiligt sind. In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass die Anwendung der Bonusregelung generell nicht angezeigt erscheine, zumal zwischen Hersteller und Händler ein klares Abhängigkeitsverhältnis bestehe und ein abhängiger Händler geneigt sei, den Wettbewerbsbehörden die notwendigen Unterlagen von sich aus zur Verfügung zu stellen, weshalb – ähnlich wie in Fällen nach Art. 7 KG – kein eigentlicher Ermittlungs- oder Beweisnotstand der Behörden herrsche.<sup>5</sup>

[Rz 6] Hierzu ist zunächst zu betonen, dass auch Fälle denkbar sind, bei denen keine (volle) Abhängigkeit des Händlers vom Hersteller besteht und die Interessen sowohl der Hersteller wie auch der Händler gleichgerichtet sind, d.h., dass die Abrede in beidseitigem Interesse getroffen wird. Diesfalls besteht eine vergleichbare Ausgangslage wie bei den horizontalen Abreden, und die Anwendung der Bonusregelung erscheint durchaus angezeigt. Entscheidend ist jedoch, dass sich das Kriterium des «Ermittlungs- bzw. Beweisnotstands» weder aus dem Gesetz noch aus der SVKG ergibt. Vielmehr ist Art. 49a Abs. 2 KG diesbezüglich offen formuliert, indem auf eine Sanktionierung ganz oder teilweise verzichtet werden kann, wenn das Unternehmen an der *Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt*. Der Wortlaut des Gesetzes schränkt den Anwendungsbereich der Bonusregelung damit nicht ein. Zudem werden

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Vgl. Synthesebericht der Evaluation gemäss Art. 59a Kartellgesetz, Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Bern 2009, S. 35 f., Rz. 121 ff.

<sup>3</sup> Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

<sup>4</sup> Vgl. zum Ganzen ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, Diss., Bern 2007, S. 627 ff., 670 ff.

<sup>5</sup> Vgl. zum Ganzen ZIMMERLI (zit. Fn 4), S. 628 ff., 670 ff. der für eine restriktive Anwendung der Bonusregelung plädiert und deren Anwendbarkeit in Fällen von Art. 5 Abs. 4 und Art. 7 KG verneint (vgl. auch die Argumente und Nw. in [Rz 7]).

Fälle nach Art. 5 Abs. 4 KG in Art. 8 Abs. 1 lit. b (und Art. 12 Abs. 3) SVKG ausdrücklich erwähnt. Schliesslich sprechen weder die Materialien (die Botschaft spricht allgemein von «Kartellen»)<sup>6</sup> noch die Systematik (gemäss Art. 49a Abs. 1 KG unterstehen sowohl Fälle nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG der direkten Sanktionierung) noch die Teleologie (Sinn und Zweck ist letztlich die Aufdeckung und Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen, egal welcher Art) gegen eine breite Anwendung der Bonusregelung. Dennoch wäre eine Klarstellung in der SVKG oder allenfalls in einer Bekanntmachung der WEKO dienlich. Der erste Sanktionsentscheid der WEKO, in welchem ein Bonus gewährt wurde, hatte jedenfalls eine vertikale Abrede zum Gegenstand.<sup>7</sup> Dabei hat es für die WEKO hinsichtlich der Gewährung des Bonus, soweit ersichtlich, keinen Unterschied gemacht, ob ein Fall von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vorgelegen hat, was aus unserer Sicht zu begrüssen ist.

[Rz 7] Auch ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 KG soll nach gewissen Autoren der Bonusregelung *nicht zugänglich* sein.<sup>8</sup> Begründet wird diese Auffassung unter anderem mit den Argumenten, dass in diesen Fällen erstens kein Ermittlungs- und Beweisnotstand der Behörden herrsche, weshalb es an der Verhältnismässigkeit mangle und mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht vereinbar sei,<sup>9</sup> und dass zweitens das Unternehmen andernfalls in der Lage wäre, die Kartellrente infolge einer Selbstanzeige zu behalten, was nicht sein dürfe.<sup>10</sup>

[Rz 8] Wie bereits erwähnt, sieht Art. 8 Abs. 1 (und Art. 12 Abs. 3) SVKG den Bonus explizit nur für Fälle von *Wettbewerbsabreden* (Fälle von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) vor. Dagegen ist Art. 49a Abs. 2 KG diesbezüglich, wie angetönt, viel weiter gefasst: Er sieht den Bonus generell für die Aufdeckung und Beseitigung «*der Wettbewerbsbeschränkung*» vor. Unter dem Begriff Wettbewerbsbeschränkung sind dabei nach dem Verständnis des KG stets sowohl unzulässige Abreden im Sinne von Art. 5 KG wie auch ein missbräuchliches Verhalten nach Art. 7 KG gemeint (vgl. den Titel des 1. Abschnitts vor Art. 5 KG).<sup>11</sup> Insofern fragt sich, ob die Einschränkung in der SVKG auf reine Abreden (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) und damit die zumindest implizite generelle Verweigerung eines Bonus gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen,

die ein missbräuchliches Verhalten selbst zur Anzeige bringen, überhaupt gesetzeskonform ist.

[Rz 9] Dem ersten Argument des angeblich fehlenden Beweisnotstands ist zu entgegnen, dass auch bei Fällen von Art. 7 KG oft ein nicht zu vernachlässigender Beweis- und Ermittlungsnotstand herrscht: Ansonsten wäre kaum verständlich, warum es der WEKO nur in seltenen Fällen gelingt, ein Unternehmen nach Art. 7 KG zu verurteilen. In der Praxis ist es für die Behörden vielmehr oft beinahe unmöglich nachzuweisen, dass z.B. der vom Marktbeherrscher verlangte Preis eines Produkts missbräuchlich hoch ist. Gesteht das Unternehmen im Rahmen einer Selbstanzeige ein, dass es selber von einem eigenen Preismissbrauch ausgeht, so erleichtert das die Untersuchungsmassnahmen der Behörden erheblich, weshalb sich auch eine «Belohnung» des Unternehmens aufdrängt.

[Rz 10] Auch das zweite Argument, dass das Marktmacht missbrauchende Unternehmen die Kartellrente bei einer Selbstanzeige – im Gegensatz zu einem an einer Abrede beteiligten Unternehmen – nicht behalten dürfen soll, leuchtet nicht ein: Warum soll ein Unternehmen, das sein missbräuchliches Verhalten selber anzeigt und belegt, schlechter gestellt werden als ein Unternehmen, das eine Preisabrede selber anzeigt? Warum soll das eine Unternehmen die Kartellrente stets dem Staat abliefern müssen, das andere aber nicht? Eine solche Ungleichbehandlung wäre allenfalls denkbar, wenn es sich bei den Fällen von Art. 7 KG generell um schlimmere Verstösse handeln würde als bei solchen nach Art. 5 KG, was aber unbestrittenermassen nicht der Fall ist. Schliesslich ist nicht zu übersehen, dass trotz Bonusgewährung stets die zusätzliche Möglichkeit besteht, die Kartellrente auf dem zivilrechtlichen Weg abzuschöpfen (vgl. Art. 12 ff. KG).

[Rz 11] Nach der hier vertretenen Ansicht sollten deshalb auch Fälle von Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG der Bonusregelung grundsätzlich zugänglich sein; und zwar nicht nur die Fälle kollektiver Marktbeherrschung,<sup>12</sup> sondern generell: Art. 49a Abs. 2 KG dürfte direkt anwendbar sein, Art. 8 ff. SVKG zumindest analog.<sup>13</sup> Dabei ist freilich Art. 8 Abs. 2 lit. a SVKG zu beachten, wonach eine vollständige Sanktionsbefreiung («100 %-Bonus») dann nicht in Frage kommt, wenn das Unternehmen eine führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss eingenommen hat. Dies ist bei einem klassischen Marktbeherrscher stets der Fall. Differenziert zu betrachten sind allenfalls Fälle kollektiver Marktbeherrschung.<sup>14</sup> Zusammenfassend ist zwar bei Missbrauchsfällen von Art. 7 KG im

<sup>6</sup> Vgl. BBI 2002, 2038.

<sup>7</sup> Vgl. den Entscheid der Weko vom 25. Mai 2009 i.S. *Sécateurs et cisailles*, insb. Rz 90 f. (publ. auf der Website der WEKO, vgl. auch die Pressemitteilung vom 2.6.2009).

<sup>8</sup> Fälle von Art. 7 KG werden weder im Gesetz noch in der SVKG explizit erwähnt.

<sup>9</sup> Vgl. ZIMMERLI (zit. Fn 4), S. 628 ff., 670 ff.

<sup>10</sup> Vgl. dazu REINERT, in: *Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz*, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2007, Art. 49a N 21.

<sup>11</sup> Immerhin ist zuzugeben, dass die Botschaft (BBI 2002, 2038) im Zusammenhang mit der Bonusregelung stets von «Kartellen» spricht, was wiederum auf Fälle von Art. 5 KG hindeutet.

<sup>12</sup> In dem Sinne REINERT (zit. Fn 10), Art. 49a N 21 mit dem Hinweis, dass sich dieser Fall von der Ausgangslage her kaum von einer unzulässigen Wettbewerbsabrede unterscheidet.

<sup>13</sup> Vgl. HOFFET/NEFF, *Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung*, in: *Anwaltsrevue* 4/2004, S. 129–133, 131.

<sup>14</sup> Vgl. REINERT (zit. Fn 10), Art. 49a N 21.

Normalfall keine Sanktionsbefreiung möglich, indes durchaus eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 SVKG. Auch hinsichtlich dieser Frage wäre eine Klarstellung in der SVKG oder in einer Bekanntmachung der WEKO hilfreich.

## 2.2 «Nachrückungsrecht»

[Rz 12] Mangels Anwendungsfällen ist bis heute nicht geklärt, ob es im Rahmen der Bonusregelung ein sogenanntes «Nachrückungsrecht» gibt: Konkret geht es um die Frage, was passiert, wenn das zeitlich *erste* Unternehmen, das eine Selbstanzeige eingereicht hat und damit an sich Anspruch auf den 100 %-Bonus (vollständigen Sanktionserlass) hätte, seine Anwartschaft verliert, wenn es z.B. die nötigen Beweismittel nicht vorlegt, nicht vollumfänglich mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert, eine führende Rolle im Kartell innehatte oder das wettbewerbswidrige Verhalten nicht (rechtzeitig) aufgab. In einem solchen Fall steht zur Diskussion, ob das *zweite* (bzw., falls die Voraussetzungen auch beim zweiten Unternehmen nicht erfüllt sind, ein weiteres) Unternehmen in den Genuss des vollständigen Sanktionserlasses kommen kann, also quasi an die Stelle des zeitlich «Ersten» nachrücken kann, soweit die Anforderungen gemäss Art. 8 SVKG erfüllt sind. Weder das KG noch die SVKG beantworten diese Frage.

[Rz 13] Nach der hier vertretenen Ansicht ist ein Nachrücken zu befürworten: Wenn die Bonusaspiranten auf den Plätzen zwei, drei etc. wissen, dass sie trotz (vorläufig) verlorenem Rennen um den ersten Platz doch noch in den Genuss der vollständigen Sanktionsbefreiung kommen können, indem sie den aktuellen Anwärter vom ersten Platz stossen, ist ihre Motivation zur vollen Kooperation mit den Behörden grösser. Für die Behörden ist es nur von Vorteil, wenn alle Unternehmen während dem ganzen Verfahren mithelfen kritisch zu überprüfen, ob das Unternehmen auf dem ersten Platz effektiv alles in seiner Macht Stehende zur Klärung des Falles beiträgt und damit den vollen Bonus verdient. Schliesslich wird sich dieses Unternehmen auf dem ersten Platz bewusst sein, dass die nachfolgenden Aspiranten in der Hoffnung auf ein Nachrücken jede Chance für seinen Sturz rücksichtslos ausnützen werden. Dieser latente Druck durch die potenziellen Nachrücker wird in der Praxis einen grossen Anreiz darstellen, mit den Behörden voll zu kooperieren, anstatt mit ihnen zu «spielen». Dadurch wird die Stabilität innerhalb des Kartells zusätzlich erschüttert, was den Anreiz zur vollumfänglichen Kooperation und damit den «Wettlauf um den vollen Bonus» für alle Unternehmen auch nach der Einreichung der ersten Selbstanzeige während dem ganzen Verfahren aufrechterhalten bzw. fördern würde.<sup>15</sup> Ein «Nachrückungsrecht» ist u.E. deshalb zu begrüssen.

## 2.3 «Amnesty Plus»

[Rz 14] Wenn ein Unternehmen, welches nicht Anwärter für den 100 %-Bonus ist, unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vorlegt, kann die Sanktion im ersten Verfahren anstatt um 50 % um bis zu 80 % reduziert werden («Amnesty Plus», vgl. Art. 12 Abs. 3 SVKG). Die Besonderheit dieses Systems liegt darin begründet, dass die Selbstanzeige einer zweiten Wettbewerbsbeschränkung zu einer Reduktion der Sanktion in einem anderen (ersten) Verfahren führt, das den Behörden vorher mittels Selbstanzeige eines anderen Beteiligten zur Kenntnis gebracht worden ist. Im «Zweitverfahren» ist ein vollständiger Sanktionserlass möglich.<sup>16</sup>

[Rz 15] Gegenüber dem «Amnesty Plus»-Gedanken werden zu Recht rechtsstaatliche Bedenken geäussert.<sup>17</sup> Zunächst stellt sich die Frage, ob die *Einheit des Verfahrensgegenstandes* gewahrt ist, wenn in einem (ersten) Verfahren ein zusätzlicher Bonus in Aussicht gestellt (und gewährt) wird für ein kooperatives Verhalten in einem anderen (zweiten) Verfahren, obwohl beide Verfahren an sich nichts miteinander zu tun haben. Weiter ist zweifelhaft, ob diese Erweiterung des Verfahrensgegenstandes auf einer ausreichenden (formellen) *gesetzlichen Grundlage* basiert, zumal Art. 49a Abs. 2 KG das «Amnesty Plus-Programm» gar nicht erwähnt. Zudem stellt sich die Frage der *Rechtsgleichheit*, wenn ein Unternehmen, das an einem einzigen Kartell beteiligt ist, schlechter gestellt wird (höchstens 50 %-Bonus), als ein Unternehmen, das zusätzlich an einem weiteren Kartell beteiligt ist: 80 %-Bonus im ersten Verfahren, für das zusätzliche Kartell 100 %-Bonus.

[Rz 16] Schliesslich ist unklar, ob das Unternehmen am zusätzlichen Wettbewerbsverstoss, den es den Wettbewerbsbehörden im Rahmen des «Amnesty Plus-Programms» zur Kenntnis bringt, *selbst beteiligt* sein muss<sup>18</sup> oder nicht.

[Rz 17] Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 SVKG ist diesbezüglich offen formuliert und lässt an sich beide Varianten zu. Sinn und Zweck dieser Sonderregelung ist jedoch, Anreize zu schaffen, dass die Behörden Informationen über *weitere Kartelle* erhalten. Dies wiederum ist unabhängig davon, welche Rolle der Selbstanzeiger im neu von ihm angezeigten Wettbewerbsverstoss gespielt hat. Zwar mag es in der Praxis so sein, dass häufig nur ein Kartellbeteiligter genügend klare Hinweise auf das Kartell liefern kann; doch auch ein nicht am Kartell beteiligtes, aber z.B. im selben oder auf

<sup>15</sup> Vgl. zum Ganzen auch ZIMMERLI (zit. Fn 4), S. 674 f., 692 f.

<sup>16</sup> Vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, 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, Rz. 12.82, Fn 246.

<sup>17</sup> Vgl. dazu ausführlich ZIMMERLI (zit. Fn 4), S. 707 ff.

<sup>18</sup> Vgl. ZIMMERLI (zit. Fn 4), S. 704 ff.; implizit wohl auch REINERT (zit. Fn 10), Art. 49a N 26; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER (zit. Fn 16), Rz. 12.82.

benachbarten, vor- oder nachgelagerten Märkten tätiges Unternehmen kann im Einzelfall über hinreichende Informationen verfügen. Letztlich spielt es aus Sicht der Behörden keine Rolle, woher das Unternehmen die Kenntnisse hat. Des Weiteren wäre es kaum mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar, wenn ein Unternehmen, welches einen zusätzlichen Wettbewerbsverstoss anzeigt, nur deshalb nicht vom Zusatzbonus profitieren könnte, weil es nicht selber am Verstoss beteiligt ist. M.a.W. würde bei genau gleichem Kooperationsverhalten das Unternehmen, welches an zwei Kartellen beteiligt war, besser gestellt als dasjenige, das nur an einem beteiligt war.<sup>19</sup>

[Rz 18] Diese Gründe sprechen dafür, dass es für eine zusätzliche Sanktionsreduktion von bis zu 80 % keine Rolle spielen sollte, wenn das Unternehmen den Wettbewerbsbehörden eine Wettbewerbsbeschränkung anzeigt, an der es selbst nicht beteiligt ist, also bezüglich eines weiteren Wettbewerbsverstosses anstelle einer «Selbstanzeige» eine «Anzeige Dritter» einreicht.

[Rz 19] Ein Problem könnte indes darin liegen, dass die Hemmschwelle für das Anzeigen eines fremden Kartells viel tiefer liegt als für eine Selbstanzeige. Sollte sich in der Praxis zeigen, dass das Institut «Amnesty Plus» insofern missbraucht wird, als Unternehmen in der Hoffnung auf einen Zusatzbonus beinahe willkürlich angebliche weitere Kartelle anzeigen, an welchen sie nicht beteiligt sind, und damit unnützen Untersuchungsaufwand für die Wettbewerbsbehörden verursachen sowie die Reputation der angeschwärtzten Unternehmen schädigen, müsste die Regelung in der SVKG überprüft werden.

[Rz 20] Ein weiteres Problem kann sich in der Praxis ergeben, wenn ein Unternehmen zwar die von der SVKG geforderten «Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt», die Behörden aber dennoch kein Verfahren eröffnen – sei es, weil sie die Informationen als ungenügend erachten oder sei es aus Opportunitätsgründen, wegen Ressourcenproblemen oder aufgrund einer anderen Prioritätensetzung. Trotz anderer Wortwahl in Art. 12 SVKG dürften die materiellen Voraussetzungen für den Zusatzbonus mit denjenigen für den «Basisbonus» gemäss Art. 8 SVKG übereinstimmen. U.E. setzt Art. 12 Abs. 3 SVKG deshalb nicht voraus, dass die Behörden effektiv ein Verfahren eröffnen; vielmehr genügt es, wenn sie aufgrund der gelieferten Informationen genügende Anhaltspunkte dafür haben.<sup>20</sup>

### 3. Unklarheiten, Schwächen und Risiken in der Praxis

#### 3.1 Informationsflut und Verfahrensdauer

[Rz 21] Unbestritten ist, dass die Bonusregelung zu einem Mehraufwand für sämtliche Beteiligten führt<sup>21</sup>: Insbesondere sind die Behörden erstens mit einer grösseren Anzahl von Fällen und zweitens (v.a. im Anschluss an eine Hausdurchsuchung) mit einer Vielzahl von Dokumenten, elektronischen Daten, Informationen, mündlichen Aussageprotokollen etc. konfrontiert. Dass die Bewältigung dieser zusätzlichen selbstangezeigten Fälle sowie der damit verbundenen «Papierberge» zu einer (erheblichen) Verzögerung der Verfahren führen kann, ist verständlich, aber unter verfahrensökonomischen und -rechtlichen Gesichtspunkten an sich bedenklich (Beschleunigungsgebot, überlange Verfahrensdauer, vgl. Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK). Ob der Nutzen der Bonusregelung den (zusätzlichen) Aufwand überwiegt, wird letztlich die Praxis weisen müssen. Erfahrungen in anderen Ländern scheinen dies jedenfalls zu bestätigen.

[Rz 22] Um dem ersten Problem – der Vielzahl von durch Selbstanzeigen ausgelösten Verfahren – Herr zu werden, ist es ratsam, dass die Behörden bei jeder Selbstanzeige sehr kritisch prüfen, ob effektiv eine Verfahrenseröffnung angezeigt ist. Im Falle von Ressourcenproblemen sind aus Opportunitätsgründen Prioritäten zu setzen.<sup>22</sup>

[Rz 23] Das zweite Problem – die unüberschaubare Flut von Beweismitteln – kann insofern entschärft werden, als von den Bonusaspiranten verlangt wird, dass sie den Behörden nicht nur zu Verfahrensbeginn, sondern während dem gesamten Verfahren aktiv zur Seite stehen und alle notwendigen Auskünfte erteilen, um die Triage und damit die Sichtung und Bewertung des vorhandenen Beweismaterials zu erleichtern (Art. 8 Abs. 2 lit. c SVKG).

#### 3.2 Unklarheit über das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung

[Rz 24] Für die potenziellen Selbstanzeiger, also die effektiv (und mutmasslich) an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen, stellt sich das Problem, dass es in gewissen Fällen nicht einfach ist festzustellen, ob überhaupt eine entsprechende Wettbewerbsabrede vorliegt und ob diese (in welchem Ausmass) praktiziert wird. Auch mit grossem Beratungsaufwand könnten die Unternehmen u.U. geneigt sein, den Fall *im Zweifel* den Behörden anzuzeigen, um

<sup>19</sup> Ad absurdum geführt müsste jedem Unternehmen, welches an einem (allfälligen) Kartell beteiligt ist, geraten werden, ein zusätzliches kleines Kartell in Reserve zu halten, welches bei Aufdeckung des Hauptkartells selbstangezeigt werden könnte, womit die Gesamtbelastung mit Kartellsanktionen auf ein Minimum sinken würde.

<sup>20</sup> Vgl. auch unten [Rz 28].

<sup>21</sup> Vgl. Synthesebericht (zit. Fn 2), S. 35, Rz. 122.

<sup>22</sup> Massgebend für die Prioritätenordnung sollten sachliche Kriterien sein wie insb. das Volumen des betroffenen Marktes, die volkswirtschaftliche Bedeutung des Sektors, die Schwere des Vorwurfs (volkswirtschaftlicher und sozialer Schaden) sowie die Signalwirkung (vgl. Jahresbericht der WEKO 2001, RPW 2002/1, S. 8).

möglichst «das Erste» zu sein und damit in den Genuss des vollständigen Sanktionserlasses zu kommen. Dies ist aber deshalb nicht unproblematisch, weil in vielen Fällen – selbst hinsichtlich horizontaler Abreden – keine gesicherte Praxis besteht, insbesondere mit Bezug auf die Frage, welcher Grad der Einhaltung/Befolgung der Abrede notwendig ist, damit von einer (mindestens) erheblichen Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen werden kann und unter welchen Voraussetzungen eine Wettbewerbsbeschränkung unter wirtschaftlichen Effizienzkriterien (Art. 5 Abs. 2 KG) nicht gerechtfertigt werden kann. Für ein Selbstanzeige einreichendes Unternehmen dürfte es in der Praxis häufig nicht einfach sein herauszufinden, ob und in welchem Ausmass die anderen an der Abrede beteiligten Unternehmen diese tatsächlich einhalten bzw. befolgen.

[Rz 25] Diesbezüglich erscheint es für eine Stärkung des Instruments der Bonusregelung unerlässlich, dass die Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der materiellen Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen (z.B. Erheblichkeits-, Missbrauchs- und Rechtfertigungskriterien) eine (noch) klarere Praxis entwickeln und diese mittels Entscheidpublikation und allenfalls Bekanntmachungen kommunizieren.

### 3.3 Materielle Voraussetzungen zur Inanspruchnahme der Bonusregelung

[Rz 26] Zur Beanspruchung der Bonusregelung genügt es, wenn das Unternehmen den Wettbewerbsbehörden *Informationen* (Verdachtsmomente) liefert, welche ihnen die Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 27 KG, d.h. einer *Untersuchung*, ermöglichen (sog. *Eröffnungskooperation* nach Art. 8 Abs. 1 lit. a SVKG).<sup>23</sup> Damit steht fest, dass die Informationen eine *gewisse Qualität* aufweisen müssen; reine Behauptungen genereller Art hingegen genügen nicht.<sup>24</sup>

[Rz 27] Klar ist damit – zumindest in theoretischer Hinsicht – auch, dass ein vollständiger Erlass der Sanktion *nicht* in Betracht kommt, wenn die vorgelegten Informationen lediglich zur Eröffnung einer Vorabklärung nach Art. 26 KG ausreichen (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. a SVKG i.V.m. Art. 8 Abs. 3 SVKG).

[Rz 28] Dennoch besteht in der Praxis eine relativ grosse *Unsicherheit*, welche Anforderungen an die Qualität der Informationen zu stellen sind, zumal die Eröffnung einer Untersuchung materiell nur voraussetzt, dass «Anhaltspunkte» für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Damit ist aber lediglich Folgendes ausgesagt:

- dass sich die Indizien sowohl auf den Bestand einer Wettbewerbsbeschränkung (d.h. Abrede gemäss Art. 5 KG) als auch auf deren rechtliche Unzulässigkeit (z.B. erhebliche Beeinträchtigung oder Beseitigung des Wettbewerbs, keine Rechtfertigungsgründe) beziehen müssen;<sup>25</sup>
- dass der Verdacht auf den Kartellverstoss einigermaßen *konkret* sein und sich auf die Vergangenheit oder die Gegenwart beziehen muss;
- dass die geforderten «Anhaltspunkte» stärker sein müssen als der blosser «Anfangsverdacht», der für die Eröffnung einer Vorabklärung vorausgesetzt wird;<sup>26</sup>
- dass der Wettbewerbsverstoss bei Verfahrenseröffnung *nicht* schon *glaubhaft* oder gar *bewiesen* sein muss;
- dass die Informationen bzw. Beweismittel es den Behörden nur «ermöglichen» müssen, eine Untersuchung zu eröffnen oder einen KG-Verstoss festzustellen, unabhängig davon, ob die Behörden ihre Möglichkeiten dann auch ausschöpfen oder nicht (z.B. eine Untersuchung eröffnen etc.);
- dass ein *hinreichendes öffentliches Interesse* an der Verhinderung oder Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung vorhanden sein muss.<sup>27</sup>

[Rz 29] In der Praxis ist es kaum möglich, eine klare Grenze zwischen «Anfangsverdacht» (Voraussetzung zur Eröffnung einer *Vorabklärung*) und «Anhaltspunkten» (Voraussetzung zur Eröffnung einer *Untersuchung*) zu ziehen. Den Wettbewerbsbehörden steht damit bei der Entscheidung, eine Vorabklärung oder Untersuchung zu eröffnen, ein erheblicher *Ermessensspielraum* zur Verfügung.

[Rz 30] Bezogen auf die Inanspruchnahme der Bonusregelung hat dies zur Folge, dass letztlich keine klaren Kriterien bzw. kein klarer Massstab existieren, welche Anforderungen

<sup>23</sup> Alternativ dazu besteht auch die Möglichkeit, im Rahmen der sogenannten *Feststellungskooperation* nach Art. 8 Abs. 1 lit. b SVKG Beweismittel vorzulegen, die es den Behörden erlauben, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 direkt nachzuweisen bzw. festzustellen. Diese Tatbestandsvariante ist insofern «unproblematischer», als den Wettbewerbsbehörden das eigentliche Beweismittel («smoking gun») eingereicht wird.

<sup>24</sup> Vgl. dazu die Erläuterungen zur SVKG, S. 6.

<sup>25</sup> Vgl. dazu BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen kartellrechtlichem Sonderverfahrensrecht und allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht, Diss. Freiburg 2002, S. 172.

<sup>26</sup> Vgl. BILGER (zit. Fn 25), S. 172.

<sup>27</sup> Für andere Fälle steht grundsätzlich der Zivilweg offen, vgl. BILGER (zit. Fn 25), S. 170 f., 175 ff. Bis heute sind indessen noch keine eindeutigen und überzeugenden Kriterien aufgestellt worden, nach welchen sich Wettbewerbsverstösse in die Kategorien «öffentliche» bzw. «private Interessen» einteilen lassen würden. Vgl. zum Ganzen HANGARTNER, Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren, AJP 2006, S. 43–52, 43 ff.; HEINEMANN, Interferenzen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in der Wettbewerbspolitik, in: FS Bieber, 2007, S. 681; DERS., Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (Strukturberichterstattung Nr. 44/4, Evaluation Kartellgesetz), Bern 2009, S. 108 ff.; SCHAUB, Weko oder Zivilrichter?, in: Jusletter vom 10. September 2007, sowie MARTENET, Les autorités de la concurrence et la liberté économique, AJP 2008, S. 963–982, 963 ff.

an die Qualität der Informationen im Rahmen der Eröffnungs-kooperation zu stellen sind.

[Rz 31] Folglich wird ein Unternehmen im Wettlauf mit den anderen Unternehmen tendenziell geneigt sein, den Wettbewerbsbehörden auch dann eine Selbstanzeige zu erstatten, wenn keine gesicherten Informationen oder Dokumente hinsichtlich einer möglichen Absprache und der Befolgung/Einhaltung existieren.

### 3.4 Inanspruchnahme der Bonusregelung während bzw. nach einer Hausdurchsuchung

[Rz 32] Mit grosser Belastung für die verantwortlichen Manager und Anwälte verbunden ist die Frage nach der Möglichkeit der Inanspruchnahme der Bonusregelung während einer Hausdurchsuchung: Einerseits stellt schon die Hausdurchsuchung allein, welche überraschend erfolgt, einen weitgehenden Eingriff in die Rechtssphäre des Unternehmens und der für das Unternehmen handelnden Personen dar. Die verantwortlichen Personen müssen innert kürzester Zeit selber mit der Überraschung fertig werden, die Situation im Unternehmen ruhig halten, die Weiterführung des Tagesgeschäfts sicherstellen und sich einen Überblick über die allfällige Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung und über möglicherweise vorhandene Beweismittel verschaffen. Andererseits stellt sich die Frage, ob die Hausdurchsuchung bloss «geduldet» wird (was «obligatorisch» ist, ansonsten es zu einer Sanktionserhöhung kommt<sup>28</sup>) oder ob das Unternehmen aktiv an der Beschaffung der Beweismittel mitwirken soll (was freiwillig ist und zu einer Sanktionsreduktion führen kann<sup>29</sup>). Für den Entscheid über die letzte Frage ist zentral, ob das Unternehmen auch im Zeitpunkt einer laufenden Hausdurchsuchung durch unaufgeforderte Vorlage sämtlicher in seinem Einflussbereich liegenden erforderlichen Beweismittel für einen Sanktionserlass überhaupt noch in Frage kommt oder nicht.

[Rz 33] Diese Frage ist umstritten<sup>30</sup>: Gegen eine Sanktionsbefreiung wird vorgebracht, dass die Wettbewerbsbehörden ja im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung bereits einen dringenden Tatverdacht haben, weshalb sich die Selbstanzeige nur auf bereits bekannte Sachverhalte beziehen könne.<sup>31</sup> Für eine Sanktionsbefreiung spricht indessen, dass die Unternehmen lediglich eine Duldungspflicht haben und die Behörden vor, zu Beginn bzw. während der Hausdurchsuchung noch nicht

über genügend Beweismittel für den Beweis des Kartellrechtsverstosses verfügen können, da ansonsten gar keine Hausdurchsuchung notwendig wäre.<sup>32</sup> Sobald die Behörden während einer Hausdurchsuchung Beweismittel in ihrem Gewahrsam haben – seien es beschlagnahmte Dokumente oder beschlagnahmte Daten auf gespiegelten bzw. kopierten Festplatten –, verfügen sie zwar formal über Beweismittel, jedoch noch nicht unbedingt materiell: Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die Behörden aufgrund einer grossen Flut von beschlagnahmten Unterlagen (z.B. zahlreiche Bundesordner bzw. Terabytes von elektronischen Daten) vor der äusserst arbeits- und zeitintensiven Auswertung den Beweiswert einzelner darin «versteckter» Beweismittel zu diesem Zeitpunkt noch nicht erkennen (können).

[Rz 34] Zwar kommt u.E. ein Sanktionserlass im Rahmen der sog. *Eröffnungskooperation* gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a SVKG während einer Hausdurchsuchung wohl effektiv nicht mehr in Betracht, da in diesem Moment regelmässig bereits eine Untersuchung eröffnet worden sein dürfte: In der Praxis übergibt der die Hausdurchsuchung durchführende Sekretariatsmitarbeiter dem zuständigen Unternehmensvertreter zu Beginn der Durchsuchung neben einem Hausdurchsuchungsbefehl stets auch ein vom WEKO-Präsidenten mitunterzeichnetes Dokument, welches die Untersuchungseröffnung bescheinigt. Zu diesem Zeitpunkt dürfte eine sanktionsausschliessende Eröffnungskooperation a priori ausgeschlossen sein (Art. 8 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 SVKG).

[Rz 35] Anders zu beurteilen ist indessen die Möglichkeit der sog. *Feststellungskooperation* gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b SVKG: U.E. ist es zu begrüssen, wenn auch einem (erst) im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung kooperierenden Unternehmen eine Sanktionsreduktion oder – bei erfüllten Voraussetzungen – gar Sanktionsbefreiung gewährt werden kann.<sup>33</sup> Im Wesentlichen geht es um die Auslegungsfrage, zu welchem Zeitpunkt genau die Wettbewerbsbehörde «über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen» (Art. 8 Abs. 4 lit. b SVKG): Entweder sobald sie – selbst ohne es zu wissen – formal die Beweismittel beschlagnahmt hat oder aber erst sobald sie die Beweismittel ausgewertet hat und damit auch materiell kennt (was u.U. Monate wenn nicht Jahre später sein kann).

[Rz 36] Aus Gründen der Verfahrenseffizienz kann u.E. eine Auslegung zu Gunsten der kooperierenden Unternehmen und damit eine gewisse Grosszügigkeit der Behörden hinsichtlich Bonusgewährung selbst dann angezeigt sein, wenn sich die Beweismittel formal zwar schon in ihren Händen befinden (z.B. ein Beweismittel, das auf einer gespiegelten Festplatte oder in einer Kiste voller beschlagnahmter Ordner

<sup>28</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. c SVKG.

<sup>29</sup> Sei es im Rahmen der Bonusregelung oder der mildernden Umstände nach Art. 6 SVKG.

<sup>30</sup> Vgl. REINERT (zit. Fn 10), Art. 49a N 19.

<sup>31</sup> Vgl. BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN, Korrektes Verhalten bei Hausdurchsuchungen, Rechte und Pflichten der Unternehmen und der Wettbewerbsbehörden bei Hausdurchsuchungen im Kartellverfahren, in: Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz. 36 f.

<sup>32</sup> Vgl. SCHALLER/BANGERTER, Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, in: AJP 2005, S. 1221–1238, 1237; BANGERTER/TAGMANN, Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht, in: Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, S. 165–197, 174.

<sup>33</sup> In dem Sinne auch REINERT (zit. Fn 10), Art. 49a N 19.

etc. enthalten ist), aber aufgrund der grossen und unübersichtlichen Dokumenten- und Datenmenge noch nicht als Beweismittel erkennbar bzw. erkannt sind: Denn konkrete, präzise und umfassende Hinweise eines Unternehmens selbst in diesem Zeitpunkt können die Beweiserhebung und die Sachverhaltsermittlung erheblich erleichtern, verbessern und verkürzen. Die Praxis der WEKO scheint deshalb zu Recht in die Richtung der grosszügigen Gewährung des Sanktionserlasses zu gehen.<sup>34</sup>

[Rz 37] Die Behörden sollten die Unternehmen bei Eröffnung der Hausdurchsuchung aus ermittlungstaktischen Gründen darüber informieren dürfen, ob noch ein vollständiger Sanktionserlass für das erste voll kooperierende Unternehmen möglich ist oder nicht. Umgekehrt ist indes ein Anspruch der Unternehmen auf solche Informationen zu verneinen. Damit haben die Unternehmen einen grossen Anreiz, selbst während einer Hausdurchsuchung noch voll zu kooperieren.

[Rz 38] In der Lehre wird überdies darauf hingewiesen, dass ein Bonus auch *nach einer erfolgten Hausdurchsuchung* noch möglich sei, insbesondere wenn zusätzliche, den Wettbewerbsbehörden trotz Hausdurchsuchung noch unbekannte Beweismittel vorgelegt oder Aussagen («Geständnisse») gegenüber den Wettbewerbsbehörden gemacht werden.<sup>35</sup> Dies ist u.E. zu begrüssen.

[Rz 39] Zusammenfassend kann festgehalten werden: Zeigen sich die Behörden bezüglich Sanktionsreduktion und -befreiung grosszügig, so haben die Unternehmen tendenziell einen grösseren Anreiz, selbst während bzw. sogar nach einer Hausdurchsuchung noch zu beginnen, voll mit den Behörden zu kooperieren. Umgekehrt darf die Grosszügigkeit nicht so weit gehen, dass der Anreiz eines strategisch taktierenden Unternehmens für eine Selbstanzeige im Rahmen der Eröffnungskooperation dadurch unterwandert wird. Im Ergebnis obliegt den Behörden die Gratwanderung, einerseits nicht den Kooperationsanreiz der Unternehmen ungebührlich zu schwächen, andererseits aber die Bonusregelung auch nicht zu einer Möglichkeit für Kartellbeteiligte degenerieren zu lassen, «einen billigen walk out» aus dem unzulässigen Wettbewerbsverstoss zu erreichen.<sup>36</sup> Gelingt ihnen dies, so können die Sachverhaltserhebung, die Beweisführung und die Verfahrensdauer i.d.R. erheblich vereinfacht und verbessert werden. Dies dürfte letztlich auch im Sinne des Gesetzgebers sein, welcher den Behörden mit der Revision 2003 das Instrument der Bonusmeldung zur Verfügung gestellt hat.

### 3.5 «Präventive» Inanspruchnahme der Bonusregelung, «Schuldeingeständnis»?

[Rz 40] Aktuell wird die Frage, ob das Unternehmen die Bonusregelung in Anspruch nehmen will oder nicht, namentlich dann, wenn es im Zusammenhang mit einer Hausdurchsuchung erstmals mit dieser Frage seitens der durchsuchenden Mitarbeitenden der WEKO konfrontiert wird. Die Ausgangslage für das Management ist insofern besonders schwierig, als es mit der Inanspruchnahme der Bonusregelung zumindest implizit zugibt (bzw. de facto zugeben muss), dass es an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt ist oder war. Erschwerend kommt hinzu, dass die im Rahmen einer Hausdurchsuchung mit der Frage konfrontierten Vertreter des Unternehmens u.U. gar nicht wissen (können), ob dies der Fall ist, wenn z.B. Angestellte mit Konkurrenten (womöglich trotz Compliance-Bemühungen) heimlich Preisabsprachen getroffen haben, von denen das Management keine Kenntnis hat. Die Unternehmensleitung ist damit in der schwierigen Situation, vor Ort unter Zeitdruck entscheiden zu müssen, ob sie nun zumindest implizit die Teilnahme an einem (mutmasslichen) Kartell eingestehen will oder nicht (und dafür in den Genuss eines ganzen oder teilweisen Sanktionserlasses kommt), oder ob sie darauf abstellen bzw. vertrauen will, dass keine Wettbewerbsbeschränkungen seitens des Unternehmens (bzw. der Angestellten) getroffen wurden bzw. der entsprechende Nachweis durch die Behörden nicht gelingen wird.

[Rz 41] In der Praxis dürfte ein Unternehmen wohl oft geneigt sein, die Bonusregelung quasi «präventiv» in Anspruch zu nehmen und mit den Behörden über das Erdulden der Hausdurchsuchung hinaus aktiv zusammenzuarbeiten und zu kooperieren. Auch wenn sich später herausstellen sollte, dass gar keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt bzw. diese nicht nachgewiesen werden kann, wäre das Unternehmen damit grundsätzlich auf der «sicheren» Seite. Wie die Behörden mit dem Problem umgehen werden, dass die Unternehmen im Rahmen einer Hausdurchsuchung zwar interessiert sein dürften, die Bonusregelung regelmässig zu beantragen, obwohl in diesem Zeitpunkt oft unklar ist, ob das damit zumindest implizit verbundene Eingeständnis einer Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung seitens des Unternehmens vorliegt bzw. ob dieses überhaupt je erbracht werden kann, wird die Praxis weisen müssen. Jedenfalls wird es entscheidend darauf ankommen, wie die Vertreter der Wettbewerbsbehörden den Ansprechpartnern der Unternehmen das System der Bonusregelung erläutern, wobei eine möglichst klare und einheitliche Kommunikation seitens der Behördenvertreter angezeigt ist. Indessen gilt es zu beachten, dass es aufgrund der zeitlichen Gegebenheiten kaum jemals möglich sein wird, dass sämtliche von einer Hausdurchsuchung betroffenen Unternehmen im (exakt) selben Zeitpunkt über die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Bonusregelung informiert werden können, obwohl der Eintritt in die zu durchsuchenden Unternehmen jeweils zum selben

<sup>34</sup> Vgl. die Pressemitteilung der WEKO vom 14. Juli 2009 in Sachen Elektroinstallationsfirmen Bern, wonach die Untersuchung gestützt auf Informationen eines Dritten eröffnet worden war und trotzdem einem Unternehmen der 100 %-Bonus gewährt wurde.

<sup>35</sup> So REINERT (zit. Fn 10), Art. 49a N 19.

<sup>36</sup> Allgemein ZIMMERLI (zit. Fn 4), S. 676, 678.

Zeitpunkt erfolgt. Wird ein Nachrückungsrecht bejaht (vgl. dazu [Rz 12]), kann diese (faktische) «Ungleichheit» wenigstens abgemildert werden.

### 3.6 Gebühren des Verfahrens

[Rz 42] In diesem Zusammenhang stellt sich letztlich auch die Frage nach einer allfälligen Kostenbeteiligung des die Bonusregelung in Anspruch nehmenden Unternehmens für den Fall, dass ein Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht hat und die Wettbewerbsbehörden trotzdem kein kartellrechtlich unzulässiges Verhalten feststellen (bzw. nachweisen) können, mithin das vom Selbstanzeiger ausgelöste Verfahren ohne Folgen (d.h. mit einem «Freispruch», nicht bloss mit Sanktionsbefreiung) einzustellen ist. Gemäss Art. 53a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG (GebV-KG)<sup>37</sup> gilt hinsichtlich der Gebührenpflicht zunächst das Verursacherprinzip: Da das Unternehmen mit der Inanspruchnahme der Bonusregelung das Verfahren an sich (mit-)verursacht hat, wäre eine Kostentragung somit auf den ersten Blick angezeigt. Indessen wird das Verursacherprinzip durch das Unterliegerprinzip eingeschränkt, d.h., eine Auferlegung von Verfahrenskosten ist grundsätzlich nur dann zulässig, wenn das Unternehmen das Verfahren nicht nur verursacht hat, sondern in diesem Verfahren auch *unterlegen* ist, was im Rahmen einer Verfahrenseinstellung an sich gerade nicht der Fall ist.<sup>38</sup>

[Rz 43] Die Fragestellung ist insofern noch komplizierter, als das Unternehmen im Zusammenhang mit der Beanspruchung der Bonusregelung zumindest implizit eingesteht, dass es an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt ist oder war. Die Wettbewerbsbehörden stehen in diesen Fällen vor der heiklen Frage, ob sich eine Kostenaufgabe rechtfertigt oder nicht. Die Situation ist vergleichbar mit dem Institut der Beratung (Art. 23 Abs. 2 KG) bzw. noch vielmehr mit dem Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG: Wenn das Unternehmen eine geplante Wettbewerbsbeschränkung vor deren Umsetzung meldet, so ist es für das entsprechende Verfahren stets gebührenpflichtig – und zwar selbst dann, wenn das gemeldete Verhalten wettbewerbsrechtlich unproblematisch erscheint und keine Vorabklärung bzw. Untersuchung eröffnet wird (Art. 1 Abs. 1 lit. b GebV-KG<sup>39</sup>). Folglich wäre es inkonsistent, die Gebührenpflicht entfallen zu lassen, wenn das Unternehmen die vermeintliche Wettbewerbsbeschränkung zunächst umsetzt und sie dann im Rahmen einer

Selbstanzeige den Behörden «meldet» und dadurch ein Verfahren mit Kosten auslöst.

[Rz 44] Mindestens eine teilweise (sich in bescheidenem, «symbolischen» Rahmen haltenden) Kostenbeteiligung erscheint u.E. gerechtfertigt, um den Unternehmen den Anreiz zu nehmen, namentlich im Rahmen von Hausdurchsuchungen, quasi aufs «Geratewohl» (nach dem Motto «nützt nichts, schadet auch nichts...») die Bonusregelung in jedem Fall aus präventiven Gründen in Anspruch zu nehmen und Verwaltungsaufwand zu verursachen, ungeachtet dessen, ob das Unternehmen nun an einem Wettbewerbsverstoss beteiligt war oder nicht und ob es letztlich in Bezug auf die Aufdeckung und Beseitigung überhaupt einen massgeblichen Beitrag leisten konnte.

### 3.7 Missbrauchspotenzial durch Selbstanzeige?

[Rz 45] Eröffnen die Wettbewerbsbehörden aufgrund der im Rahmen einer Selbstanzeige durch ein Unternehmen eingereichten – oft nur rudimentären – Informationen eine Untersuchung, wozu sie im Zweifelsfalle «verpflichtet» sind, kann dies für das anzeigende Unternehmen selbst, aber v.a. auch für die anderen, angeblich an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen einschneidende Konsequenzen haben: Zwar treffen die mit der Untersuchungseröffnung verbundenen negativen Auswirkungen (insb. Publikation gemäss Art. 28 KG) formal grundsätzlich alle Unternehmen gleichermaßen, also auch den Selbstanzeiger. Währenddem dieser jedoch zumindest potenziell von einer Sanktionsreduktion bzw. -befreiung profitiert, sind jene, soweit sie das Bonusprogramm nicht in Anspruch nehmen können oder wollen, den Verfahrens-, Reputations- und Sanktionsrisiken uneingeschränkt ausgesetzt. Dies ist namentlich dann gravierend, wenn eine Untersuchung besonders lange (Monate/Jahre) dauert, was angesichts der «Informationsflut» gerade in Selbstanzeigeverfahren oft der Fall sein dürfte, und sich später herausstellen sollte, dass an den durch den Selbstanzeiger eingereichten Informationen «nichts (oder zu wenig) dran ist» und das Verfahren in der Folge mangels Beweisen eingestellt werden muss. Darüber hinaus sind nicht alle Unternehmen materiell gleich «empfindlich» hinsichtlich Reputationsschädigung: So kann z.B. das Bekanntwerden der Verwicklung in ein Kartellverfahren für ein Unternehmen, welches kurz vor dem Abschluss eines wichtigen Geschäfts steht, besonders schädlich sein.

[Rz 46] Im Kontext der Eröffnungskooperation ist der Selbstanzeige zumindest ein gewisses Schädigungspotenzial somit nicht abzuspüren.<sup>40</sup> Die Selbstanzeige kann – im

<sup>37</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>38</sup> Vgl. zum Verursacher- und Unterliegerprinzip z.B. DURRER, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2007, Art. 53a N 3.

<sup>39</sup> Nicht diskutiert werden soll an dieser Stelle die Frage, ob die in Art. 1 Abs. 1 lit. b GebV-KG statuierte Gebührenpflicht für Widerspruchsverfahren, welche in der gesetzlichen Grundlage von Art. 53a KG nicht erwähnt ist, überhaupt auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht.

<sup>40</sup> Vgl. etwa HÜSCHEL RATH/LEHEYDA/BESCHORNER/LICHT/ARVANITIS/WÖRTER/HOLLENSTEIN, Studien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes, Mannheim/Zürich 2008 (= Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Struktur- berichterstattung Nr. 44/1, Evaluation Kartellgesetz, Bern 2009), S. 36, 50

Extremfall – sogar dazu «missbraucht» werden, um mittels Instrumentalisierung der Wettbewerbsbehörden «empfindliche» Konkurrenzunternehmen zu schädigen.<sup>41</sup> Dies hängt nicht zuletzt auch mit dem Fehlen von klaren Kriterien hinsichtlich der Qualität der eingereichten Information und dem grossen Ermessensspielraum der Behörden bezüglich der Eröffnung einer Untersuchung zusammen. Die Wettbewerbsbehörden sind daher gehalten, die im Rahmen einer Selbstanzeige eingereichten Informationen im Hinblick auf eine Verfahrenseröffnung genau zu prüfen, um unnötige negative Auswirkungen infolge einer Untersuchungseröffnung für Konkurrenzunternehmen möglichst zu vermeiden. Ein Kriterienkatalog, der die Anforderungen an die Qualität der im Rahmen einer Eröffnungskooperation durch ein Unternehmen einzureichenden Informationen definieren würde, wäre in diesem Zusammenhang hilfreich.

[Rz 47] Da ein Kartellverfahren die Reputation der betroffenen Unternehmen erheblich schädigen kann, sollten die Wettbewerbsbehörden auch besonders sorgfältig prüfen, ob und welche Informationen genau sie im Nachgang zu einer Selbstanzeige (Eröffnungskooperation) in der Öffentlichkeit kommunizieren.

[Rz 48] In diesem Zusammenhang wäre es u.U. darüber hinaus auch nützlich, Kriterien für die Kostentragung für den Fall der («unberechtigten») Inanspruchnahme der Bonusregelung aufzustellen (vgl. dazu [Rz 42]).

#### 4. Schlussbemerkungen

[Rz 49] Anhand der oben beschriebenen Probleme kann gezeigt werden, dass das System der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht im Grundsatz zwar befriedigend ausgestaltet ist und in der Praxis im Grossen und Ganzen auch zu funktionieren scheint. Dennoch gibt es eine nicht unbedeutende Anzahl offener Fragen sowohl materieller wie auch formeller Natur (z.B. Anwendungsbereich, Nachrückungsrecht, Amnesty Plus). Zudem offenbaren sich im Zusammenhang mit der Anwendung der Bonusregelung manche Unsicherheiten, Schwächen und Risiken in praktischer Hinsicht (z.B. Aufwand/Effizienz, Missbrauchspotenzial/Kostentragung), auf welche die Rechtsprechung wird Antworten finden müssen.

[Rz 50] Das Instrument der Bonusregelung erhielte indessen Auftrieb, wenn die Verbesserung der Rechtssicherheit nicht erst ex post auf dem Rechtsmittelweg erreicht würde: Könnte

das Unternehmen, welches intern einen möglichen Wettbewerbsverstoss aufgedeckt hat, bereits im Voraus ziemlich genau abschätzen, ob und inwiefern es von einer Sanktionsreduktion profitieren wird, wäre es tendenziell eher geneigt, das Bonusverfahren in Anspruch zu nehmen. Diese Rechtsicherheit könnte durch den Gesetz- bzw. Ordnungsgeber oder durch die Wettbewerbsbehörden mittels Bekanntmachung oder Erläuterungen verbessert werden. Damit wäre nicht nur den Unternehmen, sondern auch den Behörden gedient, was letztlich zur Verbesserung von Schutz und Förderung des wirksamen Wettbewerbs als Institution führen würde.

---

CHRISTOPH TAGMANN, Dr. iur., Rechtsanwalt, ist Senior Associate bei Eversheds Schmid Mangeat, Bern/Zürich/Genf. BEAT ZIRLICK, Dr. iur., Rechtsanwalt, ist Leiter Recht beim Sekretariat der Wettbewerbskommission, Bern. Die Autoren danken Herrn STEFAN TRÄNKLE, lic.iur. HSG, Betriebsökonom FH, und Herrn DANIEL HÄNNI, MLaw, für die kritische Durchsicht des vorliegenden Beitrages. Die Ausführungen stellen die persönliche Meinung der Autoren dar.

---

\* \* \*

---

und 56.

<sup>41</sup> Vgl. für einen konkreten Fall in Österreich POLSTER, KG: Geldbusseentscheidung im zweiten Kronzeugenfall («Industriechemikalien»), in: OZK aktuell, Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht – Austrian Competition Journal, 2009/2, S. 62 ff., insb. 65. Nicht weiter geprüft wird im vorliegenden Beitrag, ob bzw. inwiefern im Fall missbräuchlicher Bonusmeldungen auch Bestimmungen des UWG bzw. des StGB zur Anwendung gelangen könnten (z.B. Art. 3 lit. a UWG bzw. Art. 303 und 304 StGB).