



Die verhandelte Strafe, einvernehmliche Regelung neben kartellrechtlicher Sanktion

MICHAEL TSCHUDIN

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission kann in kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren den involvierten Unternehmen einvernehmliche Regelungen vorschlagen. Dieses Instrument wurde in den letzten Jahren häufig auch in Verfahren betreffend sanktionsbedrohte Sachverhalte genutzt. Dies wirft die Frage auf, inwieweit eine kartellrechtliche Bestrafung Verhandlungen zwischen Behörde und Unternehmen ausschliesst. Neben der Erläuterung von praktischen Problemen kommt der Autor zu dem Ergebnis, dass sich insbesondere eine Verhandlung über die Höhe der Sanktionierung nicht auf eine gesetzliche Grundlage stützen lässt.

Le Secrétariat de la Commission de la concurrence peut, dans les procédures d'enquête menées d'après le droit des cartels, proposer aux entreprises concernées un accord amiable. Ces dernières années, cet instrument a souvent été utilisé dans des procédures concernant des faits susceptibles de sanctions. La question qui se pose est donc de savoir dans quelle mesure une sanction relevant du droit des cartels exclut des négociations entre autorité et entreprise. En plus d'expliquer les problèmes pratiques, l'auteur parvient à la conclusion que la négociation du montant de la sanction en particulier ne dispose d'aucune base légale.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. EVR im Sanktionsverfahren
- III. Verhandlungspartner
 - A. Wettbewerbsbehörden
 - B. Unternehmen
 - C. Mehrspurige Verfahren
 - D. Involvierte Interessen
 - E. Verhandlungsmacht
- IV. Verhandlungsspielraum
 - A. «Zugeständnisse»
 - B. Gesamtpaket
 - C. Rechtsmittelverzicht
 - D. «Sanktionskeule»
 - E. Mögliche Rechtsfolgen
- V. Fazit

I. Einleitung

Erachtet das Sekretariat der Wettbewerbskommission («Sekretariat») eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es gemäss Art. 29 Abs. 1 KG mit dem betroffenen Unternehmen eine einvernehmliche Regelung (nachfolgend: «EVR») über die Art und Weise ihrer Beseitigung schliessen. Nach dem Gesetzeswortlaut ist der Abschluss einer EVR ohne Feststellung der Wider-

rechtlichkeit der betreffenden Wettbewerbsbeschränkung möglich – ein begründeter Verdacht genügt bereits. Eine EVR ist anzustreben, wenn mit deren Abschluss das Verfahren verkürzt bzw. effizienter gestaltet werden kann¹. Die von einer Untersuchung betroffenen Unternehmen haben indes keinen Anspruch auf den Abschluss einer EVR. Der Entscheid über die Aufnahme von Verhandlungen über eine EVR steht im pflichtgemässen Ermessen des Sekretariats². Eine erfolgreich verhandelte EVR wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission («Weko»)³.

Unbürokratische Verhandlungen zwischen Unternehmen und Wettbewerbsbehörden sind grundsätzlich zu begrüssen. Insbesondere im Rahmen nicht strittiger Verwaltungsverfahren (ohne Sanktionsdrohung) erscheint die Bereinigung von kartellrechtlichen Unklarheiten mittels EVR effizient, dies auch deshalb, weil die Feststellung des Sachverhalts meist schwierig ist⁴. Zum einen betreffen kartellrechtliche Streitigkeiten oft ambivalente Verhaltensweisen. Zum anderen kann das Marktgeschehen häufig nicht leicht nachvollzogen, sondern nur indirekt mittels ökonomischer Modelle erklärt werden. Je weiter

MICHAEL TSCHUDIN, Dr. iur., Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber am Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II (Wirtschaftsverwaltungsrecht), St. Gallen.

Der Autor dankt Prof. PETER HETTICH und Dr. BEAT ZIRLICK herzlich für wertvolle Hinweise. Er gibt seine eigene Meinung wieder, die auch auf entsprechenden Erfahrungen als Rechtsanwalt und als Behördenmitarbeiter basiert.

¹ STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Fribourg 2002, 345; Botschaft zum KG 95, BBl 1995 I 602; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum KG, Basel 2010, N 6 zu Art. 29.

² Urteil des BGer vom 6. Februar 2007, 2A.430/2006, publiziert in RPW 2007/1, 129 ff., E. 6.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Juli 2012, B-1324/2010, E. 5.1.1.

³ Art. 29 Abs. 2 KG.

⁴ Vgl. BGE 139 I 72, E. 8.3.2, auch publiziert in RPW 2013/1, 114 ff.

diese Modelle von den wirklichen Gegebenheiten entfernt sind, desto weniger aussagekräftig sind ihre Ergebnisse in Bezug auf die Vergangenheit, die Gegenwart und erst recht in Bezug auf die Zukunft. Für ein behördlich (und somit einseitig) diktiertes Marktverhalten ist hingegen eine solide Informationsgrundlage erforderlich, welche, wie angesprochen, schwierig zu schaffen ist. Einen Ausweg aus diesem Dilemma kann eine zwischen Behörde und Unternehmen kooperativ ausgehandelte Lösung für die Zukunft bieten, zumal solche Lösungen auch bessere Resultate auf dem Markt bewirken können⁵. Im Kartellrecht bietet die EVR ein geeignetes Instrument für solche kooperative Lösungen. Neben der allenfalls besseren oder gleichwertigen Qualität einer behördlichen Intervention mittels EVR steht der Vorteil, damit auch den behördlichen Aufwand zu reduzieren.

Bei Verfahren betreffend sanktionsbedrohte Sachverhalte ist dagegen fraglich, wie gross der Spielraum für eine solche Kooperation ist. Dieser Frage geht vorliegender Beitrag nach, indem einige Problemfelder der EVR im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Sanktionen beleuchtet werden. Im Folgenden sollen zunächst die Besonderheiten von EVR bei Sanktionsverfahren dargestellt werden (Ziff. II.). Anschliessend werden die Verhandlungspartner und deren mögliche Interessen vorgestellt (Ziff. III.) sowie der Verhandlungsspielraum ausgelotet (Ziff. IV.).

II. EVR im Sanktionsverfahren

Inhalt einer EVR kann gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen sein. Die EVR richtet den Blick somit in die Zukunft. Zum einen sollen zukünftige Wettbewerbsbeschränkungen präventiv mittels EVR verhindert werden. Zum anderen soll den betroffenen Unternehmen eine möglichst konkrete Richtlinie an die Hand gegeben werden, wie sie sich zulässig verhalten dürfen. Die EVR kann sich dagegen nicht auf die Feststellung der Rechtslage erstrecken. Mit anderen Worten steht es den Parteien nicht frei, die Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung einvernehmlich zu regeln⁶. Immerhin kann die Frage der Zulässigkeit bei Untersuchungen betreffend nicht sanktio-

nierbare Verhaltensweisen offen gelassen und somit der Untersuchungsaufwand beträchtlich vermindert werden⁷.

Dem Vorteil der effizienten Verfahrensführung steht – auch im ordentlichen Verwaltungsverfahren ohne Sanktionsandrohung – jedoch das Risiko entgegen, dass heikle Sachverhalte nicht gründlich abgeklärt werden und somit allenfalls nicht ans Licht kommen. Wenn die Interessen der Behörde und des Unternehmens hinsichtlich eines möglichst raschen Abschlusses gleichläufig sind, können Verfahren praktisch ohne gerichtliche Kontrolle beendet werden. Zwar wird im Gesetz der Weko die Rolle als Kontrollinstanz zugedacht (vgl. Art. 29 Abs. 2 KG), ob sie diese in Anbetracht der aktuellen Behördenorganisation effektiv wahrnehmen kann, ist allerdings fraglich. Die (nach geltendem Recht) begrenzten Ressourcen der Weko werden wohl eher für vom Sekretariat erkannte Probleme eingesetzt. Dass die Weko aber dem einer EVR zugrundeliegenden Sachverhalt (noch) genauer als das Sekretariat selbst auf den Grund geht und so auf mögliche «blinde Flecken» der Untersuchung bzw. der EVR hinweisen kann, wäre zu viel verlangt.

Bei sanktionsbedrohten Verhaltensweisen verschärft sich dieses Problem insofern, als die Offizialmaxime und der Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 12 VwVG, Art. 6 StPO) ohne einschränkende gesetzliche Grundlage (vgl. etwa das abgekürzte Verfahren gemäss Art. 358 ff. StPO) grundsätzlich keine verhandelte Verfahrensbeendigung erlauben. Art. 29 KG bietet keine gesetzliche Grundlage für ein «plea bargaining»⁸. Das Bundesgericht hat in seinem kürzlich publizierten Entscheid betreffend Publigroupe zwar explizit offen gelassen, ob eine EVR über die Sanktionierung möglich sei⁹. Dies wird von der herrschenden Lehre jedoch zutreffend verneint¹⁰. Selbst

⁷ ZIRLICK/TAGMANN (FN 1), N 23 zu Art. 29.

⁸ Zum Begriff vgl. etwa ECKART BUEREN, Verständigung – Settlements in Kartellbussgeldverfahren, Diss. Baden-Baden 2011, 129 ff.

⁹ Urteil des BGer vom 29. Juni 2012, 2C.484/2010, E. 6.2.1, publiziert in RPW 2013/1, 114 ff.

¹⁰ ZIRLICK/TAGMANN (FN 1), N 32 ff. zu Art. 29; DAVID ET AL. (FN 6), Rz. 1322; ROMINA CARCAGNI, in: Baker & McKenzie, Stämpfli Handkommentar zum KG, Bern 2007, N 7 zu Art. 29; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, 3. A., Zürich 2011, N 4 zu Art. 29; ROGER ZÄCH/CHRISTOPH TAGMANN, Die einvernehmliche Streitbeilegung von Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen Kartellrecht, in: Eugen Bucher et al. (Hrsg.), Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern 2005, 1007 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, Diss. Bern 2007, 567; WALTER STOFFEL, Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, 11; ROLF WEBER/SALIM RIZVI, Submissionskartell, in: Jusletter 1. Februar 2010, Rz. 38; MARTIN RAUBER, Vertei-

⁵ Vgl. PETER HETTICH, Kooperative Risikosteuerung, Zürich 2013 (im Erscheinen).

⁶ Statt aller PATRIK DUCREY/BENOÎT CARRON, in: CR Concurrence, Basel 2013, N 7 zu Art. 29; LUCAS DAVID ET AL., in: SIWR I/2, Basel 2011, Rz. 1319.

die einzige vom Bundesgericht zitierte Lehrmeinung für die Zulässigkeit einer EVR über die Sanktion spricht ein «plea bargaining» nur unter Hinweis auf die sogenannte Bonusmeldung an (Art. 49a Abs. 2 KG)¹¹.

Nach der vorliegend vertretenen Auffassung bedarf ein der schweizerischen Rechtskultur grundsätzlich fremder Handel über strafrechtlich relevante Sachverhalte und Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter einer klaren gesetzlichen Regelung mit entsprechenden Kontrollmechanismen¹². Dies gilt auch bei einem für das involvierte Unternehmen günstigen Ausgang. Die Wettbewerbsbehörden haben bei sanktionsbedrohten Sachverhalten die Pflicht, die Strafhoheit des Staates wahrzunehmen; sie trifft also ein Verfolgungszwang (vgl. Art. 7 Abs. 1 StPO)¹³.

Somit sind EVR danach zu differenzieren, ob ein sanktionsbedrohter Sachverhalt zur Diskussion steht oder nicht. Bei der Untersuchung von sanktionsbedrohten Sachverhalten kann das Verfahren mit der Genehmigung der EVR durch die Weko nicht abgeschlossen werden. Neben der Genehmigung muss auch über die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung und eine allfällige Sanktionierung befunden werden. Dies erfordert eine genaue Abklärung des Sachverhalts und eine Entscheidung über die rechtliche Qualifikation des untersuchten Verhaltens¹⁴. Die pragmatische und bei Sachverhalten ohne Sanktionsmöglichkeit zulässige Vorgehensweise, bei der die Frage nach der Unzulässigkeit letztlich offengelassen wird, kann bei sanktionsbedrohten Sachverhalten nicht greifen¹⁵.

Sobald Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter im Raum stehen, muss zudem das Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 EMRK beachtet werden¹⁶. Demzu-

folge sind an die Verhandlungen von EVR im Vergleich zum ordentlichen Verwaltungsverfahren (ohne Sanktion) erhöhte Anforderungen zu stellen. Insbesondere bei informellen Treffen zwischen der Behörde und einem Dritten könnte allenfalls das Recht der involvierten Unternehmen auf ein faires Verfahren verletzt werden. Diese Gefahr würde durch eine möglicherweise intransparente Kommunikation noch verstärkt, wenn z.B. unklar ist, wer sich mit wem und wann trifft, und was der wesentliche Inhalt oder zumindest die Themen des jeweiligen Gespräches sind. Die EVR unterscheidet sich daher nicht nur in Bezug auf den Inhalt und den Fortgang des Verfahrens, sondern auch hinsichtlich der Art der Verhandlungsführung je nachdem, ob Sanktionen ausgesprochen werden können oder nicht.

Vor dem Hintergrund der dargelegten Überlegungen kommt der EVR im Sanktionsverfahren die Rolle einer in die Zukunft gerichteten verbindlichen Leitlinie zu (mit Sanktionsdrohung im Widerhandlungsfall), die allfällige Rechtsunsicherheiten allgemein vermindern und für das involvierte Unternehmen im besten Fall beseitigen soll. Eine Beschleunigung des Verfahrens kann zwar ein willkommener Nebeneffekt der EVR sein. In Sanktionsverfahren sollte die Verfahrenseffizienz aber nicht das primäre Ziel dieses Instruments darstellen. Eine EVR kann auch lediglich die Regelung des Verhaltens beispielsweise eines marktbeherrschenden Unternehmens während eines unstrittigen Verfahrens vor den Wettbewerbsbehörden und anschliessend im strittigen Verfahren vor den Rechtsmittelbehörden beinhalten. So verstanden ist die EVR ein subsidiäres Instrument, welches das Verfahren nicht faktisch abschliesst, sondern für die Zukunft bzw. zumindest für die Dauer des Verfahrens möglichst klare Verhältnisse schafft. Die allenfalls zu sanktionierende, in der Vergangenheit liegenden Verhaltensweise wird dagegen in der EVR nicht geregelt.

Selbst wenn damit der Aufwand der Wettbewerbsbehörden für den zu beurteilenden Sachverhalt kaum reduziert würde, profitieren langfristig auch die Behörden von einer entsprechenden Regelung. Würden beispielsweise marktbeherrschende Unternehmen, die mehrfach in den Fokus der Wettbewerbsbehörden geraten, mit dem Sekretariat konstruktiv an einvernehmlichen Lösungen arbeiten, könnten auf allen Seiten Ressourcen gespart werden¹⁷.

digungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung des «legal privilege», Diss. Zürich 2010, 27; auch CHRISTOPH TAGMANN, Entscheidbesprechung zum Bundesgerichtsurteil i.S. Publigroupe, in: AJP/PJA 3/2013, 466, spricht von einer einzigen (Minderheits-) Meinung diesbezüglich.

¹¹ PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Geiser et al. (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX, Basel 2005, Rz. 12.87.

¹² Anders wird dies in Deutschland gesehen, wo offenbar das Legalitätsprinzip hinsichtlich verwaltungsrechtlichen Ordnungswidrigkeiten nicht angewandt wird: vgl. CHRISTOF VOLLMER, Settlement in German competition law, in: E.C.L.R. 7/2011, 351.

¹³ Vgl. dazu auch den Hinweis von DAVID ET AL. (FN 6), Rz 1322, wonach EVR im Konflikt mit dem Untersuchungsgrundsatz stehen.

¹⁴ ZIRLICK/TAGMANN (FN 1), N 55 zu Art. 29; vgl. auch KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER (FN 11), Rz. 12.87.

¹⁵ ZÄCH/TAGMANN (FN 10), 1007; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Diss. Basel 2013, Rz. 185.

¹⁶ Vgl. BGE 139 I 72, E. 2.2.2, auch publiziert in RPW 2013/1, 114 ff., welches offenbar nicht zwischen strafrechtlichem und «strafrechtsähnlichem» Charakter unterscheidet..

¹⁷ Ein Beispiel aus der EU: Die Preisgestaltung (bzw. die Rabattpolitik) von Michelin wurde zweimal untersucht. Falls es für Michelin nach dem ersten Fall klar gewesen wäre, wie es ihre Preise und Preisnachlässe berechnen durfte, wäre kaum ein zweiter Fall mit ähnlichem Gegenstand erforderlich gewesen. Vgl. EuGH,

III. Verhandlungspartner

A. Wettbewerbsbehörden

Behördenseitig ist das Sekretariat der Verhandlungspartner der Unternehmen. Eine unter der Führung des Sekretariats ausgehandelte EVR wird anschliessend der Weko zur Genehmigung vorgelegt. Diese Situation bringt es mit sich, dass die Verhandlungsführer keine definitive Lösung erarbeiten können, sondern sozusagen im «Schatten» der Genehmigungsbehörde agieren müssen. Aus Unternehmenssicht wäre daher sicher eine direkte Verhandlung mit dem Entscheidungsträger wünschenswert. Ein sinnvoller Beitrag der Weko bei der Verhandlung von EVR würde jedoch eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem entsprechenden Fall und eine Würdigung der bisherigen Untersuchung erfordern. Dadurch würde die Möglichkeit geschaffen, dass sich die Weko aktiv in die Untersuchung einbringt. Ein Beitrag der Weko im Rahmen der Verhandlungen zu EVR würde die oft kritisierte mangelnde Unterscheidung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde¹⁸ allerdings noch verstärken. Daher ist es folgerichtig, die Kompetenz zur Verhandlung von EVR alleine beim Sekretariat zu belassen¹⁹.

B. Unternehmen

Die Verhandlungssituation der Unternehmen hängt mitunter davon ab, ob ein Unternehmen allein in ein Verfahren involviert ist oder mehrere Unternehmen betroffen sind. Falls mehrere Unternehmen beteiligt sind, stellt sich die Frage, ob das Sekretariat die Verhandlungen mit den verschiedenen Unternehmen individuell und unabhängig voneinander führen soll. Dies wäre beispielsweise angezeigt, wenn unterschiedliche Verhaltensweisen analysiert werden, welche nur deshalb zusammen in einem Verfahren geprüft werden, weil sie auf dem gleichen oder einem ähnlichen relevanten Markt erfolgen. Wenn dagegen dasselbe Verhalten (z.B. ein Kartell) untersucht wird und kein Interessenskonflikt zwischen den Unternehmen besteht, kann sich auch die Benennung eines gemeinsamen Vertreters für alle oder zumindest mehrere Unternehmen rechtfertigen. Daraus ergeben sich allerdings verschiedene ver-

handlungstaktische Konsequenzen. Unternehmen werden in einer gemeinsamen Verhandlung praktisch dazu gezwungen, sich «zusammenzurufen», was ihre Verhandlungsmacht allenfalls stärken könnte. Insbesondere falls eine sogenannte Bonusmeldung noch möglich wäre bzw. aufgrund der konkreten Situation sogar sinnvoll erscheinen würde, könnte die Kommunikation zwischen den betroffenen Unternehmen den Anreiz für eine Selbstanzeige reduzieren. Die Bonusregelung lebt gerade davon, dass die Unternehmen nicht genau wissen, wie sich andere Unternehmen verhalten²⁰. Darüber hinaus bedingt die gemeinsame Verhandlung der Unternehmen gegenüber der Behörde die Entscheidungsfindung innerhalb der betroffenen Unternehmen. So ist nicht ausgeschlossen, dass ein Unternehmen, welches kaum oder weniger als die anderen Unternehmen an einer EVR interessiert ist, ein faktisches Vetorecht gegenüber den anderen involvierten Unternehmen erhält. Dies stellt, soweit ersichtlich, keine besonderen Probleme an das Verfahren. Immerhin muss sich das Sekretariat bewusst sein, dass eine entsprechende Verhandlungsführung (geheime) Abmachungen zwischen den Unternehmen begünstigt bzw. gar erforderlich macht.

C. Mehrspurige Verfahren

Individuelle Verhandlungen mit verschiedenen Unternehmen sind grundsätzlich möglich²¹. Je nach Verhandlungsergebnis kann das Verfahren in verschiedenen Spuren weitergeführt werden. Hierbei sind Wechselwirkungen zwischen den individuellen Verhandlungen denkbar. Beispielsweise kann ein Unternehmen im Rahmen der Verhandlungen von sich aus gewisse Aussagen über den relevanten Sachverhalt machen, wie etwa Behauptungen, Anschuldigung oder Geständnisse. Die Beweiskraft solcher Aussagen ist analog einer Erklärung innerhalb einer Selbstanzeige zu bewerten. Aussagen von Unternehmen können als Indizien gegen andere Unternehmen verwendet werden. Falls diese jedoch bestritten werden, kann das erforderliche Beweismass regelmässig kaum allein durch solche Aussagen erreicht werden²².

9.11.1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, *Michelin I*; EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, Slg. 2003-II, *Michelin II*.

¹⁸ Vgl. etwa CARL BAUDENBACHER, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes vom 31. August 2008, elektronisch erhältlich unter <www.weko.admin.ch>, 21–24.

¹⁹ Vgl. auch Nachweise in FN 2.

²⁰ Das Modell des Gefangenendilemmas funktioniert nur, wenn die Gefangenen nicht mit einander sprechen können. Vgl. dazu GUNNAR NIELS/HELEN JENKINS/JAMES KAVANAGH, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford 2011, 145–147.

²¹ Vgl. RPW 2010/4, 717 ff., Rz. 160; vgl. auch SIMON HIRSBRUNNER, *Settlements in EU-Kartellverfahren*, in: EuZW 1/2011, 15 f.

²² Vgl. EuG 8.7.2004, Slg. 2004, II-2501, Rz. 219, «*JFE Engineering*»; EuGH 19.7.2012, C-264/11, Rz. 50; GERHARD DANNECKER/JÖRG BIERMANN, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 5. A., München 2012, Rz. 71 zu Vor Art. 23 VO 1/2003; vgl. zur Diskus-

Ferner sind Effekte aus der Verhandlungsführung eines nicht kooperativen Unternehmens auf ein mittels EVR gebundenes Unternehmen denkbar. Werden aufgrund des Verhaltens des nicht kooperativen Unternehmens oder während des Rechtsmittelverfahrens weitere Abklärungen des Sekretariats erforderlich, durch welche sämtliche betroffenen Unternehmen entlastet werden, stellt sich die Frage der Wirkung der EVR bzw. der entsprechenden Genehmigungsverfügung. Grundsätzlich bleiben die Pflichten aus der EVR bestehen. Die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums, wonach die betreffende EVR unter der Annahme der Unzulässigkeit des untersuchten Verhaltens getroffen wurde, kann nur in den seltensten Fällen durchdringen. Schliesslich ist die Unklarheit der Rechtslage gerade der Auslöser von Verhandlungen über eine EVR. Dagegen wäre fraglich, ob ein Verstoß gegen die Genehmigungsverfügung gemäss Art. 50 KG verfolgt werden könnte, wenn der einer EVR zugrundeliegende Sachverhalt von einer Rechtsmittelinstanz als zulässig erkannt wird. Insbesondere wäre das öffentliche Interesse an einer Verfolgung zu prüfen, wenn ein mit EVR geregelter Verdacht im Nachhinein im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens ausgeräumt würde²³. Um solche Probleme zu vermeiden, könnten EVR unter der resolutiven Bedingung geschlossen werden, dass keine wesentlichen neuen Sachverhaltselemente auftauchen, oder die Zulässigkeit des geregelten Verhaltens von einer Rechtsmittelinstanz festgestellt wird²⁴.

D. Involvierte Interessen

Worin besteht nun das Interesse des Sekretariats am Abschluss einer EVR? Dies liegt bei der Untersuchung von sanktionsbedrohten Sachverhalten nicht auf der Hand, weil die Frage der Zulässigkeit der Wettbewerbsbeschrän-

kung von der Weko ohnehin beantwortet werden muss. Tatsächlich kann eine EVR die Arbeit des Sekretariats kaum erleichtern, wenn es den Sachverhalt trotzdem detailliert abklären und die Argumente für und wider das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung abwägen muss. Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass das Sekretariat grundsätzlich die Möglichkeiten einer EVR auszuloten hat, soweit das betroffene Unternehmen dazu seine Bereitschaft erkennen lässt²⁵. Dieser Grundsatz gilt auch bei Sanktionsverfahren.

Obwohl dabei regelmässig keine Verfahrensabkürzung erreicht werden sollte – die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung kann hier nicht offen gelassen werden –, ist die EVR ein geeignetes Mittel, zukünftige Verstöße gegen das Kartellgesetz präventiv zu verhindern. Ausserdem kann der Aufwand des Sekretariats beispielsweise verringert werden, wenn das Verfahrensziel des betroffenen Unternehmens mit Abschluss des EVR bereits erreicht ist bzw. wenn sich aufgrund einer Kosten-Nutzen-Rechnung weitere (anwaltliche) Bemühungen nicht lohnen. So kann ein betroffenes Unternehmen auf eine detaillierte und umfangreiche Stellungnahme zum Verfügungsentwurf des Sekretariats verzichten und somit auch dem Sekretariat Arbeit ersparen. Bei Sanktionsverfahren kommt dies nur dann vor, wenn die anvisierte Sanktion dem Unternehmen bekannt ist und unterhalb seiner «Schmerzgrenze» liegt. Weiter ist es möglich, dass aufgrund der EVR eine Beschwerde gegen den Genehmigungsentscheid der Weko als unwahrscheinlich erscheint. Durch den Wegfall des Beschwerdeverfahrens (und somit weiteren Schriftenwechsels) kann das Sekretariat entlastet werden. Aus taktischen Überlegungen wäre auch eine Reduktion der Abklärungstiefe und der Begründungsdichte denkbar. Wenn die Weko davon ausgeht, dass ihr Entscheid nicht angefochten wird, steckt sie auch weniger Energie in eine fundierte Begründung, als wenn eine Beschwerde gegen die noch zu erarbeitende Verfügung schon im Voraus praktisch feststeht²⁶.

Für die betroffenen Unternehmen steht dagegen die mögliche Bussenreduktion im Zentrum der Motivation für den Abschluss einer EVR. Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, dass eine Sanktionsreduktion (ausserhalb der Bonusregelung) infolge Kooperation grundsätzlich unter 50 % liegen dürfte. Zudem verwies es auf TAGMANN,

sion in der Lehre zum EU-Verfahren HIRSBRUNNER (FN 21), 15; ROMINA POLLEY/SILKE HEINZ, Settlement bei der Europäischen Kommission und beim Bundeskartellamt – ein Praxisvergleich, WuW 1/2012, 23; vgl. CHRISTOF VÖLLMER (FN 12), 354 f.

²³ Die Rechtmässigkeit der Verfügung, gegen die ein Verfügungsadressat verstossen hat, wird im Verfahren gemäss Art. 50 zwar grundsätzlich nicht überprüft (vgl. etwa ZÄCH/TAGMANN [FN 10], 1001). Wenn die Unzulässigkeit einer konkreten Verfügung dagegen in Bezug auf ein Unternehmen rechtskräftig festgestellt wurde, wäre eine Verfolgung eines zweiten Verfügungsadressaten aufgrund eines Verstosses derselben Verfügung wohl vom öffentlichen Interesse nicht gedeckt.

²⁴ Die Wettbewerbsbehörden könnten sich jedoch nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht auf den Standpunkt stellen, die EVR sei infolge neuer Sachverhaltselemente ungültig, weshalb in der Konsequenz auch dasjenige Verhalten sanktionsbedroht sei, welches mit der EVR übereingestimmt hat.

²⁵ Vgl. Nachweise in FN 1.

²⁶ Vgl. Verfügung der Weko vom 10. Dezember 2012 i.S. Abrede im Speditionsbereich, elektronisch erhältlich auf <www.weko.admin.ch>, Rz. 2; BUEREN (FN 8), 174–176, diskutiert das allfällige Interesse der EU-Kommission an möglichst vielen und hohen Sanktionsentscheidungen.

der eine Reduktion von bis zum 40% als angemessen erachtet²⁷. Die Kooperationsbereitschaft wird als mildern-der Umstand gemäss Art. 6 SVKG gewertet. Weiter sind insbesondere Unternehmen, die sich einem Vorwurf betreffend ihr Vertriebssystem oder einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ausgesetzt sehen, an einer konkreten Lösung interessiert. Eine EVR kann einen gewichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit des betroffenen Unternehmens leisten, wenn in dieser konkrete Leitlinien für das Verhalten aufgestellt werden²⁸. Beachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass diese Leitlinien bzw. der Inhalt der EVR kooperativ erarbeitet werden können. Somit besteht für das betroffene Unternehmen die Möglichkeit, einen gewissen Einfluss auf das Regelungsobjekt und den Konkretisierungsgrad zu nehmen²⁹. Nicht zu unterschätzen ist schliesslich die Kostenersparnis der Unternehmen in Bezug auf die Verfahrensführung. Nicht nur behörden-seitig können EVR zu einer Minimierung des Aufwands führen. Dies gilt ebenfalls für die involvierten Unternehmen. Die mit der EVR erreichte Rechtssicherheit für die Zukunft kann es aus unternehmerischer Sicht rechtfertigen, den Rechtsmittelweg nicht zu beschreiten oder zumindest dafür nicht einen ganzen Anwaltsstab zu beschäftigen.

E. Verhandlungsmacht

Die Verhandlungsmacht des Sekretariats ist sicherlich grösser als diejenige der involvierten Unternehmen. Das Sekretariat sitzt im «driver seat» und leitet die Verhandlungen. Ausserdem finden die Verhandlungen immer unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Weko statt. Das Sekretariat hat einen besseren Zugang zur Weko und verfügt naturgemäss über einen grösseren Erfahrungsschatz hinsichtlich der Kriterien der Weko für die Erteilung einer Genehmigung.

Demgegenüber steht der Informationsvorsprung der betroffenen Unternehmen bezüglich des Sachverhalts. Die Unternehmen können regelmässig besser abschätzen,

welche Risiken mit der Fortführung der Untersuchung verbunden sind. Auch wenn das Sekretariat den Sachverhalt grundsätzlich vollständig abzuklären hat, ist es naheliegend, dass sich das Sekretariat nach Abschluss einer EVR mit der Untersuchung einer bereits bekannten Verhaltensweise begnügt und das Verfahren nicht auf weitere Sachverhalte ausweitet. Dies darf auch deshalb angenommen werden, weil mit einer Ausweitung der Untersuchung auch die für die Aushandlung der EVR erforderliche Vertrauensbasis gefährdet würde. Insbesondere in dem Fall, dass keine Hausdurchsuchung durchgeführt wird, können die Unternehmen regelmässig besser abschätzen, welche kartellrechtlichen Risiken für sie insgesamt verbleiben. Das Sekretariat hingegen kann nur mutmassen, was zusätzliche Abklärungen tatsächlicher Art ans Licht bringen könnten. Falls das betroffene Unternehmen aufgrund von weiteren «Leichen im Keller» stark an einer EVR interessiert wäre und geschickt verhandelt, könnte die Behörde die Verhandlungsbereitschaft des Unternehmens unterschätzen und in gewissen Punkten eher nachgeben, als sie dies tun würde, wenn ihr sämtliche kartellrechtlich heiklen Aspekte bekannt wären. Informationsasymmetrien stehen somit einer optimalen Verhandlungslösung entgegen³⁰.

Schliesslich sind die gemäss Art. 49a Abs. 1 KG relevanten Umsätze für die Ausgangslage der Verhandlung entscheidend. Wenn aus entsprechenden Umsätzen eine geringfügige Busse resultieren sollte, ist eine EVR eher leicht zu bewerkstelligen. Bei hoch angesetzten Sanktionsrahmen hingegen ist einerseits die Streitfreudigkeit höher. Andererseits fällt jedoch auch eine Reduktion aufgrund von mildernden Umständen stärker ins Gewicht. Somit kommt es auf den Einzelfall und die entsprechende Einschätzung der Verhandlungsparteien an. Hierbei können beispielsweise auch Reputationsrisiken infolge desselben Vorfalles von verschiedenen unternehmerischen Entscheidungsträgern unterschiedlich beurteilt werden.

IV. Verhandlungsspielraum

Wie bereits festgehalten wurde, ist die Sanktionierung nicht mittels EVR verhandelbar³¹. Trotzdem geht das Sekretariat offenbar davon aus, dass eine EVR nur dann von der Unternehmensseite akzeptiert werden wird, wenn zumindest der Sanktionsrahmen während der Verhandlungen zur EVR bzw. in den Vorbemerkungen derselben

²⁷ Urteil des BVGer vom 27. April 2010, B-2977-2007, E. 8.3.6, mit Hinweis auf CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, Diss. Zürich 2007, 11; zustimmend ZIRLICK/TAGMANN (FN 1), N 52 zu Art. 29; SAMUEL HOWALD, Einvernehmliche Regelung bei sanktionsbedrohten Verhaltensweisen im schweizerischen Kartellrecht, *sic!* 2012, 708-710; DAVID ET AL. (FN 6), Rz. 1321.

²⁸ CARCAGNI (FN 10), N 7 zu Art. 29.

²⁹ Vgl. ROLAND VON BÜREN, Einvernehmliche Erledigung von Wettbewerbsstreitigkeiten, in: Roger Zäch (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht, Revision und Praxis, Zürich 2002, 79; ZIRLICK/TAGMANN (FN 1), N 45 f. zu Art. 29.

³⁰ BUEREN (FN 8), 203 ff.

³¹ Vgl. vorne Ziff. II.

kommuniziert wird³². In der Praxis der Wettbewerbsbehörden wird demgemäss die Sanktionierung vor Abschluss einer EVR thematisiert.

A. «Zugeständnisse»

Zunächst ist festzuhalten, dass eine EVR grundsätzlich kein Geständnis hinsichtlich der untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen erfordert³³. Auch weniger weit reichende Zugeständnisse in Bezug auf den vorgeworfenen Sachverhalt gehören grundsätzlich nicht in eine EVR. Zum einen genügt bereits ein begründeter Verdacht des Sekretariats für den Abschluss einer EVR. Zum anderen wird mit der EVR bzw. deren Genehmigung durch die Weko das Verfahren bei sanktionsbedrohten Sachverhalten gerade nicht abgeschlossen³⁴. Die EVR genügt nie als alleinige Grundlage für eine Sanktionierung. Ausserdem kann von den Unternehmen im Rahmen einer EVR sicherlich nicht mehr verlangt werden als bei einer Selbstanzeige, die eine viel grössere potentielle Sanktionsreduktion auslöst und trotzdem lediglich eine Übermittlung von Informationen und Beweismitteln voraussetzt³⁵. Schliesslich würde das Erfordernis von Zugeständnissen in Bezug auf den Sachverhalt den Anreiz für Unternehmen in Bezug auf den Abschluss einer EVR beträchtlich reduzieren. Würde eine EVR beispielsweise als implizites Eingeständnis betreffend die vorgeworfene Vorfälle aufgefasst, folgte hieraus eine offene Flanke der Unternehmen hinsichtlich möglicher (auch ausländischer) Zivilprozesse³⁶. Im schlimmsten Fall könnten solche Aussagen auch in einem Strafverfahren gegen natürliche Personen verwendet werden, zumal beispielsweise ein Submissionskartell zumindest theoretisch in den Anwendungsbereich eines Betrugstatbestandes von Art. 146 StGB fallen könnte³⁷.

Auch wenn eine EVR in die Zukunft gerichtet ist, sind im Einzelfall Rückschlüsse auf den untersuchten Sachverhalt vorstellbar. Besonders deutlich wird dies bei denjenigen EVR, die kein positives Tun als Leitlinie für die Zukunft enthalten, sondern schlicht ein Verbot festhalten. In der Vergangenheit enthielten beispielsweise einige EVR die Verpflichtung, nach Art. 5 Abs. 3 KG verbotene konkrete Verhaltensweise (sog. «harte Kartelle») zukünftig zu unterlassen³⁸. Das Verbot von harten Kartellen verlangt jedoch in den seltensten Fällen eine konkrete Handlungsanweisung, wie zukünftig eine Wettbewerbsbeschränkung beseitigt werden soll. Sobald eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG als unzulässig qualifiziert wird, genügt es meist, die als unzulässig erkannte Abrede zu unterlassen. Die entsprechende Sanktionsverfügung enthält zudem eine Begründung, welche Verhaltensweise genau unzulässig und daher zu unterlassen ist. Deshalb gibt es für die betroffenen Unternehmen kaum Zweifel darüber, wie sie ihre Geschäfte in Zukunft legal führen dürfen. Somit ist nicht ersichtlich, worin der Regelungsbedarf einer EVR bei harten Kartellen bestehen soll³⁹. Daher sind in solchen Verfahren allfällige Rückschlüsse auf das Sanktionsverfahren zu prüfen.

Beispielsweise eine Unterlassungserklärung könnte als implizite Anerkennung dafür gewertet werden, dass sich das Unternehmen in der Vergangenheit nicht kartellrechtskonform verhalten hat. Das Bundesverwaltungsgericht liess sich von dieser Argumentation in den Fällen Flughafen Zürich und Publigroupe leiten⁴⁰. Daraus lässt sich aber meines Erachtens keine verallgemeinerungsfähige Regel ableiten, wonach eine EVR immer als ein Zugeständnis interpretiert werden kann. Ein Zugeständnis sollte nur dann angenommen werden, wenn die EVR für das Unternehmen praktisch einzig hinsichtlich einer Sanktionsreduktion sinnvoll erscheint, und der vorgeworfene Sachverhalt zumindest implizit unbestritten bleibt. Insbesondere im Rahmen der Missbrauchskontrolle marktbeherrschender Unternehmen dürften im Normalfall gewichtige Unklarheiten in Bezug auf den Sachverhalt (z.B. relevante Marktdaten) und das anwendbare Recht

³² So auch ZIRLICK/TAGMANN (FN 1), N 36 zu Art. 29.

³³ Anders in der EU: Vgl. Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, 2008/C 167/01, Rz. 20 a); HIRSBRUNNER (FN 21), 13 f.; POLLEY/HEINZ (FN 22), 22; vgl. zur Rechtslage in Deutschland: VOLLMER (FN 12), 352.

³⁴ Vgl. vorne Ziff. II.

³⁵ Vgl. Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 SVKG; Die Weko vertritt dagegen sinngemäss die Ansicht, dass mit der Selbstanzeige zumindest die Anwendbarkeit des KG eingestanden wird. Vgl. dazu RPW 2011/4, 529 ff., Rz. 341 f.

³⁶ ZIRLICK/TAGMANN (FN 1), N 54 zu Art. 29; POLLEY/HEINZ (FN 22), 21; ULRICH SOLTÉSZ/CHRISTIAN VON KÖCKRITZ, EU cartel settlements in practis – the future of EU cartel law enforcement?, E.C.L.R. 5/2011, 263.

³⁷ CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Diss. Zürich 2008, 118 ff., der aber insbesondere auf das Problem des Nachweises eines Vermögensschadens hinweist, 189.

³⁸ Verfügung der Weko vom 10. Dezember 2012 i.S. Abrede im Speditionsbereich, elektronisch erhältlich auf <www.weko.admin.ch>, Rz. 276, Vereinbarungen 1)–2); RPW 2012/4, 820 ff., Rz. 171, betr. IFPI Vereinbarung 1)–2); RPW 2010/4, 717 ff., Rz. 159, Vereinbarung 1)–4); RPW 2012/3, 615 ff., Dispositiv Ziff. 2.

³⁹ ZIMMERLI (FN 10), 569 f.; vgl. DUCREY/CARRON (FN 6), N 21 zu Art. 29; ausgenommen davon sind Spezialfälle wie Einkaufsgemeinschaften, F&E-Kooperationen, Arbeitsgemeinschaften usw.

⁴⁰ Urteil des BVGer vom 3.10.2007, B-2157/2006, RPW 2007/4, 653 ff., E. 3.3.2; Urteil des BVGer vom 27.4.2010, B-2977/2007, RPW 2010/2, 329 ff., E. 7.3.4.

(vgl. die verschiedenen unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 7 KG) bestehen, weshalb sich eine EVR aufdrängen kann. Daraus folgt dagegen regelmässig keine Anerkennung eines Missbrauchs. Vielmehr steht das Interesse des Unternehmens im Vordergrund, zukünftig weitere Verfahren zu vermeiden. Aufgrund dieser Überlegungen sollte ein implizites Zugeständnis infolge einer EVR jedenfalls nur mit äusserster Zurückhaltung unterstellt werden⁴¹.

Trotzdem steht es einem Unternehmen natürlich frei, gewisse Zugeständnisse zu machen. Im Umgang mit dem Sekretariat kann es sich durchaus auszahlen, mit offenen Karten zu spielen. Dadurch wird die Kooperationsbereitschaft unterstrichen. Weiter können Zugeständnisse in Bezug auf den Sachverhalt auch die weitere Verfahrensführung beeinflussen. Sieht sich die Behörde einem relativ klaren Sachverhalt gegenüber, und bestehen keine weiteren Verdachtsmomente, drängen sich weitere Untersuchungsmassnahmen allenfalls weniger auf. Verbleibt dagegen der Eindruck, das betroffene Unternehmen halte wesentliche Informationen zurück, kann dies weitere Abklärungen rechtfertigen. Je überzeugender und umfassender die «Zugeständnisse» sind, desto weniger ist eine Überprüfung des entsprechenden Sachverhalts angezeigt. Ein Zugeständnis hinsichtlich des Sachverhalts kann als ein gewichtiges (jedoch nicht alleiniges) Indiz für den Entscheid über die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung dienen. Folglich kann damit auch die Verfahrensdauer verkürzt werden. Das Beweismass und die Kognition in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren werden dabei nicht vermindert⁴².

Überdies kann das betroffene Unternehmen damit rechnen, dass die für das Unternehmen oftmals unangenehme Begründung des Entscheids der Weko bei einem Geständnis in der Regel kürzer ausfällt. Ohne zugestehende Aussagen muss nicht nur vertiefter untersucht, sondern der Entscheid auch detaillierter begründet werden.

Der Anreiz für Zugeständnisse hängt schliesslich im Wesentlichen davon ab, wie gross die Erfolgchancen einer allfälligen Beschwerde ohne den Abschluss einer EVR beurteilt werden. Wenn sich verschiedene schwierige Fragen tatsächlicher oder rechtlicher Art stellen, wird ein Unternehmen oft besser beraten sein, keine weitreichenden Zugeständnisse zu machen.

Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden könnte mit der EVR der Entscheid der Weko abgesichert werden, indem

die Gefahr einer Beschwerde durch gewisse Zugeständnisse und einen Rechtsmittelverzicht reduziert werden sollte⁴³. Dies kann als Erklärung dafür dienen, dass gewisse EVR simple Unterlassungsverpflichtungen beinhalten. Vorsicht ist dabei geboten, wenn Zugeständnisse von Unternehmen ihrerseits wiederum an ein Entgegenkommen der Wettbewerbsbehörden in Bezug auf die Sanktionierung geknüpft werden. Auch wenn Zugeständnisse der Unternehmen unter dem Titel Kooperationsbereitschaft sanktionsmindernd zu berücksichtigen sind, darf doch eine solche Reduktion niemals verhandelt werden.

B. Gesamtpaket

Das Institut der EVR wurde bisher auch dazu verwendet, neben der Regelung der Zukunft auch Sanktionsverfahren zu einem raschen Abschluss zu bringen. Die durch eine EVR bewiesene Kooperationsbereitschaft der involvierten Unternehmen kann zwar als mildernder Grund berücksichtigt werden und somit die Sanktionszumessung beeinflussen. Eine darüber hinaus führende direkte Verhandlung über die Sanktion ist indessen, wie bereits aufgezeigt, unzulässig⁴⁴. Dennoch wird üblicherweise der vom Sekretariat anvisierte Sanktionsrahmen in die Vorbemerkungen der EVR aufgenommen⁴⁵. Die in dieser Weise verwendete EVR waren somit Ausdruck eines «Gesamtpakets», das auch die Sanktion zumindest indirekt betraf.

Ein solches Gesamtpaket steht auf den ersten Blick – und ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls – im Widerspruch zur Unverhandelbarkeit der Sanktion. Die EVR wird mit der Kommunikation des Sanktionsrahmens verknüpft. Dies ist nicht zuletzt deshalb problematisch, weil der Anschein erweckt wird, die Unternehmen könnten bei der Sanktion mitreden. Ein relativ enger Sanktionsrahmen kann diesen Eindruck noch verstärken. Ein allfälliger Verdacht, der Sanktionsrahmen diene lediglich als Feigenblatt, um einen Deal zwischen Sekretariat und dem betroffenen Unternehmen zu kaschieren, sollte jedenfalls tunlichst vermieden werden.

Die Kommunikation der Verhandlungspartner hinsichtlich Sanktionierung lässt sich aus praktischer Sicht dennoch kaum einschränken. So kann das Sekretariat

⁴¹ Kritisch ebenfalls ZIRLICK/TAGMANN (FN 1), N 54 zu Art. 29; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Eric Homburger et al. (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich zweite Lieferung 1997, N 20 zu Art. 29; HOWALD (FN 27), 710.

⁴² Zustimmung für das EU-Recht BUEREN (FN 8), 808 f.

⁴³ Vgl. dazu KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER (FN 11), Rz. 12.90; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, Rz. 995.

⁴⁴ Vgl. vorne Ziff. II.

⁴⁵ Vgl. Verfügung der Weko vom 10. Dezember 2012 i.S. Abrede im Speditionsbereich, elektronisch erhältlich auf <www.weko.admin.ch>, Rz. 276, Vorbemerkungen d); RPW 2012/4, 820 ff., Rz. 171, Vorbemerkungen c); RPW 2010/4, 717 ff., Rz. 159, Vorbemerkungen 2. Absatz.

seine unverbindliche Berechnung der Sanktion offenlegen⁴⁶. Ebenso kann dem involvierten Unternehmen nicht verboten werden, seine Schmerzgrenze hinsichtlich einer Sanktionierung bekanntzugeben. Auf eine Verhandlung über die Sanktion hingegen dürfen sich die Wettbewerbsbehörden nicht einlassen. Insbesondere die Verknüpfung einer allfälligen «Diskussion» über den Sanktionsrahmen mit der Bereitschaft zu einem Zugeständnis hinsichtlich des Sachverhalts, der zukünftigen Verhaltensweise oder des Rechtsmittelverzicht ist unzulässig, weil dadurch die Sanktionshöhe in die Verhandlungen der EVR einfließt⁴⁷. Mittels EVR darf kein «Gesamtpaket» geschnürt werden, weshalb auch auf die Nennung des Sanktionsrahmens in den Vorbemerkungen der EVR verzichtet werden sollte. Allfällige Stellungnahmen zur Sanktionsberechnung des betroffenen Unternehmens sind stets getrennt von eventuellen Zugeständnissen zu würdigen.

Ein weiterer Punkt in Bezug auf den heiklen Zusammenhang zwischen EVR und Sanktionierung ist die maximale Höhe der Sanktionsreduktion. Die Weko hat diesbezüglich ein grosses Ermessen. So wird davon ausgegangen, dass eine Sanktion angesichts einer EVR um bis zu 40 % reduziert werden könne⁴⁸. Ein solcher Ermessensspielraum ist im Lichte eines unzulässigen «plea bargaining» eher hoch. Um unzulässige Verhandlungen über die Sanktion bzw. deren Reduktion zu verhindern, sollte der Spielraum enger gefasst werden⁴⁹. So würde die Gefahr einer theoretisch denkbaren Verhandlung über die Sanktionshöhe eingedämmt. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf das ohnehin grosse Ermessen hinsichtlich des Basisbetrags gemäss Art. 3 SVKG. Faustregeln, wonach z.B. Sanktionen für Preisabreden im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens anzusiedeln sind⁵⁰, sind aus strafrechtlicher Perspektive kaum haltbar. Auch angesichts der weiten Auslegung des Begriffs der Preisabrede durch die Weko⁵¹ vermögen schematische

Regeln nicht zu überzeugen. Falls eine Sanktion aufgrund von schematisch angewandten Regeln verhältnismässig hoch ausfällt, sollte das Ermessen in Bezug auf den Basisbetrag voll ausgeschöpft werden. Ein zusätzliches grosses Ermessen hinsichtlich der Kooperation erscheint deshalb nicht erforderlich.

C. Rechtsmittelverzicht

Das Sekretariat verlangt zum Abschluss einer EVR regelmässig eine Absichtserklärung der Unternehmen in den Vorbemerkungen der entsprechenden EVR, wonach sie unter gewissen Bedingungen auf ein Rechtsmittel verzichten. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass ein einvernehmlich vereinbarter Rechtsmittelverzicht klar unzulässig wäre⁵². Es ist nicht möglich, auf ein Rechtsmittel zu verzichten, noch bevor die Verfügung der Weko ergangen ist⁵³. Zumal zu diesem Zeitpunkt den betroffenen Unternehmen das Dispositiv nur in den Grundzügen bekannt sein dürfte und sie von der Begründung keine Kenntnis haben.

Zu Recht wird in der Lehre allerdings die Meinung vertreten, dass das Rechtsschutzinteresse an einer Beschwerde nach Abschluss einer EVR zweifelhaft sein kann. Ein nicht schützenswertes widersprüchliches Verhalten ist dabei offensichtlich, wenn sich das Rechtsmittel gegen eine Verpflichtung richtet, der das betroffene Unternehmen im Rahmen der EVR explizit zugestimmt hat⁵⁴. Die vom Sekretariat verwendete Formulierung der Absichtserklärung betreffend Rechtsmittelverzicht bezieht sich jedoch regelmässig nicht nur auf die EVR, sondern umfasst wohl neben dem Abschnitt «Vereinbarungen» der EVR auch das Dispositiv der Verfügung hinsichtlich der Sanktion und der Kosten. Daher wäre das Rechtsschutzinteresse nur in Bezug auf diejenigen Beschwerdeanträge fraglich, die

⁴⁶ Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 1), N 36 zu Art. 29.

⁴⁷ A.M. wohl PATRIK DUCREY, Das schweizerische Kartellrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XI, 2. A., Basel 2007, Rz. 440; ebenfalls wohl a.M. PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, Rz. 502.

⁴⁸ Vgl. FN 27.

⁴⁹ Vgl. zu dieser Thematik BUEREN (FN 8), 288 ff., der mit dem «Shadow-of-Trial-Modell» argumentiert.

⁵⁰ Vgl. etwa Verfügung der Weko vom 10. Dezember 2012 i.S. Abrede im Speditionsbereich, elektronisch erhältlich auf <www.weko.admin.ch>, Rz. 302.

⁵¹ Vgl. etwa Verfügung der Weko vom 10. Dezember 2012 i.S. Abrede im Speditionsbereich, elektronisch erhältlich auf <www.weko.admin.ch>, Rz. 193, wonach letztlich auf die Wirkung auf den Preis abgestellt wird; vgl. auch JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, Diss.

Zürich 2010, 439; vgl. im Zusammenhang mit dem vertikalen Beschränkungen des Onlinehandels RPW 2011/3, 372 ff., Rz. 70 ff.

⁵² Nach ZIRLICK/TAGMANN (FN 1), N 39 zu Art. 29, kann ein Rechtsmittelverzicht nicht Gegenstand einer EVR sein, da die Verpflichtung zum Verzicht auf ein Rechtsmittel als wohl verfassungs-, gesetzes- bzw. sittenwidrig wäre; zustimmend HOWALD (FN 27), 708; ebenfalls kritisch gegenüber einem Rechtsmittelverzicht DAVID ET AL. (FN 6), Rz. 1323; im EU-Recht ist zumindest ein formeller Rechtsmittelverzicht ebenfalls unzulässig: POLLEY/HEINZ (FN 22), 25 f.; HIRSBRUNNER (FN 21), 13; vgl. auch VOLLMER (FN 12), 354.

⁵³ ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A., Zürich 1998, Rz. 380; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich 2010, Rz. 808; TOBIAS JAAG, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar zum VwVG, Zürich 2009, N 10 zu Art. 39.

⁵⁴ BORER (FN 10), N 8 zu Art. 29; BILGER (FN 1), 349 f.

auf die Aufhebung der EVR abzielen. In Bezug auf andere Beschwerdeanträge hat die EVR grundsätzlich keine Auswirkungen, weil über die rechtliche Qualifikation, die Sanktion und die Kosten im Rahmen der EVR nicht verhandelt werden darf.

Andere Lehrmeinungen gehen davon aus, der Rechtsmittelverzicht müsse als explizite Aussage des betroffenen Unternehmens verstanden werden, wonach dieses bei Genehmigung der EVR keinen Grund für eine Beschwerde sehe⁵⁵. Dieser Meinung folgend, wurde in der EVR in Sachen «Abreden im Speditionsbereich» festgehalten, dass obwohl die betroffenen Unternehmen den Sachverhalt und die rechtliche Würdigung nicht anerkennen würden, «sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die [Weko] und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens (...) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.»⁵⁶ Diese Argumentationslinie überzeugt bei Sanktionsverfahren ebenso wenig wie ein expliziter Rechtsmittelverzicht. Zunächst ist klarzustellen, dass eine solche Formulierung im Ergebnis einem Rechtsmittelverzicht gleichkommt, wenn mit vorne dargelegter Argumentation das Rechtsschutzinteresse für eine Beschwerde verneint würde. Wenn auf ein Rechtsmittel nicht in «formeller» Weise verzichtet werden kann, ist nicht nachvollziehbar, warum eine Absichtserklärung mit gleicher Wirkung zulässig sein sollte. Ausserdem steht im Zentrum der Frage des Rechtsmittelverzichts (bzw. einer entsprechenden Absichtserklärung) die Verhandlung über die Sanktion. Weil aber über die Sanktion nicht verhandelt werden darf, sollte vor der Zustellung der entsprechenden Verfügung auch notwendigerweise nicht auf das Rechtsmittel in Bezug auf die Sanktion verzichtet werden können. Stünde die Ergreifung von Rechtsmitteln vor dem Entscheid über eine Sanktion zur Disposition, würde dies die Gefahr eines unzulässigen «plea bargaining» erheblich erhöhen. Die Verhandlungspartner könnten einen «Preis» für den Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels festlegen, womit beiden Parteien gedient wäre.

Bei Vorliegen eines Geständnisses stellt sich die Ausgangslage nicht wesentlich anders dar. Ein Geständnis kann jederzeit widerrufen werden. Die Beweiskraft des Geständnisses wird dadurch zwar nicht völlig zerstört. Allerdings muss es einem Unternehmen bei strafrechtlichen Sanktionen offenstehen, den entsprechenden Entscheid gerichtlich überprüfen zu lassen. Das Interesse an der

Einlegung eines Rechtsmittels ist zudem selbstredend in dem Fall grösser, in dem ein Unternehmen zu einer Sanktion verurteilt wird, als wenn es über eine einvernehmlich geregelte zukünftige konkrete Verhaltenspflicht unglücklich ist. Daher überzeugt die Lehrmeinung hinsichtlich mangelnden Rechtsschutzinteresses eher bei Beschwerden gegen Verbotsv Verfügungen als bei Rechtsmitteln gegen Sanktionsverfügungen.

D. «Sanktionskeule»

Die Wettbewerbsbehörden trifft grundsätzlich eine Untersuchungspflicht. Wenn ein den Wettbewerbsbehörden bekannter Sachverhalt aus volkswirtschaftlicher Sicht signifikant ist, müssen sie grundsätzlich tätig werden. Wenn genügend Beweise für die Unzulässigkeit eines sanktionsbedrohten Sachverhaltes vorliegen, ist grundsätzlich eine Sanktion auszusprechen. Falls dagegen die Weko zu dem Schluss kommt, dass keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, ist die Untersuchung mit entsprechender Verfügung einzustellen.

Die gerichtliche Kontrolle von Einstellungsverfügungen ist an relativ hohe Anforderungen geknüpft. Als erstes braucht es jemanden mit den erforderlichen finanziellen Mitteln, um Beschwerde zu führen. Zweitens hängt die Beschwerdelegitimität unter anderem davon ab, ob ein Beschwerdeführer durch die anzufechtende Verfügung besonders berührt ist⁵⁷. Diese Voraussetzung wurde vom Bundesgericht in einem kürzlich entschiedenen Fall für das Kartellrecht konkretisiert. Einem Konkurrenten ist demnach die Beschwerdebefugnis nur dann einzuräumen, wenn er einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet. Ein solcher Nachteil setzt eine konkrete, individuelle Betroffenheit voraus und liegt vor, wenn sich die beanstandete Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auf den Konkurrenten auswirkt, namentlich indem er eine Umsatzeinbusse erleidet. Eine besondere Schwere ist dabei nach Ansicht des Bundesgerichts nicht vorausgesetzt⁵⁸. Ohne weitere Beteiligte ist entsprechender Beschwerdebefugnis ist der Spielraum

⁵⁵ ZIRLICK/TAGMANN (FN 1), N 39 zu Art. 29; HOWALD (FN 27), 708.

⁵⁶ Verfügung der Weko vom 10. Dezember 2012 i.S. Abrede im Speditionsbereich, elektronisch erhältlich auf <www.weko.admin.ch>, Rz.276, Vorbemerkungen f).

⁵⁷ Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG; Urteil des BVGer vom 19. September 2012, B-446/2012, E. 1.

⁵⁸ Urteil des BGer vom 5. Juni 2013, 2C.1054/2012, E. 4.5; Ein aktueller Wettbewerber muss somit darlegen, inwiefern er effektiv benachteiligt ist. Ein Nachweis eines zivilrechtlichen Schadens wird dabei wohl nicht verlangt. Ein konkreter, individueller Nachteil eines potentiellen Wettbewerbers wird dagegen insbesondere dann schwer aufzuzeigen sein, wenn der Marktzutritt beispielsweise nicht durch eine Monopolstellung oder einen Boykott praktische ausgeschlossen wird und somit die Betroffenheit offensichtlich zu Tage tritt.

der Wettbewerbsbehörden in Bezug auf die Verfahrenseinstellung relativ gross.

Damit kann die Macht der Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Verfahrensleitung beträchtlich erhöht werden. Die Behörden entscheiden letztlich zumeist alleine darüber, wer verfolgt wird und welche Fälle keine Weiterführung der Untersuchung rechtfertigen. Dieser Handlungsspielraum birgt im Zusammenhang mit EVR Gefahren. Zunächst wird die Verhandlungsposition des Sekretariats hinsichtlich EVR dadurch zweifellos weiter gestärkt. Heikel wäre dies, wenn dieser Spielraum dahingehend eingesetzt würde, Unternehmen zum Abschluss von EVR zu drängen. Zu denken ist dabei beispielsweise an die Untersuchung einer (allfällig) erheblichen Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG. Falls das betreffende Unternehmen an einer EVR nicht interessiert ist, könnte die Weiterführung der Untersuchung hinsichtlich möglicher harter und somit sanktionsbedrohter Kartelle als Druckmittel eingesetzt werden. Damit kann ein allenfalls aufwändiger und schwieriger Fall mit verschiedenen offenen Fragen rasch beendet werden. Ohne detaillierte Untersuchung würden Einwände des bedrängten Unternehmens (beispielsweise in Bezug auf Rechtfertigungsgründe) gar nicht erst geprüft.

Ferner könnte das Sekretariat z.B. seine vorläufige Sanktionsberechnung dazu missbrauchen, mit einer hohen Sanktion und entsprechender Reduktion bei Abschluss einer EVR ein Unternehmen zum Abschluss einer EVR mit gewissen Zugeständnissen zu bewegen. Dazu wäre es nicht einmal nötig, offensichtlich die «Keule» der hohen Sanktionierung zu schwingen. Subtile Äusserungen über die Sanktionsberechnung oder über hilfreiche Erklärungen des betroffenen Unternehmens können in der Praxis bereits reichen, Erwartungshaltungen zu wecken bzw. einen Konsens – ähnlich der in Art. 4 Abs. 1 KG genannten abgestimmten Verhaltensweise – zu ermöglichen bzw. zu erzwingen.

An dieser Stelle kann offenbleiben, wie eine solche «Motivierung» des betroffenen Unternehmens durch die Wettbewerbsbehörden zu qualifizieren wäre. Klar dürfte allerdings sein, dass eine solche Verhandlungsführung verwaltungsrechtlich nicht ohne Konsequenzen bleiben würde. Auch infolge dieser Bedenken sollte die Frage, ob sanktioniert wird und wenn ja, in welcher Höhe, im Rahmen der Verhandlung einer EVR mit den involvierten Unternehmen nicht diskutiert werden.

E. Mögliche Rechtsfolgen

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Verhandlungsspielraum für EVR in Untersuchungen von sank-

tionsbedrohten Sachverhalten sehr eng ist. Weder über die Sanktionierung an sich noch über die entsprechende Höhe darf verhandelt werden. Ausserdem darf nicht über die Reduktion der Sanktion infolge eines Geständnisses, anderer weniger weitreichender Zugeständnisse über den Sachverhalt oder eines Rechtsmittelverzicht verhandelt werden. Überhaupt ist eine EVR nur bezüglich zukünftiger Verhaltensweisen beispielsweise marktbeherrschender Unternehmen oder Unternehmen mit speziellen Vertriebsstrukturen gerechtfertigt. Bei harten Kartellen hingegen gibt es neben dem Verbot (im Dispositiv der Verfügung) regelmässig keinen Raum für Verhandlungen. Schliesslich darf das Sekretariat sein Ermessen betreffend Verfahrensführung und Sanktionsberechnung nicht als Druckmittel zur Verhandlung von EVR einsetzen.

Fraglich ist nun, welche Rechtsfolgen bei EVR mit einem unzulässigen Inhalt oder nach unzulässiger Verhandlungsführung greifen würden. Da die EVR mit dem Genehmigungsentscheid der Weko Teil der Verfügung wird, ist zu prüfen, welche Rechtswirkungen die Verfügung entfalten kann. Führt die fehlerhafte Verfügung gar zur Nichtigkeit derselben?

In der Regel bewirkt die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung nur deren Anfechtbarkeit. Nichtigkeit bedeutet dagegen absolute Unwirksamkeit einer Verfügung. Nichtigkeit als Rechtsfolge einer fehlerhaften Verfügung gilt nur dann, wenn der Mangel besonders schwer wiegt, leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit durch diese drastische Rechtsfolge nicht ernsthaft gefährdet wird⁵⁹. Als Nichtigkeitsgrund kommen insbesondere schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht⁶⁰.

Ein Rechtsmittelverzicht ist nach hier vertretender Auffassung jedenfalls wirkungslos. Dies hat jedoch grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Gültigkeit der Verfügung bzw. deren Dispositivs. Nur wenn auf das Rechtsmittel als Gegenleistung für eine konkrete Sanktionsreduktion verzichtet worden ist, könnte auch die Sanktion von der Ungültigkeit betroffen sein. Falls über die Sanktionierung verhandelt würde, wäre insbesondere die Anfechtbarkeit einer Sanktionsverfügung zu prüfen. Für die Abgrenzung zwischen zulässiger Offenlegung von Informationen und unzulässiger Verhandlung über die Höhe der Sanktion sind die Besonderheiten des Einzelfalls massgebend. Ebenfalls prüfenswert wäre die Anfechtbarkeit etwa, wenn eine EVR mit Unterlas-

⁵⁹ BGE 132 II 21, E. 3.1; BGE 132 II 342, E. 2.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 53), Rz. 951 ff.

⁶⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 53), Rz. 965 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. A., Bern 2009, 286.

sungsverpflichtungen geschlossen wird, obwohl für eine einvernehmliche Regelung solcher Verpflichtungen kein Raum besteht. Zu differenzieren wäre dabei je nach den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalls, ob die Anfechtbarkeit nur die Sanktionierung oder allenfalls auch das Verbot beschlägt.

Die Qualifikation als fehlerhafte Sanktionsverfügung hängt massgebend davon ab, ob aufgrund ihres strafrechtlichen Charakters strafrechtliche Prinzipien oder infolge ihrer Verortung im Wirtschaftsverwaltungsrecht eher verwaltungsrechtliche Grundsätze zur Anwendung gelangen. Für eine zurückhaltende Anwendung der Anfechtbarkeit spricht, dass sich ein Unternehmen nicht einerseits auf Verhandlungen im Rahmen von EVR einlassen kann und andererseits im Nachhinein deren Ungültigkeit rügen dürfen sollte. Unter dem Blickwinkel des Strafrechts allerdings disziplinieren Rügen von formellen Mängeln die Behörden. Bei schwerwiegenden Mängeln kann ein Freispruch demnach sogar angezeigt sein, wenn die Erfüllung des Tatbestands grundsätzlich unstrittig ist. Falls für die Rechtsmittelinstanzen eine unzulässige Verhandlung erstellt wäre, könnte die EVR und die verhandelte Strafe mangels gesetzlicher Grundlage immerhin für unzulässig erklärt werden. Trotzdem könnte ein Verbot der als unzulässig erstellten Verhaltensweisen aufrecht erhalten werden.

V. Fazit

Die Anwendung des Kartellgesetzes steht seit der letzten Revision 2003 im Spannungsverhältnis zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht. Eine klare Unterscheidung zwischen Verfahren mit und ohne Sanktionen unterbleibt in der Praxis meist. Die aus dem Verwaltungsrecht stammende EVR wird nur mit geringfügigen Anpassungen auch in Sanktionsverfahren eingesetzt. Auch hier soll die EVR nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden das Verfahren verkürzen und wird daher regelmässig (auch in Verfahren betreffend harte Kartelle) mit Unternehmen abgeschlossen.

Es wurde vorliegend aufgezeigt, was bei sanktionsbedrohten Sachverhalten nicht einvernehmlich verhandelbar ist. Dazu gehört insbesondere die Frage, ob und in welcher Höhe ein Sachverhalt zu sanktionieren ist. Demgemäss kann die EVR bei Sanktionen nicht dieselbe Bedeutung zukommen wie bei Sachverhalten ohne Sanktionsdrohung. Ihre Funktion liegt vielmehr im vom Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 KG beschriebenen Fall: Wenn das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, so kann es den Beteiligten eine EVR über die Art

und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. Wenn Sanktionen verhängt werden können, dürfen über diesen Wortlaut hinaus nicht noch weitere Fragen einvernehmlich geregelt werden. Falls das Verfahren mit der Genehmigung der EVR durch die Weko noch nicht abgeschlossen werden kann, weil sich ein involviertes Unternehmen beispielsweise gegen die rechtliche Qualifikation oder die Sanktion mit der Einlegung eines Rechtsmittels wehrt, kann die EVR zumindest das Sanktionsrisiko des beteiligten Unternehmens während des Verfahrens beschränken. Insofern sich das Unternehmen an die Verpflichtungen der EVR trotz Beschwerdeverfahren hält, entfaltet die EVR unmittelbar ihre präventive Wirkung.

Würde eine EVR Regelungen über unverhandelbare Punkte enthalten, dürfte keine Zustimmung durch die Weko erfolgen bzw. müsste eine solche gerichtlich korrigiert werden. Eine breite Anwendung der EVR und die daraus erhoffte Verfahrenserleichterung kann jedenfalls angesichts der möglichen Rechtsfolgen ins Gegenteil verkehrt werden. Falls eine grössere Flexibilität bei Sanktionsverfahren gewünscht wäre, um Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter informell und rasch abzuschliessen, müsste eine entsprechende gesetzliche Regelung mit genügenden Kontrollmechanismen geschaffen werden.