

## Vernehmlassung zum Entwurf des Merkblatts und der Formulare zur Bonusregelung

Die Studienvereinigung Kartellrecht e.V. bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf des Merkblatts und der Formulare zur Bonusregelung (Marker / Selbstanzeige). Nachfolgend geht die Studienvereinigung auf einige problematische Aspekte der erwähnten Entwürfe ein und schlägt gewisse Präzisierungen vor.

### Problematik Schuldbekennnis

Ein Unternehmen, das eine Bonusmeldung einreicht, soll nach der Vorstellung des WEKO Sekretariats bereits mit dem Setzen des Markers eine "Erklärung [abgeben], an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der Art. 7 Abs. 3 oder 4 [bzw. Art. 7 KG] beteiligt zu sein". Diese Vorstellung zieht sich wie ein roter Faden durch das Merkblatt und findet ihren Ausdruck auch in der Formulierung der Formulare "Marker für Selbstanzeige" und "Selbstanzeige". Wir sind der Auffassung, dass eine Bonusmeldung kein derartiges Schuldbekennnis erfordert.

Gemäss Art. 49a Abs. 2 KG kann auf eine Sanktionierung eines Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn das Unternehmen "an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt". Erforderlich ist somit lediglich, dass das Unternehmen der Wettbewerbsbehörde *hilft*, eine Wettbewerbsbeschränkung aufzudecken und zu beseitigen, indem es ihr Tatsachen zur Kenntnis bringt, die aus der Sicht des Unternehmens im Zeitpunkt der Bonusmeldung einen möglichen Wettbewerbsverstoss indizieren (Eröffnungskooperation), oder indem es Tatsachen präsentiert, die - allenfalls im Zusammenspiel mit anderen (dem anzeigenden Unternehmen womöglich nicht bekannten) Tatsachen - eine Wettbewerbsbeschränkung beweisen. Sollte der Sanktionserlass zusätzlich von einem Schuldgeständnis abhängig gemacht werden, so würde dies im Widerspruch zur gesetzlichen Grundlage in Art. 49a Abs. 2 KG stehen. Dies wäre nicht durchsetzbar und würde zu erheblicher und unnötiger Rechtsunsicherheit führen.

Entgegen der im Merkblatt und den Formularen erkennbaren Ansicht ist es nicht erforderlich, dass das anzeigende Unternehmen anerkennt, an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt gewesen zu sein. Das anzeigende Unternehmen hat nur die in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel beizubringen. Diese werden dem Sekretariat regelmässig genügen müssen, einen gemäss Art. 5 oder 7 KG sanktionsbedrohten Sachverhalt zu erkennen. Die rechtliche Würdigung der angezeigten Sachverhalte ist indessen die Aufgabe der Wettbewerbsbehörden. Sie können diese Aufgabe nicht an den Bonusmelder delegieren.

Zudem wäre es aus folgenden Gründen problematisch, von den anzeigenden Unternehmen eine Art Schuldbekennnis und damit eine Vorwegnahme des Untersuchungsergebnisses zu fordern:

- Viele kartellrechtliche Tatbestandsmerkmale (Abrede, Wettbewerbsbeschränkung, Erheblichkeit, Beseitigung wirksamen Wettbewerbs usw.) erfordern auch die Kenntnis von Sachverhaltsinformationen, die sich ausserhalb des Einflussbereichs des anzeigenden Unternehmens befinden. Dieses verfügt aber im Unterschied zum WEKO Sekretariat nur über sehr beschränkte Befugnisse zur Sachverhaltsermittlung. Die Sachverhaltskenntnisse des anzeigenden Unternehmens sind daher naturgemäss beschränkt. Dementsprechend darf vom Unternehmen nicht verlangt werden, dass es die Unzulässigkeit des angezeigten Verhaltens behauptet bzw. anerkennt. Ebenso wenig kann vom Unternehmen verlangt werden, dass es seine Mitarbeiter dazu drängt, sachverhaltsmässig und rechtlich nicht fundierte Schuldbekennnisse abzugeben.

kenntnisse und dergleichen abzulegen oder auf die Geltendmachung von Rechtfertigungsmöglichkeiten zu verzichten.

- Eine Erwartungshaltung seitens des WEKO Sekretariats, dass ein anzeigendes Unternehmen mit der Bonusmeldung eine Art Schuldbekennnis abgibt, birgt zudem eine erhebliche Gefahr, dass infolge falscher, einseitiger oder unvollständiger Aussagen in Bonusmeldungen zu Unrecht aufwendige Untersuchungen eröffnet werden.
- Das Erfordernis eines Schuldbekenntnisses würde die Attraktivität der Bonusmeldung auch vor dem Hintergrund der Follow-on-Litigation beseitigen. Hat die angezeigte Verhaltensweise Bezüge zu Jurisdiktionen mit klägerfreundlichen Follow-on-Litigation Regimes, wie etwa die USA, Kanada, UK oder die Niederlande, werden Unternehmen im Zweifelsfall auf eine Bonusmeldung verzichten. Schuldbekennnisse sind mit grossen prozessrechtlichen Risiken verbunden, die den Vorteil einer Bonusmeldung leicht zu Nichte machen können. Wenn solche Schuldbekennnisse Voraussetzung für eine Bonusmeldung sind, werden Unternehmen in internationalen Fällen lieber auf eine Bonusmeldung in der Schweiz verzichten und sich gegen eine Kooperation entscheiden. Die wachsende Bedeutung von Follow-on-Klagen hat zur Folge, dass sich heute Unternehmen sehr genau überlegen, ob sie noch eine Bonusmeldung einreichen wollen. Das Fordern von Schuldbekennnissen würde in diesem Kontext einen erheblichen negativen Anreiz für Bonusmeldungen darstellen.

Gemäss unserer Erfahrung besteht keine Gefahr, dass Unternehmen Bonusmeldungen einreichen betreffend Vorgängen, bei denen von Anfang an klar ist, dass sie kartellrechtlich unbedenklich sind. Im Gegenteil: Unternehmen und Unternehmensführer reichen Bonusmeldungen nur dann ein, wenn sie aufgrund der ihnen im Zeitpunkt der Bonusmeldung bekannten Tatsachen ein erhebliches Risiko einer Verwicklung in ein Fehlverhalten sehen. Insbesondere auf eine Eröffnungskooperation wird im Zweifel oftmals verzichtet, weil die Unternehmen und Unternehmensführer die beträchtlichen Nachteile und Risiken einer kartellrechtlichen Untersuchung scheuen.

Wir regen an, dass das WEKO Sekretariat das Merkblatt und die Formulare vor diesem Hintergrund generell überarbeitet. Beispielsweise sollte im Merkblatt und in den Formularen jeweils von einer "mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung" oder von einem "vermuteten Wettbewerbsverstoss" die Rede sein (vgl. den Entwurf des Formulars zum Marker, wo auf S. 9 korrekt nach "Informationen zum mutmasslichen Wettbewerbsverstoss" gefragt wird). Idealerweise sollte zudem so oft wie möglich von "Bonusmeldung" die Rede sein und so selten wie möglich von "Selbstanzeige", um kooperationswillige Unternehmen nicht unnötig abzuschrecken. Schliesslich sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass eine Bonusmeldung keine Anerkennung von Schuld und keine rechtliche Würdigung der offengelegten Tatsachen erfordert.

### **Keine Offenlegung von Anwaltskorrespondenz**

Unter keinen Umständen erforderlich ist die Offenlegung von dem Anwaltsgeheimnis unterstehenden Dokumenten. Eine solche Pflicht wäre international völlig singulär. Zudem wäre eine derart weitgehende Kooperationspflicht prinzipiell unzumutbar, und in internationalen Verhältnissen wäre sie mit nicht hinnehmbaren Nachteilen verbunden (z.B. Verlust des Legal Privilege mindestens bezüglich der offengelegten Dokumente). In gewissen Jurisdiktionen wie den USA führt ein Verzicht auf das Legal Privilege bezüglich gewisser Dokumente sogar zum Verlust des Geheimnisses insgesamt und damit dazu, dass sämtliche Anwaltskorrespondenz (also auch die übrige Korrespondenz) das Privilege verliert (sogenannter "waiver of privilege"). Aus diesen Gründen ist es angezeigt, dass die Entwürfe des Merkblatts und der Formulare zur Bonusregelung dahingehend präzisiert werden.

### **Für den Marker notwendige Informationen**

Es geht zu weit, Grundangaben zur Wettbewerbsbeschränkung wie Art, Dauer usw. schon im Marker zu verlangen (Rz. 26 des Merkblatts). Oftmals steht erst am Ende eine aufwändige interne Untersuchung fest, wie lange eine Abrede andauert hat, welche Unternehmen beteiligt waren, und welche Produkte bzw. Dienstleistungen betroffen waren (wenn überhaupt). Dasselbe gilt für die Auswirkungen des Verstosses. Solche sind für Bonusmelder in den allerwenigsten Fällen eruierbar. Gerade in Fällen, in denen der Marker während einer Hausdurchsuchung gesetzt wird, sind meist nur sehr rudimentäre Sachverhaltsinformationen verfügbar. Die Gefahr wäre gross, dass vorschnell falsche oder unvollständige Angaben gemacht würden.

Die vom WEKO Sekretariat geltend gemachte Ansicht, dass z.B. ein Geschäftsführer sehr wohl wisse, wie lange Abreden gedauert haben, was die Wirkungen und wer die Beteiligten waren, ist nach unserer Erfahrung in den wenigsten Fällen richtig. Insbesondere wenn es sich um mehrere Jahre zurückliegende Vorkommnisse handelt, ist die Erinnerung alleine häufig sehr unzuverlässig. Man neigt dazu, Jahre zu verwechseln, sich an bestimmte Beteiligte nicht mehr zu erinnern, Vorkommnisse zu vermischen usw. Solche Unschärfen lassen sich meist nur mit einem Abgleich von Dokumentenbeweisen und mit sorgfältigen Interviews und Gegenüberstellungen vermeiden. Noch schwieriger ist es, wenn die betreffenden Mitarbeiter das Unternehmen verlassen haben. Weitreichende Erklärungen, wie sie das Formular verlangt, werden sich deshalb mit hoher Wahrscheinlichkeit zumindest als ungenau erweisen, was letztlich den Beweiswert der Aussagen des Bonusmelders schwächt, was nicht im Interesse des WEKO Sekretariats liegt.

Das Merkblatt würde zudem eine Abkehr von der heutigen Praxis darstellen.

### **Mündliche Marker während Hausdurchsuchungen**

Das Merkblatt sollte klarer festhalten, ob und wie eine mündliche Abgabe des Markers zu Protokoll während einer Hausdurchsuchung möglich ist (Rz. 30 des Merkblatts). Im Rahmen einer Hausdurchsuchung sollte es möglich sein, den Marker vor Ort mündlich oder per Telefon einer zentralen Empfangsstelle des Sekretariates zu setzen. Falls mehrere Parteien Marker setzen, muss feststellbar sein, in welcher Reihenfolge die Marker gesetzt wurden. Dies wäre durch die interne Koordination des Sekretariates zu gewährleisten. Es ist zudem sicherzustellen, dass es zu keiner Ungleichbehandlung der einzelnen Unternehmen kommt. Sofern die Möglichkeit für ein Unternehmen besteht, während der Hausdurchsuchung vor Ort einen mündlichen Marker zu setzen, muss dies für alle betroffenen Unternehmen gelten. Eine klare ex ante Regelung ist Voraussetzung für Gleichbehandlung und die Wirksamkeit des Instruments der Bonusmeldung.

### **Abgabe eines Waiver gehört nicht zur Kooperationspflicht**

Das Merkblatt sollte klarstellen, dass die allfällige Ausstellung eines Waiver (Rz. 46 des Merkblatts) nicht Teil der Kooperationspflichten eines Bonusmelders ist. Zudem wird der Waiver einer einzigen Verfahrenspartei für den Informationsaustausch mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zumindest in Kartellfällen kaum genügen, sind doch regelmässig auch Amts- und Geschäftsgeheimnisse Dritter betroffen.

### **Informationen zu Bonusmeldungen in anderen Jurisdiktionen**

Die in Rz. 7 des Formulars der Selbstanzeige aufgeführten Angaben (betreffend andere Bonusmeldungen und Verfahren) würden in vielen Fällen gegen die Kooperationspflichten im Ausland verstossen. In vielen Jurisdiktionen, insbesondere auch in der EU, ist es einem Bonusmelder untersagt, andere Behörden über den Umstand zu informieren, dass eine Bonusmeldung eingereicht

wurde. Rz. 7 sollte deshalb gestrichen werden. Auch sonst erlauben es ausländische Verfahrensordnungen vielfach nicht, frei über den Stand des Verfahrens zu berichten.

### **Bonusmeldungen in Art. 7 KG Fällen**

Obwohl Art. 8 ff. SVKG die Bonusmeldung nur in den Fällen von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vorsieht, ist der Hinweis in Rz. 21 des Merkblatts auf die Zulässigkeit von Bonusmeldungen bei Art. 7 KG Fällen aufgrund der gesetzlichen Grundlage in Art. 49a Abs. 2 KG korrekt und auch im Einklang mit der herrschenden Lehre. Der Hinweis auf die sinngemässe Anwendung der entsprechenden SVKG-Bestimmungen ist demnach grundsätzlich zu begrüssen.

### **Kommunikation des Entscheids über den vollständigen Sanktionserlass**

Die Kommunikation eines negativen Entscheids (im Falle des Fehlens der Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass) sollte ebenfalls umgehend erfolgen (vgl. Rz. 41 des Merkblatts). Ansonsten werden Unternehmen z.B. in nachgelagertem Rang im Glauben gelassen, dass sie noch für einen vollumfänglichen Erlass qualifiziert sein könnten, obwohl schon klar ist, dass ein anderes Unternehmen die Voraussetzungen bereits erfüllt.

### **Keine Zurverfügungstellung von Beilagen zu Bonusmeldungen**

Von einer Zurverfügungstellung von Beilagen zu Bonusmeldungen in elektronischer Form oder in Kopie sollte zum Schutz des Instituts "Bonusregelung" abgesehen werden, selbst wenn diese mit einer "Verwendungsbeschränkung" verbunden wird (vgl. Rz. 51 des Merkblatts). "Verwendungsbeschränkungen" (in der bisher praktizierten Form) bieten keine ausreichende Gewähr dafür, dass die betreffenden Unterlagen tatsächlich nur für die Verteidigung im Verfahren vor der WEKO verwendet werden.

### **Keine Pflicht zur Verwendung der Formulare**

Auf S. 8 ("Teil II: Formulare") sollte klargestellt werden, dass die dem Merkblatt angehängten Formulare verwendet werden können, aber nicht müssen ("Das erste ist das Formular, welches zur Setzung des Markers verwendet werden kann").

### **Weitere Bemerkungen zu den Formularen**

Die Formulare sollten an geeigneter Stelle (z.B. rechts oben) als "Vertraulich" deklariert werden.

In Ziff. 1.8 des Formulars zur Bonusregelung sollte klargestellt werden, dass die Angabe eines Rechtsvertreters nicht zwingend erforderlich ist: "falls vorhanden: Rechtsvertreter (Name, Adresse, Telefonnummer)".

In Ziff. 7.1 des Formulars zur Bonusregelung fehlt die Ergänzung "bezüglich desselben Sachverhaltes".