

SZK

Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht

RSDC – Revue suisse de droit des cartels

IM FOKUS
POINT DE MIRE

5

Zwölf Jahre für die Schweizer Kartellrechtsdurchsetzung

Prof. Dr. Iur. Andreas Heinemann Im Gespräch mit Richard Stäuber

**BEHÖRDEN- UND
GERICHTSPRAXIS**
**PRATIQUE DES AUTORITÉS
ET DES TRIBUNAUX**

33

Entwicklungen der Behörden-
und Gerichtspraxis

Dr. Mani Reinert

Tim Meyer

PRAXISHINWEISE
INFORMATIONS PRATIQUES

54

Wettbewerbsverbote und
Bezugspflichten zulasten
des Vertriebspartners
Dr. Monique Sturny

STANDPUNKT
POINT DE VUE

56

Institutionenreform –
Verbesserung der
Rechtsstaatlichkeit in
Kartellverfahren
Dr. Daniel Emch

1

März 2023

2. Jahrgang

www.szk-online.ch

REDAKTION | RÉDACTION

Prof. Dr. Nicolas Diebold

Dr. Mani Reinert

Dr. Richard Stäuber

Dr. Monique Sturny

Schulthess §



Standpunkt

Institutionenreform – Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit in Kartellverfahren

Mit dem Gerichtsschreibermodell ist eine Korrektur in der laufenden Revision möglich



Dr. iur. Daniel Emch, LL.M., Rechtsanwalt, Bern^[*]

In der aktuellen Behördenorganisation besteht ein Abhängigkeitsverhältnis der urteilenden Wettbewerbskommission zum untersuchenden und Antrag stellenden Sekretariat, welches im Lichte der einschneidenden Sanktionen in der laufenden Kartellgesetzrevision korrigiert werden sollte. Würde die Kommission mit professionellen Gerichtsschreibern ausgestattet, welche unabhängig vom Sekretariat sind, könnte der Mangel an Rechtsstaatlichkeit ohne umfassende Institutionenreform behoben werden.

In the current organization of the competition authorities, there is a relationship of dependency between the Competition Commission ComCo, which takes the decisions, and the Secretariat, which investigates suspected cartels and proposes the motions to the Comco. This should be corrected in the current revision of the Cartel Act. If the Commission were equipped with professional court clerks who are independent of the Secretariat, the lack of due process could be remedied without a comprehensive institutional reform.

I. Ausgangslage

In der im Jahre 2014 gescheiterten KG-Revision hat der Bundesrat die Schaffung eines *Wettbewerbsgerichts* vorgeschlagen.^[1] Die Notwendigkeit einer entsprechenden Reform wurde bereits im Rahmen der im Jahr 2008 durchgeführten Evaluation des Kartellgesetzes erkannt.^[2]

Das Bundesgericht ist im sog. *Publigroupe-Urteil* zum Schluss gelangt, dass die Anforderungen der EMRK^[3] und der Bundesverfassung^[4] aufgrund der vollen Kognition des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) im Beschwerdeverfahren erfüllt werden.^[5] Der Bundesrat ist zu Recht aber auch heute noch der Ansicht, dass es einer institutionellen Reform im erstinstanzlichen Verfahren bedarf,^[6] er befürchtete aber zunächst ein Überladen der Vorlage. Die Auswertung der Stellungnahmen^[7] zeigt nun, dass das Fehlen einer Institutionenreform einen Hauptkritikpunkt der Vernehmlassungsvorlage darstellt.

Das heutige System, welches im Lichte der einschneidenden Sanktionierungskompetenzen mangelhaft ist, erfordert keine umfassende Neugestaltung durch die Schaffung eines Wettbewerbsgerichts, sondern kann durch geringfügige Anpassungen (sog. Gerichtsschreibermodell) behoben werden. Dieser Vorschlag könnte in die nun vom Bundesrat auszuarbeitende Botschaft integriert werden.

II. Revisionsbedarf

Die Untersuchungen werden vom vollamtlichen Sekretariat geführt, welches vor der Wettbewerbskommission

SZK-RSDC 1/2023 | S. 56-58

57

(WEKO) Anträge stellt und damit die «Anklagefunktion» übernimmt.^[8] Die WEKO setzt sich aus Universitätsprofessoren und Verbandsvertretern zusammen. Das Hauptproblem der heutigen Behördenorganisation besteht darin, dass die Mitglieder der WEKO, welche diese Funktion neben ihrer hauptberuflichen Tätigkeit ausüben, m.E. nicht über die nötigen Ressourcen verfügen, um sich umfassend mit den umfangreichen Fällen auseinanderzusetzen. Der Antrag des Sekretariats allein hat in den meisten Sanktionsverfahren bereits einen Umfang von mehreren hundert Seiten. Aufgrund der Vielzahl der Verfahren erscheint es unrealistisch, dass sich die Mitglieder der Kommission detailliert mit den Rechtsschriften der Unternehmen und den Beweismitteln auseinandersetzen. Dies bedeutet, dass jene Personen, welche als Richter über die Bussen und Massnahmen urteilen, nicht dieselbe Dossierkenntnis haben wie das Sekretariat.^[9] Den «Richtern» bleibt nichts anderes übrig, als auf die Arbeit des Sekretariats zu vertrauen. Sofern die WEKO die Argumente der Unternehmen überprüfen will, werden entsprechende Fragen an das Sekretariat gerichtet. Solche Beratungen finden allerdings in Abwesenheit der Unternehmen statt.^[10] Das Sekretariat wird hierbei aus der Anklagelogik argumentieren und seinen Antrag stützen wollen. Es hat damit einen viel direkteren Zugang zur Entscheidbehörde als die Unternehmen. Daraus erhellt, dass es an der rechtsstaatlich wünschenswerten Trennung zwischen der Untersuchungs- und Entscheidbehörde fehlt. Dieser Missstand wird von den betroffenen Unternehmen in der Praxis regelmässig als gravierend eingestuft, was die Legitimität der Verfügungen der WEKO schwächt.

Auf dem Rechtsmittelweg kann dieser Mangel m.E. nicht geheilt werden, auch wenn die Anforderungen der BV und der EMRK aufgrund der vollen Kognition des BVGer formal erfüllt werden.^[11] Das BVGer wird durch die sehr umfangreichen Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission stark belastet.^[12] Weiter hat das Bundesgericht in einem Urteil entschieden, dass das BVGer das Verfahren zur Ergänzung des Sachverhalts nicht an die erste Instanz zurückweisen darf, sondern dass die entsprechenden Sachverhaltsabklärungen durch das BVGer selbst vorgenommen werden müssen.^[13] Für die Durchführung der entsprechenden Befragungen (Einvernahmen, Versenden von Fragebogen an Marktteilnehmer, ökonomische Analysen etc.) ist das BVGer als Beschwerdeinstanz wenig geeignet. In der Praxis vertritt das BVGer zudem den Standpunkt, die WEKO verfüge über Ökonomen und spezialisierte Juristinnen, die ökonomische Fragestellungen, wie beispielsweise die Frage der Marktabgrenzung, eher beantworten können als die Richterinnen und Richter des BVGer, welche Generalisten sind. Das BVGer räumt der WEKO daher ein sogenanntes «technisches Ermessen» ein.^[14] Das führt dazu, dass das BVGer eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung der Entscheide der WEKO übt. Entsprechend werden wichtige Weichenstellungen der ersten Instanz nur eingeschränkt überprüft. Das Bundesgericht beschränkt sich zudem weitgehend auf die Prüfung von Rechtsfragen.^[15]

III. Lösungsvorschlag: Gerichtsschreibermodell

Das Gefälle zwischen dem untersuchenden bzw. Antrag stellenden Sekretariat und der urteilenden Kommission könnte durch eine Stärkung der Kommission behoben werden. Hierzu wäre es erforderlich, der Kommission eigene Gerichtsschreiber zur Verfügung zu stellen, welche die Aufgabe hätten, die Verfahren ab Überweisung des Verfügungsantrags (vgl. [Art. 30 KG^{\[16\]}](#)) zu begleiten. Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) hat in seiner Stellungnahme die im Kartellgesetz erforderlichen

Gesetzesanpassungen formuliert. Dieser Vorschlag ist sehr schlank und beschränkt sich auf zwei neue Absätze in den Artikeln 19 und 21 des Kartellgesetzes.^[17] Die Gerichtsschreiber würden die Kommission bei der Vorbereitung und Durchführung der Anhörung sowie bei der Entscheidfindung unterstützen. Sofern die Kommissionsmitglieder Fragen zum Sachverhalt und zum Beweisergebnis hätten, könnten die neutralen Gerichtsschreiber mit der Beantwortung betraut werden. Dies hätte den entscheidenden Vorteil, dass nicht die Sekretariatsmitarbeiter, welche die Untersuchung geführt und den Antrag verfasst haben, bei der Entscheidfindung mitwirken würden. Dadurch würde die Waffengleichheit zwischen Sekretariat und den angeschuldigten Unternehmen in der Entscheidphase erheblich gestärkt. Schliesslich würden die Gerichtsschreiber die Schlussredaktion der Verfügungen übernehmen, wobei in den meisten Fällen grosse Teile der Erwägungen des Antrags unverändert übernommen werden könnten, sodass der Zusatzaufwand gering gehalten werden könnte. Insofern ist auch nicht zu erwarten, dass das Gerichtsschreibermodell, wie vom Bundesrat in der Botschaft 2012 befürchtet, zu einer Verfahrensverzögerung führen würde.^[18] Nach Zustellung des Verfügungsantrages an die Parteien ([Art. 30 Abs. 2 KG](#)) würden die Mitarbeiter des Sekretariats entlastet und könnten sich anderen Verfahren widmen. Zu diesem Zeitpunkt würden der Antrag und die Verfahrensakten den Gerichtsschreibern zugänglich gemacht. Die Anwaltskanzleien, welche oft ebenfalls erst zu diesem Zeitpunkt eingeschaltet werden, sind stets in der Lage, sich innert der zweimonatigen Frist in die Verfahren einzuarbeiten und eine Stellungnahme auszuarbeiten. Entsprechend ist es auch für die Gerichtsschreiber zumutbar, sich in dieser Phase einzulesen. Auf Stufe der Kommission würden durch die Anstellung von eigenem Personal zwar mehr Ressourcen gebunden. Diesem Mehraufwand stünde aber ein Minderaufwand beim Sekretariat gegenüber. Ausserdem wäre damit zu rechnen, dass die Zahl der Beschwerdeverfahren aufgrund der erhöhten Glaubwürdigkeit der WEKO-Verfügungen abnehmen würde.

Auch mit den knappen Fristen bei der Zusammenschlusskontrolle wäre das Gerichtsschreibermodell zu vereinbaren. Diese Problematik stellt sich bei der vorläufigen Prüfung, wo die Behörde bloss einen Monat für die Entscheidfindung hat. Dort könnte der Einbezug der Gerichtsschreiber fakultativ ausgestaltet oder gänzlich ausgeschlossen werden, zumal es hier nur um die Frage geht, ob ein Zusammenschluss vertieft geprüft werden soll, was keine einschneidenden Konsequenzen für die betroffenen Unternehmen nach sich zieht.

Mit diesem einfachen Reformvorschlag kann die Rechtsstaatlichkeit der WEKO-Verfahren massgeblich verbessert werden, ohne dass es erforderlich ist, das heutige Behördenmodell durch ein Wettbewerbsgericht zu ersetzen.

Das vorgeschlagene Gerichtsschreibermodell würde die rechtsstaatlichen Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vor der WEKO beseitigen. Folglich müssten Unternehmen nicht mehr zwingend Beschwerde an das BVGer erheben, wenn sie ein faires Verfahren möchten, in welchem sie ihre Argumente umfassend einbringen können.

Ausserdem könnten die Verbandsvertreter in der Kommission verbleiben, was die Erfolgsaussichten des Reformvorschlags, die parlamentarischen Beratungen zu überstehen, deutlich erhöht. Und selbst wenn

die Ausstattung der Kommission mit wissenschaftlichen Mitarbeitern zu leichten Mehrkosten führen würde, wären diese ein geringer Preis, welcher im Interesse der Rechtsstaatlichkeit zu bezahlen wäre.

- * Dr. iur. Daniel Emch, LL.M., Rechtsanwalt, ist Partner bei Kellerhals Carrard in Bern.
- 1 Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBI 2012 3905.
 - 2 Vgl. Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Evaluation gemäss Art. 59a KG, Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz vom 5. Dezember 2008, S. 56 ff. sowie Anhang 12, *Carl Baudenbacher*, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, 31. August 2008, S. 22.
 - 3 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).
 - 4 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).
 - 5 BGE 139 I 72.
 - 6 Vgl. *Ständerat Ruedi Noser*, Interpellation 21.4108 «Kartellgesetz umfassend modernisieren», Stellungnahme des Bundesrates vom 10. November 2021, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20214108> (zuletzt besucht am 24. Januar 2023).
 - 7 Die Stellungnahmen sind abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/95/cons_1 (zuletzt besucht am 24. Januar 2023).
 - 8 Oft beginnen Untersuchungen mit Hausdurchsuchungen und mit Einvernahmen. Dies kann die Beziehung zwischen dem Sekretariat und den Unternehmensvertretern belasten und auf beiden Seiten zu Misstrauen führen.
 - 9 Diese Einschätzung deckt sich mit der Stellungnahme des Bundesrats zur Interpellation von *Ruedi Noser* (vgl. Fn. 6) und mit dem Gutachten von *Baudenbacher*, S. 22 (vgl. Fn. 2).
 - 10 *Baudenbacher* hat in seinem Gutachten (Fn. 2), S. 12, Folgendes festgehalten: «Der Vertreter des Sekretariats nimmt sodann an allen wichtigen Sitzungen der WEKO teil und kann wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung nehmen. Selbst Exponenten des Sekretariats geben zu bedenken, dass die WEKO in ihrer heutigen Form nicht in der Lage ist, eine saubere Überprüfung der sachlichen und rechtlichen Grundlagen eines Falles vorzunehmen. Die WEKO entscheidet also unter Ausschluss der Öffentlichkeit, aber in Anwesenheit von Vertretern des Sekretariats. Die Vermutung liegt nahe, dass die Kommission dadurch den Standpunkt der betroffenen Parteien nur gefiltert zur Kenntnis nimmt.»
 - 11 BGE 139 I 72.
 - 12 Dies zeigt sich an der teilweise sehr langen Verfahrensdauer für kartellrechtliche Beschwerdeverfahren vor dem BVGer.
 - 13 BGer, Urteil [2C_1016/2014](#) vom 9. Oktober 2017 E. 2.2: Rückweisungen an die WEKO sind nur ausnahmsweise zulässig; das BVGer soll Beweislücken selber schliessen.
 - 14 Vgl. statt vieler BVGer, Urteil [B-2977/2007](#) vom 27. April 2010 E. 8.1.1.8; bestätigt durch BGE 139 I 72 E. 4.5, 4.6.1; BVGer Urteil [B-5936/2014](#) vom 30. Oktober 2017 E. 3.4.
 - 15 Art. 97 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).
 - 16 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).
 - 17 Der Vorschlag des SAV sieht einen neuen Art. 19 Abs. 3 KG vor, welcher festhält, dass die Kommission über eigene, vom Sekretariat unabhängige Kommissionsschreiber verfügt, welche bei der Entscheidungsfindung mit beratender Stimme mitwirken und die WEKO bei der Verfahrensführung unterstützen sowie weitere Aufgaben gemäss Geschäftsreglement erfüllen. Weiter enthält der Vorschlag des SAV einen neuen Art. 21 Abs. 3 KG, welcher den Grundsatz statuiert, dass die Wettbewerbskommission bei der Beratung ihrer Entscheide Vertreter des Sekretariats beiziehen kann, dass in diesem Fall aber auch die betroffenen Unternehmen bzw. deren Rechtsvertreter zu den Beratungen einzuladen sind. Der Vorschlag des SAV schlägt zudem eine Erhöhung der Pensen der WEKO-Mitglieder vor. Die Erhöhung der Pensen ist aufgrund der Stärkung durch die Gerichtsschreiber m.E. nicht zwingend erforderlich. Der Vorschlag ist über den Link in Fn. 7 hiervoor zugänglich. Der Autor dieses Aufsatzes ist Mitglied der Fachgruppe Kartellrecht des SAV und hat an der Stellungnahme des SAV mitgewirkt.
 - 18 Botschaft KG 2012 (Fn. 1), S. 3924. Der Vorschlag des Gerichtsschreibermodells wurde bereits in der Revision 2012 besprochen, aber zugunsten des weitergehenden Gerichtsmodells verworfen.