

Per E-Mail an: hansjoerg.seiler@gmx.ch

Expertenkommission Reform Wettbewerbsbehörden
c/o Prof. Dr. Hansjörg Seiler, alt Bundesrichter
Terrassenweg 31
3110 Münsingen

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.
Arbeitsgruppe Schweiz
c/o CORE Rechtsanwälte AG
Dufourstrasse 105
CH-8008 Zürich | Schweiz
Tel: +41 43 555 70 07
mario.strebel@core-attorneys.com

Zürich, 15. Juni 2023

Vernehmlassung zur Evaluation verschiedener Reformmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörden – Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (Arbeitsgruppe Schweiz)

A. Einleitung

- 1 Die Studienvereinigung Kartellrecht (**Studienvereinigung**) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 1'300 Anwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Diese beraten regelmässig Unternehmen und natürliche Personen in allen Bereichen des Kartellrechts und vertreten diese in Verfahren vor nationalen Wettbewerbsbehörden, der EU-Kommission sowie in Zivilrechtsstreitigkeiten. Sie verfügen deshalb in besonderem Masse über Erfahrung in der Anwendung des Kartellrechts und der entsprechenden Verfahrensrechte auf nationaler und europäischer Ebene.
- 2 Die Studienvereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, an der Vernehmlassung der Expertenkommission für die Evaluation verschiedener Reformmöglichkeiten der Schweizer Wettbewerbsbehörden teilnehmen zu dürfen.
- 3 Nachfolgend wird vorab der Verbesserungsbedarf des aktuellen institutionellen Aufbaus der Schweizer Wettbewerbsbehörden dargestellt (Kapitel B), gefolgt von Ausführungen zum bevorzugten (Kapitel C) und abzulehnenden (Kapitel D) Modell sowie zu allfälligen weiteren Modellen (Kapitel E). Abschliessend folgen Bemerkungen zum Verbesserungsbedarf in Bezug auf das Verwaltungsstrafkartellrecht (Kapitel F). Das Inhaltsverzeichnis befindet sich auf der letzten Seite.

B. Verbesserungsbedarf des aktuellen institutionellen Aufbaus der Wettbewerbsbehörden

- 4 Die Studienvereinigung begrüsst und unterstützt die Bestrebungen des Bundesrates, den institutionellen Aufbau der Schweizer Wettbewerbsbehörden zu reformieren. Begrüsst wird insbesondere auch, dass die Frage der Institutionenreform soweit ersichtlich mittels einer separaten Vorlage angegangen werden soll.
- 5 Der institutionelle Aufbau der Schweizer Wettbewerbsbehörden und Rechtsmittelinstanzen und deren allfälliger Reformbedarf werden bereits seit längerem diskutiert.¹ Eine Reform der Schweizer Wettbewerbsbehörden wurde im Rahmen der jüngsten Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes von vielen verschiedenen Seiten erneut gefordert.² Auch der Bundesrat hat den Verbesserungsbedarf jüngst bestätigt.³ Auch wenn das Bundesgericht den aktuellen institutionellen Aufbau infolge der nachträglichen Heilungsmöglichkeit im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht als rechtlich ausreichend erachtete⁴, besteht nach Ansicht der Studienvereinigung betreffend die Rechtsstaatlichkeit der Verfahren und deren Dauer über sämtliche Instanzen hinweg Verbesserungsbedarf. Nachfolgend werden die Gründe dafür kurz zusammengefasst, bevor auf das bevorzugte Institutionenmodell eingegangen wird, um den identifizierten Verbesserungsbedarf bestmöglich zu adressieren.
- 6 Trotz verschiedener Revisionen des Schweizer Kartellrechts einschliesslich der Einführung von für Unternehmen schwerwiegenden Eingriffsmöglichkeiten (insb. Hausdurchsuchungen und Geldbussen mit Strafcharakter⁵) und einer immer komplexer werdenden Wirtschaft stützt sich die bestehende institutionelle Struktur auf Behördenstufe noch immer auf ein Mischmodell mit der Schweizer Wettbewerbskommission (**WEKO**) als Milizbehörde und dem professionellen Sekretariat der WEKO (**Sekretariat**). Das Sekretariat führt die Untersuchungen und übernimmt die Anklagefunktion vor der die Entscheidungen formell treffenden WEKO.⁶
- 7 Nebst anderen Aspekten (administrative Unterstellung, Budgethoheit) wiegt unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten beim aktuellen institutionellen Aufbau schwer, dass es zwischen der WEKO und dem Sekretariat an einer effektiven Trennung fehlt. Damit fehlt es an einer Trennung zwischen der Untersuchungs- und Anklagefunktion einerseits und der Entscheidungsfunktion andererseits. Rechtlich vertretbar erscheint die fehlende Trennung lediglich im Bereich der Fusionskontrolle.
- 8 Das Sekretariat führt – nur aber immerhin – mit Zustimmung der WEKO bzw. des Präsidiums der WEKO die formellen Untersuchungen durch, einschliesslich Nachteilsandrohungen im Widerhandlungsfall.⁷ Das Sekretariat legt der WEKO überdies mit seinem Antrag

¹ BBl 2012 3905, Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde; vgl. auch bereits Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 49a KG, Bern, 2008, S. 84 ff. und 106 ff.

² Vernehmlassung 2021/95 zur Teilrevision des Kartellgesetzes; Unterlagen abrufbar unter <https://fedlex.data.admin.ch/elij/dl/proj/2021/95/cons_1>; letztmals abgerufen am 15. Juni 2023.

³ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 10. November 2021 auf die Interpellation 21.4108 "Kartellgesetz umfassend modernisieren" von Ständerat Ruedi Noser, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20214108>>; letztmals abgerufen am 15. Juni 2023.

⁴ BGE 139 I 72 – *Publigroupe*.

⁵ Art. 42 Abs. 2 und Art. 49a des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) sowie BGE 139 I 72 – *Publigroupe*, E. 2.2.2.

⁶ SILVAN MEIER/DAVID BRUCH, in: DIKE-Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018 (zit. DIKE-Kommentar KG-VERFASSEN), Art. 18 KG N 5 ff., insb. N 6; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Auflage, Basel 2022 (zit. BSK KG-VERFASSEN), Art. 18 KG N 8 ff.

⁷ Art. 27 Abs. 1 KG, Art. 29 Abs. 2 KG, Art. 30 Abs. 1 KG, Art. 42 Abs. 2 KG und Art. 53 KG.

einen fertigen Entscheidentwurf vor, den sog. Sekretariatsvorschlag bzw. Verfügungsentwurf.⁸ Damit übernimmt es die Untersuchungs- und Anklagefunktion. Das berufsbehördlich fungierende Sekretariat verfügt entsprechend über einen grossen Wissensvorsprung gegenüber den nur miliz-mässig amtierenden Mitgliedern der WEKO. Dies führt zu einer Abhängigkeit und einem Übergewicht der Ansichten der dossierführenden Sekretariatsmitarbeitenden. Infolgedessen ist die WEKO bei der ihr eigentlich zustehenden Entscheidfunktion weitgehend auf das Sekretariat angewiesen. Sie ist nicht tatsächlich unabhängig. Ohne Abstützen auf die Vorarbeiten des Sekretariats ist die WEKO praktisch kaum in der Lage, sich ein eigenes Bild vom Sachverhalt zu machen. Das Sekretariat, insbesondere die fallbetrauten Sekretariatsmitarbeitenden nehmen an den relevanten Sitzung der WEKO, der WEKO-Kammern und des WEKO-Präsidiums teil.⁹ Damit und durch die Vorbereitung der Entscheide der WEKO nimmt das Sekretariat "wesentlichen Einfluss auf deren Tätigkeit"¹⁰. Dieser Einfluss erfolgt sowohl direkt über den Verfügungsentwurf als auch indirekt, indem das Sekretariat eine Vortriage der tausenden, wenn nicht zehntausenden von Aktenseiten bzw. Beweismitteln vornimmt.

- 9 Besonders deutlich wird die fehlende effektive Trennung bei Anhörungen von Unternehmen vor der WEKO. Die Anhörungen erfolgen im Beisein des Sekretariats, welches gemeinsam mit der WEKO auch im Raum verbleibt, wenn die angehörten Unternehmen diesen längst verlassen mussten. Die den Verfügungsantrag verfassenden *Case Handler* werden sodann – quasi als Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber der WEKO, die nebst den Mitgliedern über keine weiteren personellen Ressourcen verfügt – von der WEKO zur (Schluss-)Begründung der Verfügung beigezogen.¹¹ Sämtliche dabei erfolgenden Diskussionen, Antworten auf Sachverhaltsfragen und dergleichen erfolgen ohne Beisein der Untersuchungsadressaten, insbesondere nicht im Beisein der zu sanktionierenden Unternehmen.¹² Gleiches wäre bei einer Staatsanwaltschaft, die im (Kern-)Strafrecht als Untersuchungsbehörde fungiert, und einem tatsächlich unabhängigen Gericht undenkbar.
- 10 Das Sekretariat führt die Untersuchungen bzw. Untersuchungshandlungen weitgehend eigenverantwortlich und verantwortet damit den getroffenen Aufwand massgeblich selbst.¹³ Aus diesem Grund ist es dabei dem natürlichen und nachvollziehbaren Drang ausgesetzt, den Aufwand des bis zu diesem Zeitpunkt geführten Untersuchungsverfahrens mit der Feststellung eines Gesetzesverstosses zu legitimieren (sog. *Confirmation Bias*).¹⁴ Ein unabhängiges Gericht hat weder diesen Aufwand zu rechtfertigen noch einen Anfangsverdacht zu identifizieren, der zu diesen Aufwendungen führte. Es kann folglich unbefangenen effektiv umfassend und objektiv die formelle und materielle Richtigkeit des behördlichen Vorgehens prüfen.

⁸ Art. 23 Abs. 1 KG und Art. 30 Abs. 1 KG.

⁹ Art. 5, Art. 14 und Art. 24 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

¹⁰ BSK KG-BANGERTER, Art. 19 KG N 6; vgl. zudem ebenda, Art. 23 KG N 4.

¹¹ BSK KG-BANGERTER, Art. 23 KG N 24; DIKE-Kommentar KG-MEIER/BRUCH, Art. 23 KG N 20, N 54, N 57 und N 63.

¹² Vgl. das Merkblatt der Wettbewerbskommission: Entscheidprozess der Wettbewerbskommission in kartellrechtlichen Untersuchungen nach Art. 27 ff. KG vom 21. Oktober 2019, insb. Rz. 42 f. zu den Anhörungen sowie Rz. 44 ff. zur Entscheidberatung unter Ausschluss der Parteien, aber in Präsenz des Sekretariats, abrufbar unter <<https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2020/entscheidungsprozess.pdf.download.pdf/Merkblatt%20Entscheidprozess%20WEKO.pdf>>; letztmals abgerufen am 15. Juni 2023.

¹³ DIKE-Kommentar KG-MEIER/BRUCH, Art. 23 KG N 48 und N 67.

¹⁴ Vgl. dazu etwa ROLAND BÉNABOU/JEAN TIROLE, Mindful economics: The production, consumption, and value of beliefs, in: Journal of Economic Perspectives, Volume 30(3), 2016, S. 141 ff., und RAYMOND S. NICKERSON, Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises, in: Review of General Psychology, 1998, Vol. 2, No. 2, S. 175 ff.

- 11 Eine institutionelle Trennung von Anklage- und Entscheidungsfunktion wäre zur Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit des Behördenaufbaus und zur Richtigkeitsgewähr der Entscheidung von elementarer Bedeutung. Wenn beide Funktionen faktisch zusammenfallen, kann die Entscheidungsfunktion nicht frei und unbefangen über die vorgetragenen Ermittlungsergebnisse urteilen.
- 12 Die fehlende effektive Trennung von Untersuchungs- und Anklagefunktion einerseits und Entscheidungsfunktion andererseits ist der wesentliche Grund für den Reformbedarf des aktuellen institutionellen Aufbaus und zeitigt Auswirkungen auf sämtliche Verfahren vor der WEKO und deren Sekretariat.¹⁵
- 13 Die Mängel an Rechtsstaatlichkeit (Art. 6 Abs. 1 EMRK) im erstinstanzlichen Verfahren vor der WEKO müssen mit dem heutigen institutionellen Rahmen im Rechtsmittelverfahren vor dem mit voller Kognition ausgestatteten Bundesverwaltungsgericht stets "geheilt" werden.¹⁶
- 14 Es liegt aktuell am Bundesrat und letztlich am Gesetzgeber zu entscheiden, ob ein institutioneller Aufbau erwünscht ist, der dem Grundsatz nach stets einer nachträglichen Heilung bedarf, um die von der EMRK geforderten Mindeststandards¹⁷ erfüllen zu können. Nach Ansicht der Studienvereinigung ist dies abzulehnen. Es sollte eine Behörden- und Gerichtsorganisation gewählt werden, die den identifizierten Bedenken von Grund auf und effektiv Rechnung trägt. Immerhin geht es um Verfahren mit direkten Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG, die sich ohne weiteres auf viele Millionen Franken belaufen können und vom Bundesgericht zu Recht als solche mit Straf- bzw. strafrechtsähnlichem Charakter qualifiziert wurden.¹⁸ Es handelt sich nicht um Bagatellen, weder bei den Verstössen noch bei den hierfür drohenden Bussgeldern. Betroffenen Unternehmen ist nicht zuzumuten, stets Beschwerde einlegen zu müssen, um in den Genuss eines den rechtsstaatlichen Grundsätzen genügenden Verfahrens zu kommen bzw. die identifizierten Mängel nachträglich heilen lassen zu können. Dies erscheint auch aus Gründen der Verfahrenseffizienz als wenig sinnvoll und verlängert die Verfahren unnötig. Gerade etwa für KMU können auch die jeweils hohen Kosten für Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht selbst bei intakten Erfolgsprognosen prohibitiv wirken.
- 15 Hinsichtlich Heilung ist nach Ansicht der Studienvereinigung überdies fraglich, ob aktuell die Gerichtsverfahren tatsächlich in der Lage sind, die Hoffnung auf eine echte "Heilung" der Rechtsstaatlichkeitsdefizite zu erfüllen. Auf die diesbezüglichen Gründe ist vorliegend jedoch nicht erneut einzugehen und es kann auf die entsprechenden Ausführungen in der Stellungnahme der Studienvereinigung vom 11. März 2022 zur Teilrevision des Kartellgesetzes verwiesen werden.¹⁹

¹⁵ BSK KG-BANGERTER, Art. 23 KG N 7, der festhält, dass der aktuelle institutionelle Aufbau "eher die Nachteile statt die Vorteile der beiden Modelle [d.h. des einstufigen und zweistufigen Behördenaufbaus] kumuliert"; vgl. auch DIKE-Kommentar KG-MEIER/BRUCH, Art. 18 KG N 27, m.w.H., auch zur internationalen Kritik zur institutionellen Konzeption der WEKO.

¹⁶ Vgl. BGE 139 I 72 – *Publigroupe*, E. 4.3-4.5.

¹⁷ Vgl. Art. 53 EMRK (Günstigkeitsprinzip) und statt vieler, MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Aufl., 2020, Schulthess Verlag Zürich, N. 34 und N 274.

¹⁸ Vgl. BGE 139 I 72 – *Publigroupe*, E. 2.2.2.

¹⁹ Studienvereinigung Kartellrecht e.V. – Arbeitsgruppe Schweiz, Vernehmlassung zur Revision des Kartellgesetzes vom 11. März 2022, Kapitel H.I. Institutionenreform, insb. Rz. 81 ff., abrufbar auf der Webseite der Studienvereinigung unter <https://www.studienvereinigung.de/sites/default/files/2022-05/20220311%20StudV_Arbeitsgruppe%20Schweiz_Stellungnahme%20zur%20KG-RevisonCH%202022%20%28Final%29.pdf>; letztmals abgerufen am 15. Juni 2023.

- 16 Die oben dargestellten Gründe belegen aus Sicht der Studienvereinigung die Notwendigkeit, die Wettbewerbsinstitutionen in der Schweiz zu reformieren und sich vom aktuellen institutionellen Aufbau abzuwenden. Klarzustellen ist an dieser Stelle aber auch, dass sich die Reform dabei nicht auf die Behördenstufe beschränken, sondern sämtliche Instanzen umfassen soll.

C. Bevorzugtes Modell

I. Vorbemerkungen

- 17 Als Kernanliegen für ein verbessertes institutionelles Modell im Schweizer Kartellrecht soll die Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit sowie der Rechtsstaatlichkeit erwähnt sein, insbesondere durch klare Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsebene. Dies würde zu inhaltlich besseren und rechtsstaatlich abgesicherten erstinstanzlichen Entscheidungen führen.
- 18 Die Institutionenreform ist dabei in ähnlicher Form wie in der seinerzeitigen KG-Revision 2012 anzugehen²⁰, nämlich in Form einer unabhängigen untersuchenden und anklagenden Wettbewerbsbehörde (unabhängige Nachfolge des heutigen Sekretariats; **Wettbewerbsbehörde**) und einem neutralen, erstinstanzlich entscheidenden Wettbewerbsgericht (**Bundeswettbewerbsgericht**).
- 19 Die damals vorgeschlagene institutionelle Reform wurde von der Studienvereinigung begrüsst, in einzelnen Punkten jedoch Verbesserungen vorgeschlagen. Es kann vorliegend grundsätzlich auf die damalige Vernehmlassungsantwort der Studienvereinigung verwiesen werden.²¹ Ein tatsächlich unabhängiges Bundeswettbewerbsgericht würde den in Kapitel B dargestellten Verbesserungsbedarf wirksam adressieren. Da seine Entscheide nicht nachträglich geheilt werden müssten, um rechtstaatlichen Anforderungen genügen zu können, ist auch davon auszugehen, dass diese bei den betroffenen Parteien auf eine erhöhte Akzeptanz stossen. Rechtsmittel dürften sich aufgrund dessen vielfach ganz vermeiden lassen, was über alle Instanzen hinweg der Ressourcenschonung und Verfahrenseffizienz dient.

II. Konkrete Ausgestaltung

- 20 Bei der konkreten Ausgestaltung des institutionellen Aufbaus in Anlehnung an die seinerzeitige KG-Revision 2012 ist zentral, dass die einzuführende Entscheidungsinstanz Bundeswettbewerbsgericht (fachlich und räumlich) umfassend getrennt von der untersuchenden und anklagenden Wettbewerbsbehörde ist.
- 21 Hervorzuheben ist, dass spezialisierte Fachgerichte in der Schweiz auf grosse Akzeptanz stiessen und weiterhin stossen. Dies galt insbesondere für die damaligen, auf Bundesebene existierenden Rekurskommissionen, die sich als Fachinstanzen mit besonderer, spezialisierter Sachkunde auszeichneten, gerade im Bereich des Wettbewerbsrechts mit der

²⁰ BBl 2012 3905.

²¹ Studienvereinigung Kartellrecht e.V. – Arbeitsgruppe Schweiz, Vernehmlassung Revision KG vom 19. November 2010, abrufbar auf der Webseite der Studienvereinigung unter <<https://www.studienvereinigung.de/sites/default/files/2022-05/Vernehmlassung%20zur%20Revision%20des%20Kartellgesetzes.pdf>>; letztmals abgerufen am 15. Juni 2023.

damaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen REKO WEF. Auch die in der Schweiz existierenden Handelsgerichte stossen als besondere Fachgerichte auf breite Akzeptanz. Unter anderem nach Konsultation mit im Patentrecht tätigen Kolleginnen und Kollegen kann auch das Bundespatentgericht, das seine Tätigkeit am 1. Januar 2012 aufgenommen hatte²², als ein Erfolgsmodell bezeichnet werden. Diese Fachgerichte standen und stehen weiterhin, namentlich aufgrund von deren Sachkunde für effektive und effiziente Verfahren. Der institutionelle Aufbau des Bundeswettbewerbsgerichts sollte sich daher am Aufbau des Bundespatentgerichts orientieren. Mit anderen Worten sollen neben den vollamtlichen Richterinnen und Richtern und Gerichtsschreibenden mit juristischer und ökonomischer Ausbildung nebenamtliche Richter und Richterinnen tätig sein, wovon alle über ausgewiesene Kenntnisse auf dem Gebiet des Kartellrechts sowie insbesondere auch dem des Strafrechts und Strafverfahrensrechts verfügen müssen. Damit würde auch dem in vergangenen Revisionen im parlamentarischen Prozess geäusserten Anliegen, die Entscheidungsinstanz müsse über einen genügenden Praxisbezug verfügen, gebührend Rechnung getragen.²³

- 22 In Anbetracht der Anzahl Fälle der WEKO, der Zahl der von diesen Entscheidungen betroffenen Unternehmen und der aktuell vor den Rechtsmittelinstanzen seit längerem hängigen Verfahren²⁴ sind nach Ansicht der Studienvereinigung für ein besonderes Bundeswettbewerbsgericht keine Auslastungsprobleme ersichtlich. Eine entsprechende Auslastungsstudie könnte hierbei weiteren Aufschluss geben. Je nach Ergebnis ist die personelle Ausgestaltung zu wählen. Zudem sollten auch Teilzeitpensen mit anderen, auf Bundesebene tätigen Gerichtsinstanzen möglich sein, so wie dies beim Bundespatentgericht bereits der Fall ist und gut zu funktionieren scheint.
- 23 Für eine Beschleunigung der (Rechtsmittel-)Verfahren ist eine Kürzung des Instanzenzugs zu erwägen. Diesbezüglich sind verschiedene Modelle denkbar²⁵:
- Präferiert wird dabei ein Modell, in dem Entscheide des Bundeswettbewerbsgerichts grundsätzlich nur an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden könnten, das unverändert über volle Kognition verfügt (die es jedoch verbindlich auszusprechen hätte, ohne "technisches Ermessen"). Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts könnten im Anschluss nur dann an das Bundesgericht gezogen werden, wenn sich rechtliche Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für das Wettbewerbsrecht stellen. Eine ähnliche Lösung existiert auf Bundesebene bspw. bereits im Falle des Beschaffungsrechts, das sich durch ein besonderes Beschleunigungsgebot auszeichnet.
 - Alternativ könnte der Instanzenzug auch vorsehen, dass Entscheidungen durch das Wettbewerbsgericht nur an das Bundesgericht weitergezogen werden können. Durch die Einführung eines Bundeswettbewerbsgerichts als erste Entscheidungsinstanz und einer damit erreichten effektiven Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsbehörde könnte ein Wegfall des Bundesverwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz grundsätz-

²² Vgl. <<https://www.bundespatentgericht.ch/>>.

²³ BSK KG-BANGERTER, Art. 18 KG N 23 ff., insb. N 31 f.; DIKE-Kommentar KG-MEIER/BRUCH, Art. 18 KG N 27.

²⁴ Vgl. dazu etwa Jahresbericht 2022 der Wettbewerbskommission (WEKO), RPW 2023/1, S. 15 f.

²⁵ Diese Grundmodelle könnten bei Bedarf weiter verfeinert und um weitere Instrumente ergänzt werden. Um die Gerichte möglichst zu entlasten, könnte zum Beispiel diskutiert werden, der anklagenden Wettbewerbsbehörde bei geringfügigen Kartellrechtsverstössen eine eigene Entscheidungskompetenz im Sinne eines Urteilsvorschlags gegenüber den betroffenen Unternehmen einzuräumen, ähnlich einem Strafbefehl. Auch die Möglichkeit von einvernehmlichen Regelungen sollte weiterhin bestehen bleiben.

lich als gerechtfertigt angesehen werden. Eine solche Verkürzung des Rechtsmittelweges würde aber bedingen, dass das Bundesgericht unbeschränkte Kognition ausüben kann und diese tatsächlich auch ausübt. Auch das Bundesgericht dürfte mit anderen Worten dem Wettbewerbsgericht kein "technisches Ermessen" einräumen, sondern hätte ebenfalls eine effektive Ermessenskontrolle durchzuführen.

- 24 Weitere zentrale Elemente bei der konkreten Ausgestaltung des institutionellen Aufbaus sind namentlich die folgenden, gesetzlich festzuschreibenden Klarstellungen:
- Zwangsmassnahmen sollen stets nur von einem Kollegialorgan angeordnet werden können. Zu erwägen wäre ggf. eine gerichtliche Genehmigung;
 - Untersuchungseinstellungen sollen auch von der Wettbewerbsbehörde selbst verfügt werden können bzw. in zu definierenden Fällen verfügt werden müssen. Diese sollen nicht dem Bundeswettbewerbsgericht vorbehalten bleiben;
 - Das Bundeswettbewerbsgericht hat den Sachverhalt selbständig festzustellen und rechtlich umfassend zu würdigen. Es hat dabei sein Ermessen eigenständig und umfassend anzuwenden und damit effektiv volle Kognition auszuüben (kein technisches Ermessen der Vorinstanz bzw. keine "ohne Not"-Praxis); und
 - Das Bundeswettbewerbsgericht ist namentlich hinsichtlich seiner Ressourcen so auszugestalten, dass es die Aufgabe der vollen Kognition effektiv wahrnehmen kann.

III. Verfahren und Parteirechte

- 25 Die erwünschte Neugestaltung des institutionellen Aufbaus der Schweizer Wettbewerbsbehörden erfordert Anpassungen des Verfahrensrechts und der Verfahrensabläufe, insbesondere hinsichtlich des sich daraus ergebenden kontradiktorischen Verfahrens vor dem Bundeswettbewerbsgericht. Die verfassungs- und konventionsrechtlichen Ansprüche auf ein unabhängiges Gericht sind durch eine entsprechende Ausgestaltung des Verwaltungs-sanktionsverfahrens zu realisieren. Auch diesbezüglich könnte sich das aktuelle Reformvorhaben an den seinerzeitigen Vorschlägen der KG-Revision 2012 orientieren.²⁶
- 26 In Bezug auf verfassungsrechtlich gewährleistete Verfahrensrechte sind zu Gunsten der von kartellrechtlichen Verfahren betroffenen Unternehmen verschiedene explizite Klarstellungen im Gesetz zu fordern, namentlich hinsichtlich des geforderten Beweismasses, des Verschuldensprinzips, der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*) und des Bestimmtheitsgebots.

D. Abzulehnende Modelle

- 27 Der Verbesserungsbedarf des aktuellen institutionellen Aufbaus ist aus Sicht der Studienvereinigung gross. Die Hauptgründe dafür liegen wie dargestellt in der fehlenden effektiven Trennung von Untersuchungs- und Anklagefunktion einerseits und Entscheidfunktion

²⁶ BBl 2012 3905.

andererseits begründet. Zutreffend wird zum aktuellen institutionellen Aufbau festgehalten, dass dieser "eher die Nachteile statt die Vorteile der beiden Modelle [d.h. des einstufigen und zweistufigen Behördenaufbaus] kumuliert"²⁷. Abzulehnen sind daher die Beibehaltung des Status quo einschliesslich einer blossen Verkleinerung der WEKO und einstufige Behördenmodelle, nur schon, weil diese gerade keine Gewähr für die geforderte institutionelle Trennung bieten.²⁸ Die identifizierten Mängel würden damit vielmehr verstetigt. Bei den Verfahren mit Bussgeldern gemäss Art. 49a Abs. 1 KG, die sich ohne weiteres auf viele Millionen Franken belaufen können und vom Bundesgericht zu Recht als solche mit Straf- bzw. strafrechtsähnlichem Charakter qualifiziert wurden²⁹, sollen die Beachtung strafverfahrensrechtlicher Grundsätze und nicht Effizienzgründe im Vordergrund stehen.³⁰

E. Vorschläge für allfällige weitere Modelle

- 28 Der dargestellte Verbesserungsbedarf des aktuellen institutionellen Aufbaus ist gross. Nach Ansicht der Studienvereinigung bietet das vorgeschlagene Modell mit voneinander getrennten Wettbewerbsbehörde und Bundeswettbewerbsgericht Gewähr dafür, den identifizierten Verbesserungsbedarf bestmöglich aufzunehmen und damit die bestehenden Bedenken effektiv zu beseitigen.

F. Weitere Bemerkungen

- 29 Wie dargestellt, besteht auch Verbesserungsbedarf in Bezug auf das Verwaltungsstrafkartellrecht.³¹ Dieser rührt daher, dass das geltende Verwaltungsverfahrensrecht nicht auf Strafsanktionen zugeschnitten ist. Die Rechtsprechung versucht diese rechtsstaatlich bedenkliche Ausgangslage über den einzelfallweisen Einbezug von Grundsätzen des (Straf-) Verfassungsrechts sowie der EMRK zu adressieren. Es gelang jedoch nicht, ein konsistentes, praxistaugliches und faires Verwaltungsstrafverfahren für Unternehmen zu schaffen. Dies auch deshalb, weil Verwaltungsrichter strafrechtliche Kartellsanktionen zu beurteilen haben, ohne auf ein etabliertes Unternehmensstrafrecht zurückgreifen zu können. Diese Missstände, welche sich auch in anderen Gebieten des Verwaltungsrechts gezeigt haben, sind erkannt. Der Bundesrat führte beispielsweise in der Botschaft zur Revision des Datenschutzgesetzes folgendes aus:

"Der Bundesrat verzichtet hingegen darauf, dass Unternehmen direkt durch Verwaltungssanktionen bestraft werden können. Er ist der Ansicht, dass die Einführung solcher Sanktionen im DSG nicht angemessen ist, denn Verwaltungsstrafen, die Sanktionscharakter haben, müssen die Ausnahme und auf Sektoren beschränkt bleiben, in denen die Zielgruppe beschränkt ist (namentlich Kartelle, Geldspiele). Mangels spezifisch auf solche Sanktionen anwendbarer Verfahrensgrundsätze besteht die Gefahr, dass die Verfahrensgarantien zum Schutz der fehlerhaften Personen verletzt werden."³²

²⁷ BSK KG-BANGERTER, Art. 23 KG N 7.

²⁸ Im Ausland bestehende einstufige Modelle führen zu vergleichbaren rechtsstaatlichen Bedenken. Sie basieren grundsätzlich auch auf einem anderen institutionellen bzw. (verfahrens-)rechtlichen Aufbau; vgl. dazu etwa BSK KG-BANGERTER, Vor Art. 18-25 KG N 34 f. und 38 f.

²⁹ Vgl. BGE 139 I 72 – *Publigroupe*, E. 2.2.2.

³⁰ BSK KG-BANGERTER, Art. 23 KG N 7; DIKE-Kommentar KG-MEIER/BRUCH, Art. 23 KG N 8.

³¹ Vgl. Kapitel C.III.

³² BBl 2017 6974.

- 30 Richtigzustellen ist diesbezüglich, dass das KG gerade nicht auf einzelne Sektoren beschränkt ist. Sein Anwendungsbereich erstreckt sich vielmehr auf das ganze Wirtschaftsleben, in welchem Wettbewerb aufgrund von staatlichen Massnahmen nicht verunmöglicht wird. Der Erkenntnis des Bundesrates zum datenschutzrechtlichen Verfahren folgend, wurde der Bundesrat von der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats mit dem Postulat 18.4100 betreffend Instrument der pekuniären Verwaltungssanktionen damit beauftragt, aufzuzeigen, wie im Schweizer Recht ein allgemeines System der pekuniären Verwaltungssanktionen sowie die erforderlichen rechtlichen Garantien eingeführt werden können. Der entsprechende Bericht über pekuniäre Verwaltungssanktionen wurde am 23. Februar 2022 publiziert. Dem parlamentarischen Auftrag wurde nicht nachgekommen.
- 31 Der Bundesrat kommt dagegen zur Auffassung, dass kein allgemeines System der pekuniären Verwaltungssanktionen erforderlich sei. Er schlägt dementsprechend vor, die Einzelerlasse (also beispielsweise das KG) in Bezug auf verfahrensrechtliche Aspekte anzupassen und weiterzuentwickeln.
- 32 Aus dem soeben dargelegten folgt, dass die identifizierten verfahrensrechtlichen Problemkreise im Rahmen der Institutionenreform mitberücksichtigt werden müssten.³³

* * * * *

An dieser Stellungnahme haben folgende Mitglieder der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung mitgewirkt (in alphabetischer Reihenfolge): Jacques Beglinger, Nicolas Birkhäuser, Marcel Dietrich, Daniel Emch, Franz Hoffet, Boris Kasten, Fabian Koch, Bernhard Lauterburg, Michael Tschudin, Michael Vlcek, Regula Walter, Astrid Waser.

Die Zusammenarbeit wurde von Mario Strebel (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung und Vorsitzender der Arbeitsgruppe Schweiz) koordiniert.

³³ Vgl. Kapitel C.III.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
B.	Verbesserungsbedarf des aktuellen institutionellen Aufbaus der Wettbewerbsbehörden	2
C.	Bevorzugtes Modell	5
I.	Vorbemerkungen	5
II.	Konkrete Ausgestaltung	5
III.	Verfahren und Parteirechte	7
D.	Abzulehnende Modelle	7
E.	Vorschläge für allfällige weitere Modelle	8
F.	Weitere Bemerkungen	8