

# Akteneinsicht in Verfahren der WEKO Überlegungen aus der Praxis

Semesteraussprache der Studienvereinigung  
Kartellrecht e.V., Arbeitsgruppe Schweiz

Andreas Burger

30. Oktober 2023



## 1. Die Theorie zur Akteneinsicht

- Wer, was, wann, wie?
- Rechtliche Durchsetzung

## 2. Praktische Fragen zur Akteneinsicht

- Saubere Aktenführung
- Vollständigkeit der Akten
- Umgang mit Geschäftsgeheimnissen
- Frühzeitige Akteneinsicht
- Einsicht in Selbstanzeige
- Akteneinsicht in der Fusionskontrolle

## 3. Diskussion

# 1. Die Theorie zur Akteneinsicht

## Aus der Theorie:

### Wer, was, wann, wie?

(KG 39 i.V.m. VwVG 26-28)

#### Wer hat Akteneinsicht?

- Im Verfahren nur Partei oder deren Vertreter
  - Parteistellung ist entscheidend
  - Materielle und formelle Verfügungsadressaten
  - Nicht für Dritte nach KG 43 I
  - Spezialgesetzlicher Parteibegriff in Fusionskontrolle: beteiligte Unternehmen (KG 43 IV)
- Nach dem Verfahren jedermann *qua* BGÖ

#### Was untersteht der Akteneinsicht?

- Alle Akten, die potentiell geeignet sind, Grundlage für die spätere Verfügung zu bilden
  - Liste in VwVG 26 I nicht abschliessend
- Nicht «rein» verwaltungsinterne Akten ohne Beweischarakter (Notizen, Entwürfe)
- Schwärzungen (VwVG 27 I lit. b) und Korrektiv der Unverwertbarkeit (VwVG 28)
- Spezialfall der «EVR»-Akten
- Aktenführungs- und Informationspflicht als Folge des Akteneinsichtsrechts

#### Wann können die Akten eingesehen werden?

- Grundsätzlich jederzeit
- Ausnahmsweise zeitlicher Aufschub
  - Geschäftsgeheimnisse (VwVG 27 I lit. b)
  - Kollusionsgefahr (VwVG 27 I lit. c)
- Ganz ausnahmsweise erst mit Zustellung Antrag
  - Sachgemässe Äusserung und Mitwirkung bei Beweiserhebung (VwVG 30; KG 30 II)

#### Wie erfolgt die Akteneinsicht?

- Anspruch auf Photokopien (BV 29 II)
- Elektronisch mit Zustimmung (VwVG 26 I<sup>bis</sup>)
- Spezielle Modalitäten bei Selbstanzeigen
  - Nur Einsicht vor Ort
  - Verwendungsbeschränkung

## Aus der Theorie:

### Rechtliche Durchsetzung

(BVGer B-4139/2021, RPW  
2022/4 955)

#### **Durchsetzung vor Erlass der Verfügung nötig**

- Akteneinsicht als Teil des rechtlichen Gehörs
  - Das rechtliche Gehör ist vor Erlass der Verfügung zu gewähren (VwVG 30 I)
  - Es umfasst die Möglichkeit, Beweisanträge zu stellen und damit effektiven Einfluss auf die Sachverhaltsermittlung zu nehmen (VwVG 33)
- Gehörsverletzung ist formeller Natur ... aber wird in aller Regel im Rechtsmittelverfahren geheilt, wenn:
  - Verletzung nicht besonders schwer wiegt
  - Beschwerdeinstanz volle Kognition hat
  - Rückweisung zu formalistischem Leerlauf oder unnötiger Verzögerung führt
- Die Akteneinsicht muss vor Erlass der Verfügung der WEKO durchgesetzt werden, weil sie sonst zu spät kommt
  - Akteneinsichtsgesuch und Fristerstreckung
  - Anfechtung von Zwischenverfügungen (vgl. sogleich)

#### **Anfechtung von Zwischenverfügungen**

- Beschwerdelegitimation erfordert einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil (VwVG 46 I lit. a)
  - Kann faktischer Natur sein, aber muss ein gewisses Gewicht haben
  - Beschwerde muss möglichen Nachteil darlegen und glaubhaft machen
- Einstweilige Verweigerung der Akteneinsicht gegenüber Partei stellt nur ausnahmsweise einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil dar
  - Beweismittelgefährdung
  - Schwere Verletzung der Verfahrensrechte, die bei Beschwerde zu Rückweisung führen würde
- Gemäss BVGer in der Regel keine Beschwerdemöglichkeit, wenn volle Akteneinsicht erst mit Zustellung des Antrags erfolgt
  - Falls die Frist zur Stellungnahme nicht reicht, könne die Frist erstreckt werden
  - Ansonsten könne dannzumal eine Verletzung der Verteidigungsrechte gerügt werden

## 2. Praktische Fragen zur Akteneinsicht

## Aus der Praxis:

# Saubere und vollständige Aktenführung

### 1. Saubere Aktenführung

- Rechtliche Vorgaben:
  - Pflicht zur Führung vollständiger Akten
  - Korrektes Aktenverzeichnis
  - Wohl chronologische Erfassung der Akten
- In der Praxis ist Aktenführung teilweise unsauber oder uneinheitlich:
  - Keine sofortige Ablage
  - Teilweise Doppelerfassung (insbes. E-Mails)
  - Separate Aktenverzeichnisse pro Partei
  - Aktennummern nicht chronologisch
  - Sammel-Aktoren (bei Beweismitteln)
  - Nichtssagende Benennung von Aktoren
- Recht auf sauberere Aktenführung kaum durchzusetzen, sofern Akten vollständig sind

#### Wunsch für die Zukunft

- Einheitliche Regeln für die Ablage
- Sofortige chronologische Ablage
- Sprechende Benennung von Aktoren

### 2. Vollständigkeit der Akten

- Rechtliche Vorgaben:
  - Akten haben alle Aktenstücke zu enthalten, die potentiell geeignet sind, Grundlage für die spätere Verfügung zu bilden
- In der Praxis fehlen manchmal relevante Aktenstücke:
  - Meistens handelt es sich um ein Versehen (insbes. bei Verfahrenstrennungen)
  - «*Fil rouge*» als (gelöstes) Sonderproblem
- Vollständigkeit ist meist einfach durchsetzbar:
  - Einbezug in Akten verlangen
  - WEKO will Weiterungen meistens vermeiden
  - Sonst Antrag auf Zwischenverfügung und allenfalls Anfechtung (nach Erhalt Antrag)

#### Wunsch für die Zukunft

- Aktenbegriff ist genügend weit zu fassen
- Auch nicht für den Entscheid verwendete Akten sind einzubeziehen (sie könnten entlastend sein)
- Vermeidung von Geheimakten

## Aus der Praxis:

# Geschäftsgeheimnisse und Frühzeitigkeit

### 3. Geschäftsgeheimnisse

- Rechtliche Vorgaben:
  - Nur echte Geschäftsgeheimnisse unterliegen nicht der Akteneinsicht
  - Rest des Dokuments ist offenzulegen
  - Beweisverwertungsverbot von VwVG 28
- In der Praxis limitieren Geschäftsgeheimnisse die Akteneinsicht zeitlich und inhaltlich:
  - Bereinigung oft erst spät im Verfahren
  - Übermässige Schwärzungen werden in Untersuchungen oftmals akzeptiert
- Recht auf Bereinigung von Geheimnissen ist durchsetzbar, aber oft nur nach Erhalt Antrag
  - Verlängerung der Frist zur Stellungnahme

#### Wunsch für die Zukunft

- Frühzeitige Geschäftsgeheimnisbereinigung
- Keine übermässigen Schwärzungen
- Zugang für Anwälte bzw. Ökonomen vereinfachen

### 4. Frühzeitige Akteneinsicht

- Rechtliche Vorgaben:
  - Akteneinsicht ist jederzeit zu gewähren
  - Ausnahme: Geheimnisse, Kollusionsgefahr und Selbstanzeigeakten
- In der Praxis erfolgt die Akteneinsicht sehr spät:
  - Keine proaktive Haltung der Behörde
  - Teilweise erst nach Jahren gewährt
  - Nachfragen werden langsam bearbeitet
- Recht ist teilweise durchsetzbar:
  - Voraussetzungen für Beschwerde gegen Zwischenentscheid in der Regel nicht erfüllt
  - Aber gänzliche Zugangsverweigerung ohne Gründe wird Behörde kaum wagen

#### Wunsch für die Zukunft

- Früher und fortlaufender Zugang zu Akten
- Regelmässige Zustellung Aktenverzeichnis
- Rasche Bearbeitung von Akteneinsichtsgesuchen
- Frühzeitige Geschäftsgeheimnisbereinigung



## Aus der Praxis:

# Selbstanzeigen und Fusionskontrolle

### 5. Einsicht in Selbstanzeige (Protokollaussage)

- Rechtliche Vorgaben:
  - Selbstanzeigen unterliegen der Akteneinsicht
  - Akteneinsicht vor Ort dürfte grundsätzlich zulässig sein (Verhältnismässigkeit)
  - Beweisverwertungsverbot von VwVG 28
- In der Praxis:
  - Aufschub Akteneinsicht
  - Zumeist Einsichtnahme vor Ort (ausser für vorbestehende Beweismittel)
  - Teilweise Verwendungsbeschränkung verfügt
  - Oftmals erhebliche Schwärzungen
- Recht auf Einsicht ist durchsetzbar, in der Regel aber erst nach Erhalt des Antrags
  - Verlängerung der Frist zur Stellungnahme

#### Wunsch für die Zukunft

- Verfügte Verwendungsbeschränkungen
- Möglichst «einfache» Akteneinsicht (bei Gewährleistung grösstmöglichen Schutzes)
- Keine übermässigen Schwärzungen

### 6. Akteneinsicht in der Fusionskontrolle

- Rechtliche Vorgaben:
  - Akteneinsicht nur für Parteien
  - Geschäftsgeheimnisse und Vorgaben von VwVG 28
- In der Praxis erfolgt die Akteneinsicht z.T. nur ungenügend:
  - Erst spät in Phase II
  - Zugang zu Antworten auf Fragebogen ist wegen angeblicher Geschäftsgeheimnisse stark beschränkt
- Recht ist nur theoretisch durchsetzbar:
  - Verbot von Transaktion selten angefochten
  - Aber gänzliche Zugangsverweigerung ohne Gründe wird Behörde kaum wagen

#### Wunsch für die Zukunft

- Keine übermässigen Schwärzungen
- Frühzeitiger Zugang zu Antworten auf Fragebogen (allenfalls auf Anwälte und Ökonomen beschränkt)

# 3. Diskussion

Viel Spass bei der nächsten Akteneinsicht!

Homburger AG  
Prime Tower  
Hardstrasse 201  
CH-8005 Zürich

Andreas Burger  
[andreas.burger@homburger.ch](mailto:andreas.burger@homburger.ch)  
T +41 43 222 15 76  
M +41 79 588 20 05