



Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht

MICHAEL TSCHUDIN

Das Bundesgericht wies kürzlich darauf hin, dass die Anforderungen an den Nachweis ökonomischer Zusammenhänge im Kartellrecht nicht übertrieben werden dürfen. Das Beweismass gibt in diesem Rechtsgebiet nicht zuletzt deshalb Anlass zu Kontroversen, weil das Kartellgesetz für verwaltungsrechtliche Sanktionen mit strafrechtlichem bzw. strafrechtsähnlichem Charakter eine Grundlage bietet. Die erste Leitlinie für das Beweismass sollte nach vorliegend vertretener Auffassung die Natur der Rechtsfolge und somit das Regelbeweismass des korrespondierenden Rechtsgebietes bilden. Eine punktuelle Herabsetzung des Beweismasses ist möglich, wenn ein Beweisnotstand vorliegt. Hierbei sind Wechselwirkungen mit anderen Elementen (z.B. gesetzlichen Beweiserleichterungen) zu berücksichtigen.

Récemment, le Tribunal fédéral a relevé que les exigences quant à la preuve de liens économiques en droit des cartels ne devaient pas être exagérées. Dans ce domaine du droit, le degré de la preuve suscite des controverses, notamment parce que la loi sur les cartels sert de base à des sanctions de droit administratif ayant un caractère pénal ou s'en approchant. Selon l'opinion défendue par l'auteur, la première ligne directrice pour le degré de la preuve devrait être la nature de la conséquence juridique et donc le degré de la preuve généralement requis par le domaine juridique correspondant. Il est possible d'alléger ponctuellement les exigences en matière de la preuve lorsque cette dernière est difficile à apporter (état de nécessité en matière de preuve ou « Beweisnotstand »). Il convient à ce titre de tenir compte des interactions avec d'autres critères (p. ex. assouplissements en matière de preuve prévus par la loi).

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Abstufungen des Beweismasses
 1. Glaubhaftmachung
 2. Hohe Wahrscheinlichkeit
 - 2.1 Allgemeines
 - 2.2 Anwendungsfälle
 - 2.3 Im Kartellrecht
 3. Vollbeweis
 - 3.1 Allgemeines
 - 3.2 Indizienbeweis
 - 3.3 Im Kartellrecht
 4. In dubio pro reo
 - 4.1 Allgemeines
 - 4.2 Verhältnis zum Privat- und öffentlichen Recht
 - 4.3 Im Kartellrecht
- III. Sach- und Rechtsfragen
 1. Rechtsfragen im Kartellrecht
 2. Mehrstufige Prüfung
 3. Wechselwirkung
 - 3.1 Gesamtbetrachtung
 - 3.2 Abwägung verschiedener Aspekte
- IV. Anknüpfung an die Rechtsfolge
- V. Gesetzliche Beweiserleichterung
 1. Abgestimmte Verhaltensweise
 2. Vermutung betreffend harte Kartelle
- VI. Beweisnotstand
 1. Theoretisch nachweisbar

2. Faktische Begrenzung
- VII. Urteil i.S. *Publigroupe SA*
- VIII. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Bekanntlich werden Prozesse meist durch Fakten gewonnen und weniger durch eine detaillierte Auseinandersetzung mit Rechtsfragen. Dies gilt auch im Kartellrecht. Auch hier werden Fälle in Anbetracht der Fakten und Besonderheiten des Einzelfalls entschieden.¹ Das Beweismass wird in diesem Rechtsgebiet wohl aufgrund der verschiedensten sich stellenden Beweisproblematiken des bis jetzt noch wenig ausgereiften Kartellverfahrensrechts und des hohen Sanktionsrahmens relativ oft thematisiert. Das Kartellrecht eignet sich als Rechtsgebiet für eine Darstellung und Analyse der sich im Zusammenhang mit dem Beweismass stellenden Fragen ausserordentlich gut, da es eine Grundlage sowohl für privatrechtliche Ansprüche als auch für verwaltungsrechtliche Eingriffe und überdies für Sanktionen mit strafrechtlichem bzw. strafrechtsähnlichem Charakter bietet.

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

Dieser Beitrag entstand im Rahmen des CAS en magistrature 2013/2014. Der Autor dankt Dr. SIMON BANGERTER herzlich für wertvolle Hinweise. Er gibt seine persönliche Meinung wieder.

¹ Im jüngsten Urteil des BVGer i.S. «Hors-list» wurde die Sanktion gegen drei Pharmahersteller insbesondere mit dem Argument aufgehoben, dass der Wettbewerb aufgrund eines Werbeverbots und eines «Schamfaktors» faktisch derart beschränkt sei, dass das Kartellrecht gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG keine Anwendung finde (vgl. Urteil des BVGer B-362/2010 vom 3. Dezember 2013).

Rechtserhebliche Tatsachen müssen bewiesen werden, damit das Gericht sie berücksichtigt. Dabei ist die Frage, wer einen Beweis erbringen muss bzw. wen die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit treffen (Beweislast) davon abzugrenzen, ob ein Beweis erbracht ist. Der Beweis gelingt, wenn das Gericht nach Würdigung der Beweismittel eine behauptete Tatsache nach dem im konkreten Fall erforderlichen Grad an Wahrscheinlichkeit für wahr erachtet. Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung sind Beweismittel ohne Bindung an förmliche Beweisregeln umfassend zu prüfen.² Die Messlatte der prozessualen Wahrheit ist das Beweismass. Es gibt dem Gericht vor, ab welchem Grad der Wahrscheinlichkeit eine Tatsache als bewiesen gilt. Ein Beweisergebnis erfüllt das Beweismass, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt (subjektives Element), dass die behauptete Tatsache mit hinreichender Sicherheit wahr ist (objektives Element).³ Im Falle, dass behauptete Tatsachen aus der subjektiven Sicht des Gerichts aufgrund von Zeugenaussagen nachvollziehbar und überwiegend wahrscheinlich sind, ein alternativer Sachverhalt jedoch infolge konkreter Indizien auch möglich erscheint, ist entscheidend, ob als objektives Element die volle Überzeugung des Gerichts oder lediglich ein Glaubhaftmachen erforderlich ist.

Im Folgenden werden zunächst verschiedene Abstufungen des Beweismasses erläutert, wobei jeweils auf die entsprechende Anwendung im Kartellrecht Bezug genommen wird (Ziff. II). Dieses Rechtsgebiet bietet verschiedene Beweisprobleme: So muss ermittelt werden, was überhaupt Rechts- oder Sachfrage ist. Dies ist angesichts der Verwendung von Begriffen wie «Wettbewerb» oder «Marktmacht», die ihren Ursprung in der Ökonomie haben, nicht immer leicht (Ziff. III). Zudem enthält das Kartellgesetz, wie bereits erwähnt, Grundlagen für Rechtsfolgen unterschiedlicher Rechtsnatur. Deshalb muss jeweils für das Beweismass entschieden werden, welcher Anknüpfung (Zivil-, Verwaltungsrecht, strafrechtsähnliche Sanktion) einzelne kartellrechtliche Tatbestände folgen (Ziff. IV). Weiter enthält das Kartellgesetz Beweiserleichterungen, die allenfalls Einfluss auf die Beweisabnahme haben können (Ziff. V.). Schliesslich ist zu prüfen, ob das Beweismass aufgrund eines Beweisnotstandes richterlich herabgesetzt werden kann (Ziff. VI). Hierzu erklärt das Bundesgericht in einem jüngeren Fall Folgendes: «Die Anforderungen an den Nachweis [ökonomischer] Zusammenhänge dürfen mit Blick auf die Zielsetzung des Kar-

tellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (vgl. Art. 96 BV und Art. 1 KG), nicht übertrieben werden» (Ziff. VII.). Im Rahmen der Schlussfolgerungen werden die Erkenntnisse gesammelt und dazu Position bezogen (Ziff. VIII).

II. Abstufungen des Beweismasses

In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung werden vier Abstufungen in Bezug auf das Beweismass unterschieden: Glaubhaftmachung, hohe Wahrscheinlichkeit, strikter Beweis bzw. Vollbeweis im Zivil- bzw. öffentlichen Recht und strikter Beweis bzw. Vollbeweis im Strafrecht.

1. Glaubhaftmachung

Das tiefste Beweismass stellt die Glaubhaftmachung dar. Glaubhaftmachen ist mehr als ein Behaupten, aber weniger als ein strikter bzw. voller Beweis. Ein Glaubhaftmachen erfordert somit eine begründete, plausible Behauptung, die mindestens punktuell durch Beweismittel erhärtet wird. Der Richter muss davon überzeugt sein, dass die Verwirklichung der behaupteten Tatsache wahrscheinlicher ist als ihre Nichtverwirklichung. Für das Erreichen der Schwelle zur einfachen Wahrscheinlichkeit genügt somit ein blosses Wahrscheinlichkeitsübergewicht zugunsten der Sachverhaltsdarstellung des Beweisbelasteten.⁴ Das Beweismass der Glaubhaftmachung stellt die Ausnahme dar, wobei es in verschiedenen Rechtsgebieten gesetzlich verankert ist.⁵

² Vgl. Art. 157 ZPO; vgl. ROGER GRONER, *Beweisrecht*, Bern 2011, 101 ff.

³ Vgl. dazu ISABELLE BERGER-STEINER, *Das Beweismass im Privatrecht*, Bern 2008, 145 ff.

⁴ Urteil des BVGer B-2910/2012 vom 20. Januar 2014, E. 5.1; ISABELLE BERGER-STEINER, *Beweismass: Lehren des Privatrechts für das öffentliche Recht*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/2009*, Bern 2009, 121; HANS-PETER WALTER, in: Heinz Hausherr/Hans-Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. 1, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, N 153 zu Art. 8; GRONER (FN 2), 195 f.

⁵ Beispielsweise Persönlichkeitsrecht (vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 28c ZGB), Markenrecht (Glaubhaftmachung des Gebrauchs einer Marke gemäss Art. 32 MSchG), Konkursrecht (Einsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG), Zivilprozessrechtsordnung (z.B. vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 ZPO; Verweigerungsrecht betreffend Mitwirkung gemäss Art. 163 Abs. 2 ZPO und 166 Abs. 2 ZPO, gerichtliches Verbot gemäss Art. 258 Abs. 2 ZPO, vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO), Asylrecht (Nachweis der Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 7 AsylG).

Das tiefe Beweismass der Glaubhaftmachung ist oft durch das Bedürfnis nach raschem Rechtsschutz begründet.⁶ Auch kann mit diesem Beweismass eine bisweilen unzumutbar umfassende Beweisführung vermieden werden.⁷

Im kartellrechtlichen Kontext ist die Glaubhaftmachung insbesondere bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen von Bedeutung.⁸ Solche Massnahmen werden im Kartellrecht – wie auch in anderen Rechtsgebieten – mit Zurückhaltung angeordnet. In der Praxis wird Anträgen auf Erlass vorsorglicher Massnahmen von der Gegenpartei häufig mit ausführlichen und sehr umfangreichen Stellungnahmen entgegengetreten. Das Gericht sieht sich somit mit der Situation konfrontiert, neben reichhaltigen Behauptungen des Antragstellers zu einzelnen Sachverhaltselementen umfangreiche, substantiierte Bestreitungen des Antragsgegners vorliegen zu haben.⁹ Ein relativ schwacher Nachweis des Antragstellers im Sinne der Glaubhaftmachung erleichtert es dabei der Gegenseite, den Gegenbeweis anzutreten. Je komplexer das Beweisthema bei einer vorsorglichen Massnahme ist, desto schwieriger wird es in der Regel für die beweisbelastete Partei sein, die Schwelle der Glaubhaftmachung zu erreichen.

2. Hohe Wahrscheinlichkeit

2.1 Allgemeines

Das Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit – bzw. in der Terminologie des Bundesgerichts und eines Teils der Lehre der überwiegenden Wahrscheinlichkeit – ist höher als jenes der Glaubhaftmachung. Es genügt diesbezüglich nicht, wenn der geltend gemachte Sachumstand wahrscheinlicher ist als andere, ebenfalls vorstellbare Möglichkeiten. Dies liegt darin begründet, dass dieses Beweismass als Beweiserleichterung in Bezug auf den strikten bzw. Vollbeweis aufgefasst werden kann. Bei Tatsachen, die naturgemäss besonders schwierig zu beweisen sind,

wird bisweilen nicht der strikte Beweis gefordert.¹⁰ Dies deshalb, da ein der Rechtsnorm inhärenter Beweisnotstand der materiellen Regel nicht ihre Wirkung nehmen soll.¹¹ Vor diesem Hintergrund wäre es unverhältnismässig, das Beweismass gleich auf die Glaubhaftmachung zu reduzieren, vielmehr ist ein zwischen der Glaubhaftmachung und dem strikten Beweis angesiedeltes Beweismass wie die hohe Wahrscheinlichkeit für diese Fälle angemessen.

Dieser Ansatz sieht sich zudem durch das Institut des Gegenbeweises bestätigt, weil es dafür, den Hauptbeweis zu Fall zu bringen, bereits genügt, wenn der Gegner die Hauptbeweisführung hinreichend in Zweifel zu ziehen vermag. Der Beweis des eigenständigen Gegenteils ist dafür nicht vorausgesetzt. Deshalb können Vorbringen mehrerer möglicher Sachverhaltsalternativen, die lediglich glaubhaft gemacht werden, für das Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit jeweils nicht genügen.¹²

Das Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit gilt dann als erfüllt, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart wichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.¹³ Somit ist eine deutlich höhere Schwelle der Wahrscheinlichkeit als lediglich 50 % anzuwenden.¹⁴ BERGER-STEIGER siedelt diesen Schwellenwert bei 75 % an.¹⁵

2.2 Anwendungsfälle

Das Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit basiert auf Richterrecht. Trotzdem gilt es beispielsweise im So-

⁶ ALFRED BÜHLER, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in: Jusletter vom 21. Juni 2010, Rz. 18.

⁷ Vgl. etwa das Verweigerungsrecht betreffend Mitwirkung gemäss Art. 163 Abs. 2 ZPO. Ein strikter Nachweis der Geheimhaltungsinteressen nach dieser Regel würde wohl die Offenlegung der an sich geschützten Geheimnisse bedingen.

⁸ PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum KG, Basel 2010, N 621 zu Art. 5; vgl. WALTER (FN 4), N 159 zu Art. 8.

⁹ Vgl. etwa Urteil des BVGer B-4637/2013 vom 9. Juli 2014.

¹⁰ BÜHLER (FN 6), Rz. 11; MARTIN KAUFMANN, Bewiesen? Gedanken zu Beweislast – Beweismass – Beweiswürdigung, in: AJP/PJA 2003, 1202 f.; MAX BERGER/ROMAN NOGLER, Beweisrecht – die Last mit dem Beweis(en), in: recht 2012, 171 f.; BGE 132 III 715, E. 3.1.

¹¹ BGE 128 III 271, E. 2aa; GRONER (FN 2), 184; WALTER (FN 4), N 142 zu Art. 8.

¹² BERGER-STEINER (FN 4), 116.

¹³ BERGER/NOGLER (FN 10), 171.

¹⁴ MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, «Si unus cum una ...»: Vom Beweismass im Kartellrecht, in: Baurecht, 2005, 117.

¹⁵ BERGER-STEINER (FN 4), 117; zustimmend BÜHLER (FN 6), Rz. 13; ebenfalls zustimmend WALTER (FN 4), N 138 zu Art. 8; wenn auch die Angabe von konkreten Prozentzahlen für ein Beweismass im Grundsatz kritisierend im Ergebnis wohl auch BERGER/NOGLER (FN 10), 173; differenzierend, aber grundsätzlich ebenfalls zustimmend DANIEL SUMMMER/MATTER/CLAUDIA JACOBBER, Zum Beweismass beim Kausal- und Motivationszusammenhang, HAVE – Haftung und Versicherung 2012, 143 f.; bereits FABIENNE HOHL, Le degré de la preuve dans les procès au fond, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, 137, gibt einen Wert von 75 % an.

zialversicherungsrecht als Regelbeweismass.¹⁶ Auch im Haftpflichtrecht gilt dieses gegenüber dem strikten Beweis herabgesetzte Beweismass immerhin für den Nachweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs.¹⁷ Die Beweisgrade dürften im Privat- und öffentlichen Recht gleich angewandt werden, weshalb die entsprechende privatrechtliche Dogmatik auch auf das öffentliche Recht übertragen werden darf.¹⁸

Sogar im Strafrecht, wo typischerweise die höchste Sicherheit verlangt wird (vgl. hinten Ziff. 2.4), findet das Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit Anwendung. Auch hier wird für den Nachweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs das Beweismass herabgesetzt.¹⁹ Unklar ist hier jedoch, ob für die Höhe des reduzierten strafrechtlichen Beweismasses auf das Zivil- bzw. öffentliche Recht abgestellt werden darf.²⁰

2.3 Im Kartellrecht

Im Kartellrecht wurde bisher das Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit insbesondere in Verfahren ohne finanzielle Sanktion angewandt. Nach der Reko/WEF braucht es keine absolute Gewissheit, «unter Umständen würde der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit» [gemeint ist die hohe Wahrscheinlichkeit] genügen. Dies wird damit begründet, ökonomische Erkenntnisse seien immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet.²¹ Die Reko/WEF stützt sich u.a. auch auf RICHLI, der Folgendes festhält: «Im Übrigen dürfen an das Beweismass angesichts der Komplexität der kartellrechtlichen Sach-

verhalte keine übertriebenen Ansprüche gestellt werden. Andernfalls wird der materielle Gehalt des KG in funktionswidriger Weise geschwächt.»²²

In der Lehre findet diese Haltung zuweilen Unterstützung²³, mehrheitlich erfährt sie jedoch Kritik. Teils wird eine Reduktion des Beweismasses rundweg abgelehnt²⁴; teils wird auf die Intensität der Folgen für das belastete Unternehmen abgestellt: Nur wenn diese nicht besonders schwer seien, dürfe das Beweismass vom strikten Beweis auf dasjenige der hohen Wahrscheinlichkeit gesenkt werden.²⁵ Andere Autoren sind wiederum in Anlehnung an die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Vorgaben der Ansicht, dass ein Vollbeweis verlangt werden müsse; andernfalls würden infolge von Regulierungsfehlern schwere volkswirtschaftliche Schäden resultieren.²⁶

3. Vollbeweis

3.1 Allgemeines

Nach dem im Zivil- und Verwaltungsprozess geltenden Regelbeweismass des strikten (oder vollen) Beweises ist für den Nachweis erforderlich, dass der Richter nach objektiven Gesichtspunkten von der Verwirklichung einer Tatsache überzeugt ist. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen,

¹⁶ BGE 129 V 177, E. 3.1; BGE 117 V 261, E. 3; BÜHLER (FN 6), Rz. 14; MARTIN KAUFMANN, Beweisführung und Beweiswürdigung, Zürich 2009, 195 f.

¹⁷ BGE 132 III 715, E. 3; vgl. für weitere Beispiele im Zivilrecht BERGER/NOGLER (FN 10), 171 f., HOHL (FN 15), 131 f. und CHRISTOPH GUTZWILLER, Der Beweis der Verletzung von Sorgfaltspflichten, insbesondere der Aufklärungspflicht im Anlagegeschäft der Banken, in: AJP/PJA 2004, 415.

¹⁸ BERGER-STEINER (FN 4), 109.

¹⁹ Urteil des Bundesgericht 6B.408/2013 vom 18. Dezember 2013, E. 4.1; BGE 135 IV 56, E. 2.1; vgl. auch JÜRIG-BEAT ACKERMANN, in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, 102 f.

²⁰ SUMMERMATTER/JACOB (FN 15), 141, plädieren für eine unterschiedliche Anwendung und verlangen hinsichtlich der hohen Wahrscheinlichkeit beim strafrechtlichen natürlichen Kausalzusammenhang einen Schwellenwert von mindestens 90%.

²¹ Entscheide der Reko/WEF FB/2005-4 vom 11. Juli 2006, E. 6.2, publiziert in RPW 2006/3, 548 ff., in welchem zumindest in Bezug auf das Vorliegen einer Preisabrede keine Zweifel bestanden; FB/2002-1 vom 22. Dezember 2004, E. 8, publiziert in RPW 2005/1, 183 ff., wobei in diesem Fall die Beschwerde zugunsten der betroffenen Unternehmen aufgrund von Beweisschwierigkeiten gutgeheissen wurde.

²² PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: SIWR V/2, Basel 2000, 454; vgl. bereits HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahren, in: AJP/PJA 1999, 844.

²³ STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, 305 f.; WALTER STOFFEL, Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 23, der auf Beweisschwierigkeiten in Bezug auf die ökonomische Schädlichkeit von kartellrechtsrelevanten Verhaltensweisen hinweist; JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, Internationale Entwicklung und schweizerisches Recht, Freiburg 2010, 300 für verwaltungsrechtliche Sanktionen und 300 f. für das private Kartellrecht.

²⁴ LUKAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. A., Bern 2012, 288 f.; vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER (FN 8), N 617 zu Art. 5.

²⁵ AMSTUTZ/KELLER/REINERT (FN 14), 119; zustimmend BLAISE CARRON, Un abus de position dominante? Prouvez-le!, in: Stefan Keller/Stefan Wiprächtiger (Hrsg.), Recht zwischen Dogmatik und Theorie, Marc Amstutz zum 50. Geburtstag, Zürich 2012, 30; ähnlich BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum KG, Basel 2010, N 101 zu Art. 30.

²⁶ DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystem und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, Bern 2007, 616 ff.; LUKAS DAVID/MARKUS FRICK/OLIVER KUNZ/MATTHIAS STUDER/DANIEL ZIMMERLI, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, in: SIWR I/2, 3. A., Basel 2011, 465 ff.; auch bereits RAPHAEL BRÜTSCH, Parallelverhalten im Oligopol als Problem des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 2003, 150 f.

sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.²⁷ Als unerheblich gelten diesbezüglich beispielsweise theoretische und ganz entfernte Zweifel. Wie hoch die Unsicherheit sein darf bzw. die Überzeugung sein muss, damit ein strikter Beweis immer noch als gelungen erscheint, kann kaum allgemeingültig festgehalten werden.²⁸ Daher erscheint eine exakte zahlenmässige Definition, wie auch bei anderen Beweismassen, kaum möglich. Zwecks Veranschaulichung beziffert BERGER-STEIGER das Regelbeweismass mit einer Wahrscheinlichkeit von mindestens 90%.²⁹

3.2 Indizienbeweis

Hinzuweisen ist darauf, dass der volle Beweis – ebenso wie alle anderen Arten des Beweismasses – auch indirekt mittels Indizien erbracht werden kann. Aufgrund des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung ist der Richter zudem nicht an einzelne Beweismittel gebunden, sondern darf grundsätzlich auf alle direkten Beweise und Indizien abstellen. Dabei können auch die Lebenserfahrung sowie die Leitsätze der praktischen Vernunft berücksichtigt werden.³⁰ Das erforderliche Beweismass muss nicht von jedem einzelnen Beweismittel für sich erreicht werden. Vielmehr kann auch das Gesamtbild verschiedener Indizien nur noch theoretische Zweifel am Beweisthema zulassen.³¹

3.3 Im Kartellrecht

Wie bereits dargelegt, ist die Lehre mehrheitlich kritisch gegenüber dem Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit eingestellt. Folglich wird als Beweismass von

diesem Teil der Lehre der volle Beweis verlangt; nicht zuletzt deshalb, weil dieser dem Regelbeweismass für Zivil- und öffentliches Recht entspricht. So wird insbesondere hinsichtlich sogenannter direkten Sanktionen mit strafrechtlichem bzw. strafrechtsähnlichem Charakter gemäss Art. 49a Abs. 1 KG argumentiert.³² Die Weko hat diese Forderung in ihre Praxis aufgenommen, indem sie bei Sanktionsfällen teilweise die Anforderung des Vollbeweises anwendet.³³ Für die Weko scheint die Leitlinie für das Beweismass zu sein, ob ein Beweis aus ihrer Sicht theoretisch durch einen Vollbeweis erbracht werden kann. In diesem Fall will sie sich nicht mit dem Beweis der hohen Wahrscheinlichkeit begnügen. Z.B. bezüglich der Auswirkungen von Abreden ist nach Auffassung der Weko jedoch eine strikte Beweisführung nicht möglich und kann daher auch nicht verlangt werden. Insbesondere ein strikter Beweis von (hypothetischen) Preisen, wie sie beispielsweise ohne eine Submissionsabsprache offeriert worden wären, erscheine kaum möglich.³⁴

Das Bundesverwaltungsgericht weist in einem jüngeren Urteil einerseits darauf hin, im ordentlichen Verwaltungsverfahren gelte grundsätzlich das Beweismass des Vollbeweises, mithin jenes der Gewissheit. Andererseits wird erklärt, im wettbewerbsrechtlichen Kontext seien indes keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen: Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesse eine strikte Beweisführung regelmässig aus.³⁵

²⁷ RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, *Öffentliches Prozessrecht*, 2. A., Basel 2010, 286; FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. A., Bern 1983, 279; BERGER/NOGLER (FN 10), 171; BILGER (FN 23), 305; vgl. den Definitionsvorschlag von BERGER-STEINER (FN 4), 115; vgl. auch PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), *Praxiskommentar zum VwVG*, Zürich 2009, N 214 zu Art. 12; BGE 130 III 321, E. 3.2.

²⁸ GRONER (FN 2), 180.

²⁹ BERGER-STEINER (FN 3), 249; zustimmend BÜHLER (FN 6), 3; ebenfalls gleicher Meinung WALTER (FN 4), N 136 zu Art. 8.

³⁰ BVGE 2012/33, E. 6.2.1; für das Strafrecht vgl. Art. 10 Abs. 2 StPO; HEINZ HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6. A., Basel 2005, 244 ff.; ESTHER TOPHINKE, in: Marcel Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar zur StPO*, Basel 2011, N 83 zu Art. 10.

³¹ NIKLAUS OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 3. A., Bern 2012, 250; KRAUSKOPF/SCHALLER (FN 8), N 619 zu Art. 5.

³² ZIRLICK/TAGMANN (FN 25), N 102 zu Art. 30; DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI (FN 26), 470 f.; AMSTUTZ/KELLER/REINERT (FN 14), 119; DAVID/JACOBS (FN 24), 288 f.; CARRON (FN 25), 30; BRÜTSCH (FN 26), 150 f. betreffend verwaltungsrechtliche Sanktionen und 154 f. betreffend privatrechtliche Ansprüche.

³³ Im Entscheid «Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich» der Weko vom 22. April 2013, RPW 2013/4, S. 524 ff., Rz. 162, wurde die konkrete Bestimmung des Beweismasses offengelassen, da der Sachverhalt als strikte bewiesen angesehen wurde; im Entscheid «Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau» vom 16. Dezember 2011, RPW 2012/2, 270 ff., Rz. 934, wandte die Weko ebenfalls das Beweismass des Vollbeweises an.

³⁴ Entscheid «Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich» der Weko vom 22. April 2013, RPW 2013/4, 524 ff., Rz. 163.

³⁵ Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, E. 5, mit Hinweis auf das hinten besprochene Urteil *Publigroupe SA* (vgl. hinten Ziff. VII.); vgl. auch das neuste Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 5.3.

4. In dubio pro reo

4.1 Allgemeines

Gemäss Art. 10 Abs. 1 StPO gilt jede Person bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Das bedeutet zum einen, dass die Beweislast für die schuldhaftige Verwirklichung eines Straftatbestandes bei der Anklagebehörde liegt.³⁶ Zum anderen folgt aus diesem Grundsatz, dass ein Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage auszugehen hat, wenn unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat bestehen (Art. 10 Abs. 3 StPO). Der Strafrichter darf sich nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Dabei sind bloss abstrakte und theoretische Zweifel nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit auch im Strafrecht nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.³⁷ Somit enthält die Unschuldsvermutung neben einer Beweiswürdigungsregel zusätzlich auch eine Definition der erforderlichen Gewissheit bzw. spiegelbildlich des noch zulässigen Zweifels.³⁸

4.2 Verhältnis zum Privat- und öffentlichen Recht

Wie auch bei anderen Arten des Beweismasses setzen sich die Gerichte kaum mit der Frage der exakten Bestimmung des Beweismasses in quantitativer Hinsicht auseinander. In den meisten Fällen kann der Sachverhalt ohnehin nicht mit quantitativer Genauigkeit analysiert werden. Wo dies allenfalls zutreffen mag (z.B. DNA-Analyse bei Spuren an einem Tatort), wird das Beweisergebnis meist auch durch andere Faktoren beeinflusst, die nicht wissenschaftlich gemessen werden können, wie etwa die Aussage des Beschuldigten oder von Zeugen.³⁹ Ausserdem scheinen die Gerichte oft von einem Sachverhalt vollständig oder

dagegen gar nicht überzeugt zu sein.⁴⁰ Differenzierungen zum Vollbeweis im Zivil- und öffentlichen Recht gestalten sich daher schwierig.

Trotzdem dürfte das Regelbeweismass im Strafrecht tendenziell eher höher sein als im Privat- und öffentlichen Recht, weil die strafrechtlichen Sanktionen regelmässig einen schwerwiegenderen Nachteil für den Betroffenen bzw. Eingriff in dessen Grundrechte darstellen.⁴¹ Das verlangte Beweismass trifft eine Aussage darüber, in welchem Masse in Kauf genommen wird, dass gegebenenfalls auch Unschuldige mit Strafe belegt werden.⁴² VERNIORY gibt einen Wert von 95 bis 98 % Wahrscheinlichkeit an, damit von einer strafrechtlichen Überzeugung gesprochen werden könne.⁴³

4.3 Im Kartellrecht

Nur vereinzelt wird der strafrechtliche Vollbeweis auch in Bezug auf die strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen direkten Sanktionen des Kartellrechts gefordert.⁴⁴ Aufgrund des Charakters der direkten Sanktionen i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG erscheint diese Meinung nachvollziehbar.⁴⁵ Diese Frage wird vorliegend indes nicht eingehend besprochen, weil laut Bundesgericht an den Nachweis in Bezug auf wirtschaftliche Zusammenhänge im Rah-

³⁶ Statt vieler Urteil des Bundesgericht 6B.1/2013 vom 4. Juli 2013, E. 1.5.

³⁷ BGE 127 I 38, E. 2a; BGE 124 IV 86, E. 2a; BGE 120 Ia 31, E. 2c; OBERHOLZER (FN 31), 249 f.

³⁸ Vgl. MICHEL HOTTELIER, in: André Kuhn/Yvan Jeanneret (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse*, Basel 2011, N 46 f.; GRONER (FN 2), 166; vgl. auch Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozesses, BBl 2006 1132.

³⁹ PETER ALBRECHT, Besprechung des Urteils des Obergerichts Zürich vom 19. August 2008 i.S. *L gegen Stadtrichteramt Zürich*, in: *forumpenale* 2009, 167.

⁴⁰ BERNARD CORBOZ, *In dubio pro reo*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Nr. 129/1993, 418.

⁴¹ CORBOZ (FN 40), 418; für Unterschiede innerhalb des Strafrechts GUNTHER ARZT, *Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo*, Berlin 1997, 10.

⁴² GIUSEP NAY, *Freie Beweiswürdigung und in dubio pro reo*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 114/1996, 92.

⁴³ JEAN-MARC VERNIORY, *La libre appréciation de la preuve pénale et ses limites*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 2000, 379 f.; NAY (FN 42), 92, diskutiert Wahrscheinlichkeitsgrade von 95 bis 99.9 %, ohne jedoch explizit Stellung zu nehmen; ARZT (FN 41), 10, hält das Beweismass beispielsweise beim Bagatellstrafrecht für niedriger als für Tatbestände, wie etwa Mord; wohl zustimmend ALBRECHT (FN 39), 167; a.M. KAUFMANN (FN 16), 195.

⁴⁴ So etwa MARTIN RAUBER, *Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung des «legal privilege»*, Zürich 2010, 149. Die Weko ist demgegenüber der Ansicht, dass das Regelbeweismass im Zivilrecht mit demjenigen des Strafrechts übereinstimmen würde; vgl. dazu Entscheidung «Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich» der Weko vom 22. April 2013, RPW 2013/4, S. 524 ff., Rz. 155, wo in FN 348 auf ein höchstrichterliches Urteil hingewiesen wurde, welches die Darstellung der Weko jedoch nicht stützt, da das Bundesgericht in diesem Fall lediglich eine Willkürprüfung in Bezug auf die Sachverhaltsdarstellung durchführte.

⁴⁵ Immerhin gilt die Unschuldsvermutung auch im Kartellrecht: vgl. dazu das neuste Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 7.4.3 ff. und die Zwischenverfügung des BVGer B-6180/2013 vom 12. Dezember 2013, E. 4.3.

men des Kartellrechts nicht übertriebene Anforderungen zu stellen sind.⁴⁶ Vor diesem Hintergrund erscheint eine aus praktischer Sicht ohnehin schwierige Differenzierung zwischen dem Regelbeweismass im Strafrecht einerseits und demjenigen im Privat- bzw. öffentlichen Recht andererseits nicht sehr hilfreich.

Trotzdem sollte bei der direkten Sanktionierung im Kartellrecht die Strenge der Rechtsfolge im Verhältnis zum untersuchten Verhalten berücksichtigt werden. Erstens ist dem Wettbewerb der harte Umgang mit Wettbewerbern eigen. Ein kartellrechtlich «unschuldiges» Unternehmen beteiligt sich in erwünschter Weise am Wettbewerb. Im Unterschied zu typischen Tatbeständen des Kernstrafrechts kann sich beispielsweise ein marktbeherrschendes Unternehmen oftmals nicht einfach durch Unterlassung regelkonform verhalten, sondern muss insbesondere seine Preispolitik in zulässiger Weise aktiv gestalten. Zweitens steigt mit der Senkung des Beweismasses auch die Gefahr von Regulierungsfehlern erster Ordnung (Verbot eines effizienten Verhaltens), die tendenziell schädlicher erscheinen als diejenige zweiter Ordnung (kein Eingriff bei ineffizientem Verhalten).⁴⁷

III. Sach- und Rechtsfragen

Weil Beweise nur hinsichtlich rechtserheblicher Tatsachen abgenommen werden können, ist die Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsfragen bedeutsam.⁴⁸ Zudem gilt die Regel «in dubio pro reo» nur in Bezug auf Sachfragen, jedoch nicht bei Zweifeln an der rechtlichen Subsumption.⁴⁹ Aus abstrakter Perspektive scheint die Unterscheidung klar: Sachverhaltsfragen beziehen sich auf tatsächliche Begebenheiten. Rechtsfragen betreffen demgegenüber die rechtliche Würdigung eines Sachverhalts. Nach der Praxis des Bundesgerichts sind beispielsweise Fragen der Beweiswürdigung, die Beurteilung hypothetischer Geschehensabläufe und Prognosen betreffend zukünftige Ereignisse oder die Feststellung der natürlichen Kausalität Sachverhaltsfragen. Als Rechtsfrage gelten demgegenüber u.a. die Feststellung, ob eine Tatsa-

che entscheidungswesentlich ist, sowie die Bestimmung des adäquaten Kausalzusammenhangs.⁵⁰

1. Rechtsfragen im Kartellrecht

Viele Tatbestände des Kartellrechts enthalten General Klauseln mit unbestimmten Rechtsbegriffen. Diese sind teils der Ökonomie entlehnt, wie beispielsweise «wirtschaftliche Effizienz» in Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 KG oder «Marktmacht» in Art. 2 Abs. 1 KG; teils werden Begriffe gebraucht, die nicht ursprünglich ökonomisch sind und zuweilen auch eine wertende (und deshalb klar als juristisch erkennbare) Komponente enthalten, wie beispielsweise «Missbrauch» in Art. 7 Abs. 1 KG. Dementsprechend ist es nicht immer leicht, zwischen Rechts- und Sachfrage zu unterscheiden.⁵¹

Was muss nun nachgewiesen werden, damit z.B. von wirksamem Wettbewerb ausgegangen wird? Dieser Rechtsbegriff folgt nicht aus einer spezifischen Wettbewerbstheorie und lässt auch neue wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse zu.⁵² Folglich handelt es sich um einen juristischen Begriff, welcher mit Hilfe von ökonomischem Verständnis ausgelegt wird. Trotzdem bleibt die Wertung, welcher Wettbewerb (noch) als wirksam zu qualifizieren ist, beim Juristen. Dementsprechend kann zwar die Wettbewerbsintensität (z.B. mittels Befragungen, Preisentwicklungen, Preis-Kostenanalysen usw.) nachgewiesen werden. Jedoch ist es eine Rechtsfrage, ob das jeweilige Beweisergebnis die Schwelle des wirksamen Wettbewerbs erreicht.

Ökonomische Erkenntnisse sind dann als Sachfragen dem Beweis zugänglich, wenn sie ihrerseits zum Nachweis eines Lebenssachverhalts beitragen (z.B. ökonometrische Berechnungen zur wettbewerbsbeschränkenden Wirkung eines Koppelgeschäfts i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. f KG im konkreten Fall). Werden demgegenüber ökonomische Erkenntnisse bei der funktionalen Auslegung von Rechtsbegriffen berücksichtigt, ist darüber kein Beweis abzunehmen (z.B. ökonomische Studien über die Problematik von Koppelgeschäften, welche sich nicht mit dem konkreten Fall auseinandersetzen).

⁴⁶ BGE 139 I 72, E. 8.3.2; vgl. auch hinten Ziff. VII.

⁴⁷ Vgl. betreffend Regulierungsfehlern bei der Missbrauchskontrolle marktbeherrschender Unternehmen MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, Basel 2011, 70 ff. mit weiteren Hinweisen; ZIMMERLI (FN 26), 617.

⁴⁸ Vgl. etwa OBERHOLZER (FN 31), Rz. 694; HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, 172.

⁴⁹ HOTTELIER (FN 38), N 48 zu Art. 10; OBERHOLZER (FN 31), 250; BGE 139 I 72, E. 8.3.1.

⁵⁰ MARKUS SCHOTT, in: Marcel Niggli/Peter Übersax/Hans Wiprächiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum BGG, 2. A., Basel 2011, Rz. 27 ff. zu Art. 95.

⁵¹ Vgl. BGE 139 I 72, E. 8.3.2, wo den Beschwerdeführern der Vorwurf gemacht wird, teilweise die Beweisregeln mit den anwendbaren Auslegungsgrundsätzen zu verwechseln; kritisch dazu GERALD BREI, Kartellrechtsverfahren nach PubliGroupe – offene Fragen und praktische Probleme, in: SJZ 2014, 184.

⁵² TSCHUDIN (FN 47), Rz. 208 mit weiteren Hinweisen.

So verhält es sich auch bei anderen wettbewerbsrechtlichen Begriffen, beispielsweise der Erheblichkeit i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG: Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig. Diese Regel setzt für die Erkennung von volkswirtschaftlicher Schädigung durch Kartelle auf eine Effektanalyse. Nur diejenigen Abreden, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, gelten als unzulässig. Die Frage nach der Erheblichkeit ist wiederum eine Wertungsfrage. Mit der Ökonomie könnte z.B. die Frage nach der statistischen Signifikanz einer Preisänderung beantwortet werden. Ob eine statistisch signifikante Preisentwicklung jedoch erheblich genug ist, damit ein staatliches Verbot gerechtfertigt erscheint, ist als Rechtsfrage von den Behörden bzw. den Gerichten zu beantworten.⁵³

2. Mehrstufige Prüfung

Die Unterscheidung von Sach- und Rechtsfragen ist insbesondere bei mehrstufigen Prüfungsprogrammen anspruchsvoll. Die Subsumtion eines Lebenssachverhalts unter den Rechtsbegriff der Erheblichkeit beispielsweise hängt vom Beweisergebnis entsprechender Marktabklärungen ab. Welche Produkte, Preise, Unternehmen usw. diesbezüglich analysiert werden müssen, entscheidet sich nach dem entsprechend relevanten Markt. Der Begriff des relevanten Marktes ist wiederum ein Rechtsbegriff, der seinerseits aufgrund eines Lebenssachverhalts abzugrenzen ist.⁵⁴

Ebenfalls unübersichtlich stellt sich die Lage bei der Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen dar (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG), bei welcher die vier Prüfungsschritte (i) Vorliegen eines Unternehmens, (ii) relevanter Markt, (iii) Marktbeherrschung und (iv) Missbrauch durchlaufen werden.⁵⁵

⁵³ Entscheid «Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich» der Weko vom 22. April 2013, RPW 2013/4, 524 ff., Rz. 161 e).

⁵⁴ Für eine Definition des relevanten Marktes vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU; vgl. auch Entscheid «Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich» der Weko vom 22. April 2013, RPW 2013/4, 524 ff., Rz. 161 d).

⁵⁵ MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum KG, Basel 2010, N 18 zu Art. 7; andere Darstellungen des Prüfungsprogramms sind ebenfalls denkbar; so kann die Marktabgrenzung als Teil des Marktbeherrschungstests aufgefasst werden oder es kann die Missbrauchsprüfung in die Elemente Wettbewerbsbehinderung und Rechtfertigung aufgeteilt werden.

Dabei können einzelne Sachfragen auf verschiedenen Ebenen eine Rolle spielen und einander wechselseitig beeinflussen.

3. Wechselwirkung

Die komplexe Struktur kartellrechtlicher Tatbestände führt zu zwei Arten von Wechselwirkungen: solche zwischen aufeinander aufbauenden Elementen und solche zwischen gegeneinander abzuwägenden Elementen.

3.1 Gesamtbetrachtung

Wird ein einzelnes Element im Rahmen einer mehrstufigen Prüfung relativ streng beurteilt, lässt sich dies durch entsprechende Berücksichtigung bei einem anderen Element abfedern. Bestes Beispiel hierfür ist die Marktabgrenzung. Kartellrechtsfälle werden durch die Qualifikation des relevanten Marktes oft entscheidend beeinflusst. Geht man etwa infolge der Beurteilung des Volumens an Parallelimporten von einem nationalen räumlichen Markt aus, obwohl eine internationale Marktabgrenzung grundsätzlich ebenfalls in Betracht käme, könnte die in diesem Fall enge Marktabgrenzung z.B. durch strengere Anforderungen an die Erheblichkeit (gemäss Art. 5 Abs. 1 KG) bzw. an die Marktbeherrschung (gemäss Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG) ausgeglichen werden.

Schliesslich werden Kartellrechtsfälle oft – und dies zu Recht – einer Gesamtbeurteilung unterzogen: Wenn bei jedem Element jeweils die strengst- (oder jeweils immer die grosszügigst-) mögliche Bewertung herangezogen würde, könnte das Resultat kaum je überzeugen.⁵⁶

3.2 Abwägung verschiedener Aspekte

Oft müssen im Kartellrecht auch verschiedene Aspekte gegeneinander abgewogen werden. So kann eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. Die Effizienzargumentation stellt nicht die Wettbewerbsbeschränkung, sondern die Unzulässigkeit der Abrede gestützt auf die Gründe nach Art. 5 Abs. 2 KG in Frage. Die Anforderungen an den Beweis für die Rechtfertigung sind deshalb nicht kleiner (wie bei einem Gegenbeweis), jedoch auch nicht grösser. Die erhebliche

⁵⁶ TSCHUDIN (FN 47), 140 ff. schlägt für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung als zusätzliche Voraussetzung eine Erheblichkeitsschwelle vor, um eine allenfalls strenge Qualifikation der Marktbeherrschung insbesondere aufgrund von empirischen Ungenauigkeiten in Bezug auf den relevanten Markt aufzufangen.

Wettbewerbsbeschränkung und die wirtschaftliche Effizienz sind beides ausdifferenzierte Begriffe der volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen gemäss Art. 1 KG. Beide Aspekte müssen daher gleichberechtigt berücksichtigt werden.

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 Abs. 1 KG kann nach Lehre und Rechtsprechung durch sogenannte «legitimate business reasons» gerechtfertigt werden.⁵⁷ Auch hier muss für eine Wettbewerbsbeschränkung infolge eines konkreten Verhaltens eines Marktbeherrschers sowie für die entsprechende Rechtfertigungsmöglichkeit das gleiche Beweismass gelten.

IV. Anknüpfung an die Rechtsfolge

Im Kartellrecht knüpfen verschiedene Rechtsfolgen an die gleichen materiellen Regeln an. Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, z.B. i.S.v. Art. 5 KG, können die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung eröffnen (Art. 26 Abs. 1 KG), und die Weko kann über die zu treffenden verwaltungsrechtlichen Massnahmen entscheiden (Art. 30 Abs. 1 KG). Bei einer unzulässigen Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und 4 (harte Kartelle) kann ein Unternehmen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG mit einer strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Sanktion von bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. Schliesslich bestehen nach Art. 12 Abs. 1 KG zivilrechtliche Ansprüche (lit. a) auf Beseitigung oder Unterlassung, (lit. b) Schadenersatz und Genugtuung und (lit. c) Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinns. Trotz dieser verschiedenen Rechtsfolgen werden die materiellen Regeln grundsätzlich einheitlich ausgelegt und angewandt.⁵⁸

Beim Beweismass muss jedoch nach der vorliegend vertretenen Ansicht eine Ausnahme von diesem Grundsatz gelten. Generell ist ein umso höheres Beweismass erforderlich, je einschneidender die Rechtsfolge ist.⁵⁹ Dies ist intuitiv überzeugend: Je grösser der Eingriff in die Rechte einer Person ist, desto sicherer sollte sich die

verfügende Behörde bzw. das urteilende Gericht sein. Deshalb wird oft die Rechtsfolge bei der Würdigung des Sachverhalts mitberücksichtigt. Die vorne dargestellten Arten des Beweismasses sprechen ebenfalls für eine differenzierte Betrachtungsweise. Das Beweismass ist bei vorsorglichem (und deshalb vorübergehendem) Rechtsschutz deutlich tiefer als bei Hauptsachenentscheiden.⁶⁰ Zudem ist bei vorsorglichen Massnahmen zu beachten, dass die Gerichte bei gestaltenden Massnahmen aufgrund des stärkeren Eingriffs höhere Anforderungen an den Beweis stellen als bei sichernden Massnahmen. Das hat insbesondere auf das Beweismass Einfluss: Je höher der Eingriff mittels vorsorglicher Massnahme, desto höher muss die Überzeugung des Gerichts sein.⁶¹ Auch im Strafrecht wird mit Blick auf die Strafe eher ein höheres Beweismass angewandt als im Privat- oder öffentlichen Recht.⁶²

Dementsprechend wird in der Lehre gefordert, dass das Beweismass für strafrechtsähnliche Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG höher sein muss als beispielsweise für ein verwaltungsrechtliches Verbot.⁶³ Wie vorne dargestellt, folgt die Praxis dieser Forderung tendenziell.⁶⁴

V. Gesetzliche Beweiserleichterung

Das Kartellgesetz enthält verschiedene gesetzliche Beweiserleichterungen. Beispielsweise reicht für eine Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG bereits eine abgestimmte Verhaltensweise. D.h. es ist kein Nachweis eines Vertrages i.S.v. Art. 1 OR erforderlich. Paradebeispiel einer gesetzlichen Beweiserleichterung sind die Vermutungstatbestände des Art. 5 Abs. 3 und 4 KG: Wird ein hartes Kartell nachgewiesen, wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet.

1. Abgestimmte Verhaltensweise

Die abgestimmte Verhaltensweise ist nach dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG neben erzwingbaren und nicht erzwingbaren Vereinbarungen eine Art von Wettbewerbsabrede. Für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise ist ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bzw. ein Mindestmass an Verhaltenskoordination voraus-

⁵⁷ AMSTUTZ/CARRON (FN 55), N 63 zu Art. 7; TSCHUDIN (FN 47), 144.

⁵⁸ RETO JACOBS/GION GIGER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum KG, Basel 2010, N 13 zu Art. 13; gewisse Bruchstellen zwischen der Anwendung im Zivil- und Verwaltungsverfahren sind jedoch denkbar bzw. drängen sich teilweise sogar auf; vgl. beispielsweise für den umstrittenen Begriff des ergänzenden Individualschutzcharakters des Kartellrechts das Urteil des BVGer B-4637/2013 vom 9. Juli 2014, E. 4.

⁵⁹ ZIRLICK/TAGMANN (FN 25), N 101 zu Art. 30; vgl. vorne Ziff. II.

⁶⁰ Vgl. vorne Ziff. II. 1.

⁶¹ BVGer B-4637/2013 vom 9. Juli 2014, E. 3.

⁶² Vgl. vorne Ziff. II. 4.

⁶³ ZIRLICK/TAGMANN (FN 25), N 102 zu Art. 30; vgl. vorne Ziff. II. 3.3.

⁶⁴ Vgl. vorne Ziff. II. 3.3.

gesetzt. Die Wettbewerber müssen die praktische Zusammenarbeit bewusst an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen. Entscheidend ist, dass das Gleichverhalten nicht durch exogene Marktfaktoren erzwungen, sondern planmässig, aufgrund ausgetauschter Marktinformation erfolgt. Gleichverhalten kann eine abgestimmte Verhaltensweise aber immerhin indizieren.⁶⁵

Bereits aus dieser Begriffserklärung wird klar, dass der Nachweis von abgestimmten Verhaltensweisen alles anderes als leicht fällt.⁶⁶ Jedoch gilt dies auch für den Nachweis einer expliziten Vereinbarung, wenn die Beteiligten schweigen. Deshalb soll ein Verhalten auch ohne Nachweis einer expliziten Vereinbarung aufgegriffen werden können. Ausserdem kann in dieser Weise einer denkbaren Gesetzesumgehung vorgebeugt werden.

Die Weko vertritt die Ansicht, hinsichtlich der abgestimmten Verhaltensweisen zugrundeliegenden ökonomischen Betrachtungen könne kein strikter Beweis verlangt werden.⁶⁷ Dieser Argumentation ist entgegen zuhalten, dass im Begriff der abgestimmten Verhaltensweise bereits eine Beweiserleichterung angelegt ist. Würde zusätzlich noch das Beweismass für den entsprechenden Lebenssachverhalt gesenkt, würde dies in einer Gesamtschau die Anforderungen an den Beweis zu stark senken. Dies gerade deshalb, weil eine abgestimmte Verhaltensweise im Einzelfall nur schwer von einem (wettbewerblich erwünschten) Parallelverhalten unterschieden werden kann. Zudem können die Folgen der Qualifikation als Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG einschneidend sein: Wenn die Wettbewerbsparameter Preis, Menge, Gebiet bzw. Kundenkreis betroffen sind, bedeutet eine Qualifikation als Wettbewerbsabrede, dass die involvierten Unternehmen die gesetzliche Vermutung gegen sich haben, sie hätten den Wettbewerb beseitigt.⁶⁸ In dieser Konstellation greifen zwei Beweiserleichterungen (diejenigen nach dieser Ziffer V 1. und folgender V 2.), weshalb an das Beweismass grundsätzlich hohe Anforderungen zu stellen sind.

2. Vermutung betreffend harte Kartelle

Die gesetzliche Vermutung betreffend harte Kartelle stellt klarerweise eine Beweiserleichterung dar.⁶⁹ Beim Nachweis der Vermutungsbasis (Form der Abrede, z.B. Vorliegen eines Preiskartells) wird auf die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs geschlossen (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG). Bleibt die Vermutung aufrecht erhalten, bleibt dem betroffenen Unternehmen der Nachweis von Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG verschlossen. Die Widerlegung der Vermutungsfolge besteht aus dem positiven Nachweis eines noch vorhandenen Restwettbewerbs.⁷⁰

Man könnte sich fragen, ob angesichts des Nachteils für die involvierten Unternehmen infolge dieser gesetzlichen Beweiserleichterung für die Wettbewerbsbehörden (bzw. den Kläger) das Beweismass für die Widerlegung der Vermutungsfolge reduziert sein sollte. Dieses Problem erscheint zurzeit jedoch von untergeordneter Bedeutung, da die Widerlegung der Wettbewerbsbeseitigung in der Praxis relativ oft gelingt.⁷¹

Die Vermutung gegen harte Kartelle wurde kürzlich vom Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Auslegung der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG herangezogen: Weil Art. 5 Abs. 4 KG statuiere, Passivverkaufsverbote beseitigten vermutungsweise den Wettbewerb, so sei a maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von quantitativen Kriterien.⁷² Dieser Fall kann hier nicht im Detail erläutert werden. Im vorliegenden beweisrechtlichen Zusammenhang soll folgender Hinweis genügen: Weil die Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG möglich ist, müsste dies erst recht auch für eine (richterliche) Vermutung hinsichtlich der Erheblichkeit einer Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG gelten. Anderenfalls würde die Umstossung der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG lediglich zur Möglichkeit eines selbständigen Nachweis von Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG führen; die Vermutung betreffend die erhebliche (und damit gemäss zitiertem Urteil ebenfalls nach Art. 49a Abs. 1 KG direkt sanktionierbare) Wettbewerbsbeschränkung wäre unumstösslich. Eine derartige nicht widerlegbare Vermutung stellte eine sogenannte Fiktion dar, welche ohne entsprechende gesetzliche Verankerung gegen den Grundsatz der

⁶⁵ BGE 129 II 18, E. 6.3; vgl. auch MARC AMSTUTZ/BLAISE CARON/MANI REINERT, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. A., Basel 2013, N 32 zu Art. 4 Abs. 1; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar zum KG*, Basel 2010, N 101 zu Art. 4 Abs. 1.

⁶⁶ Vgl. auch BRÜTSCH (FN 26), 167 ff.

⁶⁷ Entscheid «Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich» der Weko vom 22. April 2013, RPW 2013/4, 524 ff., Rz. 161 b).

⁶⁸ Vgl. sogleich.

⁶⁹ Vgl. dazu auch KOSTKA (FN 23), 400 f.

⁷⁰ KOSTKA (FN 23), 531.

⁷¹ Vgl. KOSTKA (FN 23), 559 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER (FN 8), N 472 ff. zu Art. 5.

⁷² Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, E. 11.1.8; kritisch RETO JACOBS, *Entwicklungen im Kartellrecht*, in: SJZ Bd. 110/2014, 321 f.

Unschuldsumsetzung verstossen würde. Folglich spielen quantitative Kriterien im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung von Art. 5 Abs. 1 KG auf jeden Fall eine Rolle.⁷³

VI. Beweisnotstand

Eine Beweiserleichterung vom strikten Beweis auf die Schwelle der hohen Wahrscheinlichkeit kommt im Kartellrecht (unabhängig von der Rechtsnatur der Rechtsfolgen) nur dann in Frage, wenn typischerweise ein Beweisnotstand besteht.⁷⁴ Wie vorne erwähnt, wird die Beweisproblematik bereits damit entschärft, dass nur Sachfragen über Lebenssachverhalte zu beweisen sind. Rechtsfragen wie etwa, ob aufgrund von (nachgewiesenen) Marktanteilen und anderen relevanten Faktoren eine marktbeherrschende Stellung besteht, stehen dem Beweis hingegen nicht offen.⁷⁵

1. Theoretisch nachweisbar?

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass im Kartellrecht nicht bei jedem Sachverhaltselement ein Beweisnotstand besteht. Beispielsweise stellt die Erbringung des Beweises in Bezug auf das Verhalten eines Marktbeherrschers hinsichtlich der Verweigerung einer Geschäftsbeziehung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG in der Regel keine besonders grosse Herausforderung für die beweisbelastete Partei dar. Generell kann gesagt werden, dass formbasierte Sachverhaltselemente (z.B. erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG; harte Kartelle i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG; Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 KG; Umsatzschwellen für die Meldung von Zusammenschlüssen nach Art. 9 KG) in der Regel einfacher zu beweisen sind als effektorientierte Sachverhaltselemente (z.B. Marktbeherrschung aufgrund eines unabhängigen Verhaltens i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG; Wettbewerbsbehinderung im Rahmen der Prüfung des Missbrauchs nach Art. 7 KG; Begründung oder Verstärkung einer

marktbeherrschenden Stellung bzw. Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen der Fusionskontrolle nach Art. 10 Abs. 2 KG). Insbesondere für den natürlichen oder hypothetischen Kausalzusammenhang zwischen einzelnen Sachverhaltselementen kann der Beweis kaum je strikt geführt werden.⁷⁶ Gleich verhält es sich bei Prognosen über zukünftige Marktentwicklungen, welche vor allem bei der Fusionskontrolle entscheidend sind. Solchen Prognosen ist die Unsicherheit inhärent. Dementsprechend kann diesbezüglich von einem typischen Beweisnotstand gesprochen werden.

2. Faktische Begrenzung

Auch wenn ein Sachverhaltselement theoretisch nachweisbar ist, kann der Nachweis faktisch verunmöglicht werden. Stehen beispielsweise konzeptionell einwandfreie ökonomische Tests zur Verfügung, um die Schädlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung aufzuzeigen, kann ein strikter Beweis infolge mangelnder Marktdaten scheitern.

Diese faktischen Beweisprobleme werden im verwaltungsrechtlichen Verfahren durch griffige Instrumente abgemildert. So können die Wettbewerbsbehörden nach Art. 42 Abs. 2 KG Hausdurchsuchungen durchführen, und beteiligte Unternehmen sowie Dritte sind gemäss Art. 40 KG zur Auskunft verpflichtet. Schliesslich trägt auch die Kronzeugenregelung in Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG einen beträchtlichen Teil dazu bei, Kartelle aufzudecken. Diese Instrumente stehen einem zivilrechtlichen Kläger nicht zur Verfügung. Zudem dürfte von einem Kläger im Zivilprozess nicht verlangt werden, detaillierte Marktdaten zu liefern, welche auch Umsatzdaten und somit grundsätzlich Geschäftsgeheimnisse von Konkurrenten beinhalten, weil der dazu erforderliche Informationsaustausch allenfalls als unzulässig angesehen würde.⁷⁷ Dementsprechend muss das Beweismass im Zivilprozess grundsätzlich niedriger sein als im Verwaltungsverfahren.

⁷³ Zudem wird sich die Erheblichkeit insbesondere bei Bagatellfällen auch bei verwaltungsrechtlichen Verfahren ohne direkte Sanktion nicht alleine auf quantitative Kriterien stützen lassen. Vgl. das neuste Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 7.1.3, welches festhält, dass im schweizerischen Kartellrecht keine per se-Erheblichkeit besteht, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt jeweils von den Wettbewerbsbehörden zu untersuchen sind.

⁷⁴ Vgl. vorne Ziff. II.2.1.

⁷⁵ Vgl. vorne Ziff. III.

⁷⁶ Demzufolge wird etwa für den Zusammenhang zwischen einem Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens und der schädlichen Wettbewerbswirkung ein wahrscheinlicher Effekt gefordert; vgl. dazu TSCHUDIN (FN 47), 124; man beachte aber, dass das Beweismass bei einer Sachfrage nicht zu senken ist (z.B. hohe Wahrscheinlichkeit), wenn das Tatbestandsmerkmal bereits eine Beweiserleichterung beinhaltet (hier: wahrscheinlicher Effekt).

⁷⁷ Vgl. Entscheid der Weko i.S. ASCOPA vom 31. Oktober 2011, RPW 2011/4, 529 ff.; Bei sogenannten Follow-on Klagen, die sich auf eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden stützen können, profitiert auch der zivilrechtliche Kläger indirekt von den verwaltungsrechtlichen Abklärung des Sachverhalts.

Im Verwaltungsverfahren spielt schliesslich auch die Prozessökonomie eine Rolle: Unverhältnismässig detaillierte Untersuchungen könnten infolge begrenzter Ressourcen den Beweis erheblich erschweren. Sobald indessen strafrechtliche bzw. strafrechtsähnliche Sanktionen zur Diskussion stehen, begrenzt die Unschuldsvermutung die Herabsetzung des Beweismasses alleine infolge behördeninterner Ressourcenknappheit.⁷⁸

VII. Urteil i.S. *Publigroupe SA*

In einem kürzlich ergangenen Urteil betreffend direkte Sanktionen i.S. *Publigroupe SA* entgegnet das Bundesgericht auf die Rüge der Beschwerdeführer, für die Würdigung der tatsächlichen Voraussetzungen bei der Beurteilung der Marktstellung sei eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit zu verlangen, die Analyse der Marktverhältnisse sei komplex, die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig. So sei etwa bei der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit sei kaum je exakt möglich, sondern beruhe zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürften mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern, nicht übertrieben werden. In diesem Sinne erscheine eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssten aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen. Der Sanktionstatbestand von Art. 7 i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG unterscheide sich insoweit nicht von komplexen Wirtschaftsdelikten des ordentlichen Strafrechts.⁷⁹

In diesem Urteil definiert das Bundesgericht das Beweismass für Tatbestände mit strafrechtsähnlichen Sanktionen des KG nicht, wobei es aber das Argument betreffend Nicht-Übertreibung der Anforderungen von RICHLI übernimmt, welches jedoch noch vor Einführung von direkten Sanktionen aufgestellt wurde.⁸⁰ Das Bundesgericht will offenbar flexibel auf Einzelfälle reagieren können;

eine Festschreibung des Beweismasses auf eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit lehnt es ab. Der Hinweis auf komplexe Wirtschaftsdelikte des Kernstrafrechts erscheint dabei nicht überzeugend, weil bei solchen Delikten (z.B. Betrug betreffend einen internationalen Sachverhalt in der Finanzbranche) nicht geringere Anforderungen an den Beweis gestellt werden als bei einfachen Verhältnissen betreffend die gleiche Strafnorm (z.B. Versicherungsbetrug betreffend ein zu Unrecht als abhanden gekommen gemeldetes Fahrzeug).⁸¹

Bemerkenswert ist weiter, dass eine Herabsetzung des Beweismasses im Zusammenhang mit strafrechtsähnlichen Sanktionen des KG nach diesem Urteil lediglich in Bezug auf ökonomische Daten in Frage kommt; jedoch nicht in Bezug auf Tatsachen, die auch direkt bewiesen werden können. Das Bundesgericht sieht insbesondere bei der Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit Beweisprobleme. Diese Sorge ist an sich nachvollziehbar. Trotzdem rechtfertigt sich eine Herabsetzung des Beweismasses in Bezug auf die Substituierbarkeit bei direkten Sanktionen wohl nicht generell. Zum einen sind strafrechtliche bzw. strafrechtsähnliche Sanktionen derart einschneidend, dass sich die wertende Subsumtion unter den ohnehin schon unscharfen Begriff des relevanten Marktes auf eine solide Faktenlage stützen sollte. Zum anderen gibt es für die Bestimmung der Substituierbarkeit zuweilen auch relativ gute empirische Indikatoren, wie etwa Shock-Analysen (z.B. bei Markteintritt eines Wettbewerbers) oder Preiskorrelationsanalysen.⁸²

VIII. Schlussfolgerungen

Generelle Aussagen über das erforderliche Beweismass im Kartellrecht sind nur begrenzt möglich. Die Zurückhaltung des Bundesgerichts in Bezug auf die Definition des Beweismasses ist deshalb verständlich. Das Beweismass lässt sich in diesem Rechtsgebiet, welches sich durch komplexe Rechts- und Sachfragen sowie Rechtsfolgen unterschiedlicher Rechtsnatur auszeichnet, nicht leicht fassen. Wie auch in anderen Rechtsgebieten erscheint eine Regel-Ausnahme-Methode wohl unumgänglich.

Die erste Leitlinie für das Beweismass sollte die Natur der Rechtsfolge und somit das Regelbeweismass des korrespondierenden Rechtsgebietes bilden. Bei Verwaltungs-

⁷⁸ Vgl. vorne Ziff. II.4.

⁷⁹ BGE 139 I 72, E. 8.3.2.

⁸⁰ Vgl. vorne Ziff. II.2.3, FN 22.

⁸¹ So wird der Hinweis auf das Wirtschaftsstrafrecht vom Bundesgericht auch nicht belegt.

⁸² Vgl. etwa GUNNAR NIELS/HELEN JENKINS/JAMES KAVANAGH, *Economics for Competition Law*, Oxford 2011, 102 ff.

verfahren mit sogenannten direkten Sanktionen ist mit der Mehrheit der Lehre grundsätzlich ein strikter Beweis bzw. ein Vollbeweis zu fordern. Bei Verwaltungsverfahren, bei denen es weder um direkte finanzielle Sanktionen noch um schwere verwaltungsrechtliche Nachteile geht, ist grundsätzlich ebenfalls vom strikten Beweis auszugehen, da im Verwaltungsverfahren der volle Beweis die Regel ist. Den Wettbewerbsbehörden stehen für die Verfahren betreffend beider Rechtsfolgen grundsätzlich die gleichen Untersuchungsinstrumente zur Verfügung. Auch der Beweisnotstand, welcher als massgeblicher Grund für die Herabsetzung des Beweismasses gilt, stellt sich in beiden Verfahren ähnlich dar. Dagegen dürfen im Verwaltungsverfahren ohne direkte Sanktionen die entsprechenden Ausnahmen, namentlich aufgrund einer Ressourcenknappheit, m.E. grosszügiger ausgestaltet werden, um effiziente Verfahren zu garantieren. Schliesslich erscheint es für zivilrechtliche Kläger infolge von rechtlichen und faktischen Beschränkungen in der Regel unmöglich, einen strikten Beweis zu führen. Deshalb sollte hier im Grundsatz die hohe Wahrscheinlichkeit genügen.

Für eine punktuelle Herabsetzung des Beweismasses sind generell folgende Kriterien zu prüfen: Kann das Sachverhaltselement theoretisch nachgewiesen werden? Falls ja, gibt es faktische Beschränkungen in Bezug auf die Beweisführung? Liegt demzufolge ein Beweisnotstand vor, ist die Herabsetzung des Beweismasses in der Regel gerechtfertigt. Werden die Anforderungen an den Beweis herabgesetzt, sind jedoch Wechselwirkungen mit anderen Rechts- und Sachfragen zu berücksichtigen. Bei gesetzlichen Beweiserleichterungen sollten die Beweisforderungen nicht zusätzlich gesenkt werden. Ausserdem sollte bei Erleichterungen hinsichtlich belastender Umstände Gleiches auch für entlastende Umstände gelten. Schliesslich ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, in welcher der Herabsetzung des Beweismasses Rechnung getragen wird.