

Besprechung / Compte rendu

Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht

CARLA BEURET

Dike Verlag, Zürich 2016, 359 Seiten, CHF 82, ISBN 978-3-0375-1778-9

Die Dissertation «Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht – unter rechtsvergleichender Berücksichtigung entsprechender Instrumente im europäischen Kartellrecht» behandelt das im Rahmen der Totalrevision 1995 eingeführte Instrument der einvernehmlichen Verfahrenserledigung. Trotz der umfangreichen Praxis treten immer wieder Fragen auf, welche von der Autorin zu einem grossen Teil behandelt werden. Sie gliedert ihre Dissertation in acht Teile und gibt in einem neunten als «Anhänge» bezeichneten Teil einen Überblick über die Rahmenbedingungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission (Weko) und eine hilfreiche Darstellung von Beispielen einvernehmlicher Regelungen.

Die Praxis unter dem KG85, EVR nicht nur im Rahmen von Vorabklärungen zuzulassen, sondern auch später, d.h. im Rahmen einer Untersuchung zuzulassen, führte gemäss BEURET dazu, dass das Institut der EVR (auch) im Untersuchungsverfahren des KG95 (Art. 29) institutionalisiert wurde. BEURET erklärt die rechtliche Natur der EVR nach Art. 29 KG (als «besonders formalisierte Art der einvernehmlichen Streitbeilegung», indem diese durch die Weko in Form einer Verfügung genehmigt werden muss) und stellt klar, dass diese lediglich die Frage der Art und Weise, wie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung beseitigt werden könne, und regelt nicht, ob ein Verhalten zulässig sei. Die Sachverhaltsanalyse und rechtliche Subsumption müsse die Weko von Amtes wegen vornehmen. Sie ist der Meinung, dass EVR-Regelungen aufgrund der fehlenden rechtlichen Wirkung für die Weko auch im Rahmen von Marktbeobachtungen nur wenig Sinn machen würden. Im Falle von sanktionsbedrohten Sachverhalten müsse zudem auch bei Verhaltensanpassungen nach Art. 26 Abs. 2 KG immer eine Untersuchung eröffnet werden; eine solche Anpassung müsste allenfalls sanktionsmindernd berücksichtigt werden. Nach Überlegungen zur möglichen Anwendung von Art. 26 Abs. 2 bei Meldeverfahren nach Art. 49a Abs. 3 KG und Beratungsanfragen nach Art. 23 KG und zur Möglichkeit einer EVR im Zusammenhang mit Bonusmeldungen nach Art. 49a Abs. 2 KG sowie zum anwendbaren Recht und zur Zuständigkeit begründet sie ihre Meinung, wonach auch die betroffenen Unternehmen die Initiative zum Vorschlag von Massnahmen nach Art. 26 Abs. 2 KG ergreifen können. Letztes erfordere aber, dass die betreffenden Unternehmen über die kartellrechtlichen Vorwürfe orientiert würden. Je früher die Unternehmen bereit seien, Massnahmen zur Verhaltensanpassung zu akzeptieren, desto besser seien die Chancen für eine EVR und, bei nicht sanktionsbedrohten Verhaltensweisen, eine Einstellung des Verfahrens. Mit Bezug auf die rechtliche Form meint die Autorin, dass kein verwaltungsrechtlicher Vertrag vorliege, sondern ein informelles Verwaltungshandeln. Als Adressaten schliesst sie aufgrund von Art. 43 KG auch Dritte ein. Im Weiteren stellt BEURET mit Verweisung auf das Verfahren i.S. Festool fest, dass eine blosser Anpassung des Verhaltens genüge, um die Einstellung des Verfahrens zu erreichen. Die Rechtsfolgen von Massnahmen nach Art. 26 Abs. 2 KG gehen nach der Autorin nicht über den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben hinaus.

Im dritten Teil geht die Autorin eingehend auf das Institut der EVR während des Untersuchungsverfahrens ein. Als Voraussetzungen zum Abschluss einer derartigen EVR nennt sie insbesondere die negative Entscheidprognose bzw. Erhärtung der Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Verhaltensweise. Die Autorin meint, dass auch eine Involvierung der Weko-Mitglieder in diese Phase nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein EMRK-Problem darstelle. Die Unternehmen besitzen nach BEURET die Möglichkeit, dem Sekretariat ihre Bereitschaft zum Abschluss einer EVR anzuzeigen, wie dem Sekretariat seinerseits ein Ermessen zustehe, Vorschläge nach Art. 29 KG zu machen.

Nach Erläuterungen darüber, dass die betroffenen Unternehmen ihre Bereitschaft für eine EVR in einem möglichst frühen Untersuchungsverfahrensstadium machen sollten, damit sie zustande kommt und bestmöglich honoriert wird, sowie darüber, dass die Weko bei deren Genehmigung einen erheblichen Ermessensspielraum besitzt, beschreibt die Autorin die Anforderungen an einen mit der EVR normalerweise verbundenen Verzicht auf Verfahrensrechte insb. den Rechtsmittelverzicht. Sie meint dazu, dass Kenntnisse des vorgeworfenen Sachverhalts, der Entscheidungsprognose, des Sanktionsrahmens und der möglichen Reduktion der Sanktion wünschbar seien, aber nicht gesetzlich vorgeschrieben. Mit einer EVR sei keine Anerkennung des relevanten Sachverhaltes und auch kein Eingeständnis eines wettbewerbsrechtlich unzulässigen Verhaltens verbunden. Beteiligte der EVR bzw. der betreffenden Verhandlungen seien lediglich die Verursacher der Wettbewerbsbeschränkung und das Sekretariat, nicht aber allfällig betroffene Dritte. Inhaltlich würde die EVR lediglich Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, aber keine Vereinbarung über den relevanten Sachverhalt, dessen rechtliche Würdigung oder über die Sanktionierbarkeit bzw. die Sanktionshöhe enthalten. Ebenso sei mit dem Abschluss einer EVR kein Rechtsmittelverzicht verbunden. In der EVR könne aber festgehalten werden, dass sich die Ergreifung eines Rechtsmittels bei Genehmigung der EVR und Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens erübrige. BEURET betont, dass die EVR als suspensiv bedingter verwaltungsrechtlicher Vertrag bis zur Genehmigungsverfügung eigenständige Bedeutung besitze und weder das Sekretariat noch die betreffenden Unternehmen die vereinbarten Massnahmen einseitig abändern können. Das in der Vergangenheit liegende Verhalten, betreffend dessen die EVR getroffen wurde, sei eine *res iudicata* und Dritte könnten sich in Zivilverfahren auf EVR und den darin festgestellten Kartellrechtsverstoss berufen. BEURET hält fest, dass trotz fehlender expliziter gesetzlicher Grundlage eine Sanktionsreduktion infolge Abschluss einer EVR erfolge (Art. 2, 3 und 6 SVKG), wobei aber die maximale Reduktion kleiner sein müsse als der maximale Bonus für einen Selbstanzeiger, der die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion in Art. 8 SVKG nicht erfüllt. Je nach Ausmass der Kooperation und Zeitpunkt des Abschlusses betrage die Reduktion gemäss Praxis 3 bis 25%. Hauptmerkmale des Verfahrensablaufs sind nach BEURET, dass der Antrag an die Weko und die Stellungnahme der Parteien hierzu regelmässig kürzer ausfallen, da normalerweise auf eine abschliessende Darstellung des Sachverhalts und eine ausführliche Begründung des Entscheids verzichtet werde, da die Parteien sich bereits während der Verhandlungen damit auseinandersetzen konnten. Eine Anhörung i.S. von Art. 30 Abs. 2 KG liegt im Ermessen der Weko. BEURET ist zudem der Meinung, dass der Inhalt der Verhandlungen über eine EVR unpräjudiziell sei, aber Dokumente über Kontakte oder Besprechungen inkl. Verfahrensprotokolle in die Verfahrensakten aufgenommen werden. Auch sei es nicht Sache der Wettbewerbsbehörden, Verursacher von Wettbewerbsverstössen vor Kartellzivilklagen zu schützen, weshalb auch Verfügungen zur Genehmigung von EVR publiziert werden sollen, wobei die Sachverhaltsdarstellung und die Begründung kürzer als in «normalen» Verfahren gehalten werden könnten.

Den Vorteilen der Zeit-, Aufwand- und Kosteneinsparung, der Beschränkung negativer Publizität, der Reduktion der Sanktion, der Möglichkeit, aktiv an der Ausgestaltung der Massnahmen mitzuwirken (aus Sicht der Unternehmen), sowie der Optimierung des Einsatzes der Ressourcen und der Festlegung von wirtschaftsnahen Massnahmen (aus Sicht der Behörde) stellt die Autorin im vierten Teil die Unterziehung ohne Rechtssicherheit, das mögliche Präjudiz für Zivilklagen (Unternehmen) sowie die fehlende Rechtsfortbildung, das Rechtsmittelrisiko und allfällige Verfahrensverzögerungen (aus Sicht der Behörde) als Nachteile gegenüber.

Die Autorin stellt im fünften Teil anhand von konkreten Verfahren fest, dass bei nicht direkt sanktionierbaren Fällen die EVR im Vorabklärungsverfahren nach Einführung der direkten Sanktionen insofern schwieriger und die Verfahrensrationalisierung geringer geworden seien, als das Sekretariat diese Sachverhalte sorgfältiger untersuchen müsse, um eine Sanktionierbarkeit und damit die Notwendigkeit einer Untersuchungseröffnung ausschliessen zu können. Eine Reduktion des Beweismasses in Verbindung mit EVR aus prozessökonomischen Gründen verneint BEURET, obwohl die oft mit EVR einhergehenden Geständnisse oder Anerkennungen des Sachverhaltes und der rechtlichen Beurteilung Erleichterungen brächten.

Nach BEURET wird nicht vorausgesetzt, dass EVR immer mit allen Verfahrensparteien abgeschlossen werden, die Erledigung solcher Verfahren sei aber in der Praxis insofern verschieden, als in einigen Fällen nur ein Verfahren und eine Verfügung gegen alle Parteien erfolgten, während in anderen Fällen ein sog. hybrides Vorgehen mit zwei Verfahren in ein und derselben Sache gewählt wurde. Die Autorin kommt zum Schluss, dass die erstere Vorgehensweise wohl in denjenigen Fällen angezeigt

ist, in welchen die EVR erst in einer späteren Verfahrensphase aktuell wird, da in einem solchen Fall der Vorteil einer Verfahrensrationalisierung nicht mehr relevant ist.

Die Unterscheidung zwischen «echten» und «unechten» EVR, die Möglichkeit der Einsetzung eines Dritten zur Kontrolle der Einhaltung bzw. Umsetzung der einvernehmlich vereinbarten Massnahmen und die Bedeutung des wettbewerbsrechtlichen Kooperationsabkommens EU-CH werden ebenfalls kurz angesprochen.

Im Rahmen eines Vergleichs der EVR mit anderen Formen alternativer Streitbeilegung stellt BEURET zunächst fest, dass die EVR im KG der verwaltungsrechtlichen Vergleichsgrundlage in Art. 33b VwVG als *lex specialis* vorgeht. Aufgrund der geltenden Untersuchungsmaxime könne auch die Streitbeilegung qua Schiedsgericht nicht mit einer EVR verglichen werden, allenfalls sei im Rahmen einer EVR ein Schiedsgericht zur Umsetzung von EVR-Massnahmen möglich, sofern öffentliche Interessen nur am Rande betroffen sind. Zum Consent Decree im US-amerikanischen Kartellverfahren bestehen nach BEURET Unterschiede zur EVR-Verfügung darin, dass Consent Decrees in zivilrechtlichen Verfahren ergehen und zudem ausschliesslich Verhaltenspflichten für die Zukunft und keine Feststellung eines Verstosses enthalten. Letzteren Unterschied sieht sie auch im Vergleich zum amerikanischen Consent Order. Im Vergleich mit dem Plea Bargaining bzw. Plea Agreement kommt BEURET zum Schluss, dass beide Streitbeilegungsmechanismen zwar die Kooperation mit der Anklage- bzw. Untersuchungsbehörde verfolgen, aber das Plea Agreement nicht Massnahmen zur künftigen Beseitigung eines kartellrechtswidrigen Umstandes enthält. Bezüglich des Vergleichs mit Art. 359 ff. StPO stellt BEURET fest, dass im Unterschied zu Art. 29 KG die betreffenden Unternehmen im abgekürzten Verfahren den Sachverhalt anerkennen und der Anklageschrift zustimmen müssen und Absprachen über die Sanktionsfolgen und die Anklagepunkte ohne Weiteres zulässig sind.

Die Entscheidung über Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO 1/2003 unterscheidet sich von der EVR-Verfügung dadurch, dass darin keine Feststellung der Unzulässigkeit des Verhaltens in der Vergangenheit und auch keine entsprechende Sanktionen enthalten sind, sondern nur eine Sanktionsandrohung im Falle der Verletzung der Zusagen. Der Vergleichsentscheid nach der VO 622/2008 habe demgegenüber den gleichen Inhalt wie ein Entscheid der Europäischen Kommission im ordentlichen Verfahren und enthalte somit im Unterschied zur EVR keine Massnahmen zur Wiederherstellung des kartellrechtskonformen Zustands, und die betreffenden Unternehmen müssten ihre Haftbarkeit für eine Zuwiderhandlung anerkennen.

Im letzten Teil evaluiert die Autorin das schweizerische Institut der EVR aufgrund der gemachten Vergleichsanalysen und schliesst mit dem Fazit, dass in der Schweiz kein Bedarf zur Anpassung des Verfahrens zur EVR besteht, in den EVR-Verhandlungen weiterhin auf die Umstände des konkreten Einzelfalls eingegangen werden soll und dass die aktuellen EVR-Rahmenbedingungen zusammen mit der bisherigen Weko-Praxis eine ausreichende Grundlage darstellen.

Die Dissertation von BEURET ist umfassend und basiert auf sorgfältiger Recherchenarbeit, auch in rechtsvergleichender Hinsicht. Sie gibt einen hervorragenden Überblick über die aktuelle Schweizer EVR-Regelung, auch in rechtsvergleichender Hinsicht. Dies, auch wenn sie in einzelnen Punkten etwas zu wenig auf die praktische Relevanz eingeht. So wird insbesondere die Einstellung von Vorabklärungsverfahren im Zusammenhang mit sanktionierbaren Sachverhalten aufgrund des Opportunitätsprinzips nicht berücksichtigt. Ebenso wäre eine eingehendere Behandlung der praktischen Tragweite des Treu- und Glaubensschutzes im Zusammenhang mit EVR im Vorabklärungsverfahren spannend gewesen, wie auch diejenige des Spannungsfelds zwischen der Praxis des Sekretariats und der Weko, bei EVR die Sachverhaltsdarstellung und rechtliche Begründung kürzer zu halten, einerseits und dem Anspruch, das Beweismass bei EVR genau gleich zu halten wie bei Verfahren ohne EVR sowie der entsprechenden konkreten praktischen Auswirkungen auf Zivilverfahren, andererseits. Ebenso wäre ihre Meinung zur Frage, welches Mindestmass an Konkretisierung der kartellrechtlichen Vorwürfe seitens der Behörde und Akteneinsicht zu Verhandlungen über EVR nach Art. 29 KG vorausgesetzt ist, wünschbar. Schliesslich dürfte aufgrund des Titels («unter rechtsvergleichender Berücksichtigung entsprechender Instrumente im europäischen Kartellrecht») ein deutlicherer Fokus auf die Rechtsvergleichung mit der EU und den praktischen Problemen in parallelen Verfahren (Bern-Brüssel) erwartet werden. Interessant wäre insbesondere gewesen, welche Rolle das Opportunitätsprinzip in der Praxis der EU-Kommission bei der Anwendung von Art. 9 VO 1/2003 im Zusammenhang mit auch nach schweizerischem Recht sanktionierbaren Verhaltensweisen (Missbrauchsfälle) spielt

und damit die Beantwortung der Frage, ob es nicht sinnvoll wäre, auch im schweizerischen Recht eine Art. 9 (1/2003) entsprechende EVR-Regelung im Untersuchungsverfahren einzuführen.

Philipp Zurkinden, Prof. Dr. iur., Bern