



UNIL | Université de Lausanne

Braucht die Schweiz ein eigenes Kartell(straf)- verfahrensrecht?

Prof. Dr. Vincent Martenet, Universität Lausanne

Studienvereinigung Kartellrecht | Uni. Bern, 21. Juni 2019

Übersicht

- Forderung nach einem speziellen Kartell(straf)verfahrensrecht
- Evaluation des Kartellgesetzes
- KG-Revision 2012
- Verfahrensgarantien
- Verjährung
- Fazit
- Ausblick: Motion Fournier

Forderung nach einem speziellen Kartell(straf)verfahrensrecht

- Die Forderung ist nicht neu
- Diverse Kartellrechtsexperten fordern ein spezielles Kartellverfahrensrecht
- Bei den einen steht dabei die Wahrung der **strafrechtlichen Verfahrensgarantien** im Vordergrund¹
- Bei den anderen die **lange Dauer von kartellrechtlichen Verfahren** vor den Wettbewerbsbehörden und Gerichten²

1) MANI REINERT, Das Flickwerk Kartellverfahrensrecht, IDé 2012

2) WALTER A. STOFFEL, Spezifitäten des schweizerischen Wettbewerbsrechts: Rückblick und Ausblick, Zürich 2011, STEPHAN BREITENMOSER/KATHARINA WALDER SALAMIN, Verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, Bern 2014

Evaluation des Kartellgesetzes

- Bereits im Rahmen der KG-Evaluation im Jahr 2008 wurde diskutiert, ob das aktuelle Verfahrensrecht den Anforderungen von kartellrechtlichen Verfahren genügt.
- **Im Bericht «Verfahrensrecht und EMRK» wurde diskutiert, ob es eine spezielle Kartellverfahrensordnung braucht.** Als Alternative zum integralen Verweis auf ein bereits bestehendes Verfahrensrecht (insb. VwVG, VStrR, StPO).
- Die Evaluationsgruppe kam zu folgendem Ergebnis:
- Der Erlass eines Kartellverfahrens**gesetzes** erscheint nicht angemessen, denn der Aufwand für ein KG-spezifisches Verfahrensgesetz ist sehr hoch im Vergleich zu dessen Nutzen. Es besteht **keine Notwendigkeit** für ein solches Gesetz.
- Für eine spezielle Kartellverfahrens**verordnung** besteht **keine ausreichende gesetzliche Grundlage**. Zudem ist fraglich, ob die Verordnungsstufe aus rechtsstaatlichen Gründen ausreicht.

Evaluation des Kartellgesetzes

- Zur **Dauer der Verfahren** wurde im Bericht „Verfahrensrecht und EMRK“ festgehalten:
- Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sind Zivil- und Strafverfahren innert **angemessener Frist** abzuschliessen. Massgebend sind gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR die **Umstände des Einzelfalls**.
- Hauptkriterien: Komplexität der Angelegenheit, das Verhalten der Behörden und des Betroffenen sowie die Bedeutung des Ausgangs des Verfahrens für den Betroffenen.
- In der Praxis der WEKO kommt es vor, dass einzelne **Untersuchungsverfahren mehrere Jahre lang** dauern.
- Gründe: Komplexität der zu beurteilenden Sachverhalte und Parteien nehmen ihre Verfahrensrechte vollumfänglich in Anspruch.

Evaluation des Kartellgesetzes

Zur Dauer der Verfahren wurde im Bericht weiter festgehalten:

Es erscheint *de lege ferenda* **nicht sinnvoll**,

- **Ordnungsfristen für Instruktionshandlungen des Sekretariats** im Kartellgesetz zu verankern, denn die Verfahren unterscheiden sich stark hinsichtlich des Zeitaufwands.
- Die **Fristen** für Stellungnahmen, Verlängerungsmöglichkeiten oder Berücksichtigung von Gerichtsferien zu beschränken, denn alle diesbezüglichen Massnahmen stehen im **Konflikt mit dem Anspruch** der Parteien **auf rechtliches Gehör** und **ausreichende Verteidigung** (inkl. genügender Vorbereitungszeit).
- **Überlange Parteieingaben** zu beschränken, denn eine diesbezügliche Regelung würde dem Einzelfall nicht gerecht, da eine ausführliche Eingabe im einen Fall angezeigt sein kann, im anderen hingegen nicht.

Evaluation des Kartellgesetzes

Fazit aus der Evaluation:

- Es bedarf **KEINER** speziellen Kartellverfahrensordnung.
- Um den Anforderungen an ein effizientes Verfahrensrecht (weiterhin) zu genügen, sind **punktueller Änderungen** im **KG** selbst und gegebenenfalls im **VwVG** ausreichend.
- Der Bundesrat schloss sich in seinem Bericht über die KG-Evaluation dem Fazit der Evaluationsgruppe im Grundsatz an und schlug dem Gesetzgeber vor
 - am heutigen **Konzept des KG** grundsätzlich **festzuhalten**,
 - Massnahmen zur **Beschleunigung** der **Verfahren** zu prüfen.

KG-Revision 2012

Gestützt auf die Evaluation des KG enthielt die Vorlage des Bundesrats für die KG-Revision folgende sechs Punkte:

- Die **institutionelle Reform** der Wettbewerbsbehörde,
- die Verbesserung des **Widerspruchsverfahrens**,
- die Revision der **Behandlung vertikaler Abreden**,
- die Stärkung und die Vereinfachung der **Zusammenschlusskontrolle**,
- die gesetzliche Verankerung einer besseren **Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden** und
- die Stärkung des **kartellrechtlichen Zivilverfahrens**.

KEIN Thema war dabei die Schaffung einer **speziellen Kartellverfahrensordnung**.

Verfahrensgarantien

- **Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 139 I 72 *Publigroupe*):**
- Die **Verfahrensgarantien** nach EMRK und BV sind **im Grundsatz** auf kartellrechtliche Sanktionsverfahren **anwendbar**. Direkte kartellrechtliche Sanktionen finden ihre Grundlage zwar **nicht** im **(Kern-)Strafrecht**, aufgrund ihres abschreckenden und vergeltenden Charakters sind sie allerdings **strafrechtlich bzw. strafrechtsähnlich**.
- **Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts:**
- Das Kartellsanktionsverfahren zählt **primär** zum **Verwaltungsrecht**. Daher kommen die Verfahrensgarantien «**nicht in voller Strenge** zur Anwendung». Sie beanspruchen «**nicht absolute Geltung**», sondern sind «in eine **einzelfallbezogene Interessenabwägung** einzubeziehen» (BVGer i.S. *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau*, mit Verweis auf BGE 140 II 384 *Spielbank*).
- Ein Verfahren über ein wettbewerbswidriges Verhalten stellt ein **Verwaltungs- und kein Strafverfahren** dar. Daher sind strafrechtliche Grundsätze bei Kartellsanktionen nur insoweit zu berücksichtigen, als dies aufgrund höherrangigen Rechts (z.B. EMRK 6) zwingend geboten ist (BVGer i.S. *SIX/DCC*).

Verfahrensgarantien

- **Anspruch auf Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht in einem fairen Verfahren (EMRK 6 / BV 30):**
- Notwendigkeit einer institutionellen Reform der Wettbewerbsbehörden (da kein Gericht)?
- **Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 139 I 72 *Publigroupe*):**
- Die Anforderungen von EMRK 6 an ein faires Verfahren können auch erst im Verfahren vor dem **Bundesverwaltungsgericht** erfüllt werden, sofern dieses die Auferlegung von Sanktionen mit strafähnlichem Charakter mit voller Kognition überprüfen kann.
- Im Urteil *Menarini vs. Italien* hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) erstmals in einem Kartellverfahren (mit hohen Bussgeldern) festgehalten, dass die Anforderungen von EMRK 6 auch erst im **Verwaltungsgerichtsverfahren** erfüllt werden können; insoweit lässt die EMRK zu, dass die Verwaltung im **Verwaltungsverfahren** Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter aussprechen kann.

Verfahrensgarantien

- Anspruch auf **Beurteilung** von Gerichts- und Verwaltungsverfahren **innert angemessener Frist** (EMRK 6 / BV 29):
- Nach Rechtsprechung des EGMR und des BGer ist die Angemessenheit **im Einzelfall zu prüfen**.
- Zuletzt hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrensdauer i.S. *SIX/DCC* anhand folgender **Beurteilungskriterien** überprüft:
 1. Umfang und Komplexität der Sach- und Rechtsfragen
 2. Sachgerechtigkeit des Vorgehens der Behörde (z.B. Ermittlungsmassnahmen)
 3. Verhalten der Betroffenen (z.B. Verfahrensanträge)
 4. Bedeutung für die Betroffenen (Schuldvorwurf, Sanktion)
 5. Allgemeine Aspekte (Grundsatzfrage, Koordination m. anderen Verfahren)

Verfahrensgarantien

- **Bundesverwaltungsgericht zur Verfahrensdauer i.S. SIX/DCC:**
- Verfahren **vor der WEKO**: Jan 2007 bis Nov 2010
 - Besondere Umstände:
 - Unterbruch von Aug 2007 bis April 2009 wegen **Verfahrensantrag** von SIX auf Wiederholung der Verfahrenshandlungen (nach Ausstand des Vizedirektors); der Antrag wurde in letzter Instanz vom BGer abgewiesen.
 - Erfolgreiche Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung zwischen Nov 2008 und Jun 2009.
- Verfahren **vor dem BVGer**: Jan 2011 bis Dez 2018
 - Gründe:
 - Notwendigkeit der Abstimmung auf Präjudizien des BGer (insb. *Terminierung Mobilfunk* und *Publigroupe*)
 - Sehr umfangreiche Beschwerde, plus Gutachten (über 60 wesentliche / 20 präjudizielle Rechtsfragen)
- **Fazit: kein Verstoss gegen das Gebot der fristgemässen Beurteilung**

Verjährung

- **Bundesverwaltungsgericht i.S. SIX/DCC:**
- Es besteht keine allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung.
- Die verwaltungsstrafrechtlichen und die allgemeinen strafrechtlichen Verjährungsregeln können nicht herangezogen werden.
- Die **Verjährungsvorschriften** für Ansprüche aus unerlaubter Handlung **gemäss Art. 60 OR sind anwendbar**, welche eine **absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren** vorsehen.
- Mit der **Eröffnung einer Untersuchung** gemäss Art. 27 KG wird die **Verjährung unterbrochen** (analog zur Unterbrechung aufgrund Klageeinreichung gemäss 130 OR und in Übereinstimmung mit der Verjährung kartellprivatrechtlicher Ansprüche eines Unternehmens nach Art. 12 ff. KG).
- Eine Vollzugsverjährung beginnt erst mit Eintritt der Rechtskraft des Entscheides der WEKO bzw. des BVGer/BGer. Die Frist der Vollzugsverjährung beträgt ebenfalls 10 Jahre.

Fazit

- Ein **spezielles Kartellverfahren** erscheint **nicht notwendig**.
- Das aktuelle Konzept mit einzelnen Verfahrensregeln im **KG**, einem integralen Verweis auf das **VwVG** und punktuellen Verweisen auf **weitere Verfahrensregeln** gewährleistet den Schutz der Interessen der Parteien, entspricht dem Konzept in anderen Bereichen der Verwaltung (z.B. der Finanzmarktaufsicht) und weicht nicht von der «unité de procédure» ab.
- Nach Rechtsprechung der Gerichte sind die **Verfahrensgarantien** nach BV und EMRK im Grundsatz **auf kartellrechtliche Sanktionsverfahren anwendbar**.
- Notwendig sind hingegen **punktueller Anpassungen** im KG selbst, z.B. im Bereich des **Widerspruchsverfahrens**.
- **Zudem ist der Zeitpunkt reif für eine Auslegeordnung betreffend das VwVG (1968) und das VStR (1974) und gegebenenfalls für eine Teil- oder Totalrevision dieser beiden Gesetze.**

Ausblick: Motion Fournier

- Motion Fournier vom 15. Dezember 2016 «**Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren**» (16.4094) fordert
 - Fristen für Gerichte
 - Verfahrensschädigungen für Parteien
 - mildere Sanktionen für KMU
 - die Publikation von Entscheiden erst bei Rechtskraft
- Der Nationalrat hat am 5. März 2018 (nach der Annahme im Ständerat) die beiden erstgenannten Punkte (**Fristen für Gerichte** und **Parteientschädigungen**) angenommen und die beiden anderen abgelehnt.
- Das WBF ist an der Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage.

**Besten Dank für Ihre
Aufmerksamkeit**