



Cyrill Schäke

# Die kartellrechtliche Selbstanzeige

Eine Darstellung und Beurteilung mit einem Vergleich zu den  
Rechtsordnungen der Europäischen Union und der Vereinigten  
Staaten von Amerika

**Cyrill Schäke**

# **Die kartellrechtliche Selbstanzeige**

**Eine Darstellung und Beurteilung mit einem Vergleich zu  
den Rechtsordnungen der Europäischen Union und der  
Vereinigten Staaten von Amerika**

Luzerner Dissertation 2022

Editions Weblaw, Bern 2023

O	Codex
I	Commentatio
II	Colloquium
<b>III</b>	<b>Dissertatio</b>
IV	Doctrina
V	Liber amicorum
VI	Magister
VII	Monographia
VIII	Thesis
IX	Scriptum
X	Anthologia

Editions Weblaw

ISBN 978-3-03916-178-2 (Print)

© Editions Weblaw, Bern 2023

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

## VORWORT

Die Bonusregelung hilft den Wettbewerbsbehörden, Wettbewerbsverstösse in Form von marktschädigenden Wettbewerbsabreden aufzudecken und zu beseitigen. Mit der Regelung wird ein an einer schädlichen Wettbewerbsabrede beteiligtes Unternehmen, das seine Beteiligung an dieser Wettbewerbsabrede anzeigt und mit den Behörden bei der Aufklärung dieses Verstosses kooperiert, von der für die Beteiligung drohenden Sanktion befreit. Unzulässige Wettbewerbsabreden werden demnach aufgedeckt und beseitigt, indem es sich für Involvierte lohnt, diesen Wettbewerbsverstoss den Wettbewerbsbehörden offenzulegen.

Die Herausforderung, zur Frage, worin bei der Bonusregelung die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung liegen, eine Untersuchung nach wissenschaftlichen Standards durchzuführen, hat mich zu dieser Dissertation bewogen. Die Bonusregelung ist ausserdem ein interessantes Ermittlungsinstrument, das sich in verschiedenen Rechtsgebieten etablieren könnte.

Mein Dank gebührt allen, die zum Gelingen der vorliegenden Arbeit beigetragen haben. An erster Stelle danke ich Herrn Prof. Dr. Nicolas Diebold, der mich bei der Umsetzung dieses Vorhabens geduldig und unermüdlich unterstützt hat. Zu danken ist ferner Herrn Dr. Beat Zirlick für die Übernahme des Zweitreferats und die wertvollen Hinweise für die Verbesserung der Arbeit sowie Herrn Prof. Dr. Bernhard Rütsche für die Leitung des Dissertationskolloquiums.

Danken möchte ich weiter Herrn Rechtsanwalt Hannes Baader und Herrn Dr. David Bruch, die Teile der Arbeit kritisch durchgesehen haben. Herrn Prof. Dr. Patrik Ducrey danke ich vielmals für die Referenzen für den Forschungsaufenthalt. Im Rahmen eines Kolloquiums an der Universität Luzern erhielt ich bereits in einer frühen Phase des Dissertationsprojektes eine Rückmeldung von Expertinnen und Experten, für die ich zum Dank verpflichtet bin. Meine Frau, Frau Rechtsanwältin Sulan He, hat mich stets unterstützt und ermutigt, die vorliegende Arbeit zu erstellen, wofür ich mich herzlich bedanken möchte. Zu danken habe ich weiter meiner Mutter, Frau Luise Schäke, für die Rückmeldungen und das Lektorat. Schliesslich danke ich dem Verlag Weblaw für die ausgezeichnete Zusammenarbeit.



Das Dissertationsvorhaben durfte ich unter besten Bedingungen an der Universität Luzern und als Stipendiat des Schweizerischen Nationalfonds (SNF) während zehn Monaten (Januar bis Oktober 2019) am Georgetown University Law Center in Washington D.C. vorantreiben. Die Arbeit an diesen Institutionen hat es mir erlaubt, eingehende juristische Recherchen durchzuführen und meinen persönlichen Horizont zu erweitern.

Für diese Dissertation wurden Rechtsprechung und Literatur bis Februar 2022 berücksichtigt.

Der Autor vertritt seine persönliche Auffassung.

Maur, im April 2023

Cyrill Schäke

## INHALTSÜBERSICHT

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Literaturverzeichnis .....	XV
Gesetzestexte.....	XXV
Materialienverzeichnis .....	XXIX
Praxisverzeichnis .....	XXXIII
Abkürzungsverzeichnis .....	XLIII
<b>1. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>2. Kartellrechtliche Grundlagen .....</b>	<b>11</b>
<b>3. Funktionsweise der Bonusregelung .....</b>	<b>39</b>
<b>4. Anwendungsbereich der Bonusregelung.....</b>	<b>79</b>
<b>5. Sicherung des ersten Ranges.....</b>	<b>99</b>
<b>6. Sanktionserlass .....</b>	<b>129</b>
<b>7. Feststellung des Sachverhaltes bei Selbstanzeigen .....</b>	<b>195</b>
<b>8. Zusammenfassung der Ergebnisse .....</b>	<b>225</b>



# INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort .....	V
Literaturverzeichnis .....	XV
Gesetzestexte.....	XXV
Materialienverzeichnis .....	XXIX
Praxisverzeichnis .....	XXXIII
Abkürzungsverzeichnis .....	XLIII
<b>1. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>2. Kartellrechtliche Grundlagen .....</b>	<b>11</b>
2.1. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen .....	11
2.1.1. Unzulässige Wettbewerbsabrede .....	12
2.1.1.1. Wettbewerbsabrede.....	12
2.1.1.1.1. Abrede.....	12
2.1.1.1.2. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbs- beschränkung .....	15
2.1.1.2. Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede .....	18
2.1.1.2.1. Beseitigung wirksamen Wettbewerbs .....	18
2.1.1.2.2. Erhebliche Beeinträchtigung von Wett- bewerb ohne Effizienzrechtfertigung.....	20
2.1.2. Missbrauch von Marktbeherrschung und relativer Marktmacht ..	21
2.2. Sanktion.....	24
2.2.1. Direkte und indirekte Sanktion.....	24
2.2.2. Bemessung der Sanktion .....	26
2.2.3. Vorwerfbarkeit .....	28
2.3. Ermittlungsverfahren.....	29
2.3.1. Zuständigkeiten und Maximen.....	29
2.3.2. Verfahrensarten .....	30
2.3.3. Rechtserheblicher Sachverhalt und Beweismittel.....	31
2.3.4. Allgemeine Ermittlungsinstrumente .....	33

2.3.4.1. Auskunfts- und Editionsspflicht.....	33
2.3.4.2. Einvernahme und Beweisaussage .....	34
2.3.4.3. Hausdurchsuchung und Beschlagnahme .....	35
<b>3. Funktionsweise der Bonusregelung .....</b>	<b>39</b>
3.1. Aufklärung von Wettbewerbsverstößen.....	39
3.2. Wettlauf um die erste Selbstanzeige.....	41
3.2.1. Sanktionserlass als Gegenleistung für Kooperation .....	41
3.2.2. Sanktionserlass ausschliesslich für den ersten Selbstanzeiger .....	43
3.2.3. Marker, formelle Selbstanzeige und bedingter Sanktionserlass .....	45
3.2.4. Nachrücken des zweiten Selbstanzeigers .....	50
3.3. Sanktionserlass für den erstrangigen Selbstanzeiger.....	52
3.3.1. Vom Erlass ausgeschlossene Rollen .....	52
3.3.2. Eröffnungs- und Feststellungskooperation .....	53
3.3.3. Kontinuierliche Kooperation .....	57
3.3.4. Rechtsanspruch oder Ermessensentscheid?.....	57
3.4. Sanktionsreduktion für nachrangige Selbstanzeiger .....	60
3.4.1. Kooperation.....	60
3.4.2. Höhe der Sanktionsreduktion .....	61
3.5. Schutz des Selbstanzeigers vor zivilen Folgeprozessen.....	62
3.5.1. Kartellrechtliche Zivilverfahren.....	63
3.5.2. Schutzvorkehrungen.....	64
3.5.2.1. Verzicht auf Schriftlichkeit .....	64
3.5.2.2. Kein Schuldgeständnis.....	66
3.5.2.3. Einschränkung der Akteneinsicht .....	70
3.5.2.4. Verzicht auf Publikation .....	74
3.5.2.5. Eingeschränkte Amtshilfe.....	77
<b>4. Anwendungsbereich der Bonusregelung .....</b>	<b>79</b>
4.1. Sachlicher Anwendungsbereich .....	79

4.1.1.	Wettbewerbsabrede .....	79
4.1.2.	Missbrauch der Marktbeherrschung .....	82
4.2.	Persönlicher Anwendungsbereich .....	86
4.2.1.	Anführer .....	87
4.2.2.	Anstifter .....	94
4.2.3.	Ausübung von Zwang .....	95
<b>5.</b>	<b>Sicherung des ersten Ranges</b> .....	<b>99</b>
5.1.	«Tuchföhlung» zur Klärung der Rangordnung .....	99
5.1.1.	Vor der Eröfönung einer Untersuchung .....	99
5.1.1.1.	Ungewissheit über die Rangordnung .....	99
5.1.1.2.	Behelfsweise Umschreibung des Wettbewerbs- verstosses .....	100
5.1.2.	Nach der Eröfönung einer Untersuchung .....	102
5.1.2.1.	Aufforderung durch die Wettbewerbsbehörde .....	102
5.1.2.2.	Gebot rechtsgleicher Hinweise der Behörden .....	105
5.1.3.	Form .....	109
5.1.4.	Bekanntgabe der Rangordnung .....	110
5.2.	Selbstanzeige mit rudimentären Informationen .....	112
5.2.1.	Bekanntgabe des Willens zur Inanspruchnahme der Bonusregel? .....	113
5.2.2.	Genügend substantiierter Sachverhalt/Wettbewerbs- verstoss .....	116
5.2.3.	Ausreichende Indizien zum Wettbewerbsverstoss .....	120
5.2.4.	Verhinderung von Missbrauch .....	121
5.3.	Entscheid über die Rangordnung .....	123
5.3.1.	Ermessen .....	123
5.3.2.	Einzelfragen zum Rechtsschutz .....	125
5.3.2.1.	Anfechtungsobjekt .....	125
5.3.2.2.	Rechtsschutzinteresse .....	126



<b>6. Sanktionserlass .....</b>	<b>129</b>
6.1. Kooperationspflichten.....	129
6.1.1. Vorlage von Beweismitteln .....	130
6.1.1.1. Frist für interne Untersuchungen.....	130
6.1.1.2. Unternehmenserklärung.....	131
6.1.1.3. Ergänzung der Selbstanzeige mit Beweismitteln .....	133
6.1.1.4. Behelfsweise Vorlage von Beweismitteln .....	135
6.1.1.5. Eingrenzung des angezeigten Verstosses .....	140
6.1.2. Verhaltenspflichten.....	142
6.1.2.1. Entstehungszeitpunkt.....	142
6.1.2.2. Gebot echter Zusammenarbeit .....	142
6.1.2.3. Fallgruppen.....	144
6.2. Anforderungen an den bedingten Sanktionserlass.....	146
6.2.1. Anforderungen an vorgelegte Informationen bei Eröffnungskooperation .....	147
6.2.1.1. Ermöglichung der Eröffnung einer Untersuchung als Voraussetzung.....	147
6.2.1.2. Eröffnung einer Untersuchung oder gezielte Nachprüfung? .....	152
6.2.1.3. Neue Erkenntnisse aufgrund der Informationen.....	153
6.2.2. Anforderungen an vorgetragene Beweismittel bei Feststellungskooperation.....	155
6.2.2.1. Erklärung des Konsens und subjektiven Zwecks.....	155
6.2.2.2. Vorlage entscheidender Beweismittel oder Ermöglichung von Folgerhebungen?.....	163
6.2.2.3. Beurteilung der Beweismittel .....	168
6.2.2.3.1. Stand der Untersuchung zum Zeitpunkt der Selbstanzeige .....	168
6.2.2.3.2. Beschaffenheit der Beweismittel .....	169
6.2.2.4. Neue Erkenntnisse aufgrund der Beweismittel .....	171
6.3. Entscheid über den bedingten Sanktionserlass.....	175
6.3.1. Ex ante Beurteilung der Beweiskraft der Beweismittel .....	175

6.3.2.	Bindung der WEKO als Rechtsfolge .....	178
6.3.3.	Einzelfragen zum Rechtsschutz .....	180
6.3.3.1.	Anfechtungsobjekt.....	180
6.3.3.2.	Rechtsschutzinteresse .....	181
6.3.3.3.	Zwingende Vereinigung mit dem Beschwerde- verfahren gegen die Sanktionsverfügung? .....	184
6.4.	Anforderungen an den definitiven Sanktionserlass .....	187
6.4.1.	Nachträglich erkannte Tatsachen, die dem Erlass entgegenstehen .....	187
6.4.2.	Fallgruppe der bestrittenen Selbstanzeige.....	188
6.4.2.1.	Keine Entkräftung der vorgelegten Beweismittel .....	188
6.4.2.2.	Einhaltung der Verhaltenspflichten .....	189
6.4.3.	Keine Einnahme einer vom Erlass ausgeschlossenen Rolle.....	193
<b>7.</b>	<b>Feststellung des Sachverhaltes bei Selbstanzeigen .....</b>	<b>195</b>
7.1.	Beweisverwertungsverbote .....	195
7.1.1.	Vertrauensschutz.....	196
7.1.1.1.	Treu und Glauben .....	196
7.1.1.2.	Fallgruppen .....	197
7.1.1.2.1.	Intransparente Rangordnung.....	197
7.1.1.2.2.	Rückzug der Selbstanzeige.....	197
7.1.2.	Schutz vor Selbstbelastung.....	199
7.1.2.1.	Verbot des Selbstbelastungszwangs (nemo tenetur) .....	199
7.1.2.2.	Fallgruppen .....	201
7.1.2.2.1.	Winkende Vorteile für Sachverhalts- geständnisse .....	201
7.1.2.2.2.	Sanktionserhöhung für bestrittene Selbstanzeigen .....	202
7.2.	Beweiswürdigung.....	203
7.2.1.	Freies Verfolgungsermessen .....	203
7.2.2.	Regelbeweismass .....	206
7.2.3.	Freie Beweiswürdigung .....	207

7.3. Unschuldsvermutung .....	211
7.3.1. Gefahr der Vorverurteilung .....	212
7.3.2. Unschuldsvermutung bei unüberwindlichen Zweifeln über das Bestehen eines Tatbestandselements.....	215
7.3.3. Fallgruppen.....	216
7.3.3.1. Zwang zur Vorlage von Beweismitteln .....	216
7.3.3.2. Isolierte und bestrittene Unternehmenserklärung ...	217
7.4. Einzelfragen zum Rechtsschutz gegen die Sanktionsverfügung .....	220
7.4.1. Kognition des Bundesverwaltungsgerichts.....	220
7.4.2. Kontrolle bei im Beschwerdeverfahren bestrittener Selbstanzeige .....	221
7.4.2.1. Beteiligung am Wettbewerbsverstoss.....	221
7.4.2.2. Einhaltung der Verhaltenspflichten.....	223
7.4.2.3. Erstinstanzliche Verfahrensführung.....	224
<b>8. Zusammenfassung der Ergebnisse .....</b>	<b>225</b>

## LITERATURVERZEICHNIS

American Bar Association, Section of Antitrust Law, Antitrust Evidence Handbook, Chicago 2016 (Evidence Handbook)

- Antitrust Law Developments, 7. ed., Chicago 2012 (Developments)
- Criminal Antitrust Litigation Handbook, Chicago 2006 (Criminal Litigation Handbook)
- Criminal Antitrust Litigation Manual, ohne Ortsangabe 1983 (Criminal Litigation Manual)
- Model Jury Instructions in Civil Antitrust Cases, Chicago 2016 (Jury Instructions in Civil Cases)
- Model Jury Instructions in Criminal Antitrust Cases, Chicago 2009 (Jury Instructions in Criminal Cases)
- Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws, 2. ed., Chicago 2010 (Proof of Conspiracy)

AMSTUTZ MARC/KELLER STEFAN/ REINERT MANI, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, Das Urteil/Le jugement, 2005, 114

AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2021 (BSK-KG)

ANGERBAUER TIMO/DRÖSSLER PAUL, Fakten, Fakten, Fakten - oder mehr? Zum Umfang der Kooperationspflicht nach der Kronzeugenmitteilung, NZKart 2021, 617

AREEDA PHILIPP E./HOVENKAMP HERBERT, Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, 3. ed., New York 2006-2012 (Erscheinungsjahr, Band)

- Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, 4. ed., New York 2013-2017 (Erscheinungsjahr, Band)

BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Kartellgesetz (KG), Bern 2007 (SHK-Kartellgesetz)

BANGERTER SIMON, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen im Wettbewerbsrecht: unter vergleichender Berücksichtigung der StPO, Zürich 2013

BANGERTER SIMON/TAGMANN CHRISTOPH, Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, 165

BASKARAN BALASINGHAM, EU Leniency Policy: Reconciling Effectiveness and Fairness, London 2017

BABEY FABIO/ DAMIANO CANAPA, Die Bonusregelung im Schweizer Kartellrecht, SJZ 2016, 513

BEURET CARLA, Die einvernehmliche Regelung im Kartellrecht, unter rechtsvergleichender Berücksichtigung entsprechender Instrumente im europäischen Kartellrecht, Zürich/St. Gallen 2016

BILGER STEFAN, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen: unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen kartellrechtlichem Sonderverfahrensrecht und allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht, Freiburg 2002

BIRKHÄUSER NICOLAS, Kartellrecht und Bussen-Verfahren der Wettbewerbskommission im Bau, BR 2014, 77

BLATTER MARC/WINAND EMONS/STICHER SILVIO, Optimal Leniency Policy, When Firms Have Cumulative and Asymmetric Evidence, Review of Industrial Organization 2018, vol. 52, 403

BOGART H. JOHN/HIMES L. JAY/SEDRAN J. HOWARD, Concurrent Antitrust Criminal and Civil Proceedings, Chicago 2013

BÖGE ULF, Bonus- und Kronzeugenregelung in Deutschland und in der EU, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), neuste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Achtes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2001, Basel/Genf/München 2002, 149

BORER JÜRG, Wettbewerbsrecht I, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. A., Zürich 2011 (OFK-Wettbewerbsrecht I)

BREITENMOSER STEPHAN, Beweis- und verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, Jusletter vom 20. April 2015

BREITENMOSEER STEPHAN/WALDER SALAMIN KATHARINA, Verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, in: Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: Entwicklungen, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, Bern 2014, 25

BRODER DOUGLAS, U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction, 3. ed., New York 2016

BRUNNSCHWEILER STEFAN/CHRISTEN MARQUARD, Korrektes Verhalten bei Hausdurchsuchungen, Rechte und Pflichten der Unternehmen und der Wettbewerbsbehörden bei Hausdurchsuchungen im Kartellverfahren, Jusletter vom 17. Oktober 2005

COLOMBANI ANTOINE/KLOUB JINDRICH/SAKKERS EWOUT, Cartels, in: Jonathan Faull/Ali Nikpay (eds.), The EU Law of Competition, 3. ed., Oxford 2014

DÄHLER ROLF/KRAUSKOPF PATRICK, die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003: Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 127

DENOTH SERAINA, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht, Ein Vergleich zwischen der Schweiz, der EU und den USA, Zürich 2011

DESELAERS WOLFGANG, Staatlicher Eingriff in das Windhundrennen der Bonusregelung, WuW 2020, 300

DIAMOND PAUL. S., Federal Grand Jury Practice and Procedure, 4. ed., Cincinnati 2001

DIEBOLD NICOLAS F./SCHÄKE CYRILL, Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht – eine Auslegeordnung, recht 2018, 228

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar BV, 3. A., Zürich 2014

EZRACHI ARIEL, EU Competition Law, An Analytical Guide to the Leading Cases, 5. ed., Oxford/Portland/Oregon 2016



FORRESTER IAN S./BERGHE PASCAL, Leniency: The Poisoned Chalice or the Pot at the End of the Rainbow?, in: Caron Beaton-Wells/Christopher Tran, Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age, Leniency Religion, Oxford/Portland/Oregon 2015, 159

FRENZ WALTER, Dokumentenzugang vs. Kronzeugenregelung, EuZW 2013, 778

GERMONT SOPHIE/ANDRESEN OLE, Public Enforcement by the Commission: A Strategic Perspective, in: Giuliano Amato/Claus Dieter Ehlermann (eds.), EC Competition Law, A Critical Assessment, Oxford/Portland/Oregon 2007, 675

GRAF DAMIAN K., der Verwaltungsrat und die kartellrechtliche Bonusregelung, SZW 2014, 492

HÄNER ISABELLE, Die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2008, 33

HANGARTNER IVO, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzesrevision 2003, Zürich 2004, 251

HAUSER SILVAN, A selective comparison of EC and Swiss competition law, with specific consideration to setting fines in antitrust cases, Zürich/Basel/Genf 2011

HEINE GÜNTER, der Schutz des gefährdeten Zeugen im Schweizerischen Strafverfahren, ZStrR 1992, 53

HENRY ROXANN E., Leniency Program for Antitrust Violations, Westlaw Practical Law 2018, Note 6-500-4245

HETTICH PETER, «Wirksamer Wettbewerb», Theoretisches Konzept und Praxis, St. Gallen 2003

HETTICH PETER/WINKLER STEPHAN, Aspekte der Kartellgesetzesrevision, AJP 2001, 675

HOFFET FRANZ/NEFF KLAUS, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, AR 2004, 129

HOMBURGER ERIC/SCHMIDHAUSER BRUNO/HOFFET FRANZ/DUCREY PATRIK, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen

Verordnungen (Erste Lieferung 1996, Zweite Lieferung 1997), Zürich/Basel/Genf 1997 (Homburger Kommentar)

HOWALD SAMUEL, Einvernehmliche Regelungen bei sanktionsbedrohten Verhaltensweisen im schweizerischen Kartellrecht, *sic!* 2012, 704

JACOBS RETO, Entwicklungen im Kartellrecht, *SJZ* 2017, 214 (Entwicklungen 2017)

JENERAL NATHALIE, Der kartellrechtliche Kronzeuge und seine Verteidigungsrechte, Saarbrücken 2016.

JOST SAMUEL, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Bern 2012

KAUFMANN MARTIN, Beweisführung und Beweiswürdigung, Tatsachenfeststellung im schweizerischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess, Zürich/St. Gallen 2009

KHAN NICHOLAS, Kerse & Khan on EU Antitrust Procedure, 6. ed., London 2012

KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, öffentliches Verfahrensrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2021

KLUSMANN MARTIN, Internationale Kartelle und das Europäische Leniency-Programm aus Sicht der Verteidigung, *WuW* 2001, 820

KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013

KOUMBARAKIS ZINON, die Kronzeugenregelung im schweizerischen Strafprozess *de lege ferenda*, Zürich 2006

KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 5. A., Bern 2016

KRAUSKOPF PATRICK, Das verschärfte Kartellgesetz, *BR* 2003, 121

KRAUSKOPF PATRICK/CARRON SABRINA, Die Schweizer Kartellrechtsnovelle – Ein wettbewerbspolitischer Meilenstein, *WuW* 2004, 495

KRAUSKOPF PATRICK/SCHALLER OLIVIER/BANGERTER SIMON, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/

Peter Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Basel/Genf/München 2005, 471

KRAUSKOPF PATRICK/SENN DOROTHEA, die Teilrevision des Kartellrechts, wettbewerbspolitische Quantensprünge, Sic! 2003, 3

KUBLI LINDA, Grundlegende Beweislagen bei Selbstanzeigen im Kartellverfahren, Justletter vom 16. Dezember 2019

LANG CHRISTOPH, Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter vom 27. September 2004

LAUBE VIKTOR, Zu Tendenzen der schnellen Verfahrenserledigung, Zürich 2016

LESLI CHRISTOPHER R., Antitrust Amnesty, Game Theory and Cartel Stability, The Journal of Corporation Law 2006, 453

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010

MARBACH EUGEN/PATRIK DUCREY/GREGOR WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. A., Bern 2017

MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. éd., Basel 2013 (CR-Concurrence)

MASSIMO MEROLA/WAELBROECK DENIS, Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe, Time for a Review of Regulation 1/2003?, Brüssel 2010

NICOUD TREY, Internal Investigations in Antitrust Matters, in: Brad D. Brian/Barry F. McNeil/Lisa J. Demsky (eds.), Internal Corporate Investigations, 4. ed., Chicago 2017, 475

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht I, 4. A., Basel 2018 (BSK-StGB)

OESCH MATTHIAS/WEBER ROLF H./ZÄCH ROGER, Wettbewerbsrecht II, VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG, 2. A., Zürich 2021 (OFK-Wettbewerbsrecht II)

OST KONRAD/RAUBER MARKUS, Verfassungsrechtliches Gleichheitsgebot und die Inanspruchnahme der kartellrechtlichen Kronzeugenprogramme, WuW 2020, 302

RAUBER MARTIN, Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung des „legal privilege“, Zürich 2010

REIMANN MARTIN, Die strafrechtsähnliche Rechtsnatur der Sanktionen nach Art. 49a KG, Zürich 2016

REINERT MANI, Das Flickwerk Kartellverfahrensrecht, in: Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.), Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Zürich/Basel/Genf 2013, 87

REINERT PETER, Die Sanktionenregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in Roger Zäch, Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2006, 147

RIETHMÜLLER ARNO, Der Beweiswert und die Verwertbarkeit von Whistleblowerangaben im Kartellverfahren, Hamburg 2018

RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, 3. A., Basel 2014

RIZVI SALIM, Bussgeldpraxis in der EG am Beispiel des Zitronensäureherstellerkartells. Fachgruppe Handels- und Wirtschaftsrecht Universität Zürich: [www.hawi.uzh.ch](http://www.hawi.uzh.ch): online, Zürich 2009

ROTH SIMON, Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“, ZStrR 2011, 296

SALTZIGER ANDREAS, Die Entthronung des Kronzeugen im Kartellrecht?, Wien 2014

SCHALLER OLIVIER/BANGERTER SIMON, Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, AJP 2005, 1221

SCHALLER OLIVIER/KRAUSKOPF PATRICK, Programmes de clémence et sanctions cartellaires: Premières expériences pratiques, sic! 2010, 71

SCHNAKL MARIO, Die Kronzeugenregelung im Kartellverfahren, Wien 2009

SCHNEIDER MORITZ, Kronzeugenregelung im EG-Kartellrecht, Passau 2004

SCHWARZE JÜRGEN/BECHTOLD RAINER/BOSCH WOLFGANG, Deficiencies in European Community Competition Law, Critical analysis of current practice and proposal for change, Stuttgart 2008

SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS/OBERHOLZER NICLAUS, Bundesgerichtsgesetz (BGG), SHK-BGG, 2.A., Bern 2015 (SHK-BGG)

SEITZ CLAUDIA, Zugang geschädigter Dritter zu Dokumenten eines Kronzeugenverfahrens, EuZW 2011, 598

SOMMER PATRICK, Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung, Jusletter vom 17. Oktober 2005

SOMMER PATRICK/RAEMY ALAIN, Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizer Kartellrechts, sic! 2004, 758

SPAGNOLO GIANCARLO, Leniency and Whistleblowers in Antitrust, in: Paolo Buccirossi (ed.), Handbook of Antitrust Economics, Cambridge 2008, 259

STEPHAN ANDREAS/NIKPAY ALI, Leniency Decision-Making from a Corporate Perspective: Complex Realities, in: Caron Beaton-Wells/Christopher Tran, Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age, Leniency Religion, Oxford/Portland/Oregon 2015, 140

STURNY MONIQUE, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht – Historische Entwicklung und Analyse, Bern 2014

TAGMANN CHRISTOPH, die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007

TAGMANN CHRISTOPH/ZIRLICK BEAT, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter vom 10. August 2009

THOMPSON VIVIANA E., „Modelle“ der Selbstanzeige im Wirtschaftsordnungswidrigkeitenrecht und ihre strafrechtlichen Vorbilder, Frankfurt 2018

TRÜEB HANS RUDOLF/ZURKINDEN PHILIPP, Das neue Kartellgesetz: Handkommentar, Basel 2004

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. A., Bern 2016

TSCHANNEN PIERRE, ZIMMERLI ULRICH, MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014

TSCHUDIN MICHAEL, Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht, AJP 2014, 133 (Beweismass)

- Mitwirkungspflicht an der eigenen Sanktionierung, AJP 2016, 323 (Mitwirkungspflicht)

UHLMANN FELIX/BINDER IRIS, Verwaltungsverordnungen in der Rechtssetzung: Gedanken über Pechmarie, LeGes 2009, 151

VAN BAELE IVO, Due Process in EU-Competition Proceedings, Aalphen aan den Rijn 2011

VAN BAELE IVO/BELLIS JEAN FRANÇOIS, Competition Law of the European Community, 5. ed., Aalphen aan den Rijn 2010

VOGT HANS-UELI, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahren, Bemerkungen zu einer Entscheidung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, AJP 1999, 837

WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. A., Zürich 2016 (Praxiskommentar VwVG)

WASER ASTRID, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002

WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Wettbewerbsrecht – Fachhandbuch Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2013

WEDER ULRICH, Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen – Eine Beurteilung aus staatsanwaltschaftlichem Blickwinkel, fokussiert auf das Teilnahmerecht mitbeschuldigter Personen, forumpoenale 2016, 281

WIESNER TILL, Der Kronzeuge im Kartellrecht: Zur Rechtmäßigkeit der Honorierung von Aufklärungshilfe durch Sanktionserlass bei der Verfolgung von Hardcore-Kartellen durch die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt, Berlin 2004

WILLIAMS RYAN M., The Devil They Know: The DOJ's Flawed Antitrust Leniency Program and its Curious Pursuit of Stolt-Nielsen, North Carolina Law Review 2007, 974



WILS WOUTER P. J., The Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis, *European Law Review* 1997, 125

ZÄCH ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. A., Bern 2005

ZIMMERLI DANIEL, Ausgewählte Entwicklungen im Schweizerischen Kartellrecht, in: Oliver Hari /Oliver Riske (Hrsg.), *Aktuelle Anwaltspraxis*, 2015, 699 (Entwicklungen)

- Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen «Fensterbeschläge», dRSK weblaw vom 10. April 2015 (Fensterbeschläge)
- Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, in: Hausherr (Hrsg.), *Abhandlungen zum schweizerischen Recht*, Bern 2007 (Dogmatik)

## GESETZESTEXTE

### Schweiz

BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz; BGG; SR 173.110)
BGÖ	Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (Öffentlichkeitsgesetz; BGÖ; SR 152.3)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP; SR 273)
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. November 1990 (DBG; SR 642.11)
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101)
GR-WEKO	Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 (GR-WEKO; SR 251.1)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz; KG; SR 251)
Kooperationsabkommen CH-EU	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union (EU) über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013 (SR 0.251.268.1)

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 31. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0)
SVKG	Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (SVKG; SR 251.5)
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz; VGG; SR 173.32)
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4)
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR; SR 313.0)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz; VwVG; SR 172.021)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung; ZPO; SR 272)
<b>Europäische Union (EU)</b>	
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Konsolidierte Fassung), ABl. EG C 326/47 vom 26. Oktober 2012
Geldbußenleitlinien	Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a)

	der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. EU C 210/2 vom 1. September 2006
Horizontalleitlinien	Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU C-11/1 vom 14. Januar 2011
Kartellverfahrensordnung	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. November 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG L 1/1 vom 4. Januar 2003
Schadensersatzrichtlinien	Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. EU L 349/1 vom 5. Dezember 2014
Vertikalleitlinien	Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU C-130/1 vom 19. Mai 2010
<b>United States</b>	
ACPERA	Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, effective June 22, 2004, 15 U.S.C. § 1 note
Civil Procedure	Federal Rules of Civil Procedure, effective September 16, 1938, 28 U.S.C. § 2072 et seq.
Clayton Act	Clayton Antitrust Act of 1914, 15 U.S.C. § 12, et seq., 29 U.S.C. § 52 et seq.
Criminal Procedure	Federal Rules of Criminal Procedure, effective March 21, 1946, 28 U.S.C. §§ 2072 et. seq.

FOIA	Freedom of Information Act of 1967, 5 U.S.C. § 552
Rules of Evidence	Federal Rules of Evidence, effective July 1, 1975, 28 U.S.C. § 2072 et seq.
Sherman Act	Sherman Antitrust Act of 1890, 15 U.S.C. § 1 et seq.
US-Constitution	The Constitution of the United States of 1787

## **MATERIALIENVERZEICHNIS**

### **Schweiz**

Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 «Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden», Stand 22. Mai 2017 (Vertikalbekanntmachung, VertBek), BBl 2017 4543

Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468

Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, abgerufen von [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) am 20. September 2019 (SVKG Erläuterungen)

Evaluation gemäss Art. 59a KG, Verfahrensrecht und EMRK-Projektbericht P10/11 vom 23. Dezember 2008 (KG-Evaluationsbericht 2008)

Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8. September 2014, BBl 2015 3346, Stand am 1. Januar 2019 (Merkblatt Bonusregelung 2019)

Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8. September 2014, BBl 2015 3346 (Merkblatt Bonusregelung 2014)

Pekuniäre Verwaltungssanktionen - Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018, vom 23. Februar 2022, BBl 2022 776

Rechtsgutachten zur Sanktionierung natürlicher Personen / Unternehmen im Zuge der Schweizer Kartellrechtsrevision von Heine Günter/Roth Robert, Stand 13. Oktober 2010, teilweise aktualisiert zum 25. März 2011 (Heine/Roth)

Vernehmlassung des Schweizerischen Anwaltsverbands vom 22. Dezember 2003 zur Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen und zu den Änderungen der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen bzw. der Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz, abgerufen von [www.sva-fsa.ch](http://www.sva-fsa.ch) am 9. August 2019 (Vernehmlassung SAV zur SVKG)



## **Kommission der Europäischen Union (EU)**

Memorandum der EU-Kommission MEMO/06/469 Competition: revised Leniency Notice – frequently asked questions vom 7. Dezember 2006 (EU-Kommission, FAQ Leniency Policy I)

Memorandum der EU-Kommission MEMO/06/470 vom 7. Dezember 2006 (EU-Kommission, FAQ Leniency Policy II)

Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. EU C 298/17 vom 8. Dezember 2006) (EU-Kronzeugenmitteilung 2006)

Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. EG C 45/03 vom 19. Februar 2002) (EU-Kronzeugenmitteilung 2002)

Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrige Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. EG C 207/4 vom 18. Juli 1996) (EU-Kronzeugenmitteilung 1996)

Pressemitteilung der Kommission IP/02/247 vom 13. Februar 2002

## **Department of Justice (DOJ) der United States of America (USA)**

Antitrust Division Manual of 2012, 5. ed. 2012 (Antitrust Division Manual)

Cornerstones of an Effective Leniency Program, November 22, 2004, by Hammond Scott D. (Cornerstones)

Corporate Leniency Policy of August 10, 1993 (Corporate Leniency Policy)

Detecting And Deterring Cartel Activity through An Effective Leniency Program, November 21, 2000, by Scott D. Hammond (Detecting and Deterring)

Frequently Asked Questions about the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters, January 26, 2017 (Leniency Program FAQ)

Justice Manual, Principles of Federal Prosecution 9-27.00, abgerufen am 9. August 2019 von [www.justice.gov](http://www.justice.gov) (Justice Manual, Principles)

Justice Manual, Witness Immunity 9-23.00, abgerufen am 2. Juli 2019 von [www.justice.gov](http://www.justice.gov) (Justice Manual, Witness Immunity)

Model Leniency Letter, abgerufen am 9. August 2019 von [www.justice.gov](http://www.justice.gov) (Model Leniency Letter)

Recent Developments Related To The Antitrust Division's Corporate Leniency Program, March 5, 2009, by Scott D. Hammond (Developments)

The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades, Februar 25, 2010, by Scott D. Hammond (Evolution)

The Role of Markers in Leniency Programs, October 16, 2012, by Scott Hammond (Role of Markers)

The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements / A Good Deal With Benefits For All, October 17, 2006, by Scott D. Hammond (Negotiated Plea Agreements)

### **Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)**

OECD DAF/COMP/WP3/WD(2014)45, Use of Markers in Leniency Programs - European Union -, 16. December 2014 (OECD, EU-Marker)

OECD DAF/COMP/WP3/WD(2014)51, Use of Markers in Leniency Programs – United States -, 16. December 2014 (OECD, US-Marker)



## **PRAXISVERZEICHNIS**

### **Bundesgericht (BGer)**

BGE 144 II 246 (Altimum)

BGE 143 II 297 (Gaba)

BGE 139 I 72 (Publigroupe)

BGE 136 I 1 (American Pit Bull)

BGE 129 II 18 (Sammelrevers)

BGE 122 III 219 (Spinnerei Lorze)

BGer 2C\_295/2021, 2C\_307/2021 vom 1. Dezember 2021 E. 3.4.1.

(Verfahren X; Durchsuchungsbefehl und Beschlagnahmeverfügung).

BGer 2C\_1040/2018 vom 18. März 2021 (Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau;  
Akteneinsicht Kanton) (zur Publikation vorgesehen)

BGer 2C\_383/2020 vom 8. März 2021 (Boycott Apple Pay; Vorladung als Zeuge)

BGer 2C\_149/2018 vom 4. Februar 2021 (Hors Liste II)

BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020 (Umbricht)

BGer 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019 (VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013;  
Genehmigungsverfügung)

BGer 2C\_63/2016 vom 24. Oktober 2017 (BMW)

BGer 2C\_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 (KOCH Group)

BGer 2C\_1016/2014 vom 9. Oktober 2017 (Siegenia-Aubi)

BGer 2C\_172\_2014 vom 4. April 2017 (Gebro)

BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 (Publigroupe)

Urteil der Anklagekammer des Bundesgerichts vom 5. Februar 2002, VPB 66.101  
(X. gegen Eidgenössische Steuerverwaltung)

## **Bundesverwaltungsgericht (BVGer)**

BVGer B-4839/2020 vom 4. März 2021 (Verfahren X; Durchsuchungsbefehl und Beschlagnahmeverfügung)

BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 (Flügel und Klaviere)

BVGer B-6483/2018 vom 3. Dezember 2019 (Verfahren X; Zeugenvorladung)

BVGer A-5988/2018 vom 24. Oktober 2019 (Hoch- und Tiefbau Münstertal; Akteneinsicht Kanton)

BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Granella)

BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Erne)

BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Cellere)

BVGer B-5113/2016 vom 3. Mai 2018 (Verfahren X; Genehmigungsverfügung)

BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 (Türbeschlüsse X. AG)

BVGer B-5869/2014 vom 30. Oktober 2017 (Spedition; Publikation Verfügung)

BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 (Hallenstadion)

BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 (Nikon)

BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015 (BMW)

BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014 (Paul Koch)

BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014 (SFS unimarket)

BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 (Siegenia-Aubi)

BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 (Gaba)

BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 (ASCOPA; Ausstandsbegehren)

BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 (Publigroupe)

BVGer B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 (Unique)

## **Bundesstrafgericht (BStrGer)**

BStrGer BV:2016.17 vom 13. Dezember 2016 (Beschlagnahme Swiss Medic)

Beschluss der Beschwerdekammer des BStrGer BE.2013.1 vom 24. Oktober 2013 (Bau Unterengadin)

Entscheid der Beschwerdekammer des BStrGer BE 2007.10-13 vom 14. März 2008 (Spedition)

## **Wettbewerbskommission (WEKO)**

RPW 2021/1 210 (Optische Netzwerke)

RPW 2020/4a 1721 (Bauleistungen Graubünden)

RPW 2020/4a 1661 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II)

RPW 2020/3a 880 (Bauleistungen See-Gaster)

RPW 2020/1 78 (KTB Werke)

RPW 2019/4 1142 (Stöckli Ski)

RPW 2019/2 322 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I)

RPW 2019/2 302 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V)

RPW 2018/4 841 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q)

RPW 2018/4 820 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VII)

RPW 2018/4 801 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV)

RPW 2018/4 756 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III)

RPW 2018/4 736 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U)

RPW 2018/2 347 (Gerätebenzin)

RPW 2018/1 78 (Verzinkung)

RPW 2017/3 421 (Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal)

RPW 2017/2 284 (Husqvarna)

- RPW 2017/2 279 (VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013)
- RPW 2016/4 920 (Sport im Pay-TV)
- RPW 2016/3 722 (Saiteninstrumente)
- RPW 2016/3 652 (Flügel und Klaviere)
- RPW 2016/2 434 (GE Healthcare)
- RPW 2015/2 246 (Türprodukte)
- RPW 2015/2 193 (Tunnelreinigung)
- RPW 2013/4 524 (Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich)
- RPW 2013/2 142 (Spedition)
- RPW 2016/1 67 (Online-Buchungsplattformen für Hotels)
- RPW 2012/4 820 (Vertrieb von Musik)
- RPW 2012/3 615 (Komponenten Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen)
- RPW 2012/2 270 (Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau)
- RPW 2012/2 264 (Zwischenverfügung Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau)
- RPW 2011/4 529 (ASCOPA)
- RPW 2010/4 717 (Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren)
- RPW 2010/1 65 (Gaba)
- RPW 2009/3 196 (Elektroinstallationsbetriebe Bern)
- RPW 2009/2 143 (Sécateurs et Cisailles)
- RPW 2006/1 141 (Unique)
- RPW 2001/3 503 (Teleclub v. Cablecom)
- RPW 2000/2 186 (Vitamin-Kartell)

## **Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)**

Krivoshapkin v. Russia – Entscheid des EGMR vom 27. Januar 2011, Nr. 42224/02

Sadak and others v. Turkey – Entscheid des EGMR vom 17. Juli 2001, Nr. 29900/96, 29901/96, 29902/96 und 29903/96

Van Mechelen v. Niederlande – Entscheid des EGMR vom 23. April 1997, Nr. 21363/93, 21364/93, 21427/93 und 22056/93

## **Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH)**

Archer Daniels Midland v. Kommission – EuGH C-511/06 vom 9. Juli 2009, ECLI:EU:C:2009:433

Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt v. Schenker & Co. – EuGH C-681/11 vom 18. Juni 2013, ECLI:EU:C:2013:404

Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie u.a. – EuGH C-536/11 vom 6. Juni 2013, ECLI:EU:C:2013:366

CEF City Electrical Factors BV, CEF Holdings Ltd v. Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied und Technische Unie BV v. Kommission – EuGH C-105/04 P und C-113/04 P vom 11. Januar 2008, ECLI:EU:C:2008:8

– Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 8. Dezember 2005 zur Rechtssache C-105/04 P, CEF Electrical Factors v. Kommission, ECLI:EU:C:2005:751

Competition Authority v. Industry, Barry Brothers – EuGH C-209/07 vom 20. November 2008, ECLI:EU:C:2008:643

Dansk Rørindustri u.a. v. Kommission – EuGH C-189/02, C-202/02 P, C-205/02 P BIS, C-208/02 P und C-213/02 vom 28. Juni 2005, ECLI:EU:C:2005:408

Deltafina v. Kommission – EuGH C-578/11 vom 12. Juni 2014, ECLI:EU:C:2014:1742

Geigy v. Kommission – EuGH 52/69 vom 14. Juli 1972, ECLI:EU:C:1972:73

Hüls v. Kommission – EuGH C-199/92 P vom 8. Juli 1999, ECLI:EU:C:1999:358



Infinion Technologies AG v. Kommission – EuGH C-99/17 P vom 29. September 2018,  
ECLI:EU:C:2018:773

Kommission v. Anic Partecipazioni – EuGH C-49/92 P vom 8. Juli 1999,  
ECLI:EU:C:1999:356

Orkem v. Kommission – EuGH 374/87 vom 18. Oktober 1989, ECLI:EU:C:1989:387

Pfleiderer v. Bundeskartellamt – EuGH C-360/09 vom 14. Juni 2011, ECLI:EU:C:2011:389

Schindler v. Kommission – EuGH C-501/11 P vom 18. Juli 2013, ECLI:EU:C:2013:522

Siemens u.a. v. Kommission – EuGH C-239/11 P, C-489/11 P und C-498/11 P  
vom 19. Dezember 2013, ECLI:EU:C:2013:866

Sumitomo Metal Industries v. Kommission – EuGH C-403/04 P vom 25. Januar 2007,  
ECLI:EU:C:2007:52

### **Gericht der Europäischen Union (EuG)**

Aalberts Industries u.a. v. Kommission – EuG T-385/06 vom 24. März 2011,  
ECLI:EU:T:2011:114

Acerinox v. Kommission – EuG T-48/98 vom 13. Dezember 2001, ECLI:EU:T:2001:289

Areva v. Kommission – EuG T-117/07 und T-121/07 vom 3. März 2011, ECLI:EU:T:2011:69

BASF v. Kommission – EuG T-15/02 vom 15. März 2006, ECLI:EU:T:2006:74

BASF und UCB v. Kommission (Vitamin B 4) – EuG T-101/05, T-111/05  
vom 12. Dezember 2007, ECLI:EU:T:2007:380

Deltafina v. Kommission – EuG T-12/06 vom 9. September 2011, ECLI:EU:T:2011:441

FMC Forret v. Kommission – EuG T-191/06 vom 16. Juni 2011, ECLI:EU:T:2011:277

Gütermann und Zwicky & Co v. Kommission – EuG T-456/05 vom 28. April 2010,  
ECLI:EU:T:2010:168

Hoechst v. Kommission – EuG T-410/03 vom 18. Juni 2008, ECLI:EU:T:2008:211

Imperial Chemical Industries v. Kommission – EuG T-214/06 vom 5. Juni 2012,  
ECLI:EU:T:2012:275

JFE Engineering v. Kommission – EuG T-67/00 vom 8. Juli 2004, ECLI:EU:T:2004:221

Kartonfabriek de Eendracht v. Kommission – EuG T-311/94 vom 14. Mai 1998,  
ECLI:EU:T:1998:93

Kone v. Kommission – EuG T-151/07 vom 13. Juli 2011, ECLI:EU:T:2011:365

Krupp Thyssen Stainless v. Kommission – EuG T-45/98 und T-47/98  
vom 13. Dezember 2011, ECLI:EU:T:2011:288

Meyr-Melnhof Kartongesellschaft mbH v. Kommission – EuG T-347/94  
vom 14. Mai 1998, ECLI:EU:T:1998:101

Mitsubishi Electric v. Kommission – EuG T-133/07 vom 12. Juli 2011, ECLI:EU:T:2011:345

Nintendo v. Kommission – EuG T-13/03 vom 30. April 2009, ECLI:EU:T:2009:131

Peróxidos Orgánicos v. Kommission – EuG T-120/04 vom 16. November 2006,  
ECLI:EU:T:2006

Schindler v. Kommission – EuG T-138/07 vom 13. Juli 2011, ECLI:EU:T:2011:362

Tokai Carbon et al. v. Kommission – EuG T- 236/01 vom 19. April 2004,  
ECLI:EU:T:2004:118

Toshiba v. Kommission – EuG T-113/07 vom 12. Juli 2011, ECLI:EU:T:2011:343

Toshiba v. Kommission (Transformatoren) – EuG T-519/09 vom 21. Mai 2014,  
ECLI:EU:T:2014:263

Westfalen Gassen Nederland v. Kommission – EuG T-303/02 vom 5. Dezember 2006,  
ECLI:EU:T:2006:374

### **Kommission der Europäischen Union (EU)**

Aufzüge und Fahrtreppen – Kommission COMP/E-1/38.823 vom 21. Februar 2007

Badezimmerausstattungen – Kommission COMP/39092 vom 23. Juni 2010

Car Glass – Kommission COMP/39125 vom 12. November 2008

Exotische Früchte (Bananen) – Kommission COMP/39.482 vom 12. Oktober 2011,  
Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission, ABl. EU C-64/10 vom 3. März  
2012

Gasisolierte Schaltanlagen – Kommission COMP/F/38.899 vom 24. Januar 2007

Lebensmittelverpackung für den Einzelhandel – Kommission COMP/39563  
vom 24. Juni 2015

Liquid Crystal Displays – Kommission COMP/39309 vom 8. Dezember 2010

Organische Peroxide – Kommission COMP/E-2/37.857 vom 10. Dezember 2003,  
Zusammenfassung der Entscheidung, ABl. EU L 110/44  
vom 30. April 2005

Raw Tobacco Italy – Kommission COMP/38.281/B.2 vom 20. Oktober 2005,  
Zusammenfassung der Entscheidung, ABl. EU L 353/49 vom 13. Dezember 2012

TV and Computer Monitors – Kommission COMP/39437 vom 5. Dezember 2012

Vitamine – Kommission COMP/E.1/37.512 vom 10. November 2003

### **Supreme Court of the United States**

American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946)

Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007)

Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63 (1977)

Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752 (1984)

Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1970)

United States v. Socony-Vacuum Oil. Co., 310 U.S. 150 (1940)

United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422 (1978)

### **United States Courts of Appeals**

Burbank v. Gen. Elec. Co., 329 F.2d 825 (9th Cir. 1964)

Esco Corp. v. United Sates, 340 F.2d 1000 (9th Cir. 1965)

In re Baby Food Antitrust Litig., 166 F.3d 112 (3d Cir. 1999)

In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation, 295 F.3d 654 (7th Cir. 2002)

Mitchael v. Intracorp., 179 F.3d 847 (10th Cir. 1999)

Stolt-Nielsen S.A. v. United States, 442 F.3d 177 (3d Cir. 2006)

Stolt-Nielsen Transp. Grp. Ltd. v. United States (D.C. Cir. 2008)

Twombly v. Bell Atl., 425 F.3d 99 (2d Cir. 2005)

United States ex. rel. Miller v. Bill Harbert Int'l Constr. Inc., 608 F.3d 871  
(D.C. Cir. 2010)

United States v. Beaver, 515 F.3d 730 (7th Cir. 2008)

United States v. Gaev, 24 F.3d 473 (3d Cir. 1994)

United States v. Taubman, 297 F.3d 161 (2d Cir. 2002)

#### **United States District Courts**

Baughman v. Cooper-Jarrett, 391 F. Supp. 671, 674 (W.D. Pa. 1975)

In re Air Cargo Shipping Servs. Antitrust Litig., No. MD 06-1775 (JG) (VVP),  
2009 U.S. Dis. LEXIS 97365 (E.D.N.Y. August 21, 2009)

– 2008 U.S. Dis. LEXIS 107882 (E.D.N.Y. September 26, 2008)

In re Static Random Access Memory (SRAM) Antitrust Litig., No. 4.07-md-1819 CW,  
2011 U.S. Dis. LEXIS 32156 (N.D. Cal. January 12, 2011)

– No. 07-md-01819 CW, 2010 U.S. Dis. LEXIS 146403 (N.D. Cal. December 16, 2010)

In re Vitamins Antitrust Litig., No. 99-197 (TFH), 2002 U.S. Dis. LEXIS 25815 (D.D.C.  
December 18, 2002)

Lieff, Cabraser, Heimann & Bernstein LLP v. U.S. Dep't of Justice, 697 F. Supp. 2d 79  
(D.D.C. 2010)

Miller v. Holzmann, 563 F. Supp. 2d 54 (D.D.C. 2008)

**Precision Assocs. v. Panalpina World Transp. (Holding) Ltd.**, No. 08-CV-00042 (JG) (VVP), 2015 U.S. Dis. LEXIS 109712, 17 (E.D.N.Y. August 19, 2015)

**Stolt-Nielsen S.A. v. United States**, 352 F. Supp. 2d 553 (E.D. Pa., 2005)

**United States v. F. Hoffmann-La Roche Ltd**, No. 3:99-CR-184-R (N.D. Tex. May 20, 1999)

**United States v. Stolt-Nielsen S.A.**, 524 F. Supp. 2d 609 (E.D. Pa. 2007)

– 524 F. Supp. 2d 586 (E.D. Pa. 2007)

**United States v. Swanson**, No. Cr.-06-0692 PJH. (N.D. Cal. November 16, 2007)

**United States v. Taubman**, No 01-Cr.-429, 2002 WL 548733 (S.D.N.Y. April 11, 2002)

**Workman v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.**, 520 F. Supp. 610 (N.D. Cal. 1981)

## **ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

A.	Auflage
AB	Amtliches Bulletin
ABA	American Bar Association
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union, unterteilt in L (Loi; Rechtsvorschriften) und C (Communication; Mitteilungen und Bekanntmachungen)
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AR	Anwaltsrevue
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgerichtsentscheid
BR	Baurecht, Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen
Bst.	Buchstabe
BStrGer	Bundesstraßengericht
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
Cir.	United States Court of Appeal/Circuit Court

CR	Commentaire Romand
D.C.	District of Columbia
D.C. Cir.	United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit
D.D.C.	United States District Court for the District of Columbia
d.h.	das heisst
Dis.	District Court
D. Ma.	District of Massachusetts
DOJ	The United States      Department of Justice
dRSK	digitaler Rechtsprechungskommentar
E.	Erwägung
E.D.N.Y.	Eastern District of New York
E.D. Pa.	Eastern District of Pennsylvania
éd.	édition
ed.	edition
ed.	editor
eds.	editors
EG	Europäische Gemeinschaften
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
etc.	et cetera
et al.	et alii, et aliae, et alia
et seq.	et sequens, et sequentes, et sequentia
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union

EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F.3d	Federal Reporter, Third Series
F.2d	Federal Reporter, Second Series
FAQ	frequently asked questions
f./ff.	folgend/und die folgenden
Fn	Fussnote
F. Supp. 2d	Federal Supplement, Second Series
F. Supp.	Federal Supplement
FTC	Federal Trade Commission
GR	Geschäftsreglement
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
i.c.	in casu
id	idem
i.d.R.	in der Regel
inkl.	inklusive
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel



KMU	kleine und mittlere Unternehmen
Kommission	Kommission der Europäischen Union
LEXIS	LexisNexis elektronische Datenbank
m.H.	mit Hinweis(en)
m.H.a.	mit Hinweis(en) auf
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote(n)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
N.D. Cal.	Northern District of California
N.D. Tex.	Northern District of Texas
No.	Numero
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OFK	Orell Füssli Kommentar
reporter	Reporter of Decisions of the Supreme Court of the United States of America
resp.	respektive
revKG	revidiertes Kartellgesetz
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
S.	Seite(n)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
S.D. Fla.	Southern District of Florida
S.D.N.Y.	Southern District of New York

Sekretariat	Sekretariat der Wettbewerbskommission
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannter, sogenannte, sogenanntes
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
u.a.	und andere
u.a.	unter anderem
u. dgl.	und dergleichen
US	United States
U.S.	Official United States Supreme Court cases
USA	United States of America
U.S.A.	United States of America
U.S.C.	United States Code
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vo	Verordnung
vol.	volume
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
v./vs.	versus
WAK-NR	Wirtschafts- und Abgabekommission Nationalrat
WBF	Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
W.D. Pa.	Western District of Pennsylvania

WEKO	Wettbewerbskommission
WL	Westlaw elektronische Datenbank
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

# 1. EINLEITUNG

Das *Thema* der vorliegenden Dissertation bildet die Selbstanzeige im Rahmen der «Bonusregelung» des Schweizer Kartellgesetzes (KG). Als Bonusregelung wird eine Regelung bezeichnet, die einem aufgrund eines Kartellrechtsverstosses mit Sanktionen bedrohten Unternehmen eine mildere Sanktion oder sogar einen **Sanktionserlass** zugesteht, falls es sich selbst anzeigt, das heisst, den Wettbewerbsbehörden die eigene Tat und den Tatbeitrag von Mitbeteiligten freiwillig offenlegt und bei der Aufklärung des Verstosses kooperiert.

Das *Ziel* der Arbeit ist es, die Voraussetzungen des Sanktionserlasses vertieft zu untersuchen und so einen Beitrag zur Rechtssicherheit zu leisten. Dies ist von Bedeutung, weil im Kartellgesetz einschneidende Sanktionen bei Wettbewerbsverstössen vorgesehen sind. Hohe Rechtssicherheit trägt ausserdem zur effektiven Ermittlung mithilfe der Bonusregelung bei, weil Unternehmen eher zur Selbstanzeige bereit sind, wenn die Voraussetzungen des Sanktionserlasses klar sind.

Die Dissertation ist wie folgt *aufgebaut*: Im Anschluss an die Einleitung im ersten Kapitel werden im zweiten Kapitel die kartellrechtlichen Grundlagen der Bonusregelung geklärt. Im dritten Kapitel steht die Funktionsweise der Bonusregelung im Vordergrund. Das vierte Kapitel geht vertieft auf den Anwendungsbereich der Bonusregelung ein. Die Voraussetzungen und das Verfahren des Sanktionserlasses werden in den Kapiteln 5 und 6 behandelt. Schliesslich behandelt Kapitel 7 die Feststellung des Sachverhalts bei Selbstanzeigen.

Im *zweiten Kapitel* werden die *kartellrechtlichen Grundlagen* erarbeitet, indem die Wettbewerbsbeschränkungen der unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG (Abrede über Preise, Mengen oder Gebiete) und des Missbrauchs der Marktbeherrschung gemäss Art. 7 KG dargelegt werden (Kap. 2.1). Die Beteiligung an einer dieser Wettbewerbsbeschränkungen wird direkt sanktioniert, sofern sie dem Unternehmen vorwerfbar ist (Kap. 2.2). Zudem wird im Grundlagenteil das kartellrechtliche Ermittlungsverfahren zur Aufklärung von Wettbewerbsverstössen dargestellt (Kap. 2.3).

- 5 Das *dritte Kapitel* betrachtet die *Funktionsweise der Bonusregelung*. Unzulässige Wettbewerbsabreden sind aufgrund ihrer Natur schwer aufzudecken und zu beseitigen. Deshalb müssen die Wettbewerbsbehörden mit der Bonusregelung den an der Wettbewerbsabrede Beteiligten einen Anreiz zur Kooperation bei der Aufdeckung und beim Nachweis des mutmasslichen Wettbewerbsverstosses geben können (Kap. 3.1).
- 6 Die Bonusregelung bewerkstelligt dies zunächst dadurch, dass sie es den Wettbewerbsbehörden erlaubt, ein kooperierendes Unternehmen von der Sanktion zu befreien. Im Bonusverfahren werden kooperationsbereite Unternehmen dabei in einen **Wettlauf** darüber gesetzt, welches Unternehmen zuerst eine **Bonusmeldung** beziehungsweise **Selbstanzeige** zum mutmasslichen Verstoss erstattet und den Wettbewerbsbehörden Beweismittel zu diesem Verstoss vorlegt. Ausschliesslich das Unternehmen, das sich zeitlich vor allen anderen am selben Verstoss beteiligten Unternehmen angezeigt und ausreichend Beweismittel vorgelegt hat, qualifiziert sich als Aspirant für den Sanktionserlass. Der Zweck dieses Wettlaufs liegt darin, die von einem beteiligten Unternehmen wahrgenommene Wahrscheinlichkeit, dass andere Beteiligte den Verstoss aufdecken werden, zu erhöhen und ein Unternehmen so zur Kooperation zu bewegen.
- 7 Zur Förderung des Wettstreits soll das Unternehmen bereits eine Selbstanzeige leisten können, wenn es lediglich einen Verdacht hegt, an einem Wettbewerbsverstoss beteiligt gewesen zu sein. Daher reicht es für die Sicherung des Ranges aus, wenn es grundlegende Informationen zum Verstoss vorträgt. Für diese Selbstanzeige, welche als **Marker** bezeichnet wird, erhält das Unternehmen den ersten Rang für einen Zeitraum versichert, innert dem es in **interner Untersuchung** (N 17) zur Erhärtung seines Verdachts nach weiteren Beweismitteln forscht. Verfügt das Unternehmen bereits über Beweismittel, erstattet es die mit Beweismitteln angereicherte Bonusmeldung, die als Selbstanzeige beziehungsweise im Rahmen dieser Arbeit als **formelle Selbstanzeige** bezeichnet wird. In diesem Fall wird dem Unternehmen keine Frist für die Erhärtung des Verdachts in interner Untersuchung, allenfalls aber für die **Ergänzung der Selbstanzeige** (N 17) gesetzt. Der Wettlauf wird dadurch angeheizt, dass ein Unternehmen, das sich zeitlich als zweites Unternehmen angezeigt hat, noch in der Rangordnung **nachrücken** kann, wenn der erste Selbstanzeiger die Voraussetzungen des Sanktionserlasses nicht erfüllt (Kap. 3.2).

Das erstrangige Unternehmen qualifiziert sich als Anwärter für den Sanktionserlass, 8  
 ausser es ist aufgrund seiner Rolle als Anstifter oder Anführer im Verstoss oder weil es  
 andere Unternehmen zum Verstoss gezwungen hat, vom Sanktionserlass ausgeschlossen.  
 Nach erfolgreicher Vervollständigung der Selbstanzeige mit werthaltigen Beweismitteln  
 erhält das Unternehmen einen **bedingten Sanktionserlass**. Die WEKO entscheidet  
 über die Gewährung des Sanktionserlasses und kann dabei von der Mitteilung über den  
 bedingten Sanktionserlass nur abweichen, wenn ihr nachträglich Tatsachen bekannt  
 werden, die dem Sanktionserlass entgegenstehen. Die Voraussetzungen des bedingten  
 Erlasses liegen darin, dass das Unternehmen eine **Unternehmenserklärung** zum  
 mutmasslichen Verstoss ablegt. Bei einer Bonusmeldung vor der Eröffnung einer kartell-  
 rechtlichen Untersuchung ergänzt ein Unternehmen im Rahmen einer «**Eröffnungsko-**  
**operation**» die Selbstanzeige. Das Unternehmen ist dabei gehalten, mit den Behörden  
 zur Aufklärung des angezeigten mutmasslichen Verstosses zumindest so umfassend zu  
 kooperieren, dass die Behörden eine Untersuchung eröffnen können. Nach der Eröffnung  
 einer Untersuchung wirkt das Unternehmen mit einer «**Feststellungskooperation**»  
 an der kartellrechtlichen Untersuchung mit. Für die Feststellungskooperation muss  
 das Unternehmen als erstes der am untersuchten mutmasslichen Verstoss beteiligten  
 Unternehmen seine Kooperationsbereitschaft erklären und Beweismittel vorlegen, die  
 den Behörden die Feststellung des mutmasslichen Verstosses ermöglichen. Der Erlass  
 setzt ausserdem voraus, dass nicht bereits ein anderes Unternehmen die Voraussetzun-  
 gen für einen Erlass durch Eröffnungskooperation erfüllt hat.

Nach dem bedingten Sanktionserlass ist das Unternehmen gehalten, sich weiterhin ko- 9  
 operativ zu zeigen. Mit dem **definitiven Sanktionserlass** wird am Ende des Verfahrens  
 festgestellt, ob die Voraussetzungen des Sanktionserlasses gegeben sind, insbesondere  
 ob das Unternehmen sich **kontinuierlich kooperativ** gezeigt hat. Zu diskutieren ist,  
 ob die Wettbewerbsbehörden beim Entscheid, den Sanktionserlass zu erteilen, über  
 einen Ermessensspielraum verfügen oder ein Rechtsanspruch auf den Sanktionserlass  
 besteht, wenn sämtliche in der Sanktionsverordnung vorgesehene Voraussetzungen  
 des Sanktionserlasses gegeben sind (Kap. 3.3).

Wenn die Voraussetzungen für einen vollen Sanktionserlass nicht gegeben sind, besteht 10  
 noch die Möglichkeit, einen *teilweisen Sanktionserlass* (Kap. 3.4) beziehungsweise eine  
**Sanktionsreduktion** zu erlangen. Dabei bestehen die Kooperationsformen einer Ko-

operation im Hinblick auf die Feststellung des bereits untersuchten Verstosses und in Bezug auf die Aufklärung eines weiteren Verstosses (Bonus-Plus).

- 11 In Kap. 3.5 wird der *Schutz vor zivilen Folgeprozessen* aufgezeigt, der Unternehmen ebenfalls zur Kooperation motivieren soll. Dazu gehört namentlich, dass das Unternehmen mündlich eine Unternehmenserklärung zum Verstoß ablegen und von einer Anerkennung der Anklage absehen kann. Ausserdem ist die Akteneinsicht in die Selbstanzeige beschränkt und die eigentliche Selbstanzeige wird mit der Sanktionsverfügung nicht publiziert. Schliesslich ist Amtshilfe in Bezug auf Selbstanzeigen begrenzt.
- 12 Nach dieser Übersicht zur Funktionsweise der Bonusregelung werden Vertiefungsthemen behandelt. Zunächst wird im *vierten Kapitel der Anwendungsbereich der Bonusregelung* näher untersucht. Die Bonusregelung ist in Verfahren anwendbar, die die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG zum Gegenstand haben. Umstritten ist allerdings, ob sich der *sachliche Anwendungsbereich* auf die Beteiligung an den unzulässigen vertikalen Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG erstrecken sollte, weil solche leichter zu erkennen und beweisen seien. Im Kapitel vier wird auch die Frage gestellt, ob die Bonusregelung beim Missbrauch der Marktbeherrschung i.S.v. Art. 7 KG anwendbar ist, insbesondere weil es sich bei diesem Missbrauch um einseitiges Verhalten handelt (Kap. 4.1).
- 13 Daraufgehend wird der *persönliche Anwendungsbereich* behandelt. Es werden die Gründe, die ein Unternehmen von vornherein vom Sanktionserlass ausnehmen, dargelegt. Ausgeschlossen ist namentlich das Unternehmen, das im Rahmen eines Verstosses die Rolle als **Anstifter** oder **Anführer** eingenommen oder andere Unternehmen zur Beteiligung am Wettbewerbsverstoß **gezwungen** hat. Der Ausschluss wird aufgrund des Schuldprinzips gefordert. Es ist der Nachweis der «Anführung», «Anstiftung» und «Ausübung von Zwang» darzulegen (Kap. 4.2).
- 14 Das *fünfte Kapitel* geht vertieft auf die *Sicherung des ersten Ranges* ein. Der erste Rang kann bei einem Marker oder einer formellen Selbstanzeige erteilt werden. Bei beiden Arten der Bonusmeldung stellt sich aufgrund der Rangordnung für das Unternehmen das Problem, dass es vor Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung nicht weiss, ob bereits ein anderes Unternehmen eine Bonusmeldung erstattet hat. Das Unternehmen sollte daher Informationen zum mutmasslichen Verstoß behelfsweise vortragen

dürfen, bis ihm die Verfügbarkeit des ersten Ranges bestätigt wird. Damit müsste es sich erst exponieren, wenn es sich sicher ist, dass es den ersten Rang einnehmen wird. Im Rahmen einer Kooperation während der Untersuchung stellt sich dagegen insbesondere für die Behörden die Frage, ob ein Unternehmen aus eigener Initiative Bonusmeldung abgeben muss und unter welchen Umständen dies möglich ist. Ausserdem ist offen, ob es mit dem Gebot rechtsgleicher Behandlung im Verfahren vereinbar ist, wenn die Behörden einzelne Unternehmen, die aus ihrer Sicht kooperationsbereit sind, auf die Bonusregelung aufmerksam machen. Offen ist schliesslich, ob die Behörden dem Selbstanzeiger sogleich nach der Selbstanzeige den eingenommenen Rang mitzuteilen haben. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das Unternehmen – insbesondere während einer Hausdurchsuchung – explizit Bescheid erhalten soll, ob es den ersten Platz eingenommen hat (Kap. 5.1).

Soweit ein Unternehmen eine Selbstanzeige setzt, muss es namentlich bei einem Marker nur **rudimentäre Informationen** zum mutmasslichen Verstoss vortragen. Weil nur grundlegende Informationen für die Bestätigung des Ranges ausreichen, stellen sich zahlreiche Fragen (Kap. 5.2): Ist auch dann von einer ausreichenden Selbstanzeige auszugehen, wenn zwar rudimentäre Informationen zu einem Verstoss dargelegt werden, aber kein Wille zur Inanspruchnahme der Bonusregelung besteht? Wie substantiiert muss das Unternehmen den mutmasslichen Verstoss beschreiben? Spielt es für die Rangsicherung eine Rolle, ob die Behörden den Verstoss als solchen erkennen können? Wie kann verhindert werden, dass ein Unternehmen den Rang abtastet, ohne tatsächlich kooperieren zu wollen?

Es ist offen, ob den Behörden beim *Entscheid über die Rangordnung* (Kap. 5.3) breites Ermessen eingeräumt werden sollte. Dafür spricht namentlich bei einem Marker, dass sich das Unternehmen mit dem Setzen eines Markers noch nicht exponiert hat und die Behörden einen bestimmten Spielraum behalten wollen, um Missbräuchen des Markers durch Abtasten des ersten Ranges zu begegnen. Einzuwenden ist, dass das Unternehmen bereits mit dem Marker einen Verdacht auf sich lenkt und daher der Ermessensspielraum beim *Entscheid über die Bestätigung des Markers* möglichst begrenzt sein sollte. Weiter ist zu klären, ob der Rechtsschutz für das Unternehmen besteht, wenn ihm der Rang nicht bestätigt wird (Kap. 5.3).



- 17 *Kapitel sechs* untersucht die Voraussetzungen und das Verfahren für den *Sanktionserlass*. Ab der Bestätigung des ersten Ranges bestehen Kooperationspflichten. Soweit ein Marker gesetzt wurde, führt das Unternehmen eine interne Untersuchung durch. Namentlich ist zu klären, welche Frist für die interne Untersuchung angesetzt werden sollte. Im Rahmen der Ergänzung der Selbstanzeige durch Eröffnungs- oder Feststellungskooperation legt ein Unternehmen Informationen und Beweismittel zum angezeigten Verstoss offen, wobei ein **Zusammenspiel** zwischen Behörden und Unternehmen besteht, das so lange dauert, bis genügende Informationen für einen bedingten Sanktionserlass vorgetragen worden sind. Insbesondere im Rahmen einer Feststellungskooperation besteht die Problematik, dass aus Unternehmenssicht Unsicherheit herrscht, ob die aufgedeckten Beweismittel für den Erlass ausreichen werden, was ein Unternehmen mit der Selbstanzeige zögern lässt. Es ist daher darauf einzugehen, ob das Unternehmen die **Beweismittel vorerst behelfsweise** auf ihre Relevanz prüfen lassen und erst bei bestätigter Relevanz den Behörden vorlegen können sollten. Es stellt sich schliesslich die Frage nach dem verfahrensrechtlichen Vorgehen, wenn kein Verstoss identifiziert werden konnte (Kap. 6.1.1).
- 18 Das Unternehmen trifft zugleich Kooperationspflichten im Sinne, dass es eine kooperative Haltung zeigt. Offen ist, ob diese Pflichten erst mit der Bestätigung des Ranges entstehen. Das Unternehmen hat namentlich proaktiv sämtliche ihm bekannte Beweismittel offenzulegen und uneingeschränkt zu kooperieren. Es ist insofern angehalten, im **Geiste einer echten Zusammenarbeit** mit den Behörden zu kooperieren. Zur Illustration sind verschiedene Fallgruppen zu diskutieren. So ist etwa der Tatbeitrag bekannt zu geben oder der Verstoss auf Anordnung der Behörden einzustellen (Kap. 6.1.2).
- 19 Anschliessend werden die Anforderungen an die Kooperation, die für einen *Sanktionserlass* zwingend gegeben sein müssen, erläutert. Das Unternehmen hat bei einer Eröffnungskooperation als erstes aller am Verstoss beteiligten Unternehmen an der Aufklärung des Sachverhalts zumindest soweit mitzuwirken, dass überhaupt eine behördliche **Untersuchung eröffnet** werden kann. Zu diskutieren ist, ob diese Regelung den Behörden zu viel Ermessen belässt und damit vor Selbstanzeigen abschreckt und worin die Voraussetzungen der Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung (Art. 27 KG) liegen. Ausserdem stellt sich die Frage, ob es stattdessen den Behörden ermöglicht werden sollte, gezielte Nachprüfungen durchzuführen. Schliesslich verlangt die

Eröffnungskooperation, dass aus Behördensicht neue Beweismittel vorgelegt werden. Dabei ist darauf einzugehen, ab wann Beweismittel neuartig sind (Kap. 6.2.1).

Bei einer Feststellungskooperation ist das Unternehmen gehalten, **Beweismittel zur Feststellung** des Verstosses vorzutragen. Es ist zu analysieren, wie weit das Unternehmen dafür seine eigene Beteiligung am mutmasslichen Verstoß substantiieren und allenfalls bestätigen muss. Zudem ist zu klären, ob und weshalb die im Rahmen dieser Kooperation vorzulegenden Beweismittel entscheidend sein müssen und wann entscheidende Beweismittel vorliegen könnten. Weiter müssen die Beweismittel für die Behörden neu sein. Es stellt sich die Frage, wann im Nachgang einer Hausdurchsuchung mit umfangreich beschlagnahmtem Beweismaterial neue Beweismittel vorgelegt wurden (Kap. 6.2.2). 20

*Kapitel 6.3 betrachtet den Entscheid über den bedingten Sanktionserlass beziehungsweise über die ausreichende Lieferung von Beweismitteln.* Die Bedeutung des bedingten Erlasses liegt darin, dass dieser ein Unternehmen zur Selbstanzeige motivieren soll, indem mit dem Entscheid bald nach der Selbstanzeige festgestellt wird, dass das Unternehmen genügend Informationen oder Beweismittel vorgelegt hat, womit es danach nur noch Verhaltenspflichten trifft. Dementsprechend werden Beweismittel im Rahmen des Entscheids über den bedingten Erlass ex ante daraufhin geprüft, ob sie für die Eröffnung einer Untersuchung oder Feststellung eines Verstosses taugen, womit es nicht entscheidend ist, ob tatsächlich gestützt auf diese Informationen und Beweismittel eine Untersuchung eröffnet oder der angezeigte Verstoß festgestellt wird. Zu klären ist auch, ob der Entscheid über den bedingten Sanktionserlass eine anfechtbare Zwischenverfügung darstellt, ob der Selbstanzeiger ein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung einer allfälligen Verfügung aufweist und ob ein Beschwerdeverfahren gegen den bedingten Erlass zwingend mit demjenigen gegen den definitiven Erlass zu vereinigen wäre (Kap. 6.3). 21

Mit dem *definitiven Sanktionserlass* wird am Ende des Verfahrens festgestellt, ob die Voraussetzungen des Sanktionserlasses bestehen. Der definitive Erlass kann verweigert werden, wenn neue Tatsachen aufkommen, die dem Sanktionserlass entgegenstehen. Wenn die Selbstanzeige nachträglich bestritten wird, indem die eigene Beteiligung am mutmasslichen Verstoß in Zweifel gezogen wird, ist bei der Beurteilung des definiti- 22

ven Sanktionserlasses namentlich zu unterscheiden, ob die vorgelegten Beweismittel übermässig entkräftet oder die Verhaltenspflichten durch die verspätete Vorlage von Beweismitteln verletzt wurden (Kap. 6.4).

- 23 Das *achte* Kapitel untersucht schliesslich die *Feststellung des Sachverhalts* mithilfe der im Rahmen der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel. Es stellt sich die Frage nach der *Verwertung* der vorgelegten Beweismittel, wenn die Selbstanzeige zurückgezogen wurde. Denkbar wäre eine Verwertungsverbot, wenn Beweismittel treuwidrig erhoben wurden. Dies könnte der Fall sein, wenn dem Unternehmen eine falsche Rangordnung kommuniziert wird oder das Unternehmen seine Selbstanzeige ablegt, ohne damit rechnen zu können, dass die Beweismittel verwertet werden, sollte es die Voraussetzungen des Sanktionserlasses nicht erfüllen. Die Bonusregelung könnte sodann mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs (*nemo tenetur*) im Konflikt stehen, weil bei ihrer Anwendung Fälle auftreten könnten, die ein Unternehmen faktisch zur Selbstbelastung zwingen (Kap. 7.1).
- 24 Zu betrachten ist sodann die *Beweiswürdigung* bei Selbstanzeigen. Das Verfolgungsermessen der Behörden wird nicht beschränkt und das bei der Feststellung anwendbare Beweismass nicht reduziert, nur weil eine Selbstanzeige eingereicht wurde. Die mit der Selbstanzeige vorgetragenen Beweismittel werden schliesslich frei gewürdigt (Kap. 7.2).
- 25 Es fragt sich auch, ob es mit der *Unschuldsvermutung* vereinbar ist, mit den mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismitteln den Beweis zu führen. Der in Aussicht stehende Sanktionserlass bei aus Behördensicht angemessener Kooperation gibt dem sich anzeigenden Unternehmen nämlich bei einem aus Sicht des Unternehmens unklaren Sachverhalt einen Anreiz, sich selbst und andere Unternehmen übermässig zu belasten (Kap. 7.3).
- 26 Zu untersuchen ist zuletzt der *Rechtsschutz* bei der Feststellung des Sachverhalts mithilfe der im Rahmen der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel. Dabei ist darauf einzugehen, wie das Verhalten zu beurteilen ist, falls ein Selbstanzeiger die einmal abgelegte Selbstanzeige nachträglich im Rechtsmittelverfahren bestreitet (Kap. 7.4).
- 27 In *methodischer Hinsicht* findet eine *Gesetzesauslegung* statt, die sich besonders am Wortlaut der Gesetzes- und Verordnungstexte zur Bonusregelung und an den Materia-

lien orientiert, weil die Einführung der Regelung ins Gesetz am 1. April 2004<sup>1</sup> jüngerem Datums ist.<sup>2</sup> Lösungsansätze für umstrittene Fragestellungen werden in der Rechtsprechung, Behördenpraxis und der Lehre gesucht. Die Bonusregelung lehnt sich an die «Corporate Leniency Policy» des Department of Justice der USA vom 10. August 1993 und die kartellrechtliche Kronzeugenregelung der Kommission der EU, namentlich gemäss der zum Revisionszeitpunkt geltenden EU-Kronzeugenmitteilung 2002, an.<sup>3</sup> Die Bonusregelung des Schweizer Kartellrechts wird daher auch *rechtsvergleichend* diesen konzeptionell ähnlichen Regelungen der Europäischen Union (EU) und der Vereinigten Staaten von Amerika (USA) gegenübergestellt. Die rechtsvergleichende Untersuchung verfolgt das Ziel, rechtliche Gemeinsamkeiten und Unterschiede der verschiedenen Bonusregelungen zu analysieren und deren Bedeutung für die in dieser Arbeit behandelten Themen zu klären.<sup>4</sup>

Das Schweizer Kartellrecht orientiert sich stark am Kartellrecht der Europäischen Union.<sup>5</sup> 28  
Seit dem Erlass des Kartellgesetzes änderten sich sowohl das Kartellgesetz selbst als auch die EU-Erlasse, wobei sich die beiden Kartellrechtsordnungen einander annäherten.<sup>6</sup> Wegen dieser historischen Gegebenheiten und aufgrund mittlerweile quasi identischer materieller Bestimmungen kann bei Unklarheiten zum Schweizer Kartellrecht auf das EU-Kartellrecht als Auslegehilfe zurückgegriffen werden.<sup>7</sup>

Die EU-Institutionen haben das System der Legalausnahme beigezogen und ihr Kartellrecht damit an das Schweizer Recht angenähert. Zugleich hat sich der Schweizer Gesetzgeber an das EU-Recht angelehnt, indem dieser Art. 5 Abs. 4

---

<sup>1</sup> Siehe Art. 49a KG.

<sup>2</sup> Die Frage, ob der Wille des Gesetzgebers aus der Perspektive zur Zeit der Entstehung des Gesetzes oder derjenigen der heutigen Zeit zu verstehen ist, kann daher offen bleiben, dazu KRAMER, 125 ff.

<sup>3</sup> Botschaft revKG, BBl 2002 2022, 2038 f.; die Schlussabstimmung zur KG-Revision fand am 20. Juni 2003 statt, womit die EU-Kronzeugenmitteilung 2002 als Bezugspunkt gedient hat.

<sup>4</sup> Die rechtsvergleichende Auslegung ist auf die teleologische Interpretation und auf das historische Auslegungselement zurückzuführen, dazu KRAMER, 324 ff.

<sup>5</sup> Botschaft KG, BBl 1995 I 468, 528 ff., 632 f.; MARBACH/DUCREY/WILD, N 1354; STURNY, 5 ff., 452.

<sup>6</sup> ZÄCH, N 347.

<sup>7</sup> ZÄCH, N 348; MARBACH/DUCREY/WILD, N 1355.

KG und Art. 49a Abs. 1 und Abs. 2 KG eingeführt hat. Ausserdem orientieren sich die Bekanntmachungen zum KG am Wettbewerbsrecht der EU.<sup>8</sup>

- 29 Die Ursprünge der Kartellrechtsordnungen der Schweiz und der Europäischen Union liegen im Kartellrecht der Vereinigten Staaten. Ausserdem ist die Bonusregelung von Rechtsinstituten des Strafrechts der USA inspiriert. Aus diesem Gründen sind die Bestimmungen des US-Rechts von grosser Bedeutung für die vorliegende Abhandlung.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> ZÄCH, N 347.

<sup>9</sup> Für eine Übersicht zur Geschichte der US-Kartellrechtsdurchsetzung (History of U.S. Antitrust Enforcement) siehe BRODER, 1 ff. N 1 ff.

## **2. KARTELLRECHTLICHE GRUNDLAGEN**

Die Bundesverfassung beauftragt in Art. 96 den Bund, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen. Das Kartellgesetz (KG) setzt diesen Verfassungsauftrag um, indem es solche Wettbewerbsbeschränkungen für unzulässig erklärt und unter Sanktionen stellt.<sup>10</sup> Das zweite Kapitel vermittelt eine kurze Einführung in die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen des materiellen Kartellrechts (Kap. 2.1), die drohenden Sanktionen (Kap. 2.2) sowie das Verfahren, nach dem die Wettbewerbsbehörden Wettbewerbsverstösse verfolgen (Kap. 2.3).

### **2.1. UNZULÄSSIGE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN**

Im Folgenden wird zunächst die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in Form der unzulässigen Wettbewerbsabrede dargestellt (Kap. 2.1.1). Eine unzulässige Wettbewerbsabrede verlangt einerseits eine Wettbewerbsabrede (Kap. 2.1.1.1). Als Abrede gilt koordiniertes Verhalten mehrerer Unternehmen (Kap. 2.1.1.1.1). Die Abrede stellt eine Wettbewerbsabrede dar, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (Kap. 2.1.1.1.2). Andererseits muss die Wettbewerbsabrede unzulässig i.S.v. Art. 5 KG sein (Kap. 2.1.1.2). Eine Wettbewerbsabrede ist gemäss Art. 5 KG unzulässig, wenn sie den wirksamen Wettbewerb beseitigt (Kap. 2.1.1.2.1) oder den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt und sich nicht aus Effizienzgründen rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG) (Kap. 2.1.1.2.2). Sodann wird die Wettbewerbsbeschränkung in Form des Missbrauches der Marktbeherrschung (Kap. 2.1.2) dargelegt.

---

<sup>10</sup> Gemäss Ingress des KG ist das Gesetz auf Art. 27 Abs. 1 BV, Art. 96 BV, Art. 97 Abs. 2 BV und Art. 122 BV abgestützt; der Wortlaut des Zweckartikels in Art. 1 KG ist quasi identisch mit demjenigen in Art. 96 Abs. 1 BV; das Instrumentarium nach Art. 5 KG, Art. 7 KG und Art. 10 KG ist mit Art. 96 BV konform, siehe JACOBS, St. Galler Kommentar BV, BV 96 N 21 ff., N 23.

## 2.1.1. Unzulässige Wettbewerbsabrede

### 2.1.1.1. Wettbewerbsabrede

#### 2.1.1.1.1. Abrede

- 32 Die Legaldefinition der Wettbewerbsabrede findet sich in Art. 4 Abs. 1 KG, der wie folgt lautet:

*1Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.*

- 33 Die Abrede wird in Art. 4 Abs. 1 erster Teilsatz KG genauer beschrieben.<sup>11</sup> Für eine Abrede bedarf es mehrerer Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG. Abreden zwischen wirtschaftlich voneinander abhängigen Konzerngesellschaften können daher trotz rechtlicher Selbstständigkeit der Unternehmen keine Abrede nach Art. 5 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG begründen (sog. **Konzernprivileg**).<sup>12</sup>
- 34 Massgebend bei der Beurteilung, ob eine Abrede vorliegt, ist, ob sich Unternehmen durch **bewusstes und gewolltes Zusammenwirken** in ihrem Verhalten abstimmen.<sup>13</sup> Es kommt dagegen nicht darauf an, ob der Willen zur Abstimmung **ausdrücklich oder stillschweigend** geäussert wurde.<sup>14</sup> Die stillschweigend getroffene Abrede ist nicht mit abgestimmtem Verhalten (N 37) gleichzusetzen.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> BGE 143 II 297 E. 5.4.2 (Gaba); ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, KG 5 N 18; ZÄCH, N 363.

<sup>12</sup> ZÄCH, N 256; TAGMANN, 15, 17 f.

<sup>13</sup> Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 545; siehe ferner BGE 144 II 246 E. 6.4.1 (Altimum): «L'existence d'un accord [...] suppose une action collective, consciente et voulue des entreprises participantes»; BGE 129 II 18 E. 6.3 (Sammelrevers); BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, E. 4.1 (Türbeschläge X. AG) mit Bezug zur Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG: «Eine Vereinbarung kommt durch gegenseitige übereinstimmende Willenserklärung (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR) zustande.»; BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 6.3.1.13 (Paul Koch); RPW 2012/4 820, 824 N 53 (Vertrieb von Musik); BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, KG 4 I N 21.

<sup>14</sup> RPW 2012/4 820, 824 N 53 ff. (Vertrieb von Musik); BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, KG 4 I N 22.

<sup>15</sup> Vgl. auch BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, KG 4 I N 22.

Der Vergleich zeigt, dass auch unter *US-Recht* eine Abrede bereits vorliegt, wenn bewusstes und gewolltes Zusammenwirken besteht,<sup>16</sup> das auf die Erreichung eines schädlichen Zwecks ausgerichtet ist. Die Formel aus dem US-Recht lautet in der modernsten Fassung, dass sich Unternehmen bewusst an einem gemeinsamen Verhaltensmuster beteiligt haben, um einen unzulässigen Zweck zu erreichen (conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective).<sup>17</sup> Eine weitere Formel besagt, dass die Unternehmen ein unzulässiges Vorhaben gemeinsam bezwecken oder im gegenseitigen Einvernehmen gestalten und sich dabei auch verstehen (a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds in an unlawful arrangement).<sup>18</sup>

In der vom Supreme Court beurteilten Sache *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*<sup>19</sup> lag zum Beispiel eine Abrede durch ein informelles **«gentlemen's agreement»** vor, wonach überschüssiges raffiniertes Erdöl gegenseitig abgekauft und gelagert werden sollte.<sup>20</sup>

Der Begriff der **Vereinbarung** gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist weit definiert. Zu den Ver- 35  
einbarungen zählen Formen der Koordination wie ein Vertrag nach Art. 1 OR, ein Gesellschaftsstatut, ein Verbandsbeschluss oder ein Reglement.<sup>21</sup> Vereinbarungen gemäss Art. 4 Abs. 1 KG müssen nicht rechtlich erzwingbar sein. Keine Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG stellt eine Verhaltenskoordination dar, bei der ein Bindungswille fehlt, d.h.,

<sup>16</sup> ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 25: «An agreement cannot exist without a meeting of the minds.»; *In Re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 654 (7th Cir. 2002); *Esco Corp. v. United States*, 340 F.2d 1000, 1007 (9th Cir. 1965): «[A] knowing wink can mean more than words»; ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 31 ff.

<sup>17</sup> *Monsanto Co. v. Spray-Rite*, 465 U.S. 752, 768 (1984); ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 24: «The modern standard for determining whether parties reached an agreement for antitrust purposes is set by *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*».

<sup>18</sup> *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 810 (1946).

<sup>19</sup> *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

<sup>20</sup> *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 179 (1940); siehe auch AREEDA/HOVENKAMP 2017, vol. VI, 24 ff.

<sup>21</sup> BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, KG 4 I N 54; SCHMIDHAUSER, Homburger Kommentar, KG 4 N 33 f.; ZÄCH, N 365.



bei dem sich die Beteiligten nicht verpflichten wollen. Dies ist namentlich bei blossen Empfehlungen der Fall.<sup>22</sup>

- 36 Das Bundesgericht erwog in den «Gaba»- und «Gebro»-Entscheiden (ohne Hervorhebung), «[m]it Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen [...]. Insofern zielen die Ausführungen der Beschwerdeführerin, die [...] auf eine angeblich nicht erfolgte **Umsetzung** der Abrede rekurriert, an der Sache vorbei.»<sup>23</sup> Zudem führt das Bundesgericht zum Nachweis der Umsetzung bei Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG aus, «[e]rst bei der Widerlegung der Vermutung [...] ist die Vertragswirklichkeit einzubeziehen [...]».<sup>24</sup>
- 37 Die **abgestimmte Verhaltensweise** stellt eine tatbestandsmässige Koordination zwischen Unternehmen dar, «die [...] bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt».<sup>25</sup> Der Gerichtshof der EU hält in seiner Rechtsprechung zudem fest, dass diese Zusammenarbeit noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages ausgediehen sei.<sup>26</sup>
- 38 Das Bundesgericht hat die sog. Anic Vermutung angewandt, wonach es für abgestimmte Verhaltensweisen zuerst einer **Verhaltensabstimmung** bedarf, das heisst an einer Abstimmung gestützt auf Informationen, die unter herkömmlichen Marktbedingungen nicht ohne Weiteres verfügbar wären, sondern ausgetauscht wurden. Weiter muss ein aus der Abstimmung resultierendes **Marktverhalten** und ein **Kausalzusammenhang** zwischen diesen Elementen bestehen. Beim Nachweis bestehen Beweiserleichterungen: Bei nachweislicher Abstimmung wird davon ausgegangen, dass beteiligte Unternehmen

---

<sup>22</sup> BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, KG 4 I N 54; SCHMIDHAUSER, Homburger Kommentar, KG 4 N 33 f.; ZÄCH, N 365.

<sup>23</sup> BGE 143 II 297 E. 5.4, 5.4.2 (Gaba); zur dieser Rechtsprechung vorangehenden Diskussion eines Umsetzungserfordernisses siehe BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, E. 7.2.1 und E. 7.2.2 (Nikon).

<sup>24</sup> BGer 2C\_172\_2014 vom 4. April 2017, E. 2.2. (Gebro).

<sup>25</sup> BGE 129 II 18 E. 6.3 (Sammelrevers); ferner BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014, E. 5.3.1.1.23 (Siegenia-Aubi); BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, KG 4 I N 55; ZÄCH, N 367; für das EU-Recht siehe EuGH 52/69 vom 14. Juli 1972, Geigy v. Kommission, ECLI:EU:C:1972:73, N 26.

<sup>26</sup> EuGH 52/69 vom 14. Juli 1972, Geigy v. Kommission, ECLI:EU:C:1972:73, N 26.

ausgetauschte Informationen bei der Festlegung des Marktverhaltens berücksichtigen und bei einem erwiesenen Gleichverhalten (Parallelverhalten) kann dieses eine Abstimmung indizieren.<sup>27</sup>

Der Gerichtshof der EU beurteilte in Sachen *Kommission v. Anic Partecipazioni*<sup>28</sup> ein abgestimmtes Verhalten, namentlich regelmässige Sitzungen von Polypropylenherstellern, in denen Informationen ausgetauscht wurden, die die Politik betrafen, die sie auf dem Polypropylenmarkt verfolgten. Der Gerichtshof erwog, der Begriff des abgestimmten Verhaltens nach Art. 101 (1) AEUV definiere sich über eine Abstimmung, ein Marktverhalten und einen ursächlichen Zusammenhang zwischen Abstimmung und Marktverhalten. Die Abstimmung habe im Austausch zur Politik bei regelmässige Treffen von Konkurrenten bestanden. Die Konkurrenten verblieben nach dem Austausch im relevanten Markt, weshalb die Verwendung der Informationen ins für den Wettbewerb schädliche Marktverhalten (unter Vorbehalt des Gegenbeweises) vermutet wurde.<sup>29</sup>

#### 2.1.1.1.2. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

Die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede liegt gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor, wenn die Abrede zwischen Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.<sup>30</sup> Die Gerichte definieren eine **Wettbewerbsbeschränkung** als Beschränkung der Wirtschaftsteilnehmer «zur eigenständigen Festlegung ihrer Wettbewerbspositionen hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter».<sup>31</sup>

<sup>27</sup> BGer 2C\_149/2018 vom 4. Februar 2021, E. 3.4.2. (Hors Liste II).

<sup>28</sup> EuGH C-49/92 P vom 8. Juli 1999, *Kommission v. Anic Partecipazioni*, ECLI:EU:C:1999:356.

<sup>29</sup> EuGH C-49/92 P vom 8. Juli 1999, *Kommission v. Anic Partecipazioni*, ECLI:EU:C:1999:356, N 110, N 117 ff.; ferner EuGH C-199/92 P vom 8. Juli 1999, *Hüls v. Kommission*, ECLI:EU:C:1999:358, N 160 f.

<sup>30</sup> So auch unter *EU-Recht*, wobei darunter zunächst geprüft wird, ob eine Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, siehe EuGH C-209/07 vom 20. November 2008, *Competition Authority v. Beef Industry, Barry Brothers*, ECLI:EU:C:2008:643, N 15.

<sup>31</sup> BGE 129 II 18 E. 5.1 (Sammelrevers); BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016, E. 301. (Hallenstadion); BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015, E. 2.2.3 (BMW); BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, E. 3.2.3 (Gaba).

- 40 Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts **bezweckt** eine Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn ihr gesamter Gegenstand Wettbewerb beschränkt, indem ihr Inhalt auf die Ausschaltung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zielt oder diese potentiell beeinträchtigt.<sup>32</sup> Nach der Praxis der WEKO wird eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, wenn die Beteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben», wobei die Eignung zur Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters genügt.<sup>33</sup>
- 41 Art. 4 Abs. 1 KG knüpft nach Lehre und Praxis am **objektiven Zweck** an, d.h., die Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn das Wesen der Abrede objektiv geeignet erscheint, Wettbewerb zu beschränken.<sup>34</sup> Es könne bei der Qualifikation als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung jedenfalls nicht darauf ankommen, ob sich der subjektive Wille der an der Abrede Beteiligten auf eine Wettbewerbsbeschränkung richtet.<sup>35</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Art. 4 Abs. 1 KG als Legaldefinition zu verstehen.<sup>36</sup> Für die Qualifikation als Wettbewerbsabrede ist es nicht von Bedeutung, ob schädliche Wirkungen im Markt tatsächlich nachgewiesen wurden.<sup>37</sup>

Der Vergleich zum *US-Recht* zeigt, dass selbst der aufgrund der strafrechtlichen Natur des behördlichen Verfahrens nach US-Recht verlangte kriminelle **Vorsatz** in ähnlicher Weise angenommen wird. Krimineller Vorsatz ergibt sich namentlich, wenn für ein planmässiges Vorgehen, das offensichtlich für den Wettbewerb und den Markt schädlich sein kann, kein die Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigender Grund ersichtlich wird. Die US-Gerichte fordern in solchen Fällen keinen Willen, der sich direkt darauf richtet, dass die schädlichen Wirkungen

---

<sup>32</sup> BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, E. 7.3.1 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Cellere).

<sup>33</sup> RPW 2018/1 78, 98 N 121 (Verzinkung); RPW 2013/4 524, 560 N 180 (Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich).

<sup>34</sup> BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, E. 4.2 (Nikon); RPW 2010/1 65, 71 N 87 (Gaba); DIEBOLD/SCHÄKE, 229 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, KG 4 I N 138 m.H.

<sup>35</sup> RPW 2018/1 78, 98 N 121 (Verzinkung); RPW 2010/1 65, 71 N 87 (Gaba); DIEBOLD/SCHÄKE, 229 m.w.H.

<sup>36</sup> BGE 143 II 297 E. 5.4.2 (Gaba).

<sup>37</sup> BGE 143 II 297 E. 5.4.2 (Gaba); siehe auch DIEBOLD/SCHÄKE, 229 f. m.H. auf das gleich ausgestaltete EU-Recht.

einer Abrede für den Wettbewerb und auf dem Markt eintreten. Die Abrede ist demnach tatbestandmässig, wenn sie im Wissen um das wahrscheinliche Eintreten von negativen Effekten auf den Wettbewerb und den Markt getroffen wird, ohne dass der Eintritt dieser Effekte direkt gewollt sein müsste.

Massgebend dafür ist die Entscheidung des Supreme Court der USA in Sachen *United States v. Gypsum*.<sup>38</sup> Der Fall *Gypsum* betraf das Verhalten, dass sich Konkurrenten gegenseitig telefonisch anriefen, um für den bestimmten Kunden veranschlagten Preis Auskunft zu erhalten (*interseller price verification*). Der Supreme Court erwog, Informationsaustausch zwischen Konkurrenten betreffend Preisdaten sei eine Praktik mit Schädigungspotential für den Wettbewerb, die für sich genommen aus Effizienzgründen rechtfertigbar sei.<sup>39</sup> Der Supreme Court anerkannte, dass kriminelle Absicht ein Sanktionstatbestandsmerkmal darstelle.<sup>40</sup> Dies wurde u.a. damit begründet, dass die Wirkungen des Verhaltens nicht vorhersehbar seien und dass das Gesetz nicht vor sozial zu förderndem Verhalten abschrecken solle.<sup>41</sup> Das Gericht erwog schliesslich, die tatbestandsmässige Abrede müsse im Wissen um das wahrscheinliche Eintreten der schädlichen Effekte getroffen werden, ohne dass diese Effekte direkt gewollt sein müssten.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978).

<sup>39</sup> *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 429, 440 Fn 62 (1978): «The exchange of price data and other information between competitors does not invariably have anticompetitive effects; indeed such practices can in certain situations increase economic efficiency and render markets more, rather than less, competitive. For this reason, we have held that such exchanges of information do not constitute a per se violation of the Sherman Act. [...]. Exchanges of current price information, of course, have the greatest potential for generating anticompetitive effects and although not per se unlawful have consistently been held to violate the Sherman Act».

<sup>40</sup> *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 435 (1978): «[A] defendant's state of mind or intent is an element of a criminal antitrust offense which must be established by evidence and inferences drawn therefrom»; BRODER, 67 N 3.101 f.

<sup>41</sup> *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 439 f. (1978): «the behavior [...] proscribed by the Act is often difficult to distinguish from the gray zone of socially acceptable and economically justifiable business conduct. Indeed the type of conduct charged in the indictment in this case – the exchange of price information among competitors – is illustrative in this regard».

<sup>42</sup> *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 445 f. (1978): «The business behavior which is likely to give rise to criminal antitrust charges is conscious behavior normally undertaken only after a full consideration of the desired results and a weighing of the costs, benefits,

- 42 Abreden werden zuerst darauf betrachtet, ob sie einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck enthalten. Ist dies nicht der Fall, muss abgeklärt werden, ob Abreden eine **Wettbewerbsbeschränkung bewirken** (Art. 4 Abs. 4 KG).<sup>43</sup>

Von Bedeutung ist daher die Abgrenzung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen, die im *EU-Recht* an die **Natur der Abrede** anknüpft. Diese Abgrenzung unterstrich der EuGH in *Sachen Competition Authority v. Beef Industry, Barry Brothers*<sup>44</sup> damit, «[...] dass die Unterscheidung zwischen „bezweckten Verstößen“ und „bewirkten Verstößen“ darin begründet liegt, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich [...] angesehen werden können».<sup>45</sup>

### 2.1.1.2. Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede

#### 2.1.1.2.1. Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

- 43 Nach dem Prüfschema des Art. 5 KG sind Abreden unzulässig, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen (Art. 5 Abs. 1 KG). Von der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist auszugehen, wenn der Wettbewerb aufgrund der Abrede seine zentralen Funktionen<sup>46</sup> nicht mehr wahrnehmen kann.<sup>47</sup>

and risks. A requirement of proof not only of this knowledge of likely effects, but also of a conscious desire to bring them to fruition or to violate the law would seem, particularly in such a context, both unnecessarily cumulative and unduly burdensome. Where carefully planned and calculated conduct is being scrutinized in the context of a criminal prosecution, the perpetrator's knowledge of the anticipated consequences is a sufficient predicate for a finding of criminal intent.»; auch so wiedergegeben bei ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 27.

<sup>43</sup> DIEBOLD/SCHÄKE, 229 m.H.; so auch im EU-Recht, siehe EuGH C-209/07 vom 20. November 2008, *Competition Authority v. Beef Industry, Barry Brothers* ECLI:EU:C:2008:643, N 15; EuGH 56/65 vom 30. Juni 1966, ECLI:EU:C:1966:38, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*, 303 f.

<sup>44</sup> EuGH C-209/07 vom 20. November 2008, *Competition Authority v. Beef Industry, Barry Brothers*, ECLI:EU:C:2008:643.

<sup>45</sup> EuGH C-209/07 vom 20. November 2008, *Competition Authority v. Beef Industry, Barry Brothers*, ECLI:EU:C:2008:643, N 17.

<sup>46</sup> Zu den Funktionen zählen etwa Koordination von Angebot und Nachfrage, Förderung von Innovation, effizienter Ressourceneinsatz und angepasste Preisbildung, siehe Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 511 ff.; MARBACH/DUCREY/WILD, N 1375.; HETTICH, 409 ff.; ferner HOFFET, Homburger Kommentar, KG 1 N 46 ff.

<sup>47</sup> BGE 129 II 18 E. 8.3.2 (Sammelrevers); Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 512 f.; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, KG 5 N 94; MARBACH/DUCREY/WILD, N 1377.

Gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG besteht bei den Typen von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG eine Vermutung, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. 44

**Horizontale Abreden** werden zwischen Unternehmen getroffen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.<sup>48</sup> Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird gemäss Art. 5 Abs. 3 KG bei den folgenden horizontalen Abreden vermutet: Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Bst. a), wobei als Preisfestsetzung nicht nur die Festlegung von Endverkaufspreisen, sondern auch von Preiselementen gilt;<sup>49</sup> Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Lieferbeschränkungen (Bst. b) und Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Bst. c). 45

**Vertikale Abreden** sind Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen.<sup>50</sup> Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird gemäss Art. 5 Abs. 4 KG bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise vermutet, das heisst bei der Preisbindung zweiter Hand.<sup>51</sup> Zu den vertikalen Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG zählen zudem Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen sind. Diese Abreden über Gebietszuteilungen mit Passivverkaufsverbot werden als Abreden über absoluten Gebietsschutz bezeichnet.<sup>52</sup> Von solchen Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG sind ebenso Abreden erfasst, die indirekt zum absoluten Gebietsschutz führen.<sup>53</sup> 46

Ähnliche Konzepte bestehen nach *EU-Recht*, unter welchem bestimmte Abreden aufgrund ihres Typs Wettbewerb beeinträchtigen können. Horizontale Vereinbarungen über Preise und Produktionsmengen oder die Aufteilung von Märkten können nach den Horizontal-Leitlinien der EU zu Wettbewerbspro-

<sup>48</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, KG 5 N 366.

<sup>49</sup> So etwa die Berechnungsgrundlage eines Rabattes, siehe ZÄCH, N 454.

<sup>50</sup> Ziff. 1 VertBek.

<sup>51</sup> Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. E. IV. VertBek; Ziff. 10 Abs. 2 VertBek; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, KG 4 I N 90.

<sup>52</sup> Passivverkauf ist die Erledigung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden, d.h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden (Ziff. 3 Satz 1 VertBek; weitergehende Konkretisierung in Ziff. 3 Satz 2 und Satz 3 VertBek).

<sup>53</sup> Ziff. 10 Abs. 2 VertBek; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, KG 4 I N 90.

blemen führen (Ziff. 3 Horizontal-Leitlinien). Bei vertikalen Abreden gelten gemäss den Vertikalleitlinien der EU die Preisbindung der zweiten Hand (Ziff. [48]) und eine bestimmte Aufteilung von Gebieten oder Kunden (Ziff. [50]) als sog. Kernbeschränkungen. Bei Kernbeschränkungen wird vermutet, dass sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und sich wahrscheinlich nicht rechtfertigen lassen. Die Vermutung kann im Einzelfall widerlegt werden (Ziff. 47 Vertikalleitlinien).

Der Vergleich ergibt, dass auch unter *US-Recht* bei bestimmten Abredetypen Wirkungen auf den Wettbewerb und den Markt angenommen werden. Dabei werden namentlich die per se schädlichen Abreden klassifiziert. Diese beschränken nicht nur Wettbewerb, sondern lassen sich zusätzlich stets nicht aus Effizienzgründen rechtfertigen. Zu per se schädlichen Wettbewerbsabreden nach *US-Recht* zählen direkte oder indirekte Preisabsprachen, Submissionskartelle, horizontale Abreden über die Markt- und Kundenaufteilung, Mengenabsprachen, abgesprochene Geschäftsverweigerung und Koppelungsvereinbarungen.<sup>54</sup>

### **2.1.1.2.2. Erhebliche Beeinträchtigung von Wettbewerb ohne Effizienzrechtfertigung**

- 47 Nach Art. 5 KG sind auch Abreden unzulässig, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt sind (Art. 5 Abs. 1 KG).
- 48 Eine Abrede kann dem Wettbewerb schaden, indem sie aktuellen oder potentiellen Wettbewerb reduziert oder Marktmacht konzentriert.<sup>55</sup> Bei der Prüfung, ob eine Abrede Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, werden die Wirkungen der Abrede auf aktuellen und potentiellen Wettbewerb sowie im Rahmen von vertikalen Abreden zusätzlich auf Intra- oder Interbrandwettbewerb betrachtet.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> BRODER, 45 ff. N 3.32 ff., wonach folgende Abrede per se schädlich sind: «Minimum price-fixing, Price-related agreements on miscellaneous terms», «Bid-rigging», «Horizontal customer or market allocation», «[o]utput or production restrictions», «Concerted refusals to deal» und «Tying, tie-ins and sales on conditions».

<sup>55</sup> AREEDA/HOVENKAMP 2017, vol. VI, 13.

<sup>56</sup> Dazu DIEBOLD/SCHÄKE, 231 ff., 233 ff.

Gemäss Art. 5 Abs. 1 und 2 Bst. a KG sind «Wettbewerbsabreden», die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, noch durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigbar, wenn mindestens ein Effizienzgrund nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG vorliegt. Der Effizienzgrund ist wirtschaftlicher Natur.<sup>57</sup> Ein solcher Grund liegt beispielsweise vor, wenn Abreden zur Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten beitragen (Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG). Als weitere Gründe könnten etwa die Schaffung neuer Produkte, die Ermöglichung von Forschungsvorhaben oder die Versorgung von Märkten mit Informationen zur Verstärkung von Wettbewerb infrage kommen.<sup>58</sup> Für die Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG muss die Wettbewerbsabrede sodann auf das Notwendige für die Realisierung des Effizienzgrundes beschränkt werden.<sup>59</sup> 49

Gestützt auf Art. 6 KG werden in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen diese Voraussetzungen, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel gerechtfertigt sind, umschrieben. Zum Beispiel erliess die WEKO gestützt auf Art. 6 KG die Vertikalbekanntmachung (VertBek) über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Ziff. I VertBek). 50

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG (N 45 und N 46) den Wettbewerb grundsätzlich erheblich beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 1 KG).<sup>60</sup> Solche Abreden lassen sich somit regelmässig nurmehr aus Effizienzgründen (Art. 5 Abs. 2 KG) rechtfertigen. 51

### 2.1.2. Missbrauch von Marktbeherrschung und relativer Marktmacht

Als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gilt neben der unzulässigen Wettbewerbsabrede das missbräuchliche Verhalten eines Unternehmens mit marktbeherrschender Stellung und eines relativ marktmächtigen Unternehmens (Art. 7 KG). 52

<sup>57</sup> DIEBOLD/SCHÄKE, 235 m.w.H.

<sup>58</sup> Siehe AREEDA/HOVENKAMP 2017, vol. VII, 417 ff., die sich zu Gründen unter US-Recht äussern.

<sup>59</sup> DIEBOLD/SCHÄKE, 236 f. m.w.H.

<sup>60</sup> BGE 143 II 297 E. 5.1.6, E. 5.2.5 (Gaba): «[...] die in Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden in der Regel die Erheblichkeitsschwelle erreichen.»; ferner BGER 2C\_1017/2014 E. 3.1. (KOCH Group).



- 53 Die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch den Missbrauch der Marktbeherrschung weist folgende Elemente auf:
- Ein marktbeherrschendes Unternehmen
  - missbraucht seine marktbeherrschende Stellung, indem es
  - andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.<sup>61</sup>
- 54 Der Begriff des Unternehmens mit **marktbeherrschender Stellung** wird in Art. 4 Abs. 2 KG definiert. Danach gelten als marktbeherrschende Unternehmen «einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten». Um festzustellen, ob sich ein Unternehmen in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Unternehmen verhalten kann, ist der relevante Markt abzugrenzen.<sup>62</sup> Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen die für eine marktbeherrschende Stellung relevante Unabhängigkeit erlangt hat, können verschiedene einzelfallabhängige Kriterien, namentlich Marktanteile, Marktstruktur oder Marktergebnis, beigezogen werden.<sup>63</sup>
- 55 Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen und Unternehmen mit relativer Marktmacht unzulässig, wenn sie durch den **Missbrauch ihrer Stellung** auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Jedenfalls beim Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung wird mit dieser Generalklausel missbräuchliches Verhalten erfasst, das sich im sog. Behinderungsmissbrauch oder im sog. Ausbeutungsmissbrauch äussert.<sup>64</sup> Als Behinderungsmissbrauch gelten Massnahmen von Unternehmen, die auf die Verdrängung bestehender Konkurrenz oder auf die Erschwerung des Eintritts für potentielle Konkurrenz gerichtet sind. Ausbeutungsmissbrauch liegt vor, wenn Unternehmen ihre Stellung missbrauchen, um abhängige

---

<sup>61</sup> ZÄCH, N 527; MARBACH/DUCREY/WILD, N 1620.

<sup>62</sup> BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 4 N 17; für die sachliche und räumliche Marktabgrenzung enthält Art. 11 Abs. 3 VKU eine Formel.

<sup>63</sup> BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 4 N 18.

<sup>64</sup> BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 7 N 5; Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 569.

Marktteilnehmer auszubeuten. Zu solchen Verhaltensweisen zählen etwa Preisdifferenzierungen oder Koppelungsgeschäfte.<sup>65</sup>

Art. 7 Abs. 2 KG listet in einem Beispielkatalog unzulässige Verhaltensweisen auf. Zu diesen zählt die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG). Dabei stellt sich eine Form des Behinderungsmissbrauchs ein, wenn Geschäftsbeziehungen mit bestehenden oder mit potentiellen Kunden eingeschränkt oder aufgelöst werden.<sup>66</sup> Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG listet als weiteres Beispiel die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen auf.<sup>67</sup> In Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ist die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen geregelt. Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG erfasst die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder von sonstigen Geschäftsbedingungen. Sodann sind in der Aufzählung in Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung als unzulässige Verhaltensweisen beschrieben. Weiter zählt das KG das missbräuchliche Verhalten auf, das an den Abschluss von Verträgen die Bedingung gekoppelt wird, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG). Aufgezählt ist zuletzt die Einschränkung der Möglichkeit der Nachfrager, Waren oder Leistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen (Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG).

Diese Verhaltensweisen sind von zulässigen Verhaltensweisen abzugrenzen, die dieselbe Ausgestaltung annehmen. Solche zulässigen Verhaltensweisen liegen vor, wenn für das betrachtete Verhalten sachliche Rechtfertigungsgründe (legitimate business reasons), insbesondere solche, die sich auf kaufmännische Grundsätze stützen, bestehen.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 7 N 8.

<sup>66</sup> BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 7 N 10.

<sup>67</sup> BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 7 N 16.

<sup>68</sup> Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 569; BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 7 N 2; TAGMANN, 61.

## 2.2. SANKTION

- 58 Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 KG beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält wird nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert (direkte Sanktion). Ein Unternehmen, das sich an einer anderen als unzulässig festgestellten Wettbewerbsabrede (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 KG) beteiligt oder relativ marktmächtig ist und sich nach Art. 7 KG missbräuchlich verhält wird mit Sanktionen nach Art. 50 KG geahndet (indirekte Sanktion) (Kap. 2.2.1 und Kap. 2.2.2).<sup>69</sup> Die direkte und indirekte Sanktion setzen voraus, dass das sanktionsbedrohte Verhalten dem Unternehmen aufgrund eines Organisationsverschuldens vorwerfbar ist (Kap. 2.2.3).

### 2.2.1. Direkte und indirekte Sanktion

- 59 Unter dem Sanktionsregime des ursprünglichen KG vom 6. Oktober 1995 wurden unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ausschliesslich indirekt, also im Wiederholungsfall, mit Sanktionen belegt.<sup>70</sup> Erst mit der **Teilrevision 2002** führte das Bundesparlament Sanktionen ein, die bei der Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG und Art. 7 KG direkt verhängt werden.<sup>71</sup> Damit glich das Parlament das KG-Sanktionsregime demjenigen der EU an.<sup>72</sup>

Den Anstoss zur KG-Revision 2002 lieferte die fehlende Sanktionierung der Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsabreden in der Praxis. Namentlich im Zusammenhang mit dem Vitamin-Kartell,<sup>73</sup> das Preisabreden von Vitaminherstellern im weltweiten Vitaminmarkt betraf, wurde das Fehlen einer direkten

---

<sup>69</sup> Gemäss Art. 54 KG bestehen ferner Strafen für natürliche Personen.

<sup>70</sup> ZÄCH, N 338; TAGMANN, 2.

<sup>71</sup> Die Schlussabstimmung fand am 20. Juni 2003 statt; Art. 49a Abs. 1 KG stellt den Artikel zu direkten Sanktionen dar, der durch Ziff. I des BG vom 20. Juni 2003, in Kraft seit 1. April 2004 (AS 2004 1385; BBl 2002 2022, 5506) eingeführt wurde.

<sup>72</sup> ZÄCH, N 340 f.

<sup>73</sup> RPW 2000/2 186 (Vitamin-Kartell); Entscheidung der Kommission Comp/E.1/37.512 vom 10. November 2003 (Vitamine); United States v. F. Hoffmann-La Roche Ltd, No. 3:99-CR-184-R (N.D. Tex. May 20, 1999).

Sanktion als Defizit wahrgenommen. In den USA wurde das Vitamin-Kartell untersucht und zur strafrechtlich Anklage gebracht und in der EU mit Sanktionen belegt. In der Schweiz konnte die Unzulässigkeit des Verhaltens der am Kartell teilnehmenden Unternehmen mit einer Verfügung lediglich festgestellt werden.<sup>74</sup> In dieser verpflichtete die WEKO die abredenden Unternehmen, die unzulässige Wettbewerbsabrede einzustellen und nicht wiederaufzunehmen, da sie andernfalls sanktioniert werden würden.<sup>75</sup> Eine direkte Sanktionierung blieb mangels gesetzlicher Grundlagen aus. Kartellgewinne konnten nicht eingezogen und die am Kartell beteiligten Unternehmen nicht sanktioniert werden. Als Reaktion auf diese Rechtslage forderten verschiedene Parlamentarier, direkte Sanktionen ins Kartellgesetz einzuführen.<sup>76</sup>

Unter dem revidierten Sanktionsregime gemäss Art. 49a Abs. 1 KG werden die horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG und die vertikalen Abreden des absoluten Gebietsschutzes oder der Preisbindung der zweiten Hand nach Art. 5 Abs. 4 KG direkt sanktioniert, weil es sich bei diesen um **besonders schädliche Abredetypen** handelt.<sup>77</sup> Die Beteiligung an Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG kann selbst dann direkt sanktioniert werden, wenn die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt worden ist.<sup>78</sup> Darüber hinaus wird ein Unternehmen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung direkt sanktioniert.

Beteiligt sich ein Unternehmen an **Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 1 KG**, kann es für diese Verhaltensweise dagegen einzig indirekt sanktioniert werden (Art. 50 KG). Die indirekte Sanktion von solchen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 5 ff. KG) findet ihre Grundlagen in Art. 50 KG. Diese Bestimmung hält fest, dass

<sup>74</sup> RPW 2000/2 186, 186 ff., 196 ff. (Vitamin-Kartell); Entscheidung der Kommission Comp/E.1/37.512 vom 10. November 2003 (Vitamine); United States v. F. Hoffmann-La Roche Ltd, No. 3:99-CR-184-R (N.D. Tex. May 20, 1999); ZIMMERLI, Dogmatik, 90 ff.

<sup>75</sup> RPW 2000/2 186, 194 ff. (Vitamin-Kartell).

<sup>76</sup> Zu den Reaktionen des Parlaments auf die «Vitamin-Kartelle» siehe Botschaft revKG, BBl 2002 2022, 2027 f.; für eine Zusammenfassung dieser Reaktionen siehe ZIMMERLI, Dogmatik, 90 ff.

<sup>77</sup> KRAUSKOPF, DIKE-KG, KG 49a Abs. 1-2, N 22.

<sup>78</sup> BGE 143 II 297 E. 9.4.6 (Gaba).

ein Unternehmen, das zu seinem Vorteil gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen verstösst, sanktioniert wird.<sup>79</sup> Auch ein Unternehmen mit **relativer Marktmacht** wird für unzulässiges Verhalten i.S.v. Art. 7 KG mit indirekten Sanktionen nach Art. 50 KG geahndet.

- 62 Es können nicht nur Unternehmen, sondern auch Entscheidungsträger bzw. Individuen gebüsst werden, wenn sie vorsätzlich gegen ein verfügbares Wettbewerbsbeschränkungsverbot verstossen (Art. 54 KG).<sup>80</sup> In der Lehre wird dazu die Auffassung vertreten, ein Einzelunternehmen oder eine Einzelpersonen-AG solle nur auf Unternehmensebene sanktioniert (Art. 50 KG) werden.<sup>81</sup>

### 2.2.2. Bemessung der Sanktion

- 63 Die Bemessung der direkten Sanktion ist in Art. 49a Abs. 1 KG und in den Art. 2 ff. SVKG geregelt. Für die Sanktionsbemessung bei indirekten Sanktionen nach Art. 50 KG sollten dieselben Grundsätze wie bei direkten Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG gelten.<sup>82</sup>
- 64 Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG kann ein Unternehmen, dessen Verhalten einen der Sanktionstatbestände erfüllt, mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. Die Kriterien der Sanktionsbemessung sind gemäss Art. 1 Bst. a SVKG in der Sanktionsverordnung festgehalten.
- 65 Bei der Bemessung ist zunächst der Basisbetrag der Sanktion festzulegen. Dieser beträgt bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betroffene Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren im relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 3 SVKG). Bei der Festsetzung des Basisbetrages sind die Schwere und die Art des Verstosses zu beachten. Unter der Schwere ist die objektive, verschuldens-

---

<sup>79</sup> BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 50 N 1, KG 54 N 1; in das Verfügungsdispositiv werden einvernehmliche Regelungen aufgenommen, siehe etwa RPW 2016/2 434, 441 (GE Healthcare).

<sup>80</sup> BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 54 N 1 ff., N 5.

<sup>81</sup> TAGMANN, 204 Fn 976; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 50 N 24 ff.

<sup>82</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 50 N 24 ff.; REINERT P., SHK-Kartellgesetz, KG 50 N 11.

unabhängige Schwere zu verstehen. Die Schwere bestimmt sich nach dem abstrakten Gefährdungspotential der Wettbewerbsbeschränkung.<sup>83</sup>

Ferner ist der Basisbetrag nach der Dauer der Wettbewerbsbeschränkung zu bemessen. 66  
So sieht Art. 4 SVKG im ersten Satz vor, dass der Basisbetrag um bis zu 50 Prozent erhöht werden kann, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren andauerte. Art. 4 SVKG erwähnt im zweiten Satz, dass der Basisbetrag für jedes über das fünfte Jahr hinausgehende weitere Jahr mit einem Zuschlag von 10 Prozent erhöht wird.

Der Basisbetrag wird bei erschwerenden Umständen erhöht. Art. 5 SVKG zählt die 67  
erschwerenden Umstände auf. Zu diesen gehören wiederholte Verstösse gegen das Kartellgesetz (Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG), ein objektiv zu ermittelnder besonders hoher Gewinn durch den Wettbewerbsverstoss (Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG), die Verweigerung der Zusammenarbeit mit den Behörden und die Beeinträchtigung der Untersuchung auf andere Art und Weise (Art. 5 Abs. 1 Bst. c SVKG).

Beim Sanktionstatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 und 68  
Abs. 4 KG ist zudem als erschwerender Umstand die Anstiftung anderer Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung, die Einnahme der führenden Rolle (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG) sowie die Durchsetzung der Wettbewerbsabrede gegenüber anderen an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen mittels der Anordnung oder Durchführung von Vergeltungsmassnahmen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG) zu berücksichtigen.

Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbs- 69  
beschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 26-30 KG beendet hat, wird der Basisbetrag reduziert (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (Art. 29 KG) kann ebenfalls als mildernder Umstand i.S.v. Art. 6 Abs. 1 SVKG gewertet werden.<sup>84</sup>

Was die Sanktionsbemessung beim Tatbestand der «Beteiligung an unzulässigen Ab- 70  
reden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG» anbelangt, liegt ein mildernder Umstand vor, wenn das Unternehmen in der Wettbewerbsbeschränkung ausschliesslich eine passive

<sup>83</sup> BGer 2C\_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 6.4. (BMW); WEBER/VOLZ, N 3.236; KRAUSKOPF, DIKE-KG, KG 49a Abs. 1-2, N 31 ff., N 41 f.

<sup>84</sup> RPW 2009/3 196, 217 N 145 (Elektroinstallationsbetriebe Bern); HOWALD, 708 f.

Rolle gespielt (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG) oder es vereinbarte Vergeltungsmassnahmen zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede nicht durchgeführt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. b SVKG).

- 71 Die derart festgestellte Sanktionshöhe darf eine maximale Sanktionshöhe nicht überschreiten. Art. 7 SVKG bestimmt als Deckel den Betrag von 10 Prozent des in den letzten drei Jahren erzielten Umsatzes des Unternehmens in der Schweiz (Art. 49a Abs. 1 KG). Bei der Bestimmung des Gesamtbetrags ist ausserdem der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 2 Abs. 2 SVKG) zu beachten.<sup>85</sup>

### 2.2.3. Vorwerfbarkeit

- 72 Die Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede oder der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung wird nur mit Sanktionen belegt, wenn die dem Verstoss zugrundeliegende Verhaltensweise dem Unternehmen vorwerfbar ist.<sup>86</sup>
- 73 Der Sorgfaltsmassstab bei der Beurteilung der Vorwerfbarkeit ist objektiviert, d.h., dieser orientiert sich am **Handeln einer vernünftigen und fachkundigen Person**.<sup>87</sup> Liegt ein nachweisbar wettbewerbswidriges Verhalten vor, ist in der Regel die objektive Sorgfaltspflicht verletzt, denn die Verantwortlichen müssen sich über die Regeln des Kartellgesetzes, die Praxis und die Bekanntmachungen informieren.<sup>88</sup>

Nach der Praxis der WEKO liegt Organisationsverschulden zum Beispiel vor, wenn zeichnungsberechtigte Personen oder Geschäftsleitungsmitglieder die Absprache getroffen haben. So erwog die WEKO: «Die natürlichen Personen, welche vorliegend für das Unternehmen handelten und die kartellrechtswid-

---

<sup>85</sup> KRAUSKOPF, DIKE-KG, KG 49a Abs. 1-2, N 61.

<sup>86</sup> Für direkte Sanktionen siehe etwa BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012, E. 12.2.2. (Publigroupe) und für indirekte Sanktionen BVGer B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007, E. 4.2.6 (Unique).

<sup>87</sup> RPW 2006/1 141, 169 f. N 198 (Unique): «Danach liegt ein Verschulden dann vor, wenn der Täter wissentlich handelt oder Handlungen unterlässt, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hat erwarten können.».

<sup>88</sup> BGE 143 II 297 E. 9.6.2 (Gaba); BGer 2C\_149/2018 vom 4. Februar 2021, E. 8.4.2 (Hors Liste II); siehe zum Ganzen auch den Bericht des Bundesrates zu Pekuniären Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, Kap. 4.3.2.

rige Submissionsabsprache trafen, taten dies wissentlich und nahmen deren wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. [...] Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen entweder zeichnungsberechtigt waren oder jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten».<sup>89</sup>

## 2.3. ERMITTLUNGSVERFAHREN

Wettbewerbsbeschränkungen werden nach den Vorschriften des kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens untersucht (Art. 26 ff. KG). Die Zuständigkeiten und anwendbaren Verfahrensmaximen (Kap. 2.3.1), die Verfahrensarten (Kap. 2.3.2), der nachzuweisende Sachverhalt und die Beweismittel (Kap. 2.3.3) wie auch die Ermittlungsinstrumente (Kap. 2.3.4), namentlich die Auskunft- und Vorlagepflicht (Kap. 2.3.4.1), die Einvernahme und Beweisaussage (Kap. 2.3.4.2) und die Hausdurchsuchung und Beschlagnahme (Kap. 2.3.4.3), werden im Folgenden betrachtet. 74

### 2.3.1. Zuständigkeiten und Maximen

Für die Verfolgung und Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen im verwaltungsrechtlichen Verfahren sind die **Wettbewerbsbehörden**, d.h. die Wettbewerbskommission (WEKO) und ihr Sekretariat, zuständig (Art. 26 ff. KG; Art. 30 KG; Art. 49a ff. KG).<sup>90</sup> 75

Das **Sekretariat** kann Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen (Art. 26 Abs. 1 KG). Es eröffnet nach Art. 27 Abs. 1 KG im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen (Art. 27 Abs. 1 KG). Daneben ist eine Untersuchung zu eröffnen, wenn das Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF das Sekretariat damit beauftragt (Art. 27 Abs. 1 KG). Das Sekretariat erlässt die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen gemeinsam mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO (Art. 23 Abs. 1 KG) und 76

<sup>89</sup> In RPW 2018/1 78, 108 N 194 (Verzinkung).

<sup>90</sup> Art. 1 Abs. 1 Geschäftsreglement der WEKO (GR-WEKO).



führt die Untersuchung durch (Art. 23 Abs. 1 KG). Nach Abschluss der Untersuchung stellt es bei der WEKO den Antrag, Massnahmen zu treffen oder eine einvernehmliche Regelung zu genehmigen (Art. 23 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 30 Abs. 1 KG). Zudem vollzieht es die Entscheide der WEKO (Art. 23 Abs. 1 KG).<sup>91</sup>

- 77 Die **Wettbewerbskommission** trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, ausser wenn dies einer anderen Behörde vorbehalten sein sollte (Art. 18 Abs. 3 KG). Auf Antrag des Sekretariats entscheidet sie mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).
- 78 Das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren steht unter den Vorschriften der Art. 18-49 KG und, soweit keine kartellgesetzliche Spezialregelung besteht, unter denjenigen des VwVG (Art. 39 KG). Im Verfahren zur Untersuchung und Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen gelten verschiedene Maximen, namentlich die **Offizialmaxime**,<sup>92</sup> der **Untersuchungsgrundsatz** (Art. 12 VwVG),<sup>93</sup> die **freie Beweiswürdigung**<sup>94</sup> sowie die **Rechtsanwendung von Amtes wegen** (iura novit curia).<sup>95</sup>
- 79 Das Verfahren, das auf den Erlass einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG gerichtete ist, stellt ein strafrechtsähnliches Verfahren dar. Im Verfahren sind daher die Garantien nach Art. 6 und Art. 7 EMRK und Art. 30 bzw. Art. 32 BV anwendbar.<sup>96</sup> Namentlich gelten das **Verbot des Selbstbelastungszwangs** (N 448) und die **Unschuldsvermutung** (N 478).

### 2.3.2. Verfahrensarten

- 80 Die Untersuchung einer Wettbewerbsbeschränkung beginnt im Regelfall mit einer **Vorabklärung** (Art. 26 KG), welche zur Eröffnung einer **Untersuchung** i.S.v. Art. 27

---

<sup>91</sup> Für weitere Hinweise zur Kompetenzverteilung zwischen der WEKO und dem Sekretariat siehe BRUCH/MEIER, DIKE-KG, KG 23 N 49, N 66.

<sup>92</sup> ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, KG 27 N 91; JOST, 69 ff. N 136 ff.

<sup>93</sup> BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 6.3, 8.4.1 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Erne); ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, KG 27 N 91; JOST, 73 ff. N 144 ff. m.w.H.

<sup>94</sup> SCHOTT, BSK-KG, KG 39 N 9; JOST, 77 N 151.

<sup>95</sup> SCHOTT, BSK-KG, KG 39 N 9; BILGER, 60, 62.

<sup>96</sup> BGE 139 I 72 E. 2.2.2 (Publigroupe).

KG führen kann.<sup>97</sup> Gestützt auf den in der Untersuchung i.S.v. Art. 27 KG festgestellten Sachverhalt beantragt das Sekretariat bei der WEKO, mittels Verfügung Massnahmen zu treffen oder eine einvernehmliche Regelung zu genehmigen (Art. 18 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 30 Abs. 1 KG).<sup>98</sup> Neben den Verfahrensarten der Vorabklärung (Art. 26 KG) und der Untersuchung (Art. 27-30 KG) bestehen diejenigen des **Erlasses vorsorglicher Massnahmen**<sup>99</sup> und der **ausnahmsweisen Zulassung** der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung durch den Bundesrat (Art. 31 KG).<sup>100</sup>

### 2.3.3. Rechtserheblicher Sachverhalt und Beweismittel

Mit den im Rahmen der Ermittlungen erhobenen Beweismitteln sollen die einzelnen Tatbestandselemente des Wettbewerbsverstosses nachgewiesen werden. Das Sekretariat muss den rechtserheblichen Sachverhalt rechtsgenügend feststellen können,<sup>101</sup> um bei der WEKO Massnahmen zu beantragen (Art. 30 Abs. 1 KG). 81

Um den rechtserheblichen Sachverhalt abzugrenzen, ist zu prüfen, worin Rechts- und Tatfragen bestehen. Als **Tatsachen** gelten sämtliche Feststellungen, die aus dem Beweisverfahren gewonnen werden.<sup>102</sup> Rechtsfragen betreffen die Rechtsauslegung,<sup>103</sup> die Entscheidswesentlichkeit der Tatsachen<sup>104</sup> sowie die Rechtsfolgen.<sup>105</sup> 82

Eine Abrede (Art. 4 Abs. 1 erster Teilsatz KG) liegt zunächst vor, wenn Unternehmen ihr Verhalten bewusst und gewollt miteinander koordinieren.<sup>106</sup> Das Bundesverwaltungs- 83

<sup>97</sup> ZÄCH, N 970.

<sup>98</sup> Zum Ganzen siehe RAUBER, 21 ff.

<sup>99</sup> Vorsorgliche Massnahmen sind nicht im KG geregelt und damit nach VwVG zu beurteilen (Art. 39 KG), siehe ZÄCH, N 969.

<sup>100</sup> ZÄCH, N 969.

<sup>101</sup> RAUBER, 26; zum Begriff des rechtserheblichen Sachverhalts siehe HÄNER, 34 f.

<sup>102</sup> KAUFMANN, 6.

<sup>103</sup> SEILER, SHK-BGG, BGG 105 N 8.

<sup>104</sup> TSCHUDIN, Beweismass, 1339.

<sup>105</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 255 N 9.140; KAUFMANN, 6 ff.

<sup>106</sup> Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 545: «Entscheidendes Tatbestandsmerkmal ist ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken.»; siehe ferner BGE 144 II 246 E. 6.4.1 (Altimum): «L'existence d'un accord [...] suppose une action collective, consciente et voulue des entreprises participantes».

gericht erwog, die Feststellung von Inhalt, Reichweite und Auswirkungen einer Abrede sei eine Tatfrage.<sup>107</sup> Entsprechend gilt auch nach der Praxis der WEKO der **natürliche Konsens** zur Abrede als Tatfrage.<sup>108</sup>

- 84 Eine Abrede stellt eine Wettbewerbsabrede dar, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (Art. 4 Abs. 1 zweiter Teilsatz KG). Die unzulässige Abrede beseitigt Wettbewerb oder beeinträchtigt Wettbewerb erheblich ohne sich rechtfertigen zu lassen (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 KG). Das Bundesverwaltungsgericht erwog, dass die Qualifikation der potentiellen und tatsächlichen **Auswirkungen** einer Abrede eine Rechtsfrage sei.<sup>109</sup> Soweit eine Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung lediglich «bewirkt», bedarf es aber eines Nachweises von Wirkungen, zumal sich die Wettbewerbsbeschränkung dann nicht aus der Natur der Abrede ergibt (N 42) und dementsprechend im Einzelfall darzulegen ist. Somit sind im Falle, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, Wirkungen im Sinne von Tatfragen zu behandeln.
- 85 Allenfalls ist sodann der Sachverhalt zur **Anwendung des Kartellgesetzes** (Art. 2 Abs. 2 KG), zur Rechtfertigung aus Effizienzgründen (Art. 5 Abs. 2 KG) und zur Vorwerfbarkeit (Art. 49a Abs. 1 KG) darzulegen.
- 86 Zum Nachweis des rechtserheblichen Sachverhalts erhebt das Sekretariat Beweismittel, welche dazu dienen, den für den Antrag an die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG) geforderten rechtserheblichen Sachverhalt genügend zu erstellen. Das KG enthält keine Bestimmungen zu den zulässigen Beweismitteln im Kartellrechtsverfahren.<sup>110</sup> Als Beweismittel gelten vielmehr diejenigen nach dem nicht abschliessenden **Beweismittelkatalog** in Art. 12 VwVG (Art. 39 KG). Zu ihnen zählen Urkunden (Art. 12 Bst. a VwVG), Auskünfte von Parteien (Art. 12 Bst. b VwVG), Auskünfte oder Zeugnisse von Drittpersonen

---

<sup>107</sup> BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, E. 7.5.1 (Nikon).

<sup>108</sup> RPW 2015/2 193, 199 f. N 51 (Tunnelreinigung); RPW 2019/2 322, 479 N 844 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I): «Ob ein solcher (tatsächlicher) Konsens gegeben ist, ist eine Tatfrage»; BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, E. 4.4 (Türbeschläge X. AG).

<sup>109</sup> BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, E. 7.5.1 (Nikon).

<sup>110</sup> BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 4.

(Art. 12 Bst. b und Bst. c VwVG), Augenschein (Art. 12 Bst. d VwVG) sowie Sachverständigengutachten (Art. 12 Bst. e VwVG).<sup>111</sup>

Zu den im Kartellrecht häufig relevanten Urkunden gehören zum Beispiel Sitzungsprotokolle, E-Mailverkehr oder Sammlungen von Kontaktdaten.<sup>112</sup>

## 2.3.4. Allgemeine Ermittlungsinstrumente

### 2.3.4.1. Auskunfts- und Editionspflicht

Gestützt auf Art. 40 KG können Unternehmen und Individuen zur Auskunft und zur Vorlage von Urkunden verpflichtet werden. Die nach Art. 40 KG zur Mitwirkung Verpflichteten sind Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte. Von einem Teil der *Lehre* wird die Auffassung vertreten, damit könnten lediglich **Parteien** zur Auskunft und Vorlage verpflichtet werden.<sup>113</sup> Nicht betroffene Dritte könnten nicht zur Auskunft oder Vorlage aufgefordert werden.<sup>114</sup> 87

Unternehmen, die die Auskunfts- und Vorlagepflicht nach Art. 40 KG nicht oder nicht richtig befolgen, werden gemäss Art. 52 KG mit einer Sanktion von bis zu 100'000 Franken belastet. Individuen, die vorsätzlich eine solche Pflicht nicht oder nicht richtig befolgen, werden nach Art. 55 KG mit einer Busse bis zu 20'000 Franken bestraft.<sup>115</sup> 88

<sup>111</sup> BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 40 N 4; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Praxiskommentar VwVG, VwVG 12 N 72 f.

<sup>112</sup> Erläuterungen SVKG, 9; eine Aufzählung von Urkunden findet sich etwa in Art. 177 ZPO.

<sup>113</sup> BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 40 N 2.

<sup>114</sup> Allenfalls könnte sich aus Art. 17 VwVG «Andere Verpflichtungen von Zeugen» eine Auskunfts- und Editionspflicht von Dritten ergeben. Der Art. 17 VwVG lautet wie folgt: «Wer als Zeuge einvernommen werden kann, hat auch an der Erhebung anderer Beweise mitzuwirken; er hat insbesondere die in seinen Händen befindlichen Urkunden vorzulegen. Vorbehalten bleibt Artikel 51a BZP [...]». Die *Lehre* bringt dazu vor, auch gestützt auf die jedermann treffende Zeugnispflicht gemäss Art. 15 VwVG und Mitwirkungspflichten des Zeugen gemäss Art. 17 VwVG bestünden keine Aussage- und Editionspflichten von nicht betroffenen Dritten, weil Art. 40 KG als jüngere und konkretere Vorschrift Art. 17 VwVG verdränge, siehe WYSSLING/BICKEL, DIKE-KG, KG 40 N 13.

<sup>115</sup> WYSSLING/BICKEL, DIKE-KG, KG 40 N 105.

### 2.3.4.2. Einvernahme und Beweisaussage

- 89 Die Wettbewerbsbehörden können gestützt auf Art. 42 Abs. 1 KG Einvernahmen anordnen. Sowohl Zeugen als auch von der Untersuchung Betroffene, zu denen nach der Rechtsprechung einzig Parteien zählen,<sup>116</sup> können vernommen werden.
- 90 Mit der Anordnung einer Einvernahme werden die Pflichten auferlegt, vor dem Sekretariat zu erscheinen und auszusagen.<sup>117</sup> Vorladungen zur Einvernahme können durch polizeiliche Vorführung vollstreckt werden (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 44 Abs. 2 BZP).<sup>118</sup> Zeugen sind bei der Einvernahme grundsätzlich zur wahrheitsgemässen Aussage verpflichtet (Art. 15 VwVG; Art. 307 StGB).<sup>119</sup> Die sanktionsbedrohten Parteien können sich demgegenüber im Rahmen der Einvernahme auf das **Verbot des Selbstbelastungszwangs** und das Recht zu schweigen berufen (Art. 31 Abs. 2 BV, Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK).<sup>120</sup>
- 91 Juristische Personen handeln durch ihre aktuellen formellen oder faktischen Organe. Daher sind die entsprechenden natürlichen Personen als Parteien zu behandeln und können das **Verbot des Selbstbelastungszwangs** in Anspruch nehmen.<sup>121</sup> Ehemalige Organe können sich dagegen nicht auf das Verbot des Selbstbelastungszwangs berufen, weil eine Person, die ihre Organstellung verloren hat, nicht mehr über ein unmittelbares Interesse am Verfahrensausgang verfügt.<sup>122</sup>
- 92 Die für das Unternehmen aussagende Person ist auf das Verbot des Selbstbelastungszwangs aufmerksam zu machen, wenn das Unternehmen als beschuldigtes Unternehmen infrage kommt. Ansonsten könnten Beschuldigtenrechte umgangen werden.<sup>123</sup>

---

<sup>116</sup> BGer 2C\_383/2020 vom 8. März 2021, E. 4.4 (Boykott Apple Pay; Vorladung als Zeuge).

<sup>117</sup> WYSSLING/BICKEL, DIKE-KG, KG 40 N 3, N 9; zur Erscheinungs-, Aussage- und Wahrheitspflicht sowie zu personalen Pflichtangaben im Strafprozess siehe HEINE, 54 f.

<sup>118</sup> BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 41 N 10.

<sup>119</sup> BGer 2C\_383/2020 vom 8. März 2021, E. 4.3 (Boykott Apple Pay; Vorladung als Zeuge).

<sup>120</sup> BGer 2C\_383/2020 vom 8. März 2021, E. 4.3 (Boykott Apple Pay; Vorladung als Zeuge); BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 161.

<sup>121</sup> BGer 2C\_383/2020 vom 8. März 2021, E. 4.6 (Boykott Apple Pay; Vorladung als Zeuge).

<sup>122</sup> BGer 2C\_383/2020 vom 8. März 2021, E. 4.7.2 (Boykott Apple Pay; Vorladung als Zeuge).

<sup>123</sup> Zur analogen Anwendung der strafrechtlichen Befragung als Auskunftsperson (Art. 178 Bst. d StPO i.V.m. Art. 180 Abs. 1 StPO und Art. 181 Abs. 1 StPO) siehe BVGer B-6483/2018

Gestützt auf Art. 42 Abs. 1 KG kann die Wettbewerbsbehörde zudem die Beweisaussage anordnen. Einzig die von einer Untersuchung Betroffenen beziehungsweise die Parteien<sup>124</sup> können zur Beweisaussage verpflichtet werden. Bei der Beweisaussage werden die zur Aussage Verpflichteten zur wahrheitsgemässen Aussage aufgefordert und auf die Rechtsfolgen bei unwahrer Aussage hingewiesen, die in einer Geld- oder Freiheitsstrafe nach Art. 306 StGB liegen (Art. 42 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 19 VwVG bzw. Art. 64 BZP).<sup>125</sup> Da sich sanktionsbedrohte Parteien auf den nemo-tenetur Grundsatz berufen können (N 90), dürfte die Beweisaussage in einem Sanktionsverfahren unbedeutend sein.

### 2.3.4.3. Hausdurchsuchung und Beschlagnahme

Art. 42 Abs. 2 KG räumt den Wettbewerbsbehörden die Kompetenz ein, Hausdurchsuchungen und die Beschlagnahme von Beweismittel anzuordnen. Die Einführung der Ermittlungsinstrumente der Hausdurchsuchung und der Beschlagnahme (Art. 42 Abs. 2 KG) sowie der Bonusregelung (Art. 49a Abs. 2 KG) geschah aufgrund der Annahme, dass die Wettbewerbsbehörden mit einer **erschwerten Ermittlung** (N 101 f.) konfrontiert sein würden, wenn Unternehmen direkte Sanktionen für kartellrechtlich unzulässiges Verhalten drohen.<sup>126</sup>

Das Ermittlungsinstrument der Hausdurchsuchung nach Art. 42 Abs. 2 KG ermöglicht es den Wettbewerbsbehörden, Räumlichkeiten nach Beweismitteln zu durchsuchen.<sup>127</sup> Die Betroffenen sind zur Duldung dieser Massnahmen angehalten.<sup>128</sup>

vom 3. Dezember 2019, E. 5.1, E. 5.4.3 (Verfahren X; Zeugenvorladung); das Urteil des BVGer B-6483/2018 vom 3. Dezember 2019 wurde mit Urteil des BGer 2C\_88/2020 vom 8. März 2021 aufgehoben, allerdings mit der Begründung, die Beschwerdeführerin habe sich als natürliche Person im Verfahren auf Erlass direkter Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG nicht aus eigenem Recht auf nemo tenetur berufen können, womit kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil bei fehlender Beschwerdemöglichkeit gegen die angefochtene Zwischenverfügung bestehe (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG) (E. 3.3.1. und E. 3.4.).  
; zur gleichartigen Problematik bei Auskunftspersonen im Strafprozess siehe HEINE, 56.

<sup>124</sup> BGer 2C\_383/2020 vom 8. März 2021, E. 4.4 (Boycott Apple Pay; Vorladung als Zeuge); WYSSLING/BICKEL, DIKE-KG, KG 42 N 14, N 25.

<sup>125</sup> BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 136.

<sup>126</sup> Botschaft revKG, BBl 2002 2022, 2028.

<sup>127</sup> BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 177.

<sup>128</sup> BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 42 N 9; BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 179, N 248.

- 96 Die Hausdurchsuchung setzt die rechtmässige Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens voraus.<sup>129</sup> Es wird ein Hausdurchsuchungsbefehl verlangt, den ein Mitglied des Präsidiums der WEKO auf Antrag des Sekretariats angeordnet hat (Art. 42 Abs. 1 KG). Der Hausdurchsuchungsbefehl kann ergehen, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass sich ein der Beschlagnahme unterliegender Gegenstand oder Vermögenswert in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten befindet (Art. 48 Abs. 1 VStrR). Der Hausdurchsuchungsbefehl hat dabei die zu durchsuchenden Räume, Gebäude sowie die zu suchenden Beweismittel genau zu bezeichnen.<sup>130</sup> Für die Durchführung einer Hausdurchsuchung muss ferner ein Ermittlungsbedarf bestehen und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt werden (Art. 5 Abs. 2 BV).<sup>131</sup>
- 97 In Bezug auf den Ablauf der Hausdurchsuchung ist hervorzuheben, dass die Betroffenen vor Beginn der Durchsuchung der Räumlichkeiten darauf aufmerksam zu machen sind, welche Verhaltensweisen, Produkte, Märkte, Kunden, Zeiträume und Gesellschaften betroffen sind, welchen Vermutungen die Wettbewerbsbehörden nachgehen und welche Informationen sie vorzufinden erhoffen.<sup>132</sup>
- 98 Die Beschlagnahme nach Art. 42 Abs. 2 KG erlaubt es den Behörden, Gegenstände der Verfügungsgewalt einer Person zu entziehen und der eigenen Verfügungsgewalt zu unterwerfen, selbst dann, wenn dies gegen den Willen der Betroffenen geschehen sollte.<sup>133</sup> Unter den Begriff der Beschlagnahme fällt auch das Kopieren oder Scannen von Dokumenten.<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 187 ff.

<sup>130</sup> BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 42 N 9; LANG, N 28; SOMMER/RAEMY, 760.

<sup>131</sup> BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 200 ff.

<sup>132</sup> BORER, OFK-Wettbewerbsrecht I, KG 42 N 9; LANG, N 30.

<sup>133</sup> BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 181; BANGERTER, BSK-KG, KG 42 N 117.

<sup>134</sup> BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 182; BANGERTER, 262 ff.

Formell muss die Beschlagnahme mittels Verfügung angeordnet werden, welche den 99  
Betroffenen bei Hausdurchsuchungen gemeinsam mit dem Durchsuchungsbefehl er-  
öffnet werden kann.<sup>135</sup> Die Beschlagnahme setzt voraus, dass sich die Gegenstände, die  
mit Beschlag belegt werden sollen, potentiell als Beweismittel eignen (Art. 46 Abs. 1  
Bst. a Verwaltungsstrafrecht [VStrR]).<sup>136</sup> Zudem ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz  
bei der Beschlagnahme zu beachten.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> BStrGer BV:2016.17 vom 13. Dezember 2016, E. 3.3.2. (Beschlagnahme Swiss Medic); BICKEL/  
WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 237; Art. 42 Abs. 2 KG verweist auf die Beschlagnahme nach  
Art. 45-47 VStrR, womit auch die für diese Beschlagnahme bedeutsamen Weiterverweisungen  
gelten, namentlich auch diejenige von Art. 2 VStrR auf Art. 263 Abs. 2 StPO, wonach die Be-  
schlagnahme mit schriftlichem, kurz begründetem Befehl anzuordnen ist.

<sup>136</sup> BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 226.

<sup>137</sup> BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 230.





### 3. FUNKTIONSWEISE DER BONUSREGELUNG

Kapitel drei legt die Funktionsweise der Bonusregelung dar. Das Ziel und der Zweck der 100  
Regelung liegen darin, Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 49a Abs. 1 KG aufzudecken  
und zu beseitigen (Kap. 3.1). Um dies zu erreichen, erhält ein Unternehmen einen  
Sanktionserlass in Aussicht gestellt, sollte es im Rahmen der Aufklärung eines Wettbe-  
werbsverstosses mit den Behörden kooperieren. Zugleich steht es unter Druck, weil nur  
das Unternehmen, das als erstes aller am angezeigten Verstoß beteiligten Unternehmen  
eine Selbstanzeige einreicht und mit Beweismitteln versieht, einen Sanktionserlass er-  
halten kann, womit ein Wettlauf um die erste Selbstanzeige geschaffen wird (Kap. 3.2).  
Um einen bedingten Sanktionserlass zu erlangen, muss das Unternehmen innert Frist  
Beweismittel mit einer bestimmten Beweiskraft vortragen. Die Anforderungen an die  
Beweismittel sind höher, wenn bereits eine Untersuchung zum angezeigten Verstoß  
eröffnet wurde. Den definitiven Erlass erhält es, sollte es kontinuierlich eine kooperative  
Haltung wahren (Kap. 3.3). Sollte ein Unternehmen die Voraussetzungen des Sank-  
tionserlasses nicht erfüllen, erlangt es gegebenenfalls einen teilweisen Sanktionserlass  
für seine Kooperation (Kap. 3.4). Das Unternehmen wird schliesslich zur Kooperation  
motiviert, indem Vorkehrungen zur Verhinderung der Verwertung der vorgelegten Be-  
weismittel in zivilrechtlichen Folgeprozessen getroffen werden (Kap. 3.5).

#### 3.1. AUFKLÄRUNG VON WETTBEWERBSVERSTÖSSEN

Die Wettbewerbsbehörden stossen bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstössen auf 101  
verschiedene Ermittlungs- und Beweisschwierigkeiten, weil die Tatbestände, insbeson-  
dere bei **stillschweigend** getroffenen Wettbewerbsabreden (N 34), sich nur schwer  
nachweisen lassen. Die an Wettbewerbsabreden beteiligten Unternehmen sind sich  
über die Sanktionen im Klaren, weshalb sie die Abreden geheim halten. Wettbewerbs-  
abreden werden somit regelmässig nur über das Verhalten der beteiligten Unternehmen  
und/oder über Aussagen von Involvierten zur Abrede nachgewiesen. Allein aus den  
objektiven Umständen, wie etwa dem Zusammentreffen von Konkurrenten innerhalb  
von Verbänden oder der Androhung von Zwang eines Unternehmens gegenüber einem

anderen Unternehmen, lassen sich nur schwer Schlüsse auf die tatsächliche Existenz einer Wettbewerbsabrede ziehen.<sup>138</sup>

- 102 Auch lässt sich nur sehr schwer nachweisen, dass erkennbare **Auswirkungen** auf dem Markt (z.B. Preiserhöhungen) auf eine Wettbewerbsabrede zurückzuführen sind. Folglich stellen unzulässige Wettbewerbsabreden heimliche und scheinbar opferlose Verstösse dar,<sup>139</sup> was deren Aufdeckung und Nachweis zusätzlich erschwert. Der Schaden für den Wettbewerb ist nicht physisch erkennbar, weil das Rechtsgut Wettbewerb rein abstrakter Natur ist.
- 103 Mit der Revision 2002 (N 59) führte der Gesetzgeber neue kartellrechtliche Sanktionen ein, die bei der Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG oder Art. 7 KG direkt verhängt werden.<sup>140</sup> Mit der Einführung direkter Sanktionen war davon auszugehen, dass die Verfolgung zusätzlich erschwert wird, weil harte Kartelle sich als Folge daraus zunehmend **professionalisieren**.<sup>141</sup>
- 104 Den Behörden wurden aus diesem Grund verschiedene **Ermittlungsinstrumente** in die Hand gegeben, um die erschwerte Verfolgung zu bewältigen.<sup>142</sup> Mit der Bonusregelung<sup>143</sup> (Art. 49a Abs. 2 KG) im Kanon insbesondere mit Hausdurchsuchungen (N 94 ff.) und Beschlagnahmungen (N 98) (Art. 42 Abs. 2 KG) sollen verdeckt operierende Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen aufgedeckt werden.<sup>144</sup>

---

<sup>138</sup> AREEDA/HOVENKAMP 2017, vol. VI, 4.

<sup>139</sup> HEINE/ROTH, 73; STEPHAN/НИКАУ, 140: «This detection problem is compounded by the fact that many cartels are in upstream industries, with any resulting higher prices often passed down several times before they are borne by final consumers.»

<sup>140</sup> Die Schlussabstimmung fand am 20. Juni 2003 statt und Art. 49a Abs. 1 KG ist seit dem 1. April 2004 in Kraft (AS 2004 1385).

<sup>141</sup> Botschaft revKG, BBl 2002 2022, 2038.

<sup>142</sup> Zur Einführung siehe Botschaft revKG, BBl 2002 2022, 2038; die Bonusregelung gilt als Ermittlungsinstrument, siehe HÄNER, DIKE-KG, KG 39 N 72.

<sup>143</sup> Zum Hintergrund der Wahl des Begriffs «Bonusregelung» siehe KOUMBARAKIS, 108 f. N 113; die Botschaft zum revKG (BBl 2002 2022) bezeichnet die Regelung als «Bonusregelung», siehe etwa Botschaft revKG BBl 2002 2022, 2038; die Bonusregelung ist auch unter dem Begriff «Kronzeugenregelung» bekannt, siehe Merkblatt Bonusregelung 2019, 1 N 4.

<sup>144</sup> Botschaft revKG, BBl 2002 2022, 2028, mit Hinweis auf die Aufdeckung verdeckt operierender Kartelle.

Die Bonusregelung gewährleistet eine effektive Ermittlung, indem sie für einen an der Abrede Beteiligten die **Kooperation attraktiv** erscheinen lässt. Die Bonusregelung gibt dem Beteiligten verschiedene Anreize zur Kooperation. So droht dem Beteiligten eine hohe Sanktion und zugleich erhält er für eine Selbstanzeige die Sanktionsbefreiung in Aussicht gestellt (Kap. 3.2.1). Ferner wird der Beteiligte zur Kooperation angehalten, indem er die Aufdeckung des Verstosses durch andere Beteiligte zu befürchten hat, da nur der erste Selbstanzeiger eines mutmasslichen Verstosses einen Sanktionserlass erhält (Kap. 3.2). Zudem wird der Beteiligte dadurch zur Selbstanzeige motiviert, dass die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung berechenbar sind (Kap. 3.3.4).<sup>145</sup> Schliesslich werden Vorkehrungen getroffen, um den Selbstanzeiger vor der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche zu schützen, die sich auf die Selbstanzeige stützen könnten (Kap. 3.5).

### 3.2. WETTLAUF UM DIE ERSTE SELBSTANZEIGE

Um das an einem Wettbewerbsverstoss beteiligte Unternehmen zur Kooperation zu bewegen, schafft die Bonusregel einen Wettlauf: Das Unternehmen, das seine Beteiligung an einem mutmasslichen Verstoss anzeigt, kann einen Sanktionserlass erhalten (Kap. 3.2.1). Allein das Unternehmen, das zeitlich vor anderen Unternehmen den Wettbewerbsbehörden seine Beteiligung an einem mutmasslichen Verstoss meldet, kann mit dem vollen Sanktionserlass honoriert werden (Kap. 3.2.1). Das Unternehmen erlangt den ersten Rang für eine Meldung des mutmasslichen Verstosses allein (sog. Marker) oder zusammen mit Beweismitteln (sog. formelle Selbstanzeige). So oder anders läuft das Unternehmen Gefahr, den einmal erlangten ersten Rang wieder zu verlieren, sollte es den Wettbewerbsbehörden nicht (innert Frist) genügend werthaltige Beweismittel vorlegen können (Kap. 3.2.3). Ist es dazu nicht in der Lage, kann das nächste Unternehmen, das sich gemeldet hat und Beweismittel vorlegt, im Rang aufrücken (Kap. 3.2.4).

#### 3.2.1. Sanktionserlass als Gegenleistung für Kooperation

Die *Rechtsgrundlage* in Art. 49a Abs. 1-2 KG beschreibt die Bonusregelung unter dem Titel «Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen» wie folgt:

<sup>145</sup> DOJ, Detecting and Deterring, III, IV,V; DOJ, Evolution, 1 ff.

*«<sup>1</sup>Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.*

*<sup>2</sup>Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden.*

*<sup>3</sup>[...].».*

- 108 Mit der kartellrechtlichen Bonusregelung gewährt die Wettbewerbsbehörde demnach einem Unternehmen einen Sanktionserlass<sup>146</sup>, wenn es eine Selbstanzeige einreicht und an der Aufdeckung und Beseitigung des angezeigten Wettbewerbsverstosses mitwirkt. Dies zeigt, dass sich die Bonusregelung an das strafrechtliche Rechtsinstitut der **Kronzeugenregelung** anlehnt.<sup>147</sup> Die Kronzeugenregelung steht einer Person offen, die sich an einer Kronzeugentat<sup>148</sup> beteiligt hat.<sup>149</sup> Der Kronzeuge kooperiert mit den Verfolgungsbehörden, indem er eine verdeckte Straftat offenbart oder eine bekannte Straftat mit Beweismitteln belegt.<sup>150</sup> Als Gegenleistung für das Kronzeugnis wird die strafrechtliche Verfolgung eingestellt oder die Strafe gemildert.<sup>151</sup> Das Strafgesetzbuch der Schweiz sieht mit Art. 260<sup>ter</sup> StGB eine verwandte Regelung für Mitglieder einer

---

<sup>146</sup> Es ist ein voller Sanktionserlass unter den Voraussetzungen nach Art. 8 SVKG und ein teilweiser Sanktionserlass unter den Voraussetzungen nach Art. 12 SVKG vorgesehen.

<sup>147</sup> ZIMMERLI, Dogmatik, 635 ff.

<sup>148</sup> KOUMBARAKIS, 62 N 48.

<sup>149</sup> KOUMBARAKIS, 63 N 49, wonach mit einem Kronzeugnis nicht zwingend die eigene Tat bzw. die eigene Beteiligung an einer Tat dargelegt werden muss, Aussagen zur eigenen Tat aber selbst dann häufig unvermeidlich sind.

<sup>150</sup> KOUMBARAKIS, 63 N 49.

<sup>151</sup> KOUMBARAKIS, 64, N 50 ff., wonach ein Kronzeugenprivileg und eine Verknüpfung dieses Privilegs mit der Ermittlungshilfe besteht.

kriminellen Organisation vor, wonach das Gericht die Strafe mildern «kann», wenn der Täter sich bemüht, die weitere Tätigkeit der Organisation zu verhindern.

### 3.2.2. Sanktionserlass ausschliesslich für den ersten Selbst-anzeiger

Die *Gesetzesgrundlage* von Art. 49a Abs. 1 und Abs. 2 KG erwähnt den Zeitpunkt der Kooperation nicht als Kriterium des Sanktionserlasses.<sup>152</sup> Gemäss Art. 8 SVKG können aber ausschliesslich diejenigen Unternehmen den vollen Sanktionserlass erhalten, die als erstes Unternehmen Informationen oder Beweismittel zur Wettbewerbsbeschränkung vorlegen. Namentlich lautet die Grundlage in Art. 8 Abs. 1 SVKG wie folgt:

#### *Art. 8 Voraussetzungen*

*<sup>1</sup>Die Wettbewerbskommission erlässt einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung [...] anzeigt und als Erstes:*

*a. Informationen liefert [...]; oder*

*b. Beweismittel vorlegt [...]*

*[...]*

Da allein das Unternehmen, das als Erstes eine Selbstanzeige ablegt und mit Informationen oder Beweismitteln ergänzt, für den vollen Sanktionserlass infrage kommt, kann die Selbstanzeige nur von einem Unternehmen und nicht von mehreren Unternehmen gemeinsam abgelegt werden.<sup>153</sup> Allenfalls stellen mehrere im **Konzern** verbundene Unternehmen jedoch tatsächlich ein einziges Unternehmen i.S. des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs nach Art. 2 Abs. 1 und Abs. 1<sup>bis</sup> KG dar. Eine Selbstanzeige eines dieser Unternehmen gilt für alle diesem Unternehmen kartellrechtlich zurechenbaren Unternehmen.<sup>154</sup>

<sup>152</sup> Siehe auch DUCREY/MARBACH/WILD, 449 N 1952, wonach das KG und die SVKG zum Verfahren der Einreichung einer Bonusmeldung keinen Aufschluss geben würden.

<sup>153</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 4 N 22 f.

<sup>154</sup> RPW 2017/3 421, 458 N 301 (Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal).

- 111 Der Wettlauf um die erste Selbstanzeige soll die Wirkung der Bonusregelung stärken, indem die **Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung des Verstosses** erhöht wird (N 105). Mit dem Wettlauf wird Handlungsdruck erzeugt. Das Abwarten mit der Selbstanzeige wäre vorteilhaft, wenn es keinen Wettlauf um die erste Anzeige gäbe. Ein Unternehmen würde in einem solchen Fall die Strategie wählen, erst dann eine Selbstanzeige einzureichen, wenn sich andere Unternehmen bereits angezeigt haben,<sup>155</sup> denn es ist nicht ersichtlich, wieso sich das Unternehmen unnötigerweise selbst belasten sollte. Wenn aber allein der erste Selbstanzeiger einen Sanktionserlass erhalten kann, werden Unternehmen von dieser Strategie abweichen.<sup>156</sup> Dann besteht Druck zu raschem Handeln, indem u.a. die wahrgenommene Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass Mitbeteiligte am Verstoß vorzeitig eine Selbstanzeige ablegen werden.<sup>157</sup>

Unter *EU-Recht* erlässt die Kommission gemäss Ziff. (8) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 dem Unternehmen, das seine Beteiligung an einem mutmasslichen Kartell offenlegt, die Sanktion, sofern das Unternehmen als erstes bestimmte Informationen und Beweismittel vorlegt.

Unter *US-Recht* kann die Antitrust Division des DOJ bei einer Kooperation vor eröffneter Untersuchung (Type A) von der Anklage absehen, wenn das Unternehmen Informationen zum mutmasslichen Verstoß vorträgt, die der Division noch nicht bekannt sind. Während einer Untersuchung kann das Unternehmen, sofern noch keine Meldung stattfand, von einem Anklageverzicht profitieren, wenn es als erstes aller am Verstoß beteiligten Unternehmen den Verstoß anzeigt.<sup>158</sup>

- 112 Mit dem Wettstreit könnte eine mit der **Rechtsgleichheit** (Art. 8 BV) unvereinbare Ungleichbehandlung gegenüber dem Unternehmen, das von der ersten Selbstanzeige

---

<sup>155</sup> LESLIE, 466 f.

<sup>156</sup> LESLIE, 466: «If all confessions are treated the same, each player can take a wait-and-see approach [...]»; diese Vorteile sind ohnehin stark, weil Unternehmen bei der Selbstanzeige oder der Kooperation mit Nachteilen, wie der Retorsion von anderen beteiligten Unternehmen, zu rechnen haben (vgl. BIRKHÄUSER, 80) und daher tendenziell mit der Selbstanzeige zuwarten.

<sup>157</sup> Zum selben Zweck unter US-Recht siehe DOJ, Detecting and Deterring, 4 Ziff. IV und LESLIE, 467, 472 f.

<sup>158</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, Type A Ziff. 1, Type B Ziff. 1.

absieht und daher keinen vollen Erlass erhält, bestehen, denn auf der einen Seite wird das kooperierende Unternehmen von der Sanktion befreit und auf der anderen Seite wird das Unternehmen, das von der Kooperation absieht, mit Sanktionen belastet. Allerdings steht die Selbstanzeige allen Unternehmen offen. Ausserdem kooperiert der Selbstanzeiger durch die Vorlage von Beweismitteln, wohingegen der nicht kooperierende Dritte keinen Beitrag zur Untersuchung leistet. Insofern wird nicht ersichtlich, weshalb ein Eingriff in die Rechtsgleichheit vorliegen sollte. Wenn von einem Eingriff ausgegangen würde, würde die Ungleichbehandlung an tatsächliche Unterschiede anknüpfen und sich rechtfertigen lassen, weil das mit den Behörden kooperierende Unternehmen einen Beitrag zur Beseitigung des Verstosses und damit letztlich von dessen schädlichen Auswirkungen leistet, wohingegen die anderen beteiligten Unternehmen von einer solchen Kooperation absehen.<sup>159</sup>

### 3.2.3. Marker, formelle Selbstanzeige und bedingter Sanktionserlass

Weil ein Wettlauf um die erste Selbstanzeige bestehen soll (Kap. 3.2.2), hängt der Bonusrang vom **Eingangszeitpunkt** der Selbstanzeige ab.<sup>160</sup> Damit sich das Unternehmen auf den Zeitpunkt berufen kann, teilt ihm gemäss der *Rechtsgrundlage* in Art. 9 Abs. 3 SVKG das Sekretariat den Zeitpunkt des Eingangs der Selbstanzeige unter Angabe von Datum und Uhrzeit mit.<sup>161</sup> Der Art. 9 Abs. 1 SVKG lautet entsprechend:

*Art. 9 Form und Inhalt der Selbstanzeige*

[...]

*<sup>3</sup>Das Sekretariat bestätigt den Eingang der Selbstanzeige unter Angabe der Eingangszeit. [...]*

<sup>159</sup> Siehe auch JENERAL, 137 ff. m.H., wonach die unterschiedliche Behandlung mit Dritten auf tatsächlichen Unterschieden basiere.

<sup>160</sup> PICHT, OFK-Wettbewerbsrecht, SVKG 10 N 3; WEBER/VOLZ, N 3.274.

<sup>161</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 6 N 32; zu Art. 9 Abs. 3 SVKG als Rechtsgrundlage des Markers siehe BABEY/CANAPA, 515.



- 114 Im Anschluss an das Setzen der Selbstanzeige sind Beweismittel zum angezeigten Verstoß vorzulegen (Art. 8 Abs. 1 SVKG). Dabei ist es zulässig, nach der Meldung in einem **Prozess** Beweismittel vorzulegen (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 SVKG), ohne dass das Unternehmen deshalb seinen Rang verlieren würde (Art. 10 SVKG). Das Unternehmen erhält demnach den ersten Rang für einen Zeitraum zugesichert, in dem es seine Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit darlegen muss,<sup>162</sup> indem es die Selbstanzeige mit ausreichenden Informationen und Beweismitteln versieht. Die *Rechtsgrundlagen* in Art. 9 Abs. 3 und Art. 10 SVKG beschreiben diesen Prozess der geschützten Ergänzung wie folgt:

*Art. 9 Form und Inhalt der Selbstanzeige*

[...]

<sup>3</sup>[...] [Das Sekretariat] teilt dem anzeigenden Unternehmen im Einvernehmen mit einem Mitglied des Sekretariats mit:

[...] b. welche Informationen das Unternehmen zusätzlich einzureichen hat, insbesondere um die Voraussetzungen von Artikel 8 Absatz 1 zu erfüllen; [...]

[...]

*Art. 10 Verfahren bei mehreren Selbstanzeigen*

*Die Wettbewerbsbehörde prüft später eingegangene Selbstanzeigen erst, wenn sie über frühere Selbstanzeigen nach Massgabe von Art. 9 Abs. 3 SVKG befunden hat.*

- 115 Die *Praxis* und *Lehre* benennen diesen Vorgang als **Marker-System**. Dieses ordnet dem Unternehmen seine zeitliche Priorität zu, selbst wenn es dem Sekretariat der Wettbewerbskommission innerhalb angemessener Frist noch zusätzliche Dokumente einreichen muss.<sup>163</sup>
- 116 In der Sanktionsverordnung wird der Begriff des Markers nicht erwähnt. Vielmehr wird ausschliesslich der Begriff der Selbstanzeige verwendet (Art. 8 ff. SVKG). Es ist daher davon auszugehen, dass jegliche Form der Selbstanzeige zu einem mutmasslichen

---

<sup>162</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 5 N 25.

<sup>163</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 139; SVKG Erläuterungen, 10.

Verstoss, für die ein Unternehmen den ersten Rang provisorisch bestätigt und nach der Ergänzung der Selbstanzeige mit Beweismitteln später den bedingten Sanktionserlass erhält, als Selbstanzeige gilt. In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff «**Selbstanzeige**» oder «Bonusmeldung» entsprechend als Oberbegriff für die beiden nachfolgend dargestellten Meldungen, namentlich den Marker (N 117) und die mit Beweismitteln versehene formelle Selbstanzeige (N 119), sowie ihre Wirkungen, verwendet.

Mit einer Meldung, die als «**Marker**» bezeichnet wird und die nur rudimentäre Informationen zum mutmasslichen Verstoss enthält, wird dem Unternehmen provisorisch der erste Rang bestätigt (N 269). Ein Unternehmen erhält für den Marker den ersten Rang, damit es in **interner Untersuchung** weitere Informationen und Beweismittel auffinden und später vorlegen kann (Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 10 SVKG).<sup>164</sup> 117

Der Marker soll den Wettstreit fördern, indem dem Umstand Rechnung getragen wird, dass das Unternehmen bei der internen Aufdeckung eines möglichen Wettbewerbsverstosses regelmässig nur einen **Verdacht** hegt, an einem Verstoss beteiligt gewesen zu sein.<sup>165</sup> Durch die Möglichkeit, für eine mit rudimentären Informationen zum Verstoss versehene Meldung den Rang zu erhalten, erlangt das Unternehmen einen Anreiz zur frühzeitigen Meldung, auch wenn intern noch weitere Abklärungen getroffen werden müssen.<sup>166</sup> 118

Gemäss dem *Merkblatt* zur Bonusregelung kann das Unternehmen auch eine Selbstanzeige beziehungsweise eine **formelle Selbstanzeige**<sup>167</sup> einreichen, die bereits mit einschlägigen Informationen und Beweismitteln zum mutmasslichen Verstoss versehen 119

---

<sup>164</sup> Dieses Markersystem stützt sich auf Art. 9 Abs. 3 SVKG und Art. 10 SVKG, siehe Merkblatt Bonusregelung 2019, 4 ff. N 24 ff., 5 N 25, 6 N 33; SVKG Erläuterungen, 10; Picht, OFK-Wettbewerbsrecht II, SVKG 11 N 9; DÄHLER/KRAUSKOPF, 148; SOMMER, N 16; auch in der EU-Kronzeugenmitteilung aus dem Jahre 2002 war in Ziff. 14 und Ziff. 18 vorgesehen, den Antrag auf Sanktionserlass schriftlich zu bestätigen und andere Anträge erst dann zu prüfen, wenn über die ersten Anträge entschieden wurde, was als Marker-System verstanden werden konnte, siehe KLUSMANN, 828 Fn 44.

<sup>165</sup> SCHALLER/KRAUSKOPF, 73 m.w.H.

<sup>166</sup> Erläuterungen zur SVKG, 10; DÄHLER/KRAUSKOPF, 148.

<sup>167</sup> Der Begriff wird vereinzelt auch im Merkblatt verwendet, siehe Merkblatt Bonusregelung 2019, 5 N 26.

ist,<sup>168</sup> und so den ersten Rang provisorisch bestätigt erhalten. Die formelle Selbstanzeige ist im Prozess der **Ergänzung der Selbstanzeige** allenfalls mit weiteren Beweismitteln zu versehen, wobei derweil ebenfalls der erste Rang freigehalten wird (Art. 10 SVKG; Art. 9 Abs. 3 SVKG).

Auch unter dem *EU-Recht* besteht gemäss Ziff. (14) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 die Unterscheidung zwischen einem **Marker** und einer mit Beweismitteln versehenen Selbstanzeige, welche als **förmlicher Antrag** bezeichnet wird. Beide Antragsformen können beigezogen werden, um die Bedingung der Vorlage von Beweismitteln i.S.v. Ziff. (8) (a) oder (b) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 zu erfüllen. Für einen Marker muss das Unternehmen gemäss Ziff. (15) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 insbesondere Informationen zum mutmasslichen Kartell vortragen. Wird der Marker gewährt, erhält das Unternehmen eine Frist, um Beweismittel zum Verstoss zusammenzutragen. Bei einem förmlichen Antrag wird gemäss Ziff. (16) (a) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 die Vorlage der dem Unternehmen verfügbaren Beweismittel i.S.v. Ziff. (8) und (9) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 einschliesslich der Unternehmenserklärung verlangt. Sowohl der Marker als auch der förmliche Antrag werden gemäss Ziff. 21 EU-Kronzeugenmitteilung 2006 erst dann geprüft, wenn über einen bereits vorliegenden Antrag entschieden wurde.

- 120 Die *Praxis* und *Lehre* äussert sich dazu, dass auch bei einem Marker, auf den Marker die formelle Selbstanzeige (und damit auch der Ergänzung von dieser) **folge**.<sup>169</sup> Wenn der Rang bereits mit dem Marker bestätigt ist, so ist aber anschliessend kein «Akt» der formellen Selbstanzeige für die provisorische Rangsicherung möglich, zumal der Rang bereits provisorisch erteilt wurde. Die Selbstanzeige wird ab der Rangsicherung vielmehr zum Prozess, welcher Thema der Kooperationspflichten bildet. Für die Kooperation kann dann zwar gefordert werden, dass inhaltlich noch eine formelle Selbstanzeige abzulegen ist. Diese weist nach dem Gesagten allerdings keine Wirkungen im Sinne der provisorischen Rangsicherung auf, weil der Rang bereits erteilt wurde, womit sie inso-

---

<sup>168</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 6 N 34 und Formular B – Selbstanzeige, Ziff. 6.

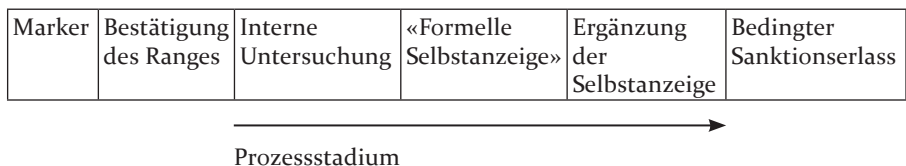
<sup>169</sup> RPW 2018/4 841, 854 N 156 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q); Merkblatt Bonusregelung 2019, 4 N 24 f.

fern keine formelle Selbstanzeige darstellt (daher die Anführungszeichen beim Begriff der formellen Selbstanzeige nach dem Marker in der Graphik 1 unter N 122) (Kap. 6.1).

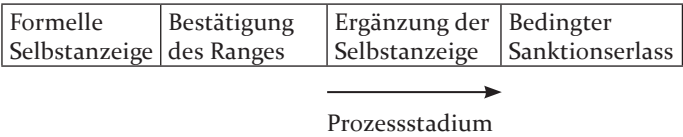
Legt das Unternehmen den Behörden in diesem Prozess innert Frist tatsächlich genügende Informationen und Beweismittel i.S.v. Art. 8 Abs. 1 SVKG vor, teilen die Behörden dem Unternehmen den **bedingten Sanktionserlass mit**. Der bedingte Erlass bindet die WEKO in ihrer Beurteilung, ob die vorgelegten Beweismittel genügend beweiskräftig sind, um einen Sanktionserlass sprechen zu können (Art. 11 Abs. 2 SVKG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG). Mit dem definitiven Sanktionserlass stellt die WEKO am Ende des Verfahrens insbesondere fest, ob sich der Selbstanzeiger auch nach dem bedingten Erlass kooperativ verhalten hat (Art. 11 Abs. 1 SVKG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Bst. b-d SVKG). 121

Die **Auslegeordnung zum Begriff und zu den Wirkungen der Selbstanzeige** ergibt demnach das Folgende: Bei der Selbstanzeige, das heisst beim Marker und bei der formellen Selbstanzeige, geht es um die Frage, ob für die Meldung des Verstosses und allenfalls bereits erste Vorlage von Beweismitteln der erste Rang eingenommen wird. Bei der internen Untersuchung und Ergänzung der Selbstanzeige ist der ab der Rang-sicherung losgetretene Prozess der Vorlage weiterer Beweismittel angesprochen. Beim bedingten Sanktionserlass wird schliesslich geklärt, ob für den Sanktionserlass innert Frist im Rahmen dieses Prozesses genügend Beweismittel vorgetragen wurden, um dem Unternehmen einen Sanktionserlass unter der Bedingung zu erteilen, dass es sich im weiteren Verfahrenslauf kooperativ verhält. 122

Graphik 1: Marker



Graphik 2: Formelle Selbstanzeige



**3.2.4. Nachrücken des zweiten Selbstanzeigers**

- 123 Gemäss der *Rechtsgrundlage* in Art. 8 Abs. 1 SVKG i.V.m. Art. 11 Abs. 2 SVKG erhält den bedingten Sanktionserlass, wer die Selbstanzeige zuerst mit Informationen und Beweismitteln ergänzt hat. Nach Art. 10 SVKG prüft die Wettbewerbsbehörde allerdings früher eingegangene Selbstanzeigen zuerst. Wenn einem Unternehmen A daher der erste Rang erteilt wurde und ein Unternehmen B, das den zweiten Rang einnimmt, die Selbstanzeige vor dem Unternehmen A mit Beweismitteln ergänzt, bleibt das Unternehmen A dennoch auf dem ersten Platz.
- 124 Es fragt sich vor diesem Hintergrund zunächst, ob das erstplatzierte Unternehmen A den ersten Rang verliert, wenn es die Selbstanzeige nicht innert Frist mit ausreichend Beweismitteln i.S.v. Art. 8 Abs. 1 SVKG ergänzt hat, und ob das zweitplatzierte Unternehmen B in diesem Fall nachrückt und sich dadurch als Aspirant für den Sanktionserlass qualifiziert.
- 125 Die Rechtsgrundlage des Art. 8 Abs. 1 SVKG, wonach das Unternehmen, das sich anzeigt und als Erstes Beweismittel vorlegt, einen Sanktionserlass erhält, lässt darauf schliessen, dass ein zweitplatzierter Unternehmen in die Stellung des erstplatzierten Unternehmens nachrücken kann, sollte das erstplatzierte Unternehmen die Frist zur Vorlage von Informationen und Beweismitteln i.S.v. Art. 8 Abs. 1 SVKG (Art. 9 Abs. 3 Bst. b SVKG) verpassen.<sup>170</sup>
- 126 Der Sinn des Nachrückens liegt darin, die **Kooperationsmotivation** von sämtlichen potentiellen Selbstanzeigern während der Ermittlung aufrecht zu erhalten, indem die Hoffnung auf ein Nachrücken erhalten bleibt.<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 6 N 33 i.V.m. N 39 f.; GRAF, 496 f.

<sup>171</sup> SCHALLER/KRAUSKOPF, 73; TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 12 f.; ZIMMERLI, Dogmatik, 674 f.,

Ein *Teil der Lehre* bringt vor, ein Nachrücken sei nur möglich, solange der erste Selbst- 127  
 anzeiger *nicht ausreichend Informationen und Beweismittel für den bedingten Erlass*  
*vorgebracht* und dafür den bedingten Sanktionserlass erhalten hat. Nach dem beding-  
 ten Erlass würde sich das Nachrückrecht nicht rechtfertigen, insbesondere weil keine  
 Rechtsgrundlage und keine Notwendigkeit für die Einräumung eines Nachrückrechts  
 besteht, soweit andere Voraussetzungen als die fristgerechte Ergänzung mit Beweismit-  
 teln i.S.v. Art. 8 Abs. 1 SVKG nicht erfüllt sind.<sup>172</sup> Ein *anderer Teil der Lehre* befürwortet,  
 dass selbst *nach der Ergänzung der Selbstanzeige* mit Beweismitteln ein Nachrücken  
 möglich bleiben soll, um den Wettlauf um die erste Selbstanzeige aufrecht zu erhalten  
 und so die Ermittlungstätigkeit zu stärken.<sup>173</sup>

Der Rechtsvergleich zum *US-Recht* zeigt, dass unter diesem ein Nachrücken  
 jedenfalls nur zu Beginn der Kooperation möglich ist: Im Zeitraum der Er-  
 gänzung der Selbstanzeige kann ein anderes Unternehmen das erste Unter-  
 nehmen nicht im Rang überholen, selbst wenn das erste Unternehmen erst am  
 Ende dieser Frist die notwendigen Informationen und Beweismittel vorträgt.<sup>174</sup>  
 Während dieses Zeitraums ist ein Nachrücken möglich, sollte das erste sich  
 anzeigende Unternehmen nicht innert Frist genügende Beweismittel vorlegen.  
 Konkret erhält dann das nächste die Selbstanzeige ergänzende Unternehmen  
 dessen Position.<sup>175</sup>

Nach hier vertretener Auffassung kann aufgrund des Wortlauts von Art. 8 Abs. 1 SVKG 128  
 i.V.m. Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG, wonach das Unternehmen als Erstes die Selbstanzeige  
 mit Beweismitteln zu ergänzen hat, ein Nachrückrecht für das zweitplatzierte Unter-  
 nehmen nur entstehen, wenn das erstplatzierte Unternehmen eben nicht als Erstes  
 Beweismittel i.S.v. Art. 8 Abs. 1 SVKG liefert. Soweit solche Beweismittel (innert Frist)  
 vorgelegt wurden, wird ein bedingter Sanktionserlass gesprochen (Art. 11 Abs. 2 SVKG).  
 Das heisst, bis der bedingte Sanktionserlass gesprochen wird, ist das Nachrücken

---

692 f.; WEBER/VOLZ, N 3.275.

<sup>172</sup> GRAF, 496 f.

<sup>173</sup> PICHT, OFK-Wettbewerbsrecht II, SVKG 9 N 20.

<sup>174</sup> DOJ, Leniency Program FAQ, 2 f. Ziff. 2; NICOURD, 28.

<sup>175</sup> DOJ, Antitrust Division Manual, Chapter 3, 97.

gemäss Wortlaut der Sanktionsverordnung noch möglich. Die Wettbewerbsbehörden haben ausserdem bis zum bedingten Sanktionserlass bedeutende Informationen oder Beweismittel erlangt (Art. 8 Abs. 1 SVKG), womit die Aufrechterhaltung des Wettlaufs nach einem bedingten Erlass in der Regel weniger bedeutsam für die Untersuchung sein dürfte.

### **3.3. SANKTIONSERLASS FÜR DEN ERSTRANGIGEN SELBST-ANZEIGER**

- 129 Nachdem das Unternehmen für die Selbstanzeige den Rang bestätigt erhalten hat, ist es Aspirant für den Sanktionserlass. Vom Erlass ausgeschlossen ist das Unternehmen, das die Rolle als Anstifter oder Anführer eingenommen oder ein anderes Unternehmen zur Teilnahme am Verstoss gezwungen hat (Kap. 3.3.1). Das Unternehmen kooperiert für den bedingten Erlass durch die Vorlage von Informationen und Beweismitteln zum angezeigten mutmasslichen Verstoss (Art. 9 Abs. 3 SVKG) (Kap. 3.2). Für den definitiven Sanktionserlass hat es Verhaltenspflichten im Verfahren kontinuierlich einzuhalten (Kap. 3.2.3). Zu diskutieren ist, ob das Unternehmen bei erfüllten Voraussetzungen über einen Anspruch auf den Sanktionserlass verfügt (Kap. 3.3.4).

#### **3.3.1. Vom Erlass ausgeschlossene Rollen**

- 130 Das sich anzeigende Unternehmen kann einen Sanktionserlass erhalten, ausser es habe die Rolle des Anführers im Verstoss innegehabt oder andere Unternehmen zur Teilnahme am Verstoss angestiftet oder gezwungen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG). Die Schweizer Regelung geht weiter als diejenige der EU, die nur das zwingende Unternehmen ausschliesst.<sup>176</sup>

Der volle Erlass wird unter *EU-Recht* gemäss Ziff. 13 EU-Kronzeugenmitteilung 2006 nur erteilt, wenn das Unternehmen nicht andere zur Teilnahme an der Abrede gezwungen hat.

Bei der Eröffnungskooperation (Type A) nach *US-Recht* wird verlangt, dass das Unternehmen nicht andere Unternehmen zur Teilnahme am Verstoss gezwun-

---

<sup>176</sup> Siehe Erläuterungen zur SVKG, 7.

gen hat und nicht die Rolle als das eindeutig anstiftende oder das eindeutig anführende Unternehmen im Verstoss eingenommen hat.<sup>177</sup> Bei der von der Antitrust Division vorgenommenen Abwägung über den Anklageverzicht bei Kooperation während der Untersuchung (Type B) ist aber die Rolle im Verstoss nicht mehr von Bedeutung, dafür können Fairnessüberlegungen angestellt werden.<sup>178</sup>

### 3.3.2. Eröffnungs- und Feststellungskooperation

Für einen Sanktionserlass hat sich das Unternehmen als erstes der am Verstoss beteiligten Unternehmen anzuzeigen und zu kooperieren, indem es Informationen und Beweismittel zum angezeigten Verstoss vorlegt (Art. 8 Abs. 1 SVKG) und sich kooperativ verhält (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-d SVKG). Die *rechtliche Grundlage* der Kooperation durch die Lieferung von Informationen und Beweismitteln in Art. 8 Abs. 1 SVKG lautet namentlich wie folgt:

#### **Art. 8 Voraussetzungen**

*<sup>1</sup>Die Wettbewerbskommission erlässt einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 Abs. 3 und 4 anzeigt und als Erstes:*

*a. Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, ein kartellrechtliches Verfahren gemäss Artikel 27 KG zu eröffnen; oder*

*b. Beweismittel vorlegt, welche es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Artikel 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG festzustellen.*

*[...]*

*<sup>3</sup>Der Erlass der Sanktion gemäss Absatz 1 Buchstabe a wird nur gewährt, sofern die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Informationen verfügt,*

<sup>177</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 1 f. A.

<sup>178</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 2 f. B.; NICLOUD, 494; zur Bonusregelung im US-Recht siehe auch LESLIE, 454.



*um ein Verfahren nach den Artikeln 26 und 27 KG betreffend die angezeigte Wettbewerbsbeschränkung zu eröffnen.*

*<sup>4</sup>Der Erlass der Sanktion gemäss Absatz 1 Buchstabe b wird nur gewährt, sofern:*

*a. nicht bereits ein anderes Unternehmen die Voraussetzungen für einen Erlass gemäss Absatz 1 Buchstabe a erfüllt; und*

*b. die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über genügend Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen.*

*[...]*

- 132 Ein Unternehmen kann demnach die sog. **Eröffnungskooperation** leisten und damit zur Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG beitragen. Das Unternehmen legt dazu Informationen vor, die es den Behörden erlauben, die Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 SVKG). Vorausgesetzt wird, dass die Behörden nicht bereits über ausreichende Informationen verfügen, um selbst ein Verfahren nach den Artikeln 26 und Art. 27 KG in die Wege zu leiten (Art. 8 Abs. 3 SVKG). Somit kann eine Eröffnungskooperation geleistet werden, solange die Behörden noch keine Vorabklärung nach Art. 26 KG eröffnen können. Die Eröffnungskooperation gilt entsprechend als besonders wertvolle Kooperation, weil sie die Aufnahme von Ermittlungen überhaupt erst ermöglicht.

Der Rechtsvergleich zum *EU-Recht* ergibt, dass die EU-Kronzeugenmitteilung 2006 der Kommission ebenfalls erlaubt, dem Selbstanzeiger einen vollen Sanktionserlass zu erteilen, wenn ähnliche Voraussetzungen gegeben sind. Diese liegen gemäss Ziff. II. A. EU-Kronzeugenmitteilung 2006 darin, dass das Unternehmen sich als erstes der am Verstoss beteiligten Unternehmen anzeigt und je nachdem, ob eine Untersuchung bereits eröffnet wurde, zur Eröffnung oder zur Feststellung beiträgt (Ziff. 8 ff.).

Wurde noch keine Untersuchung eröffnet, soll eine Eröffnungskooperation es der Kommission gemäss Ziff. (8)(a) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 ermöglichen, gezielte Nachprüfungen im Zusammenhang mit dem angezeigten Verstoss durchzuführen. Vorausgesetzt wird nach Ziff. (10) EU-Kronzeugenmitteilung

2006, dass die Kommission nicht bereits über ausreichend Beweismittel verfügt, um eine Nachprüfung anzuordnen oder eine solche Nachprüfung bereits durchgeführt hat.

Nach der Corporate Leniency Policy der USA kann sich ein Selbstanzeiger gemäss *US-Recht* auf Kriterien stützen, nach denen die DOJ Antitrust Division auf eine Anklage verzichtet. Meldet sich das Unternehmen vor der Eröffnung einer Untersuchung (Type A), wird verlangt, dass es sich in einem Unternehmensakt selbst anzeigt, wobei die Behörde keine Kenntnis über den Verstoss haben darf.<sup>179</sup>

Wenn noch keine Eröffnungskooperation geleistet wurde und auch nicht geleistet werden kann, weil die Voraussetzungen für diese nicht (mehr) gegeben sind (Art. 8 Abs. 4 Bst. a SVKG), namentlich wenn die Untersuchung aufgrund einer Meldung eines Dritten, der nicht an der Abrede beteiligt war, oder wegen anderer unabhängig von einer Bonusmeldung erlangter Beweismittel eröffnet wurde,<sup>180</sup> besteht noch die Möglichkeit, im Rahmen einer **Feststellungskooperation** mit den Behörden zusammenzuarbeiten (Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG i.V.m. Art. 8 Abs. 4 Bst. a SVKG). 133

Entscheidend ist, dass die Behörden, sobald die Eröffnung einer Vorabklärung nach Art. 26 KG möglich ist, keine Eröffnungskooperation mehr zulassen (Art. 8 Abs. 3 SVKG). Dies bedeutet, dass ab der Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG nur mehr die Feststellungskooperation geleistet werden kann (Art. 8 Abs. 4 Bst. a SVKG). 134

Das Unternehmen trägt mit der Feststellungskooperation Beweismittel vor, die die Feststellung des Verstosses erlauben sollen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG). Die Feststellungskooperation ist allerdings nur solange möglich, wie die Behörden noch nicht über genügend Beweismittel zur Feststellung des Verstosses verfügen (Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG). 135

Nach eröffneter Untersuchung kann unter *EU-Recht* aufgrund der Feststellungskooperation gemäss Ziff. (8)(b) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 ein

---

<sup>179</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 1 f. A.

<sup>180</sup> RPW 2016/3 722, 751 N 217 (Saiteninstrumente); RPW 2009/3 196, 218 f. N 153 (Elektroinstallationsbetriebe Bern); RPW 2019/2 322, 473 N 792 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I).

Sanktionserlass erteilt werden,<sup>181</sup> wenn das Unternehmen gemäss Ziff. (8)(b) Beweismittel vorlegt, die es der Kommission ermöglichen, im Zusammenhang mit dem mutmasslichen Kartell eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG-Vertrag festzustellen. Nach Ziff. 11 EU-Kronzeugenmitteilung 2006 darf die EU-Kommission zum Zeitpunkt der Vorlage von Informationen und Beweismitteln im Rahmen einer Feststellungskooperation «nicht über ausreichend Beweismittel verfü[en], um eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 EG-Vertrag bezüglich des mutmaßlichen Kartells feststellen zu können.».

Unter *US-Recht* kann ein Unternehmen auch nach der Untersuchungseröffnung (Type B) sich als erstes aller am Verstoss beteiligten Unternehmen anzeigen und unter bestimmten Voraussetzungen vom Anklageverzicht profitieren.<sup>182</sup> Die Antitrust Division des DOJ lässt die Feststellungskooperation (Type B) solange zu, bis sie über genügende Beweismittel für die Anklage verfügt.<sup>183</sup>

- 136 Die Feststellungskooperation ist demnach in jedem Untersuchungsstadium zulässig. Der Sinn der Regelung liegt denn auch darin, dem Risiko einer blockierten Untersuchung zu begegnen.<sup>184</sup>

#### 3.3.3. Kontinuierliche Kooperation

- 137 Das sich angezeigende Unternehmen hat während des gesamten Verfahrens ein besonderes Verhalten an den Tag zu legen, indem es unaufgefordert sämtliche verfügbaren Informationen und Beweismittel zum angezeigten Verstoss vorträgt (Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG) und ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert (Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG). Ferner trifft es die Pflicht, seine Be-

---

<sup>181</sup> EU-Kommission, FAQ Leniency Policy I, 3.

<sup>182</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 2 f. B.; NICOURD, 494; zur Bonusregelung im US-Recht siehe auch LESLIE, 454.

<sup>183</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 2 Type B. Ziff. 2: «The Division, at the time the corporation comes in, does not yet have evidence against the company that is likely to result in a sustainable conviction; [...]».

<sup>184</sup> SVKG Erläuterungen, 7.

teilung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde hin einzustellen (Art. 8 Abs. 2 Bst. d SVKG).

Das Unternehmen muss unter *EU-Recht* gemäss EU-Kronzeugenmitteilung 2006 ebenfalls ab der Antragsstellung während des gesamten Verwaltungsverfahrens ernsthaft, in vollem Umfang, kontinuierlich und zügig mit der Kommission kooperieren (Ziff. 12).

Unter *US-Recht* wird bei der Eröffnungskooperation (Type A) unter anderem verlangt, dass der Verstoss vom Unternehmen bei dessen Entdeckung eingestellt wird, das Unternehmen ehrlich und umfassend alle vorhanden Beweismittel vorlegt und dass es, soweit möglich, geschädigte Private restituiert.<sup>185</sup> Bei der Feststellungskooperation (Type B) gilt auch, dass der Verstoss bei der Entdeckung beendet wird, der Verstoss ehrlich und umfassend mit allen Beweismitteln dargelegt wird und Private entschädigt werden.<sup>186</sup>

### 3.3.4.      **Rechtsanspruch oder Ermessensentscheid?**

Die *Gesetzesgrundlage* der Bonusregelung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG sieht nach dem Wortlaut vor, dass einem Unternehmen die Sanktion ganz oder teilweise erlassen werden «kann», wenn es an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Die Vorschrift räumt den Behörden damit **Entschiessungsermessen** beim Entscheid über den Sanktionserlass ein. Die Sanktionsverordnung sieht dagegen vor, dass die Wettbewerbskommission den Erlass erteilt, sollte ein Unternehmen die Voraussetzungen nach Art. 8 SVKG erfüllen. 138

Nach Auffassung der *Lehre* sei der Sanktionserlass bei gegebenen Voraussetzungen zu vergeben, denn der Wortlaut der Sanktionsverordnung gemäss Art. 8 SVKG sehe vor, dass die Sanktion erlassen werde, wenn das Unternehmen genügend kooperiere, und ausserdem solle Unsicherheit im Sinne der Attraktivität der Bonusregelung möglichst 139

---

<sup>185</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 1 f. A, Ziff. 2, 3 und 5.

<sup>186</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 2 f. B, Ziff. 3, 4 und 6.

vermieden werden. Zudem würde die relativ grosse Behördenpraxis zu einer faktischen Bindung der Wettbewerbsbehörden führen.<sup>187</sup>

- 140 Ein potentiell zur Kooperation bereites Unternehmen erwägt bei seinem Entscheid, eine Selbstanzeige einzureichen, ob die Regelung des Sanktionserlasses klar und berechenbar ist.<sup>188</sup> Obwohl Art. 49a Abs. 2 KG eine Kann-Vorschrift enthält, sollte demnach bei gegebenen Voraussetzungen kein Entschliessungsermessen darüber bestehen, ob die Sanktion erlassen wird,<sup>189</sup> um das Unternehmen zur Selbstanzeige zu bewegen. Insofern sollte dann ein Rechtsanspruch beim Entscheid über den Sanktionserlass bestehen, wenn die Voraussetzungen des Sanktionserlasses gemäss der Sanktionsverordnung (Art. 8 ff. SVKG) gegeben sind.<sup>190</sup>
- 141 Die Relevanz der berechenbaren Regelung des Sanktionserlasses lässt sich mit der Geschichte der Corporate Leniency Policy des *US-Rechts* illustrieren. Die Leniency Policy sieht vor, dass auf die Anklage zu verzichten ist,<sup>191</sup> wenn die in der Leniency Policy festgehaltenen Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Ursprünglich war breites Verfolgungsermessen beim Entscheid über den Anklageverzicht vorgesehen, was dazu führte, dass nur wenige Selbstanzeigen eingingen. Um Unternehmen zur Kooperation zu motivieren, wurde in der Folge das Verfolgungsermessen reduziert, indem der Entscheid über den Anklageverzicht davon abhängig gemacht wurde, ob bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden.

Das Pre-Investigation Plea Bargaining von 1978 kann wohl als Vorgängerversion der Leniency Policy angesehen werden. Die Neuheit der Politik des Pre-Investigation Plea Bargaining bestand darin, dass die DOJ Antitrust Division

---

<sup>187</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 121; PICH, OFK-Wettbewerbsrecht, SVKG 8 N 2; GRAF, 497 Fn 24.

<sup>188</sup> HETTICH/WINKLER, 682.

<sup>189</sup> GRAF, 497 Fn 24.

<sup>190</sup> Siehe auch die Botschaft revKG, BBl 2002 2022, 2039, wonach es von den pflichtgemässen Umständen des Einzelfalls abhängt, ob die Sanktion erlassen wird, wobei diese Umstände in der Sanktionsverordnung konkretisiert seien.

<sup>191</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 1: «Leniency means not charging [...]».

Verhandlungen über die Anklage selbst dann anbot, wenn vor der behördlichen Kenntnis eines Verstosses eine Selbstanzeige zu diesem vorgebracht wurde.<sup>192</sup>

Für das Eingehen eines Pre-Investigation Plea Bargaining galten fallweise zu gewichtende Kriterien. Namentlich waren die gesamten Umstände des Einzelfalles, der Zeitpunkt der Kooperation und der Beitrag zur Untersuchung, die Natur und Auswirkungen des Verstosses, die Wahrscheinlichkeit des Erfolges vor Gericht, der Tatbeitrag des sich anzeigenden Unternehmens verglichen mit demjenigen der anderen Beteiligten sowie der Wille zur Zusammenarbeit und die Art der Kooperation während der Untersuchung beim Entscheid über den Anklageverzicht zu berücksichtigen.<sup>193</sup>

Die DOJ Antitrust Division zog unter dieser Politik eine milde Behandlung eines Unternehmens ernsthaft in Betracht, wenn dieses freiwillig sein mutmasslich unzulässiges Verhalten vor dessen Aufdeckung durch die Behörde meldete. Diese Milde bestand darin, keine Anklage gegen das sich anzeigende Unternehmen zu erheben. Eine Garantie dafür bestand jedoch nicht. Die Antitrust Division reduzierte weder ihr Verfolgungsermessen noch gewährte sie automatisch eine Sanktionsmilde.<sup>194</sup>

Da nur wenige Selbstanzeigen unter dieser Politik abgelegt wurden, änderte das DOJ mit der Corporate Leniency Policy 1993<sup>195</sup> die Praxis. Die Politik besteht seither darin, keine Anklage zu erheben, wenn ein Unternehmen eine Selbstanzeige ablegt und die im Leniency Agreement festgehaltenen Voraussetzungen erfüllt sind. Ein umfassendes Verfolgungsermessen besteht unter dieser Politik nicht mehr, weil einzig die vom DOJ aufgestellten Bedingungen beim Entscheid über den Anklageverzicht massgebend sind. Zeigt sich das Unternehmen als

---

<sup>192</sup> ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 56.

<sup>193</sup> ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 56 f.

<sup>194</sup> ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 56 f., zu dieser Vorgängerversion, der sog. Leniency Policy 1978: «This policy was first announced in October 1978 [...] The Division will not, however, limit its prosecutorial discretion nor extend leniency automatically.».

<sup>195</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 1 ff.

erstes aller Beteiligten an, kooperiert und legt ein Geständnis zur Beteiligung am Verstoß ab, wird deshalb «automatisch» auf die Anklage verzichtet.<sup>196</sup>

### **3.4. SANKTIONSRREDUKTION FÜR NACHRANGIGE SELBST-ANZEIGER**

- 142 Die nachrangigen Selbstanzeiger gelten als Aspiranten für den teilweisen Sanktionserlass. Für den teilweisen Erlass sind sie zur Kooperation verpflichtet (Art. 12 SVKG) (Kap. 3.4.1).<sup>197</sup> Die Höhe der Sanktionsreduktion hängt von ihrem Beitrag zum Verfahrenserfolg und auch davon ab, ob ein weiterer Verstoß angezeigt wird (Kap. 3.4.2).

#### **3.4.1. Kooperation**

- 143 Im Gegensatz zum vollen Sanktionserlass können mehrere Unternehmen von einem teilweisen Sanktionserlass profitieren.<sup>198</sup> Damit erhalten Unternehmen aufgrund eines noch in Aussicht stehenden teilweisen Sanktionserlasses einen weiteren Anreiz zur Selbstanzeige und Kooperation.<sup>199</sup>
- 144 Das Sekretariat bestätigt den Eingang von Beweismitteln unter Angabe der Eingangszeit (Art. 13 Abs. 2 SVKG). Es besteht jedoch keine Möglichkeit, einen bedingten Erlass zu erhalten. Vielmehr entscheidet die WEKO mit der Endverfügung, ob sämtliche Voraussetzungen gegeben sind und in welcher Höhe ein Erlass gesprochen wird (Art. 14 Abs. 1

---

<sup>196</sup> DOJ, Detecting and Deterring, 2 Ziff. II: «If a corporation comes forward prior [...] and meets the requirements, the grant of amnesty is certain and is not subject to exercise or to prosecutorial discretion.»; NICOU, 497 f.; BÖGE, 158 f.; DOJ, Cornerstones, 8 Ziff. 5; WILLIAMS, 976 ff., zeigt auf, dass das Funktionieren der Leniency Policy von solcher «Transparenz» abhängig ist.

<sup>197</sup> PICHT, OFK-Wettbewerbsrecht, SVKG 11 N 13.

<sup>198</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 144.

<sup>199</sup> SOMMER, N 21.

SVKG).<sup>200</sup> Der späte Zeitpunkt der Mitteilung über die Höhe des teilweisen Erlasses soll Unternehmen zur Kooperation motivieren.<sup>201</sup>

Für die Reduktion wird vorausgesetzt, dass das Unternehmen einen Wettbewerbsverstoss anzeigt und unaufgefordert an der Feststellung des angezeigten Verstosses mitwirkt (Art. 12 f. SVKG) wie auch umfassend **kooperiert** (analog Art. 8 Abs. 2 Bst. b-d SVKG).<sup>202</sup> Trotz der Einnahme einer vom vollen Erlass ausgeschlossenen **Rolle** i.S.v. Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG kann ein Unternehmen noch eine Sanktionsreduktion erhalten.<sup>203</sup>

### 3.4.2. Höhe der Sanktionsreduktion

Die Sanktionsreduktion ist von der berechneten Sanktion abzuziehen.<sup>204</sup> Die Höhe der Reduktion beträgt nach Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 SVKG **maximal 50 Prozent** der Sanktion. Sie bemisst sich nach dem im Rahmen der Selbstanzeige geleisteten Beitrag zum Verfahrenserfolg (Art. 12 Abs. 2 SVKG).

In der Praxis der WEKO wurde zum Beispiel einem Unternehmen, das erst nach der Sichtung der beschlagnahmten Beweismittel durch die Behörden eine Selbstanzeige ablegte, welche keine neuen Beweismittel enthielt, aber einen Beitrag zur Übersichtlichkeit leistete, ein Sanktionsbonus in der Höhe von **20 Prozent** der Sanktion zugesprochen.<sup>205</sup>

Ein Unternehmen kann sodann eine Sanktionsreduktion erhalten, wenn es einen weiteren Wettbewerbsverstoss meldet und unaufgefordert Beweismittel zu diesem vorträgt

<sup>200</sup> SOMMER, N 35 m.H. auf die SVKG-Erläuterungen, 13; der SAV verlangte in der Vernehmlassung zur SVKG dagegen, dass auch das vom teilweisen Erlass profitierende Unternehmung eine frühe Mitteilung über die Höhe des Sanktionserlasses erhalten sollte, siehe Vernehmlassung des SAV zur SVKG, 15.

<sup>201</sup> SOMMER, N 36; KLUSMANN, 828 f.

<sup>202</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 147.

<sup>203</sup> RPW 2016/3 722, 751 N 223 (Saiteninstrumente), wonach das Unternehmen, das die führende Rolle eingenommen hat, einen Erlass erhielt.

<sup>204</sup> RPW 2013/4 524, 634 ff. (Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich); RPW 2013/2 142, 206 (Spedition); KRAUSKOPF, DIKE-KG, KG 49a Abs. 1-2, N 30.

<sup>205</sup> RPW 2010/4 717, 770 N 472 f. (Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren); siehe auch RPW 2012/3 615, 655 N 367 f. (Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen).



(Art. 12 Abs. 3 SVKG). Der **Bonus-Plus** wird im «Erstverfahren» gesprochen, in dem der ursprünglich angezeigte Wettbewerbsverstoss untersucht und beurteilt wird.<sup>206</sup> Davon zu unterscheiden ist der Sanktionserlass im Verfahren, welches den weiteren gemeldeten Verstoss betrifft. Dieser Erlass im «Zweitverfahren» beträgt 100 Prozent der Sanktion, wenn das sich anzeigende Unternehmen die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt (Art. 8 SVKG).

- 148 Die Höhe der erteilten Reduktion im Rahmen der Kooperation im Hinblick auf den Bonus-Plus beträgt **maximal 80 Prozent** der Sanktion (Art. 12 Abs. 3 SVKG). Sie bemisst sich nach dem Beitrag, den das Unternehmen zum Verfahrenserfolg geleistet hat (Art. 12 Abs. 1 und Abs. 3 SVKG).

In der Praxis der WEKO wurde zum Beispiel für eine Erleichterung des Zweiterfahrens durch Beiträge zur Datensichtung u. dgl. und die Einstellung des Verstosses im Zweitverfahren ein Sanktionserlass in der Höhe von **60 Prozent** im Erstverfahren zugestanden.<sup>207</sup>

### 3.5. SCHUTZ DES SELBSTANZEIGERS VOR ZIVILEN FOLGE-PROZESSEN

- 149 Ein Unternehmen verzichtet auf die Selbstanzeige, wenn ihm durch die Selbstanzeige zivilrechtliche Folgeprozesse drohen.<sup>208</sup> Die mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel können namentlich als Beweisquellen in einem Zivilverfahren nach Schweizer Recht und, soweit sich die angezeigte Wettbewerbsbeschränkung grenzüberschreitend auswirkt, insbesondere nach US-Recht dienen (Kap. 3.5.1). Um das Unternehmen dennoch zur Kooperation zu bewegen, werden gemäss der Sanktionsverordnung und der Behördenpraxis Vorkehrungen getroffen, die verhindern sollen, dass vorgetragene Beweismittel in einem zivilrechtlichen Folgeprozess erhoben und verwendet werden (Kap. 3.5.2): Die Unternehmenserklärung kann mündlich bei den Behörden zu Protokoll gegeben werden (Kap. 3.5.2.1), bei Selbstanzeigen besteht keine Verpflichtung, die

---

<sup>206</sup> Siehe etwa RPW 2018/2 347, 359 N 115 (Gerätebenzin).

<sup>207</sup> RPW 2010/4 717, 769 f. N 468 ff. (Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren).

<sup>208</sup> HOFFET/NEFF, 132.

eigene «Schuld» anzuerkennen (Kap. 3.5.2.2) und schliesslich werden die Akteneinsicht (Kap. 3.5.2.3), die Publikation (Kap. 3.5.2.4) und die Amtshilfe (Kap. 3.5.2.5) beschränkt.

### 3.5.1. Kartellrechtliche Zivilverfahren

Die *Rechtsgrundlage* in Art. 12 Abs. 1 KG besagt, dass Zivilkläger, die durch unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wurden, Ansprüche auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung, auf Schadenersatz und Genugtuung oder auf Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinnes geltend machen können. 150

Die mit der Selbstanzeige abgelegte Unternehmenserklärung sowie die dieser beigelegten weiteren Beweismittel könnten als Grundlage für kartellrechtlichen Ansprüche gemäss Art. 12 Abs. 1 KG dienen. So hat gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO jede Partei das Recht, dass von ihr form- und fristgerecht angebotene taugliche Beweismittel abgenommen werden. Verschiedene Regeln bewirken zwar im Einzelfall den Ausschluss von Beweismitteln oder beschränken die Art der Abnahme von Beweismitteln. Die Erkenntnisquellen schliessen diese Regeln dagegen grundsätzlich nicht aus.<sup>209</sup> Es ist nicht ersichtlich, weshalb die mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel nicht als Quellen im Zivilverfahren nach Schweizer Recht zugelassen sein sollten. 151

Sofern sich die mit der Selbstanzeige dargelegte Wettbewerbsbeschränkung grenzüberschreitend auswirkt, ist aufgrund des im Kartellrecht zahlreicher Länder geltenden Auswirkungsprinzips (siehe Art. 2 Abs. 3 KG) der Anwendungsbereich der Kartellgesetze ausländischer Rechtsordnungen eröffnet, in denen gestützt auf die Selbstanzeige zivilrechtliche Klagen erhoben werden können. 152

Der Zivilprozess gemäss *US-Recht* regt besonders zur Klage an, weil Geschädigten gestützt auf § 4(a) Clayton Antitrust Act of 1914 (Clayton Act) Schadenersatzansprüche in dreifacher Höhe des tatsächlichen Schadens (**triple damages**) eingeräumt werden.<sup>210</sup> Der Anspruch kann aber gegen das sich anzeigende Unternehmen auf die Höhe des bis zum Zeitpunkt des Leniency Antrags und

<sup>209</sup> Zum Ausschluss der Beweismittel siehe LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 256 N 9.144.

<sup>210</sup> BRODER, 205 f. N 8.75; SCHNAKL, 25.

damit der Einstellung des Verstosses anfallenden tatsächlichen Schadens (actual damage) reduziert werden, vorausgesetzt das Unternehmen kooperiert im Zivilverfahren gemäss der ACPERA Gesetzgebung.<sup>211</sup>

Ein weiterer Grund, weshalb unter US-Recht für Geschädigte ein Anreiz besteht, eine Klage zu erheben, liegt darin, dass Beweismittel der Beklagten – mithin auch der Leniency Antrag – bereits im Rahmen eines förmlichen Verfahrens (**Discovery**) herausverlangt werden können.<sup>212</sup> Nach Federal Rule of Civil Procedure 26(b)(1) sind zwar privilegierte Angelegenheiten von der Erhebung im förmlichen Verfahren (Discovery) ausgenommen, womit gestützt auf Privilegien die Herausgabe des Leniency Agreements verhindert werden kann. Das sich anzeigende Unternehmen gibt mit der Selbstanzeige aber wohl insbesondere das Privileg auf, die Kommunikation zwischen Anwälten und Klienten geheim zu halten (attorney-client privilege).<sup>213</sup>

## 3.5.2. Schutzvorkehrungen

### 3.5.2.1. Verzicht auf Schriftlichkeit

- 153 Die Grundlage in Art. 9 Abs. 1 SVKG sieht vor, dass die Selbstanzeige mit den entsprechenden Angaben gemäss Art. 9 Abs. 1 SVKG mündlich abgegeben werden kann:

*Art. 9 Inhalt und Form der Selbstanzeige*

1. [...] Die Selbstanzeige kann auch mündlich zu Protokoll gegeben werden.

[...]

---

<sup>211</sup> ACPERA § 212 (3), § 213 (b); Precision Assocs. v. Panalpina World Transp. (Holding) Ltd., No. 08-CV-00042 (JG) (VVP), 2015 U.S. Dis. LEXIS 109712, 10 f. (E.D.N.Y. August 19, 2015): «It is well established that withdrawal from a conspiracy can be found where a defendant "either ma[de] . . . a clean breast to the authorities . . . or communicat[ed] . . . the abandonment in a manner reasonably calculated to reach coconspirators." [...] There is no question that DHL made a clean breast to authorities when it applied for leniency and began cooperating [...]»; BRODER, 192 N 8.32.

<sup>212</sup> DENOTH, 242 m.H.a. Federal Rule of Civil Procedure 26(a)(1)(A)(ii); zum Discovery im Allgemeinen siehe BRODER, 225 f. A.38 ff.

<sup>213</sup> DENOTH, 250 f., 259 f. m.H.; zum Ganzen, namentlich auch zu weiteren Privilegien und zur «Doctrine of international comity», siehe DENOTH, 249 ff.

Das Unternehmen, das eine Selbstanzeige ablegt, hat ein Interesse daran, dass die vorgelegten Beweismittel nicht an Parteien in Zivilprozessen weitergegeben werden.<sup>214</sup> Spätestens mit der **Unternehmenserklärung** (Kap. 6.1.1.2), die das gesamte Wissen des Unternehmens zum aufzuklärenden mutmasslichen Verstoss enthält,<sup>215</sup> verlangt das Unternehmen entsprechenden Schutz. Dieser wird dadurch gewährleistet, dass die Unternehmenserklärung nicht zwingend in Schriftform, sondern in den Räumlichkeiten des Sekretariats mündlich zu Protokoll (Art. 9 Abs. 1 KG) gegeben werden darf.<sup>216</sup> Weiter wird zum Schutz vor Zivilansprüchen gefordert, dass die mündlichen Selbstanzeigeprotokolle nicht unterschrieben werden müssen.<sup>217</sup> 154

Auch unter *EU-Recht*, namentlich gemäss Ziff. (6), Ziff. (9) Fn 2 und Ziff. (32) EU-Kronzeugenmitteilung 2006, sind mündliche Unternehmenserklärungen zugelassen, die in den Räumlichkeiten der Kommission aufgezeichnet und niedergeschrieben werden. Das Unternehmen hat dabei die Unternehmenserklärung zu genehmigen.<sup>218</sup>

Ebenfalls besteht unter *US-Recht* ein Schutz. Das DOJ sieht unter Umständen vor, dass das Bestätigungsschreiben des bedingten Sanktionserlasses (conditional leniency letter) nur bei der Behörde gesichtet werden kann, um dieses vor der Herausgabe im Rahmen von Zivilverfahren zu bewahren.<sup>219</sup>

Eine mündlich zu Protokoll gegebene Selbstanzeige werde Bestandteil der **Verwaltungsakten**, welche nicht an Zivilkläger herausgegeben würden.<sup>220</sup> Es soll verhindert 155

<sup>214</sup> RPW 2012/2 264, 266 N 22 ff., N 24 (Zwischenverfügung Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau); BVGer B-5869/2014 vom 30. Oktober 2017, E. 3.9 (Spedition; Publikation Verfügung); BANGERTER/TAGMANN, 178.

<sup>215</sup> DENOTH, 240 f.

<sup>216</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 6 N 36 f.; SOMMER, N 17; HOFFET/NEFF, 132.

<sup>217</sup> HOFFET/NEFF, 132; Vernehmlassung SAV zur SVKG, 13.

<sup>218</sup> Siehe auch EuG T-15/02 vom 15. März 2006, BASF v. Kommission, ECLI:EU:T:2006:74, N 506; EuG T-236/01 vom 19. April 2004, Tokai Carbon v. Kommission, ECLI:EU:T:2004:118, N 431; KHAN, 475 N 7-206.

<sup>219</sup> DOJ, Leniency Program FAQ, 6 Ziff. 5.; NICOUD, 497 f.

<sup>220</sup> SOMMER, N 43 f.; siehe FORRESTER/BERGHE, 170, zur gleichen EU-Regelung nach Ziff. (6) und Ziff. (32) EU-Kronzeugenmitteilung 2006.

werden, dass das Unternehmen selbst in einem ausländischen Zivilprozess verpflichtet wird, (beim Unternehmen liegende) Dokumente, die es in der Schweiz eingereicht hat, der klagenden Partei zur Verfügung zu stellen.<sup>221</sup>

Die Regelung der Schweiz und der EU basiert auf Erfahrungen im US-Verfahren *In re Vitamins Antitrust Litigation*. Der District Court for the District of Columbia entschied, dass die Unternehmenserklärung und Kronzeugendokumente, die der EU-Kommission eingereicht wurden, und sich in Kopie beim Selbstanzeiger befanden, im discovery Verfahren herauszugeben seien. Der in diesem Verfahren eingesetzte Experte (special master) argumentierte namentlich, dass kein Schutz aufgrund eines investigatory privilege bestehe, weil sich die Kopien beim Selbstanzeiger befunden haben.<sup>222</sup>

#### 3.5.2.2. Kein Schuldgeständnis

- 156 Zu klären ist, inwiefern die vorgelegten Beweismittel vor der Verwendung im Zivilprozess geschützt werden, sollte sich das Unternehmen nicht «schuldig» bekennen müssen, am angezeigten Verstoß beteiligt gewesen zu sein. Das Sekretariat verlangt im Rahmen der Selbstanzeige kein «Schuldgeständnis» zum darzulegenden Wettbewerbsverstoß.<sup>223</sup>

Auch unter *EU-Recht* wird vom sich anzeigenden Unternehmen nicht verlangt, dass es sich schuldig bekennt.<sup>224</sup>

- 157 Ein Schuldgeständnis nach hergebrachtem Begriffsverständnis hat **keine verfahrensverkürzende Wirkung** und kann sich von vornherein nur auf Tatsachen beziehen.<sup>225</sup> Selbst bei einem Geständnis gilt das freie Verfolgungsermessen und die freie Beweiswürdigung (siehe auch Kap. 7.2.1 und Kap. 7.2.3). Ausserdem fällt die rechtliche Würdigung nicht aufgrund der Tatsache, dass ein Geständnis abgelegt wurde, anders aus,

---

<sup>221</sup> DÄHLER/KRAUSKOPF, 148; KRAUSKOPF/CARRON, 503.

<sup>222</sup> Zur Beurteilung unter US-Recht siehe *In re Vitamins Antitrust Litig.*, No. 99-197 (TFH), 2002 U.S. Dis. LEXIS 25815, 41 ff. (D.D.C. December 18, 2002); eingehend DENOTH, 260 ff.

<sup>223</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 1 f. N 5.

<sup>224</sup> FORRESTER/BERGHE, 162; MEROLA/WAELBROCK, 235 N 80 f.

<sup>225</sup> ZIMMERLI, Entwicklungen, 721; ZIMMERLI, Fensterbeschlüsse, N 7.

sondern höchstens deshalb, weil gestützt auf das Geständnis ein geänderter Sachverhalt angenommen wird und dieser damit eine andere Subsumption erfährt (N 82).

Aus der Qualifikation des Schuldgeständnis als Aussage zum Sachverhalt ergibt sich, dass ein Schuldgeständnis ein potientes Beweismittel ist. Auch ein Geständnis, das den rechtlichen Tatbestand oder die Schuld betrifft, kann als ein Geständnis zum Sachverhalt in Betracht gezogen werden. Je nach Würdigung des Schuldgeständnisses kann mit einem solchen der rechtserhebliche Sachverhalt nachgewiesen werden. Die Praxis des Gerichts der EU zeigt zum Beispiel, dass es für die Feststellung des Verstosses nicht unbedingt ausreicht, dass ein Unternehmen die Verantwortung für den Verstoß einräumt. 158

Zur Illustration kann auf die vom Gericht der EU zu beurteilende Sache BASF v. Kommission hingewiesen werden. Die Klägerin hat vorgebracht, sie habe die Kommission über «a) die Existenz rechtswidriger Absprachen, die eine Reihe von Vitaminprodukten, darunter die Vitamine A und E, betrafen und sich auf den Markt des EWR auswirkten; b) die wichtigsten Teilnehmer an diesen Absprachen, u. a. die vier in die Absprachen in Bezug auf die Vitamine A und E verwickelten Unternehmen (Roche, BASF, Aventis und Eisai); c) die Art dieser Absprachen, nämlich Vereinbarungen zur Preisfestsetzung und zur Absatz- und Mengenaufteilung; d) die Dauer dieser Absprachen (1989 bis 1999).» informiert. Das Gericht der EU erwog dazu, ungeachtet dessen, dass die Klägerin diese Informationen vorbrachte und sogar ihre **Verantwortung einräumte**, sei es fast vollständig der Kommission überlassen gewesen, den Sachverhalt zu rekonstruieren und nachzuweisen.<sup>226</sup>

Als Zwischenfazit ist demnach festzuhalten, dass ein Geständnis nach herkömmlichem Begriffsverständnis als Beweismittel zum Nachweis des Sachverhalts beziehungsweise erhobenen Tatvorwurf dienen kann. Das Geständnis weist nicht an sich einen Beweiswert auf, sondern dieser ergibt sich aus der Beweiswürdigung. 159

Das Unternehmen hat mit der Selbstanzeige bereits Beweismittel zum Verstoß vorzutragen (Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. b-c SVKG). Selbst wenn eine Pflicht zur Abgabe eines Geständnisses bestehen würde (dazu Kap. 6.2.2.1) – wäre ein Geständnis somit 160

<sup>226</sup> EuG T-15/02 vom 15. März 2006, BASF v. Kommission, ECLI:EU:T:2006:74, N 511, N 517.

höchstens ein weiteres Beweismittel (in Zivilprozessen). Insofern wird das Unternehmen nicht unbedingt besser vor zivilrechtlichen Klagen geschützt, wenn es davon absehen kann, mit der Selbstanzeige ein Schuldgeständnis nach hergebrachtem Begriffsverständnis abzulegen.

- 161 Der Begriff des «Schuldgeständnis» könnte sich aber auch auf ein Rechtsinstitut beziehen. Gerade wenn das Schuldgeständnis im Rahmen einer Selbstanzeige im Kontext eines Verzehrs auf Verteidigungsrechte genannt wird mit der Begründung, dass sich die Selbstanzeige nur auf Sachverhaltselemente beziehe, wird demnach eine Abgrenzung zum Institut der «Anerkennung der Anklage» (vgl. N 459), die als Schuldgeständnis gegebenenfalls das **Verfahren verkürzt**, vorgenommen.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteile in Verfahren betreffend Baubeschlüsse einen Sachverhalt, wonach sich ein Unternehmen angezeigt hat und im Rechtsmittelverfahren bestritt, dass es an der angezeigten Abrede beteiligt war. Gemäss den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts kann ein Unternehmen die Selbstanzeige im Beschwerdeverfahren bestreiten. So gehe mit der Selbstanzeige nicht automatisch ein «Schuldeingeständnis» einher und das Einreichen einer Selbstanzeige habe grundsätzlich keinen Einfluss auf die Verteidigungsrechte des Unternehmens. Die mit der Selbstanzeige vorgelegten Informationen würden sich vielmehr auf den Sachverhalt beziehen. Es wäre mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör und der Rechtsweggarantie nicht vereinbar, wenn vor Erlass der Verfügung auf ein Rechtsmittel verzichtet würde.<sup>227</sup>

- 162 Bei angezeigten Wettbewerbsbeschränkungen, die sich insbesondere in den USA auswirken, kann es allenfalls sinnvoll sein, dass die Selbstanzeige nicht als solches verfahrensverkürzendes Schuldgeständnis bzw. sogenannte Guilty Plea nach *US-Recht* (N 460) erachtet wird, um zu verhindern, dass die Selbstanzeige überhaupt in zivilrechtlichen Folgeprozessen in den USA verwertet wird.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 2.1, E. 2.2, E. 2.8 (Paul Koch); BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014, E. 4.1, E. 4.4, E. 4.9 (SFS unimarket).

<sup>228</sup> KLUSMANN, 821.

Ein Urteil aus einem US-Strafverfahren, das sich auf ein im Rahmen eines Plea Agreement verhandeltes Guilty Plea stützt,<sup>229</sup> kann nach § 5(a) Clayton Act als «prima facie» Beweis in zivilrechtlichen Folgeklagen verwendet werden.<sup>230</sup> Ausgeschlossen ist die Verwertung des Urteils, wenn der Beschuldigte auf «nicht bestreiten» plädiert (Rule of Criminal Procedure 11(f) i.V.m. Federal Rule of Evidence 410[a][2]).<sup>231</sup> Daneben erlaubt Federal Rule of Evidence 803(22) den Klägern, das Urteil, das auf einem Guilty Plea beruht, als Grundlage im Zivilprozess zu nutzen.<sup>232</sup>

Ein Guilty Plea ist verhandelbar (N 460), womit das Unternehmen darüber disponieren 163 kann. Ein Unternehmen könnte daher davor bewahrt werden, ein Guilty Plea gemäss US-Recht abzulegen, indem es explizit vorbringt, nur den aus eigener Sicht bestehenden Sachverhalt darlegen zu wollen und auch die Behörden vom Unternehmen einzig eine Darstellung und einen Beleg des Sachverhalts verlangen (N 156).

Die Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen bei einem Guilty Plea kann mit folgendem Beispiel dargelegt werden: In der vom United States Court of Appeals for the District of Columbia zu beurteilenden Sache *United States ex. rel. Miller v. Bill Harbert International*<sup>233</sup> hat das Unternehmen BIE sich schuldig bekannt (pleaded guilty), den Sherman Act verletzt zu haben, indem es sich an einer Submissionsabrede betreffend von USAID finanzierte Verträge beteiligte und Konkurrenten dafür entschädigte, nicht an dieser Submission teilzunehmen. Die Verteidigung der damit belasteten Unternehmen wollte die Verwendung der Beweismittel verhindern und brachte vor, dieses abgelegte Geständnis diene nur dem Nachweis, dass eine schuldhafte Beteiligung i.S. einer Rechtsfrage vorliege und es solle keinerlei Tatfragen behandeln. Vielmehr

<sup>229</sup> Ein Plea Agreement nach Federal Rule of Criminal Procedure 11(c)(1) wird nach Federal Rule of Criminal Procedure 11(c)(3) im Gerichtsprozess beurteilt.

<sup>230</sup> BOGART/HIMES/SEDRA, 53; ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 23, 53.

<sup>231</sup> *Burbank v. Gen. Elec. Co.*, 329 F.2d 825, 834 ff. (9th Cir. 1964); ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 49, 60 f.; siehe auch BRODER, 207 N 8.81.

<sup>232</sup> BOGART/HIMES/SEDRA, 54.

<sup>233</sup> *United States ex. rel. Miller v. Bill Harbert International Construction Inc.* 608 F.3d 871 (D.C. Cir. 2010).



solle nur die rechtliche Schlussfolgerung, dass BIE schuldig an der Beteiligung am Verstoß sei (guilty of conspiracy), etabliert werden. Das Gericht erwog dagegen, durch den «Antrag» auf ein Plea Agreement i.S.v. Rule 11 Federal Rules of Criminal Procedure würden nebst der Schlussfolgerung auf die Schuld auch Tatsachen zum Verstoß etabliert, zu denen die erwähnten Tatsachen zählten, dass BIE und andere Unternehmen im Rahmen der Submission Angebote einreichten und Zahlungen an Konkurrenten ausrichteten, um diese vom Angebot betreffend die ausgeschriebenen Verträge abzuhalten. Jedes dieser Sachverhaltselemente sei essentiell für die rechtliche Schlussfolgerung, dass BIE schuldig gegen den Sherman Act verstoßen habe.<sup>234</sup>

#### 3.5.2.3. Einschränkung der Akteneinsicht

- 164 Die **Parteien** verfügen auf der Grundlage des rechtlichen Gehörs über den Anspruch, Einsicht in Verfahrensakten zu nehmen (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 26 ff. VwVG). Aufgrund des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK können sie ausserdem an der Einvernahme von Zeugen teilnehmen oder zumindest Ergänzungsfragen stellen (Art. 6 Abs. 3 Bst. d EMRK).<sup>235</sup> Ohne Akteneinsichts- und Nachfragerecht könnten Widersprüche und Lücken von (im Rahmen von Selbstanzeigen abgelegten) Aussagen nicht erkannt und beurteilt werden.<sup>236</sup>
- 165 Noch ungeklärt ist, nach welchen Regeln im Rahmen der Einsicht in die Selbstanzeige eine Unterscheidung zwischen möglichen Einsichtsberechtigten i.S.v. Parteien nach

---

<sup>234</sup> United States ex. rel. Miller v. Bill Harbert International Construction Inc. 608 F.3d 871, 891 f. (D.C. Cir. 2010): «[...] BIE also submitted a memorandum describing the Conspiracy and BIE's role [...] but the rule 11 memorandum clearly states more than the bare conclusion that BIE was guilty. Instead, it asserts several facts [...]»; zum Ganzen BOGART/HIMES/SEDRAN, 54 f.

<sup>235</sup> Art. 39 KG i.V.m. Art. 18 VwVG und Art. 46 BZP; HEINE, 60; BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, KG 42 N 4: «[...] In kartellrechtlichen Verfahren verfügen die Parteien über eine Reihe von Mitwirkungsrechten bei Sachverhaltsfeststellung. [...] Als wichtige Teilgehalte [von Mitwirkungsrechten] im Kontext kartellrechtlicher Verfahren zu nennen sind etwa das Recht, [...] auf Teilnahme von Zeugeneinvernahmen (Art. 18 VwVG), [...] sowie das Recht, dem Zeugen Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 46 BZP).»; HANGARTNER, 273; WASER, 272; zur Einschränkung dieses Teilnahmerechts nach der StPO siehe WEDER, 283 ff.

<sup>236</sup> FORRESTER/BERGHE, 171.

Art. 6 VwVG i.V.m Art. 48 VwVG und Dritten, die eine Parteistellung i.S.v. Art. 43 KG innehaben (z.B. **Geschädigte nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG**), getroffen wird.<sup>237</sup>

Das Sekretariat gewährt den Parteien Akteneinsicht in die Selbstanzeigedossiers in der Regel erst im Zusammenhang mit dem Versand des Antrages des Sekretariats an die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).<sup>238</sup>

Bis zum Antrag bleibt auch die **Identität des Selbstanzeigers** gegenüber den weiteren Parteien verdeckt.<sup>239</sup> In Ausnahmefällen solle – so die Lehre – die Identität sogar noch bis zum Erlass der Endverfügung geheim bleiben.<sup>240</sup> Allerdings kann nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ein Gericht sich gestützt auf die Garantien eines fairen Verfahren i.S.v. Art. 6 EMRK nicht einzig oder hauptsächlich auf die Aussagen eines für die Verteidigung anonym gebliebenen Zeugen bei einer Verurteilung abstützen,<sup>241</sup> was im Verfahren auf Erlass der kartellrechtlichen Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG mutatis mutandis zu berücksichtigen wäre.

Nach dem Merkblatt zur Bonusregelung wird sowohl Einsicht in die Selbstanzeigeprotokolle als auch in die Selbstanzeigebeilagen gewährt.<sup>242</sup> Geschäftsgeheimnisse werden verdeckt (Art. 25 KG).<sup>243</sup> Zu unterscheiden ist die Einsicht in die «eigentliche Selbstanzeige» und in die «Beilagen». Die Selbstanzeige wird dabei vor der Verwendung im Zivilprozess insbesondere durch die **Modalitäten** abgeschirmt, dass in die «eigentliche Selbstanzeige» nur bei den Wettbewerbsbehörden Einsicht genommen werden kann, wobei keine Kopien oder Fotografien der «eigentlichen Selbstanzeige» erstellt werden dürfen. Dies gilt für die Selbstanzeiger selber als auch für die übrigen Verfahrensbeteiligten. Es ist dagegen zulässig, sich während der Einsicht Notizen zu

<sup>237</sup> PICT, OFK-Wettbewerbsrecht II, SVKG 11 N 25; ZIMMERLI, Dogmatik, 734 ff.

<sup>238</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 7 N 49; SCHALLER/KRAUSKOPF, 74;

<sup>239</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 7 N 47.

<sup>240</sup> SCHALLER/KRAUSKOPF, 74.

<sup>241</sup> Entscheidung des EGMR vom 23. April 1997, Nr. 21363/93, 21364/93, 21427/93 und 22056/93, van Mechelen vs. Niederlande, N 54 f.; KOUMBARAKIS, 196 N 228, 239 N 289.

<sup>242</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 8 N 51.

<sup>243</sup> Zu Geschäftsgeheimnissen siehe Merkblatt Bonusregelung 2019, 8 N 50.

machen oder ein Diktiergerät zu benutzen.<sup>244</sup> Die «eigentliche Selbstanzeige» betrifft wohl die zu Protokoll gegebene Unternehmenserklärung, mit der das Unternehmen sein gesamtes Wissen zum mutmasslichen Verstoss darlegt.

- 169 In die «Beilagen zur Selbstanzeige» darf grundsätzlich ebenfalls nur vor Ort Einsicht genommen werden. Wenn der Umfang der Beilagen so gross ist, dass die Einsicht vor Ort nicht zumutbar wäre oder eine wirksame Verteidigung verunmöglicht wird, werden den Untersuchungsadressaten Kopien zugestellt. Ausserdem müssen die Einsichtsberechtigten erklären, die erlangten Informationen nur im jeweiligen Verwaltungsverfahren vor den Wettbewerbsbehörden zu verwenden (nicht aber in Zivil-, Straf- und ausländischen Verfahren).<sup>245</sup>
- 170 Auch unter *EU-Recht* ist die Selbstanzeige mit Informationen und Beweismitteln gemäss Ziff. (8)(a) oder (8)(b) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 zu verstehen. Für den vollen Erlass ist gemäss Ziff. (9) (a) und Ziff. (11) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 eine Unternehmenserklärung abzugeben. Dabei wird gemäss Ziff. (33) und Ziff. (34) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 den Adressaten der Mitteilung der Beschwerdepunkte Einsicht in die Unternehmenserklärung gewährt. Sie müssen sich allerdings bereit erklären, die Informationen aus der Unternehmenserklärung, in die ihnen Einsicht gewährt wurde, nicht mit elektronischen Mitteln zu kopieren und sicherstellen, die Informationen nur für die Zwecke der Rechts- und Verwaltungsverfahren im Rahmen der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft zu verwenden. In Verwaltungsakten, wozu wohl auch Beilagen zur Selbstanzeige zählen, wird gemäss Ziff. 23 EU-Kronzeugenmitteilung den Adressaten der Mitteilung der Beschwerdepunkte Einsicht gewährt, unter der Bedingung, dass die erhaltenen Informationen nur für die Zwecke der Rechts- und Verwaltungsverfahren im Rahmen der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft verwendet werden, die dem Verwaltungsverfahren, in dessen Zuge Akteneinsicht gewährt wird, zugrunde liegen.
- 171 Um das sich anzeigende Unternehmen zu schützen, liegt in der EU das Ermessen über den Zugang zu den mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismitteln nicht bei den Gerichten der Mitgliedstaaten.

---

<sup>244</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 8 N 51.

<sup>245</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 8 N 51.

So hat der Gerichtshof der EU in Sachen *Pfleiderer v. Bundeskartellamt*<sup>246</sup> und in Sachen *Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie u.a.*<sup>247</sup> den Zugang zu Kronzeugendokumenten durch Akteneinsicht ins Ermessen der Gerichte der EU-Mitgliedstaaten gestellt.<sup>248</sup> Die Lehre kommentierte, dies könne zur Minderung der Kooperationsbereitschaft sich anzeigender Unternehmen führen und die Qualität der vorgelegten Informationen und Beweismittel beeinträchtigen.<sup>249</sup> Die später erlassenen EU-Schadenersatzrichtlinien berücksichtigen diese Kritik und sehen entsprechend vor, dass der Zugang zu Kronzeugendokumenten nicht von den nationalen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bestimmt werden darf.<sup>250</sup>

Ferner wird das selbstanzeigende Unternehmen auch unter *US-Recht* vor Zivilprozessen geschützt. Dabei besteht ein Schutzmechanismus im Zivilprozess darin, dass auf Antrag das Leniency Agreement gegebenenfalls vom Beweis im Zivilprozess ausgenommen wird, wobei allein das Gericht eine mögliche vorverurteilende Wirkung durch die für das selbstanzeigende Unternehmen auftretenden Zeugen prüft. 172

Im Verfahren *In re Static Random Access Memory (SRAM) Antitrust Litigation*<sup>251</sup> gewährte der District Court for the Northern District of California den Antrag des Unternehmens, das sich angezeigt hat, das Leniency Agreement vom Beweis auszunehmen. Das Gericht ordnete aber auch an, dass das selbstanzeigende Unternehmen dem Gericht das Leniency Agreement vorlegt zwecks Prüfung, ob eine mögliche Vorverurteilung durch das Auftreten der für das sich anzeigende Unternehmen aussagenden Personen im Geschworenenprozess besteht (in camera review). Das Gericht prüfte den Einfluss des Leniency Agreements

<sup>246</sup> EuGH C-360/09 vom 14. Juni 2011, *Pfleiderer v. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389.

<sup>247</sup> EuGH C-536/11 vom 6. Juni 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie u.a.*, ECLI:EU:C:2013:366.

<sup>248</sup> EuGH C-360/09 vom 14. Juni 2011, *Pfleiderer v. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389, N 3 f.; EuGH C-536/11 vom 6. Juni 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie u.a.*, ECLI:EU:C:2013:366, N 49; FRENZ, 778 f.

<sup>249</sup> SEITZ, 601.

<sup>250</sup> Art. 6(6)a EU-Schadenersatzrichtlinien; FRENZ, 778 f.

<sup>251</sup> *In re Static Random Access Memory (SRAM) Antitrust Litigation*, No. 4.07-md-1819 CW, 2011 U.S. Dis. LEXIS 32156 (N.D. Cal. January 12, 2011).

auf die Glaubhaftigkeit dieser Zeugen und fand, das Agreement führe nicht zu einer Vorbelastung, da das sich anzeigende Unternehmen in dieser Sache lediglich einen möglicherweise bestehenden Verstoss darzulegen und keinen Verstoss einzugestehen habe.<sup>252</sup>

#### 3.5.2.4. Verzicht auf Publikation

- 173 Die mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel könnten vor einer Verwendung in Zivilprozessen auch dadurch geschützt werden, dass der Umfang der Publikation der Sanktionsverfügung begrenzt wird.<sup>253</sup>
- 174 Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG «können» die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Hinsichtlich der Publikation untersteht die WEKO aber als Behördenkommission und daher als Teil der dezentralen Bundesverwaltung dem Öffentlichkeitsgesetz (Art. 2 Bst. a BGÖ) und sie ist folglich an das **Öffentlichkeitsprinzip** und dem diesem zugeordneten Transparenzgebot gebunden. Das Unternehmen könnte von der Ausnahmenvorschrift gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ profitieren, wonach der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird, wenn durch seine Gewährung Informationen vermittelt werden können, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann sich das selbstanzeigende Unternehmen allerdings nicht auf diese Vorschrift berufen, ohne eine explizite Zusicherung der Behörden erhalten zu haben, dass die vorgetragenen Informationen nicht weitergegeben werden.<sup>254</sup> Das *Merkblatt* des Sekretariats

---

<sup>252</sup> Siehe dazu die Administrative Motion to File Leniency Agreement Under Seal For In Camera Review bei In re Static Random Access Memory (SRAM) Antitrust Litigation, No. 4.07-md-1819 CW, 2011 U.S. Dis. LEXIS 32156, 34 (N.D. Cal. January 12, 2011): «The Court finds that Samsung has shown good cause for permanently filing the leniency agreement under seal pursuant to Civil Local Rule 79-5. Strict confidentiality of leniency agreements is essential to the proper functioning of DOJ's antitrust amnesty program [...]»; ABA Antitrust Section, Evidence Handbook, 72.

<sup>253</sup> ZIMMERLI, Dogmatik, 732 ff., 742 f.; DÄHLER/KRAUSKOPF, 148; SOMMER, N 38.

<sup>254</sup> BVGer B-5869/2014 vom 30. Oktober 2017, E. 3.6, E. 3.1.1, E. 3.1.2 (Spedition; Publikation Verfügung).

zur Bonusregelung enthält einen entsprechenden Hinweis, dass das Unternehmen, falls gewünscht, vom Sekretariat die Zusicherung nach Art. 7 BGÖ verlangen sollte.<sup>255</sup>

Der Vergleich zum *US-Recht* zeigt, dass der DC Circuit Court in Sachen Stolt-Nielsen Transp. Grp. Ltd. v. United States<sup>256</sup> ebenfalls darüber zu urteilen hatte, ob gestützt das Öffentlichkeitsgesetz der USA (Freedom of Information Act of 1967 [FOIA]) ein Leniency Agreement heraus zu geben sei. Das Gericht erwo in diesem Zusammenhang, gemäss subsection (b)(7) müssten Informationen nicht veröffentlicht werden, soweit damit die Rechtsdurchsetzung beeinträchtigt würde.<sup>257</sup>

Gemäss Art. 25 Abs. 1 KG sind die Wettbewerbsbehörden bei einer Publikation allerdings an das Amtsgeheimnis gebunden. Die Öffentlichkeit erhält daher keine Einsicht in vom Amtsgeheimnis geschützte Akten, Protokolle und andere Dokumente.<sup>258</sup> **Geschäftsgeheimnisse** werden nicht publiziert (Art. 25 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 KG) und persönlichkeitsbezogene Rechte bleiben gewahrt.<sup>259</sup> Art. 25 Abs. 4 KG, wonach die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen, gilt selbst unter der Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips.<sup>260</sup>

**Personennamen**, die als Geschäftsgeheimnis gelten, sind von Art. 25 Abs. 4 KG erfasst. Bei anderen Personendaten, die in der Sanktionsverfügung veröffentlicht werden

<sup>255</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, Rz. 53.

<sup>256</sup> Stolt-Nielsen Transp. Grp. Ltd. v. United States, 534 F.3d 728, 733 ff. (D.C. Cir. 2008).

<sup>257</sup> FOIA (b)(7): «This section does not apply to matters that are [...] records or information compiled for law enforcement purposes, but only to the extent that the production of such law enforcement records or information (A) could reasonably be expected to interfere with enforcement proceedings [...]»: Stolt-Nielsen Transp. Grp. Ltd. v. United States, 534 F.3d 728, 733 ff. (D.C. Cir. 2008); Loeff, Cabraser, Heimann & Bernstein LLP v. U.S. Dep't of Justice, 697 F. Supp. 2d 79, 87 f. (D.D.C. 2010); BRODER, 195 N 8.39; die Leniency Agreements sind auf [www.justice.gov](http://www.justice.gov) verfügbar.

<sup>258</sup> SOMMER, N 40 m.H.

<sup>259</sup> SOMMER, N 45; betreffend Geschäftsgeheimnisse siehe ZIMMERLI, Dogmatik, 724 f. m.H.

<sup>260</sup> Siehe das Urteil des BVGer B-5869/2014 vom 30. Oktober 2017 (Spedition; Publikation Verfügung), wonach die WEKO dem Öffentlichkeitsprinzip untersteht (E. 3.1.1), aber dennoch Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 25 Abs. 4 KG zu schützen hat (E. 3.7 und E. 4.4); siehe auch Art. 7 Bst. f. BGÖ, wonach die Offenbarung von Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen eine Ausnahme zum Öffentlichkeitsprinzip darstellt.

sollen und daher als Personendaten i.S.v. Art. 19 DSG gelten, bedarf es nach Art. 19 Abs. 1 DSG einer gesetzlichen Grundlage, welche in Art. 48 KG zu sehen ist, und ist nach Art. 19 Abs. 4 DSG abzuwägen, ob öffentliche Interessen oder Interessen der betroffenen Person der Publikation entgegenstehen.<sup>261</sup>

- 177 Die Publikation einer Selbstanzeige samt Beilagen mit der Sanktionsverfügung muss ferner **verhältnismässig** (Art. 5 Abs. 2 BV) sein. Es ist abzuwägen, ob das Interesse an der Publikation das Interesse am Schutz der Selbstanzeige als Institut überwiegt.<sup>262</sup>
- 178 Als Lösung des Problems, dass das Unternehmen vor der Selbstanzeige zurückschreckt, wenn die Unternehmenserklärung und die weiteren vorzulegenden Beweismittel in Teilen publik werden, wird von einem Teil der *Lehre* vorgeschlagen, im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung zu vereinbaren, dass die WEKO auf eine detaillierte Veröffentlichung der vorgelegten Beweismittel verzichtet. Die Ergebnisse der Untersuchung könnten ferner in anonymer Form veröffentlicht werden. Rückschlüsse auf die Identität der Unternehmen liessen sich aber dennoch ziehen.<sup>263</sup>
- 179 Vor der Sanktionsverfügung kann bereits mit der amtlichen Publikation zur Eröffnung einer Untersuchung (Art. 28 Abs. 1 KG)<sup>264</sup> die Tatsache mitveröffentlicht werden, dass eine Selbstanzeige beim Sekretariat eingegangen ist.<sup>265</sup>

---

<sup>261</sup> BVGer B-5869/2014 vom 30. Oktober 2017, E. 3.8 (Spedition; Publikation Verfügung).

<sup>262</sup> BVGer B-5869/2014 vom 30. Oktober 2017, E. 3.6, E. 3.9 E. 6.1 (Spedition; Publikation Verfügung).

<sup>263</sup> SOMMER, N 46 f.

<sup>264</sup> Zudem kann die Untersuchungseröffnung auf dem Internet veröffentlicht werden, siehe etwa Medienmitteilung vom 17. Februar 2016: «WEKO eröffnet Untersuchung gegen Verzinkereien», erhältlich auf [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch), abgerufen am 25. Juni 2019; die Publikation nach Art. 28 Abs. 1 KG hat lediglich deklaratorischen Charakter; Untersuchungshandlungen können daher bereits vor der Publikation stattfinden, siehe MARBACH/DUCREY/WILD, 427 N 1858 f.

<sup>265</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 7 N 47; SCHALLER/KRAUSKOPF, 74; im Strafprozess wird die Untersuchungseröffnung dagegen grundsätzlich nicht der Öffentlichkeit bekannt gegeben (Art. 73 StPO), wobei das strafrechtliche Gerichtsverfahren grundsätzlich öffentlich verläuft (Art. 69 StPO).

### 3.5.2.5. Eingeschränkte Amtshilfe

Der Staat kann als Geschädigter ebenfalls Einsicht in die Selbstanzeige erlangen. So kann ein von Submissionsabreden **geschädigter Kanton** im Rahmen einer Amtshilfe zwischen Bund und Kanton nach Art. 44 Abs. 2 BV, wonach Bund und Kantone einander Rücksicht und Beistand schulden und einander Amts- und Rechtshilfe leisten, einen Anspruch auf Datenherausgabe durch die Wettbewerbsbehörden aufweisen.<sup>266</sup> 180

Bei der Bekanntgabe von Personendaten sind die **Schranken des Datenschutzes** (Art. 19 Abs. 1 DSG) zu beachten. Dies soll einen Ausgleich zum Verfassungsinteresse des Grundrechts auf Persönlichkeitsschutz bieten.<sup>267</sup> Die einschlägigen Art. 19 Abs. 1 Bst. a und Abs. 4 DSG lauten: 181

*Art. 19 Bekanntgabe von Personendaten*

*<sup>1</sup>Bundesorgane dürfen Personendaten nur bekannt geben, wenn dafür eine Rechtsgrundlage im Sinne von Artikel 17 besteht oder wenn:*

*a. die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind;*

*[...]*

*<sup>4</sup>Das Bundesorgan lehnt die Bekanntgabe ab, schränkt sie ein oder verbindet sie mit Auflagen, wenn:*

*a. wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen oder*

*b. gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften es verlangen.*

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die Einsicht eines durch einen Kartellrechtsverstoss geschädigten Kantons in Akten aus einem Sanktionsverfahren der 182

<sup>266</sup> BGer 2C\_1040/2018 vom 18. März 2021, E. 2.3.3, E. 4.1 (Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; Akteneinsicht Kanton).

<sup>267</sup> BGer 2C\_1040/2018 vom 18. März 2021, E. 2.3.3, E. 4.1 (Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; Akteneinsicht Kanton).



WEKO zur **Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben** eines Kantons unentbehrlich sein, womit die entsprechende Datenherausgabe gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG zulässig sein kann.<sup>268</sup> Art. 25 Abs. 2 KG, wonach Wettbewerbsbehörden Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten dürfen, stelle keine Grundlage i.S. einer **gesetzlichen Geheimhaltungspflicht** oder besonderen Datenschutzvorschrift gemäss Art. 19 Abs. 4 Bst. b BGÖ dar.<sup>269</sup>

- 183 Hinsichtlich der Bonusregelung hat das Bundesverwaltungsgericht in Abwägung der Interessen gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG das **öffentliche Interesse am Schutz der Bonusregelung** bzw. am Anreiz zur Selbstanzeige durch Schutz vor Verwendung im Zivilverfahren indessen höher als dasjenige an der Geltendmachung ziviler Ansprüche eines durch Submissionsabsprachen geschädigten Kantons gewertet, womit die Voraussetzung der Datenherausgabe gemäss Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG nicht erfüllt ist.<sup>270</sup>
- 184 Die mit der Selbstanzeige erhobenen Beweismittel können sodann im Rahmen eines Informationsaustausches den EU-Behörden zugänglich gemacht werden. Dieser Austausch stützt sich auf das **Kooperationsübereinkommen CH-EU** und auf den damit korrespondierenden Art. 42b Abs. 2 KG. Nach Art. 7 Abs. 6 des Kooperationsübereinkommens CH-EU i.V.m. Art. 42b Abs. 2 Bst. f KG bedarf es der Zustimmung des Unternehmens, das sich angezeigt hat, um dessen Informationen weitergeben zu können.<sup>271</sup>

---

<sup>268</sup> BGer 2C\_1040/2018 vom 18. März 2021, E. 5 ff. (Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; Akteneinsicht Kanton).

<sup>269</sup> BGer 2C\_1040/2018 vom 18. März 2021, E. 7.4.2 (Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; Akteneinsicht Kanton).

<sup>270</sup> BVGer A-5988/2018 vom 24. Oktober 2019 E. 7.6 (Hoch- und Tiefbau Münstertal; Akteneinsicht Kanton).

<sup>271</sup> PICH, OFK-Wettbewerbsrecht II, SVKG 11 f. N 29.

## 4. ANWENDUNGSBEREICH DER BONUSREGELUNG

Kapitel vier geht auf den Anwendungsbereich der Bonusregelung ein. Der Anwendungsbereich ist in sachlicher Hinsicht für Abreden eröffnet. Es ist zu diskutieren, ob sich die Anwendung der Bonusregelung auf vertikale Abreden und den Missbrauch der Marktbeherrschung erstreckt (Kap. 4.1). In persönlicher Hinsicht steht der Sanktionserlass ausschliesslich Unternehmen offen, die sich nicht aufgrund ihrer Rolle im angezeigten Verstoss für einen Sanktionserlass disqualifiziert haben. Ausschlussgründe liegen namentlich vor, wenn ein Unternehmen die führende Rolle im angezeigten Verstoss eingenommen hat oder ein anderes Unternehmen zur Beteiligung am Verstoss angestiftet oder gezwungen hat (Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG) (Kap. 4.2). 185

### 4.1. SACHLICHER ANWENDUNGSBEREICH

Die Bonusregelung sieht einen Sanktionserlass für die Mitwirkung an der Aufdeckung und Beseitigung einer «Wettbewerbsbeschränkung» vor (Art. 49a Abs. 2 KG). Der Anwendungsbereich der Bonusregelung könnte sich demnach auf die Beteiligung an einer horizontalen Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG und an einer vertikalen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG (Kap. 4.1.1) sowie auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG erstrecken (Kap. 4.1.2). 186

#### 4.1.1. Wettbewerbsabrede

Die Bonusregelung sieht gemäss der *Rechtsgrundlage* in Art. 49a Abs. 1 und Abs. 2 KG einen Sanktionserlass für die Aufklärung und Beseitigung von horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG vor (N 188). Der Anwendungsbereich der Bonusregelung deckt auch gemäss der Botschaft die Aufklärung von Kartellen und damit von horizontalen Abreden.<sup>272</sup> In der Praxis wird die Bonusregelung auf horizontale Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG angewandt.<sup>273</sup> Die Anwendung der Regelung bei horizontalen Abreden ist soweit ersichtlich auch in der *Lehre* unumstritten. 187

---

<sup>272</sup> Botschaft revKG, BBl 2002 2022, 2038 f.

<sup>273</sup> Siehe etwa RPW 2009/3 196, 211 N 98, 218 ff. N 152 ff. (Elektroinstallationsbetriebe Bern).

Die Regelung unter *EU-Recht* sieht gemäss Ziff. (1) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 ausschliesslich eine Sanktionsbefreiung für die Aufdeckung von Kartellen bzw. horizontalen Abreden vor. Das Gericht der EU führt diesbezüglich im Urteil in Sachen Nintendo v. Kommission<sup>274</sup> noch zur selben Regelung der EU-Kronzeugenmitteilung 1996 aus (ohne Hervorhebung): «Aus dieser Mitteilung, die Unternehmen ermutigen soll, das Bestehen besonders schwer aufzudeckender Kartelle zu offenbaren, geht nämlich klar hervor, dass sie nur in Fällen anwendbar ist, in denen Verstösse horizontaler Art wie Kartelle in Frage stehen [...]».<sup>275</sup>

- 188 Zu den Tatbeständen der unzulässigen Wettbewerbsabrede zählen auch die unzulässigen vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG. Gemäss dem *Gesetzeswortlaut* von Art. 49a KG erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich der Bonusregelung auf die Sanktionstatbestände nach Art. 49a Abs. 1 KG. So wird die Beteiligung an «einer» Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG sanktioniert (Art. 49a Abs. 1 KG) und das Unternehmen erhält für die Aufklärung «der» Wettbewerbsbeschränkung einen Sanktionserlass (Art. 49a Abs. 2 KG). Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und Beweismittel vorlegt. Sowohl das Kartellgesetz als auch die Sanktionsverordnung erfassen demnach vertikale Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG.<sup>276</sup> Entgegen der klaren Rechtsgrundlage erläutert die *Botschaft* zum Kartellgesetz die Bonusregelung als Ermittlungsinstrument zur Aufklärung und Beseitigung von Kartellen,<sup>277</sup> d.h. horizontalen Wettbewerbsabreden.
- 189 In der *Praxis* ist die Anwendung der Bonusregelung auf Fälle von vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG anerkannt. Die Bonusregelung ist etwa auf eine Abrede über Mindestpreise gemäss Art. 5 Abs. 4 KG angewandt worden, mit der sich Händler ver-

---

<sup>274</sup> EuG T-13/03 vom 30. April 2009, Nintendo v. Kommission, ECLI:EU:T:2009:131.

<sup>275</sup> Siehe auch EuG T-13/03 vom 30. April 2009, Nintendo v. Kommission, ECLI:EU:T:2009:131, N 157, wobei nach KHAN, 473 f. N 7-201, diese Rechtsprechung zur EU-Kronzeugenmitteilung 1996 für die EU-Kronzeugenmitteilung 2006 ebenfalls gilt, da diesbezüglich dieselben Grundsätze zur Anwendung gelangen würden.

<sup>276</sup> ROTH/BOVET, CR-Concurrence, LCart 49a N 64.

<sup>277</sup> Botschaft revKG, BBl 2002 2022, 2038 f.; siehe dazu TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 8 Fn 11.

pflichteten, sich an veröffentlichte Preislisten unter Beachtung der kommunizierten Rabattpolitik zu halten.<sup>278</sup>

Nach einem *Teil der Lehre* sei die Bonusregelung in Fällen von Art. 5 Abs. 4 KG nicht gerechtfertigt, weil kein *Ermittlungs- und Beweisnotstand* bestehe,<sup>279</sup> wobei der Ermittlungsnotstand soweit ersichtlich die Aufdeckung und der Beweisnotstand die Beweisführung von Wettbewerbsbeschränkungen betrifft.<sup>280</sup> Die Aufdeckung und Beweisführung bei vertikalen Abreden sei namentlich erleichtert, weil sich Vertriebssysteme und damit insbesondere auch Preise als Resultate vertikaler Abreden beobachten und vergleichen liessen. Die Preise, die verschiedene Händler ein und desselben Herstellers veranschlagen, könnten von den Wettbewerbsbehörden ohne Weiteres erhoben und verglichen werden.<sup>281</sup> Dagegen ist einzuwenden, dass es häufig nicht möglich ist, aus dem **Vergleichsmarkt** rechtsgenügend einen kausalen Rückschluss auf die Existenz einer vertikalen Abrede zu ziehen.<sup>282</sup>

Ferner bestehe kein solcher Ermittlungs- und Beweisnotstand, weil in vertikalen Abreden **gegenläufige Interessen** bestehen würden. Die Abredeteilnehmer auf unterschiedlichen Marktstufen würden über den Inhalt und die Umsetzung von Vertriebsverträgen in Konflikt geraten.<sup>283</sup> Dem wird entgegnet, eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG könne im Interesse der Hersteller und Händler liegen.<sup>284</sup> Von den vertikalen Abreden, mit denen der markeninterne Wettbewerb bzw. der Wettbewerb zwischen den Händlern beschränkt

<sup>278</sup> RPW 2016/3 722, 744 N 168, 751 f. N 216 ff. (Saiteninstrumente); für ein weiteres Beispiel der Anwendung in Fällen von Art. 5 Abs. 4 KG siehe RPW 2009/2 143, 155 N 90 f. (Sécateurs et Cisailles).

<sup>279</sup> ZIMMERLI, Dogmatik, 628 ff., 631, 667 ff., 671; eine kartellrechtliche Kronzeugenregelung erfasse nur schwer aufklärbare Taten, siehe WIESNER, 69.

<sup>280</sup> Siehe etwa ZIMMERLI, Dogmatik, 701, der auch einen «Aufdeckungs- und Beweisnotstand» bezeichnet.

<sup>281</sup> ZIMMERLI, Dogmatik, 629 f.

<sup>282</sup> DIEBOLD/SCHÄKE, 13.

<sup>283</sup> ZIMMERLI, Dogmatik, 629.

<sup>284</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 126. TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 6.

wird, profitieren häufig Unternehmen auf der nächsten Marktstufe.<sup>285</sup> Zumindest für Händler besteht demnach nicht unbedingt ein Anreiz zum Ausstieg aus der Abrede.

- 192 Aufgrund der bestehenden Rechtsgrundlage in Art. 49a Abs. 1 und Abs. 2 KG sowie Art. 8 Abs. 1 SVKG sowie der erschwerten Aufdeckung und Beweisführung von Wettbewerbsbeschränkungen in Fällen von Art. 5 Abs. 4 KG rechtfertigt es sich nach hier vertretener Auffassung, den Anwendungsbereich der Bonusregelung auf Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG zu erstrecken.

### 4.1.2. Missbrauch der Marktbeherrschung

- 193 Fraglich ist, ob die Bonusregelung auch zur Aufklärung und Beseitigung eines Wettbewerbsverstosses in Form des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 7 KG zur Anwendung gelangen könnte.
- 194 Der *Gesetzeswortlaut* von Art. 49a Abs. 1 und Abs. 2 KG spricht für die Anwendung der Bonusregelung in Verfahren, in denen der Missbrauch der Marktbeherrschung untersucht wird. Die Aufdeckung und Beseitigung «der» Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 49a Abs. 2 KG bezieht sich auf eine der Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG und somit auch auf eine direkt sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 7 KG i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG,<sup>286</sup> das heisst auf missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, nicht aber auf den Missbrauch durch ein relativ marktmächtiges Unternehmen. Die WEKO kann dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG nach einem Unternehmen demnach einen Sanktionserlass erteilen, wenn es an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 7 KG mitwirkt. Die *Botschaft* zum Kartellgesetz erläutert die Bonusregelung dagegen ausschliesslich als Instrument zur Aufklärung von Kartellen.<sup>287</sup>
- 195 Das Kartellgesetz wird durch die *Sanktionsverordnung* konkretisiert. In der Sanktionsverordnung besteht keine Norm, die die Anwendung der Bonusregelung auf Fälle von

---

<sup>285</sup> AREEDA/HOVENKAMP 2017, vol. VII, 540 f.

<sup>286</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 4 N 21a; TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 8; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 128, wonach unter dem Titel vor Art. 5 KG «1. Abschnitt: unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen» auch Fälle nach Art. 7 KG stehen; ZIMMERLI, Dogmatik, 631 f.

<sup>287</sup> Botschaft revKG, BBl 2002 2022, 2038; siehe dazu TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 8 Fn 11.

Art. 7 KG vorsieht. Soweit allein der Gesetzeswortlaut massgebend ist, erweist sich die Normierung der Sanktionsverordnung demnach als lückenhaft. Die Lücke ist durch Auslegung des Kartellgesetzes zu füllen, denn die Sanktionsverordnung gilt als Vollziehungsverordnung.<sup>288</sup>

Nach dem *Merkblatt* zur Bonusregelung des Sekretariats könne die Bonusregelung in Fällen von Art. 7 KG zur Anwendung gelangen. Es könne aber höchstens ein teilweiser Sanktionserlass (Art. 12 SVKG) gewährt werden.<sup>289</sup> Das Merkblatt stellt indes keine Gesetzesgrundlage dar. Es sichert den einheitlichen Verwaltungsvollzug. Das Sekretariat ist grundsätzlich an das Merkblatt gebunden und Private können sich bei einer abweichenden Anwendung gegebenenfalls auf das Rechtsgleichheitsgebot oder den Vertrauensschutz berufen.<sup>290</sup> 196

Nach Auffassung eines *Teils der Lehre* spreche für die Anwendung der Bonusregelung, dass ein Sanktionserlass bei der Sanktionierung der **kollektiven Marktbeherrschung** denkbar sei, weil bei dieser die gleiche Ausgangslage wie bei einer Wettbewerbsabrede bestehe.<sup>291</sup> Dem Missbrauch der Marktbeherrschung liegt einseitiges Verhalten zugrunde, während sich bei der Wettbewerbsabreden mindestens zwei Unternehmen koordinieren. Auch der Missbrauch durch kollektive Marktbeherrschung stellt einseitiges Verhalten dar und es ist daher unklar, aus welchen Gründen bei diesem Missbrauch eine Ausgangslage wie bei einer Wettbewerbsabrede bestehen sollte, sodass die Anwendung der Bonusregelung gerechtfertigt wäre. 197

Ein *Teil der Lehre* argumentiert gegen die Anwendung der Bonusregelung in Fällen nach Art. 7 KG, dass es sich nicht rechtfertige, die generalpräventive Wirkung der 198

---

<sup>288</sup> Der Ingress der SVKG bezieht sich auf Art. 60 KG, welcher bestimmt, dass der Bundesrat Ausführungsbestimmungen zum KG erlässt; zur Qualifikation der SVKG siehe RPW 2016/4 920, 1029 N 894 (Sport im Pay-TV) und RPW 2013/4 524, 616 N 951 (Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich); Vollziehungsverordnungen beschränken sich darauf, den Gesetzesvollzug zu regeln, siehe TSCHANNEN, 385 N 24, 608 N 18 ff; die Vollziehungsverordnung darf im Grundsatz keine neuen Rechte und Pflichten enthalten oder im Gesetz enthaltene Ansprüche wieder beseitigen, siehe TSCHANNEN, 608 N 20.

<sup>289</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 4 N 21a.

<sup>290</sup> UHLMANN/BINDER, 152 f., 156, 158.

<sup>291</sup> REINERT P., SHK-KG, KG 49a N 21; HOFFET/NEFF, 131.

Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG mit der Bonusregelung zu durchbrechen, wenn der Einsatz der Bonusregelung keinen **Ermittlungs- und Beweisnotstand** (N 190) behebe.<sup>292</sup> Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sei den Geschädigten durchaus bekannt und könne deshalb den Behörden angezeigt werden, womit kein Notstand vorliege.<sup>293</sup> Einseitiges Verhalten i.S.v. Art. 7 KG ist ausserdem leichter aufzudecken, weil das einseitig handelnde Unternehmen stets marktbeherrschend ist, womit sich die Auswirkungen des Verhaltens leichter beobachten und dem Unternehmen zurechnen lassen.

- 199 Dem hält ein Teil der Lehre entgegen, es fehle eine Rechtsgrundlage für die Anwendung des Kriteriums des Ermittlungs- und Beweisnotstands.<sup>294</sup> Ausserdem bestehe ein Notstand in Fällen von Art. 7 KG, was der selten gelingende Nachweis des Missbrauchs einer Preissetzung bei Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 KG beweise.<sup>295</sup>
- 200 Die Anwendung der Bonusregelung in Fällen von Art. 7 KG ist nach der vorliegend vertretenen Auffassung abzulehnen. Die Auslegung der Art. 49a Abs. 1 und Abs. 2 KG ergibt, dass Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen zu sprechen sind. Die Bonusregelung soll die präventive Wirkung der Sanktionen nicht untergraben. Die **präventive Wirkung der Sanktionen** wäre aber nicht mehr gegeben, wenn die Bonusregelung auf einseitiges Verhalten angewandt wird. Mit der Regelung wird der Sanktionserlass unter abschliessend aufgezählte Voraussetzungen gestellt und beim Entscheid, den Sanktionserlass zu erteilen, soll kein Entschliessungsermessens bestehen (Kap. 3.3.4). Das Unternehmen, das sich i.S.v. Art. 7 KG missbräuchlich verhält und eine Selbstanzeige einreicht, könnte daher damit rechnen, dass es einen (teilweisen) Sanktionserlass erhält, wenn es den Behörden Beweismittel vorlegt und kooperiert. Schlussfolgernd führt dies dazu, dass die Sanktion faktisch reduziert wird und damit nicht abschreckend wirkt. Demgegenüber wird mit der Bonusregelung in Fällen zweiseitigen Verhaltens nach Art. 5 KG die präventive Wirkung erhöht, weil die

---

<sup>292</sup> ZIMMERLI, Dogmatik, 667 ff., 670 ff.

<sup>293</sup> ZIMMERLI, Dogmatik, 629 ff. m.w.H.

<sup>294</sup> So TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 5, im Zusammenhang mit Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG, wobei eine unmittelbare Rechtsgrundlage auch für Fälle von Art. 7 KG nicht ersichtlich ist.

<sup>295</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 129; TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 9.

anderen an der Abrede Beteiligten die Aufdeckung des Verstosses und Sanktionierung fürchten müssen.<sup>296</sup>

Weiter ist die Ermittlung mithilfe der Bonusregelung konzeptionell auf zweiseitiges Verhalten zugeschnitten, weil mit ihr die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung des Verstosses durch den **Wettlauf** um die erste Selbstanzeige erhöht werden soll (Kap. 3.2). 201

Gestützt darauf kann das Fazit gezogen werden, dass die Anwendung der Bonusregelung in Fällen nach Art. 7 KG nach dem Gesetzeswortlaut von Art. 49a Abs. 1 und Abs. 2 KG implizit vorgesehen ist, die Sanktionsverordnung in Art. 8 ff. SVKG aber den Anwendungsbereich der Bonusregelung nur für Fälle mit Wettbewerbsabreden eröffnet. Die Auslegung von Art. 49a Abs. 1 und Abs. 2 KG ergibt, dass Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen eine abschreckende Wirkung erzeugen sollen. Die Anwendung der Bonusregelung auf einseitiges Verhalten führt aber zur Einbusse dieser Wirkung, weil ein Unternehmen für seine Kooperation einen vollen Sanktionserlass oder eine Sanktionsreduktion in Aussicht gestellt erhält. Bei der Anwendung der Bonusregelung auf Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG wird dagegen die Reduktion an abschreckender Wirkung für den Selbstanzeiger dadurch ausgeglichen, dass ein anderes an der Abrede beteiligtes Unternehmen die Aufdeckung des Verstosses und damit einhergehend eine Sanktion zu fürchten hat. 202

Soweit eine geänderte Form der Bonusregelung in Fällen nach Art. 7 KG eingeführt werden sollte, mit der die präventive Wirkung der Sanktionen trotz der Anwendung der Regelung aufrecht erhalten bleibt, wäre zu klären, ob der volle Erlass für das kooperierende Unternehmen zulässig wäre. Die *Lehre* argumentiert, bei der Anwendung in Fällen nach Art. 7 KG könne analog zu Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG keine vollständige Sanktionsbefreiung für das einseitig handelnde Unternehmen gesprochen werden, weil es **anführend** sei.<sup>297</sup> 203

<sup>296</sup> Die Bonusregelung kann daher in Fällen von Art. 5 KG legitimiert werden, weil durch ihren Einsatz die Zahl der sanktionierten Unternehmen steigt und damit die generalpräventive Wirkung der Sanktionen erhöht wird, siehe ZIMMERLI, Dogmatik, 670.

<sup>297</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 79, N 130; TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 11; HOFFET/NEFF, 131; REINERT P., 161; REINERT P., SHK-KG, KG 49a N 21.



204 Ausserdem wird in der *Lehre* vorgebracht, bei einer Anwendung auf Fälle einseitigen Verhaltens nach Art. 7 KG müsse beachtet werden, dass das sich anzeigende Unternehmen die **Kartellrente** alleine einstreiche.<sup>298</sup> Dem wird entgegengehalten, es leuchte nicht ein, weshalb ein sich anzeigendes Unternehmen nur in Fällen nach Art. 7 KG die Kartellrente nicht behalten dürfen sollte. Die Gefahr, dass das Unternehmen die Rente kassiere, sei ausserdem eingedämmt, weil die vom Unternehmen eingestrichene Kartellrente auf dem zivilrechtlichen Weg abgeschöpft werden könnte.<sup>299</sup>

## 4.2. PERSÖNLICHER ANWENDUNGSBEREICH

205 Die Botschaft zur Revision des Kartellgesetz 2002 und die parlamentarische Debatte zur Revision 2002 bringen zum Ausdruck, dass mit der Bonusregelung dem «Schuldprinzip» Rechnung getragen werden soll, indem die Wettbewerbsbehörden im Einzelfall die Rolle eines Selbstanzeigers als Anstifter, Gehilfe, Mittäter, Haupttäter, resp. Mitläufer oder Täter berücksichtigen können.<sup>300</sup> Eine Sanktionsbefreiung des Selbstanzeigers sei insbesondere dann stossend, wenn er schwerwiegendere Beiträge als die angezeigten Mitkartellanten geleistet oder andere Mitkartellanten zur Abrede angestiftet habe.<sup>301</sup> Dieses Anliegen würde mit Inkrafttreten der Regelungen der Sanktionsverordnung verwirklicht, wonach der Selbstanzeiger, der als Anführer (Kap. 4.2.1) oder als Anstifter (Kap. 4.2.2) handelte oder andere Unternehmen zur Beteiligung an der Abrede gezwungen hat (Kap. 4.2.3), von der Sanktionsbefreiung ausgeschlossen wird (Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG).<sup>302</sup>

---

<sup>298</sup> REINERT P., SHK-KG, KG 49a N 21.

<sup>299</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 129; TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 10.

<sup>300</sup> Botschaft revKG, BBl 2002 2022, 2039.

<sup>301</sup> Zehnte Herbstsessionssitzung des Nationalrats (Erstrat) vom 26. September 2002, Votum Hans Rudolf GYSIN zu Art. 49a Abs. 2 KG, AB 2002 1454.

<sup>302</sup> Votum Hildegard FÄSSLER, für die Kommission, zu Art. 49a Abs. 2 KG, AB 2002 1456; Votum Pascal COUCHEPIN zu Art. 49a Abs. 2 KG, AB 2002 1456 f.

### 4.2.1.     Anführer

Die Figur des Anführers kennt kein strafrechtliches Vorbild. Nach einem *Teil der Lehre* könne die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Gehilfenschaft im StGB hilfreich sein.<sup>303</sup> Übertragen auf die führende Rolle bei einem Wettbewerbsverstoss bedeute dies, dass das Unternehmen die führende Rolle einnehme, wenn es einen ausschlaggebenden Beitrag zur Realisierung des Verstosses leistet und Entscheide **nicht nur nachvollzieht**.<sup>304</sup> 206

In der *Praxis* wird das Unternehmen als anführend erachtet, das eine **treibende Kraft** im Wettbewerbsverstoss gewesen ist.<sup>305</sup> 207

Der Vergleich zum *EU-Recht* legt offen, dass die EU-Praxis bei der Sanktionsbemessung dem Ansatz folgt, wonach ein Unternehmen, das eine ausschlaggebende Kraft im Verstoss war, indem es dem Verstoss einen **grundlegenden Impuls** gab und eine besondere Verantwortung für dessen Funktionieren getragen hat, als anführendes Unternehmen gilt.<sup>306</sup>

Die WEKO hält fest, dass ein Unternehmen, das die Abrede **hauptsächlich durchgesetzt** hat, die anführende Rolle einnahm.<sup>307</sup> 208

In der *Lehre* wird die Auffassung vertreten, es könnten *mehrere Unternehmen* die Rolle des führenden Unternehmens eingenommen haben, wobei der Paradefall derjenige bleiben dürfte, dass nur ein Unternehmen als Anführer aufgetreten ist.<sup>308</sup> 209

<sup>303</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 77 f.; TAGMANN, 263 ff., 264.

<sup>304</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 78; TAGMANN, 263 f.

<sup>305</sup> RPW 2010/4 717, 767 N 451 f. (Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren); siehe auch DENOTH, 96 und 96 Fn 558 mit vergleichendem Hinweis auf die führende Rolle als sanktionsschwerenden Umstand nach EuG T-15/02, BASF v. Kommission, ECLI:EU:T:2006:74, N 382 ff.

<sup>306</sup> Ziff. 28 EU-Geldbußenleitlinien; EuG T-117/07 und T-121/07 vom 3. März 2011, Areva, ECLI:EU:T:2011:69, N 283; EuG T-410/03 vom 18. Juni 2008, Hoechst v. Kommission, ECLI:EU:T:2008:211, N 423, 426; für weitere Hinweise siehe RPW 2016/3 652, 710 f. N 400 (Flügel und Klaviere).

<sup>307</sup> RPW 2016/3 722, 752 N 225 (Saiteninstrumente); für eine Darlegung von Literatur und Praxis siehe RPW 2016/3 652, 710 N 399 ff. (Flügel und Klaviere).

<sup>308</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 79.

- 210 Eine weitere *Lehrmeinung* bringt dagegen vor, um das Unternehmen zur Kooperation zu bewegen, müsse eine klare Regel bestehen, wann eine Rolle nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG eingenommen wurde (siehe sogleich N 211).

Zur Illustration von Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Definition der Rolle kann auf die Praxis zur Sanktionsbemessung nach *EU-Recht* verwiesen werden. Das EU-Recht kennt die anführende Rolle des Unternehmens dabei nur bei der Sanktionsbemessung.<sup>309</sup> Die führende Rolle war zum Beispiel vor dem Europäischen Gerichtshof in Sachen *Archer Daniels Midland v. Kommission*<sup>310</sup> mehrdeutig. So hatte der Vertreter des einen beteiligten Unternehmens die Idee der Absprache, förderte diese aktiv und wurde sogar als Prediger bezeichnet. Der Vertreter des anderen beteiligten Unternehmens bereitete aber die Treffen der Abredenden vor und machte in der Regel Vorschläge zu Preislisten,<sup>311</sup> womit gesamthaft betrachtet unklar war, welches Unternehmen die führende Rolle eingenommen hatte.

- 211 Um dem Bedürfnis nach Klarheit gerecht zu werden, solle nun nur ein einziges Unternehmen, und zwar das **hauptsächlich anführende oder anstiftende Unternehmen**, vom Sanktionserlass ausgenommen werden. Auch der Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG spreche dafür, dass nur das Unternehmen ausgeschlossen wird, das «die» anstiftende oder «die» anführende Rolle in einem Verstoss eingenommen hat. Könnten mehrere Unternehmen die anstiftende oder führende Rolle einnehmen, würden sich dagegen Unklarheiten bei der Definition des Anführers ergeben. Solche Unklarheiten seien zu vermeiden, weil sie Unternehmen von der Inanspruchnahme der Bonusregelung abschrecken würden.<sup>312</sup>

---

<sup>309</sup> Ziff. 28 EU-Geldbußenleitlinien.

<sup>310</sup> EuGH C-511/06 vom 9. Juli 2009, *Archer Daniels Midland v. Kommission*, ECLI:EU:C:2009:433.

<sup>311</sup> EuGH C-511/06 vom 9. Juli 2009, *Archer Daniels Midland v. Kommission*, ECLI:EU:C:2009:433, N 33, N 76 f.; siehe auch RIZVI, 7.

<sup>312</sup> DENOTH, 95 f., Fn 556 m.H. auf die Materialien und auf die Erläuterungen zur SVKG, 7; die Erläuterungen zur SVKG erklären auf S. 7 den Ausschluss des hauptsächlichsten Anstifters oder Anführers vom vollen Sanktionsbonus, was in der parlamentarischen Debatte zum revidierten Kartellgesetz 2004 deutlich zum Ausdruck gekommen sei; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, N 12.77; GRAF, 495 f.

Aufgrund von Schwierigkeiten der Definition des Anführers wurden unter *EU-Recht* mit dem Erlass der EU-Kronzeugenmitteilung 2002 die Ausschlussgründe der anstiftenden oder führenden Rolle aufgehoben.<sup>313</sup> So schloss noch die EU-Kronzeugenmitteilung 1996 nach Bst. B Ziffer e dasjenige Unternehmen vom Sanktionsbonus aus, welches andere Unternehmen zur Teilnahme am Kartell gezwungen hat oder das als anstiftendes Unternehmen galt oder dem eine entscheidende Bedeutung bei der Durchführung zukam. Die EU-Kronzeugenregelung 2002 schloss nach Ziff. 11 Bst. c nur noch das Unternehmen aus, das andere Unternehmen zur Teilnahme am Verstoss gezwungen hat. Schliesslich sieht auch die EU-Kronzeugenmitteilung 2006 in Ziffer 13 nur mehr vor, dass das Unternehmen, das in Ausübung von Zwang handelte, vom Sanktionserlass ausgeschlossen wird.<sup>314</sup> Der Grund für die Revision der EU-Kronzeugenmitteilung in diesem Punkt lag gerade darin, dass ein **Interpretationsspielraum** bei den Begriffen «zur rechtswidrigen Handlung angestiftet [hat]» und «bei ihrer Durchführung eine entscheidende Rolle gespielt [hat]» bestanden hatte.<sup>315</sup>

Unter der Leniency Policy gemäss *US-Recht* ist anerkannt, dass bei der Eröffnungskooperation (Type A) nur ein einziges Unternehmen und zwar dasjenige, das nicht in Ausübung von Zwang handelte und nicht eindeutig die anstiftende oder anführende Rolle im Wettbewerbsverstoss einnahm, für den Sanktionserlass infrage kommt.<sup>316</sup> Ausgenommen sind damit Anstifter und Anführer (ringleader), die die Wettbewerbsabrede **alleine leiteten**.<sup>317</sup> Diese klare Definition der vom Sanktionsbonus ausgeschlossenen Rolle soll Transparenz schaffen und damit einen Anreiz zur Selbstanzeige setzen.<sup>318</sup> Unter *US-Recht* besteht allerdings nur bei einer Eröffnungskooperation (Type A) der Ausschluss aufgrund der eingonnenen Rolle im Verstoss. Bei der Fest-

<sup>313</sup> EU-Pressemitteilung IP/02/247 vom 13. Februar 2002; BöGE, 156, 160.

<sup>314</sup> Siehe auch BöGE, 160.

<sup>315</sup> Siehe EU-Pressemitteilung IP/02/247 vom 13. Februar 2002.

<sup>316</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, A. Ziff. 6.; DOJ, Detecting and Deterring, 5 ff., 7 Ziff. V.; DENOTH, 95 f., Fn 557.

<sup>317</sup> BöGE, 160, N 28.

<sup>318</sup> DOJ, Detecting and Deterring, 5 ff., 7 Ziff. V.

stellungskooperation (Type B) liegt dieser Ausschlussgrund nicht mehr vor. Im Rahmen der Feststellungskooperation werden jedoch Fairnessüberlegungen angestellt. Dabei fällt ins Gewicht, welche Rolle ein Unternehmen im Verstoß eingenommen hat.<sup>319</sup>

- 212 Bei der Klärung der Rolle wird in der Praxis und der Lehre ein Indizienkatalog beigezogen. Ein Indiz für die führende Rolle stellt die Wahrnehmung von **Organisationsaufgaben** dar. Ein Unternehmen gilt als anführend, wenn es bei der Vorbereitung oder der Durchführung der Wettbewerbsabrede die eigentliche Initiative ergreift und nicht vorwiegend Entscheide nachvollzieht.<sup>320</sup>

Zur Vorbereitung der Abrede gehört namentlich die Initiierung von Korrespondenz vor dem Abschluss der Abrede, die Übernahme einer Vorreiterrolle bei der Organisation von Zusammenkünften oder die Bildung anderer Plattformen, die dem Austausch zwischen den Abredenden dienen.<sup>321</sup>

Organisatorische Aufgaben betreffen häufig die **Vorbereitung eines Treffens** zwischen den abredenden Unternehmen. Die führende Rolle kann dabei aus dem Vorbringen der Idee eines Treffens, aus der Kontaktpflege mit weiteren Teilnehmern der Abrede vor einem Treffen oder aus der Protokollierung eines stattgefundenen Treffens sichtbar werden. Der Nachweis scheitert allenfalls, wenn Kontakte unter den Teilnehmern bereits vor der Initiierung bestanden haben und somit das initiierende Unternehmen nicht eruiert werden kann oder das einschlägige Treffen nicht beim vermeintlich anführenden Unternehmen

---

<sup>319</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, B. Ziff. 7.: «[...] granting leniency would not be unfair to others, considering [...] the confessing corporation's role in it [...] primary considerations will be [...] whether the corporation coerced another party to participate in the illegal activity or clearly was the leader in, or origination of the activity.»; DOJ, Leniency Policy FAQ, 15.

<sup>320</sup> RPW 2018/1 78, 115 N 239 (Verzinkung); RPW 2016/3, 710 N 399 f., N 401 (Flügel und Klaviere); RPW 2016/3 722, 751 N 224 (Saiteninstrumente); KRAUSKOPF, DIKE-KG, KG 49a Abs. 1-2, N 50; TAGMANN, 263 ff., 264 f.; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 78.

<sup>321</sup> RPW 2016/3 722, 751 N 224 (Saiteninstrumente) betreffend Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG (erschwerende Umstände); RPW 2012/2 270, 413 N 1136 (Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau); hinsichtlich der Vorbereitung von Unterlagen zur Wettbewerbsabrede siehe RPW 2018/4 841, 853 f. N 150 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q); TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 77 f.; KRAUSKOPF, DIKE-KG, KG 49a Abs. 1-2, N 50.

stattfand.<sup>322</sup> Ein Indiz für die Anführung liegt entsprechend darin, dass einem Geschäftsführer des sich anzeigenden Unternehmens eine sehr aktive Rolle bei der Realisierung des Verstosses zugekommen ist.<sup>323</sup>

Der Organisation der Abrede kommt auch bei der Konkretisierung der führenden Rolle nach *EU-Recht* Bedeutung zu, welche allerdings nur im Rahmen der Sanktionsbemessung ausserhalb der Bonusregelung berücksichtigt wird (N 210). Für die Feststellung der Rolle als Anführer wird danach gefragt, ob ein Unternehmen den Erfolg des Wettbewerbsverstosses durch die Übernahme von Koordinations- und Organisationsaufgaben, durch die Organisation von zahlreichen Treffen, durch die Informationsverteilung, durch die Vertretung von Mitgliedern oder durch die Abgabe von Vorschlägen zu sichern versucht hat.<sup>324</sup>

Schliesslich ist die **Kontrolle und Durchsetzung** der Einhaltung der Abrede ein starkes Indiz für die Einnahme der anführenden Rolle. Insbesondere bei vertikalen Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG<sup>325</sup> kann auf die führende Rolle geschlossen werden, wenn ein Hersteller/Lieferant für die Kontrolle und Durchsetzung der Abrede die Verantwortung übernimmt.<sup>326</sup> 213

<sup>322</sup> RPW 2010/4 717, 767 N 451 f., N 453 ff. (Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren).

<sup>323</sup> RPW 2012/3 615, 652 N 345 (Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen).

<sup>324</sup> EuG T-117/07 und T-121/07 vom 3. März 2011, *Areva v. Kommission*, ECLI:EU:T:2011:69, N 283; ähnlich in EuG T-15/02 vom 15. März 2006, *BASF v. Kommission*, ECLI:EU:T:2006:74, N 404: «[...] erhebliche Anzahl von Treffen organisierte [...] bei den Quartaltreffen der Europäischen Hersteller [...] vertrat, die Verkaufszahlen der Kartellmitglieder sammelte und ihnen im Gegenzug die Gesamtergebnisse pro Unternehmen mitteilte [...] die meisten Vorschläge zur Arbeitsweise des Kartells machte [...]»; für weitere Hinweise zur EU-Rechtsprechung siehe RPW 2016/3 652, 710 f. N 400 (Flügel und Klaviere).

<sup>325</sup> Zur Praxis zur Bestimmung der Rolle eines Unternehmens bei vertikalen Abreden siehe RPW 2017/2 284, 294 N 109 f. (Husqvarna); RPW 2016/3 722, 751 f. N 224 f. (Saiteninstrumente); RPW 2016/2 434, 440 N 100 ff. (GE Healthcare); RPW 2009/2 143, 156 N 91 (Sécateurs et Cisailles).

<sup>326</sup> RPW 2017/2 284, 294 N 109 (Husqvarna); RPW 2016/3 722, 752 N 225 (Saiteninstrumente); RPW 2009/2 143, 157 N 101 (Sécateurs et Cisailles); so wohl auch RPW 2019/4 1142, 1152 N 97 (Stöckli Ski).

Ein Indiz für die Einnahme der führenden Rolle eines Unternehmens liegt darin, dass eine **Pflicht zur Konsultation** des Unternehmens besteht, bevor eine geplante Preiserhöhung durchgeführt wird.<sup>327</sup>

Weiter besteht bei vertikalen Abreden ein Hinweis auf die Einnahme der führenden Rolle eines Herstellers/Lieferanten darin, dass ein Hersteller/Lieferant Beschwerden von Händlern über die Missachtung einer Preisbindung zweiter Hand entgegennimmt<sup>328</sup> und Massnahmen gegen den Bruch der Abrede ergreift. Die Durchsetzung einer Preisbindung zweiter Hand geschieht dabei beispielsweise durch die **Kontaktaufnahme mit dem absprachebrechenden Händler**, bei der dieser dazu aufgefordert wird, sich an die Absprachepreise zu halten. Dabei kann Druck ausgeübt werden, indem mit der Löschung aus dem Handelsverzeichnis, der Einforderung einer Kostenrückerstattung für Werbekosten oder der Lieferverweigerung von Produkten aus dem gesamten Sortiment gedroht wird.<sup>329</sup>

- 214 Zusätzliche Anhaltspunkte für die Führerschaft bestehen ausserhalb der Organisation der Wettbewerbsabrede beziehungsweise ergeben sich aus den Umständen. Eine **Interessenslage**, nach der das vermeintlich anführende Unternehmen besonders von der Wettbewerbsbeschränkung profitiert, kann auf die Einnahme der führenden Rolle deuten.<sup>330</sup>

Die WEKO hat in der Verfügung GE Healthcare<sup>331</sup> der Tochtergesellschaft des Herstellers, die Parallelimporte durch ihre Händler mittels Verträgen verhinderte, den vollen Sanktionsbonus gewährt, wobei aus der veröffentlichten Begründung nicht hervorgeht, weshalb dieses Tochterunternehmen keine führende

---

<sup>327</sup> RPW 2010/4 717, 767 N 451 f., N 453 ff. (Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren).

<sup>328</sup> RPW 2016/3 722, 752 N 225 (Saiteninstrumente); RPW 2017/2 284, 294 N 109 (Husqvarna).

<sup>329</sup> RPW 2017/2 284, 287 N 38 ff., 294 N 109 (Husqvarna); RPW 2009/2 143, 156 N 91 (Sécateur et Cisailles).

<sup>330</sup> RPW 2018/4 841, 853 N 150 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q); TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 78; TAGMANN, 265; KRAUSKOPF, DIKE-KG, KG 49a Abs. 12, N 50; RPW 2018/1 78, 115 N 239 (Verzinkung).

<sup>331</sup> RPW 2016/2 434 (GE Healthcare).

Rolle eingenommen haben soll.<sup>332</sup> Die Lehre kommentiert, dass in solchen Konstellationen dem Hersteller/Lieferanten wohl in jedem Fall eine führende Rolle zukomme, soweit er **ausländischen Händlern untersagt, Kunden in der Schweiz zu bedienen**.<sup>333</sup> Es könnte aber auch argumentiert werden, dass ein Händler die führende Rolle in der vertikalen Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG übernimmt und die Initiative sowie Überwachung übernahm, weil Unternehmen der nächsten Stufe bei diesen Abredetypen häufig ein Interesse an der Abrede aufweisen (N 191).

Die Beherrschung **hoher Marktanteile** könnte als Hinweis auf die führende Rolle verstanden werden, da Unternehmen dank hoher Marktanteile mehr Marktinformationen zur Verfügung stehen.<sup>334</sup> Hohe Marktanteile deuten indessen nicht an sich auf die Einnahme der Rolle als Anführer.<sup>335</sup> 215

Als Fazit kann daher gesagt werden, dass dem führenden Unternehmen Attribute wie die «treibende Kraft» im Verstoss zugeschrieben werden, ohne dass eine juristisch klare Definition des Anführers bestehen würde. Auch bleibt unklar, ob mehrere Unternehmen gemeinsam eine Abrede anführen können. Jedenfalls sollte im Sinne der Klarheit nur ein Unternehmen als Anführer gelten, wobei darauf abzustellen ist, dass das Unternehmen diese Rolle eindeutig eingenommen hat. Ein besonders aktives Unternehmen, das etwa Treffen der Teilnehmer der Abrede organisiert und sich für die Überwachung der Einhaltung der Abrede und die Durchsetzung der Abrede einsetzt, dürfte in der Regel ein Anführer sein. Die Interessenslage und die Marktanteile des vermeintlichen Anführers sind weitere Indizien, die für die Einnahme der Rolle als Anführer sprechen können. 216

<sup>332</sup> RPW 2016/2 434, 440 N 100 ff., 436 N 57 (GE Healthcare).

<sup>333</sup> JACOBS, Entwicklungen 2017, 215.

<sup>334</sup> RPW 2012/3 615, 652 N 345 (Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen); in Bezug auf dieses Kriterium kritisch RPW 2010/4 717, 767 N 451 f., N 454 (Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren).

<sup>335</sup> Zum Vergleich gilt ein Unternehmen unter *US-Recht* nicht allein schon deshalb als Anstifter oder Anführer, weil es nach verschiedenen Indikatoren das grösste Unternehmen ist oder über hohe Marktanteile verfügt, siehe DOJ, Leniency Policy FAQ, 16 Ziff. 15.



### 4.2.2. Anstifter

- 217 Die Anstiftung nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG wird in der Sanktionsverordnung nicht weiter beschrieben. *Praxis* und *Lehre* ziehen zur Konkretisierung die Figur der **strafrechtlichen Anstiftung** nach Art. 24 StGB bei. Als Anstifter im strafrechtlichen Sinne gilt eine Person, die bei einer anderen Person vorsätzlich den Tatentschluss zur Begehung eines Verbrechens oder Vergehens hervorruft.<sup>336</sup> Die Anstiftung nach Art 24 StGB umfasst jedes den Tatentschluss motivierende Verhalten. Art. 24 StGB verlangt «bestimmen», womit eine Anstiftung nicht durch Unterlassen erfolgen kann.<sup>337</sup> Ein Unternehmen, das bei anderen Unternehmen den Entschluss weckt, einen Wettbewerbsverstoss i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG zu begehen bzw. sich an einem solchen zu beteiligen, gilt demnach als anstiftend i.S.v. Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG. Dieses motivierende Verhalten könne darin bestehen, Vorschläge abzugeben oder einen Anreiz zur Teilnahme durch Drohung etc. zu setzen. Das angestiftete Unternehmen dürfe aber nicht ohnehin zur Begehung des Wettbewerbsverstosses bereit gewesen sein.<sup>338</sup>
- 218 Der Ausschluss des Anstifters bezweckt mitunter, **Missbräuche der Bonusregelung zu verhindern**. Das Unternehmen, das andere Unternehmen anstiftet, um sie anschliessend bei den Wettbewerbsbehörden anzuzeigen, soll nicht mit einem Sanktionserlass belohnt werden. Ein ehemals an einem Kartell beteiligtes Unternehmen erhält daher keinen Sanktionserlass, wenn es eine Selbstanzeige einreicht und damit den Zweck verfolgt, seine Konkurrenten zu schädigen.<sup>339</sup> Der Zweck der Norm, Missbräuche zu verhindern, steht aber soweit ersichtlich in der Praxis nicht im Vordergrund.
- 219 In ihrer *Praxis* erwog die WEKO in einem Fall mit mehreren Anstiftungen, es sei beweis-mässig nicht erstellt, dass eine Anstiftung vorliege, wenn auch andere Unternehmen motivierende Einladungen oder Aufforderungen zur Teilnahme an der Wettbewerbs-

---

<sup>336</sup> FORSTER, BSK-StGB I, vor StGB 24 N 36.

<sup>337</sup> FORSTER, BSK-StGB I, StGB 24 N 13.

<sup>338</sup> RPW 2016/3 722, 751 N 224 (Saiteninstrumente); TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 76; DENOTH, 96 Fn 558, mit Bezug auf sanktionerschwerende Umstände nach *EU-Recht*.

<sup>339</sup> Einschlägig hierzu ist das Votum von Hans Rudolf GYSIN zu Art. 49a Abs. 2 KG, AB 2002 1454; zur Thematik siehe auch BÖGE, 160 und STEPHAN/НИКРАУ, 151.

abrede vorgebracht haben.<sup>340</sup> Soweit eine Konstellation allerdings dem Tatbestand der **konkurrierenden Anstiftung** entspricht, sollte – wie im Strafrecht – gelten, dass jedes Unternehmen Anstifter ist, dessen Beitrag für sich genügt hätte, ein Unternehmen zur Beteiligung am Verstoss zu bewegen.<sup>341</sup> Soweit nur ein Unternehmen ausgeschlossen werden kann, dürfte es in solchen Fällen aber schwierig sein, herauszufinden, welches Unternehmen als «hauptsächlicher» Anstifter gilt (siehe N 210).

Die WEKO hielt in einem weiteren Fall fest, das Unternehmen, das unter einer **Submissionsabrede** Schutz suchte (bzw. bei den anderen an der Abrede Beteiligten beantragte, den zu vergebenden Auftrag zu erhalten) und daher den Kontakt initiierte, sei kein Anstifter, weil die Initiative «[...] doch untrennbar mit der Natur von Einzel-submissionsmärkten verbunden und auf diese zurückzuführen [sei]».<sup>342</sup> 220

Unter *EU-Recht* galt in der mittlerweile revidierten EU-Kronzeugenmitteilung 1996 221 gemäss Bst. B. e) ebenfalls die Anstiftung zu einem Wettbewerbsverstoss als Grund für den Ausschluss vom Sanktionserlass. Der Ausschlussgrund wurde allerdings aufgehoben, weil die Rolle des Anstifters schwer abzugrenzen sei (N 210). Die Praxis zur EU-Kronzeugenmitteilung 1996 orientierte sich soweit ersichtlich ebenfalls nicht streng am Wortlaut. So hat etwa die Kommission in der Verfügung Organische Peroxide<sup>343</sup> selbst dem Unternehmen AKZO, das das Kartell mitinitiierte, einen Sanktionserlass erteilt.<sup>344</sup>

Aus dem Vergleich zum *US-Recht* ergibt sich schliesslich, dass bei der Eröffnungskooperation (Type A) der hauptsächliche Anstifter vom Erlass ausgeschlossen ist (N 210). 222

### 4.2.3. Ausübung von Zwang

Im Folgenden ist der in Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG normierte Tatbeitrag in Form der Ausübung von Zwang zur Beteiligung an der Abrede zu beleuchten. Bei einer im eigent- 223

<sup>340</sup> RPW 2018/1 78, 114 f. N 238 (Verzinkung).

<sup>341</sup> Zum Strafrecht siehe FORSTER, BSK-StGB I, StGB 24 N 54.

<sup>342</sup> RPW 2013/4 524, 631 N 1005 (Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich).

<sup>343</sup> Kommission COMP/E-2/37.857 vom 10. Dezember 2003, Zusammenfassung der Entscheidung, Organische Peroxide.

<sup>344</sup> Kommission COMP/E-2/37.857 vom 10. Dezember 2003, Zusammenfassung der Entscheidung, Organische Peroxide, N 7, N 26; GERMONT/ANDRESEN, 687.

lichen Sinne erzwungenen Abrede würde das geforderte Wissen und Wollen zum Zusammenwirken (Art. 4 Abs. 1 KG) (N 34) fehlen und damit keine Abrede vorliegen. Es handelt sich daher wohl bei der Ausübung von Zwang zur Beteiligung um eine **Anstiftung mittels Zwangsandrohung**, bei der das bedrohte Unternehmen sich nach der Drohung freiwillig entscheidet, an der Abrede teilzunehmen. Diese Art der Anstiftung unterscheidet sich von einer anderen Anstiftung dadurch, dass das zwingende Unternehmen eine bestimmte Gesinnung offenbart, weil es nicht vor der Androhung von Zwang zurückschreckt.

- 224 Gegebenenfalls droht auch der Anführer mit Zwang, um die Abrededisziplin aufrecht zu erhalten (N 213).<sup>345</sup> Eine Abgrenzung zwischen Anführer und Zwang ausübenden Unternehmen ist dann nur schwer zu ziehen.
- 225 Eine Beschreibung der Zwangsausübung findet sich in der Sanktionsverordnung bei der Sanktionsbemessung gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG, wonach die Ausübung von Zwang durch die Anordnung und Durchführung von Vergeltungsmassnahmen gegenüber anderen an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten als erschwerender Umstand gilt. Bei horizontalen Abreden wird solcher Zwang durch die Andeutung, Androhung oder Durchsetzung von Retorsionsmassnahmen ausgeübt, wie etwa durch die Androhung und Durchsetzung von Konventionalstrafen, Kartellrentenabzügen, eines Ausschlusses aus einem Verband, eines Lieferboykotts oder einer Rufschädigung. Bei vertikalen Abreden wird die Beteiligung durch die Androhung und Durchsetzung von Liefer- und/oder Bezugsboykott gegenüber den gebundenen Unternehmen auf der nächsten Marktstufe erzwungen.<sup>346</sup>
- 226 Die Zwangsandrohung ist ein regelmässig eingesetztes Mittel zur Aufrechterhaltung der Disziplin, sich an die Abrede zu halten. Der Grund liegt darin, dass unzulässige Wettbewerbsabreden **nicht rechtlich durchsetzbar** sind, womit die Abredenden auf andere Mittel zurückgreifen müssen.<sup>347</sup>

---

<sup>345</sup> KRAUSKOPF/CARRON, 503; implizit SOMMER, N 21.

<sup>346</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 80 f.; SVKG Erläuterungen, 5.

<sup>347</sup> STEPHAN/NIKPAY, 141.

Rechtsvergleichend ist darauf hinzuweisen, dass unter *EU-Recht* mit Ziff. (13) der EU-Kronzeugenmitteilung 2006 ebenfalls vorgesehen ist, Unternehmen, die andere Unternehmen zur Kartellteilnahme oder zur Weiterführung des Kartells gezwungen haben, vom Sanktionserlass mit der Bonusregelung auszunehmen. Auch unter *US-Recht* wird mit der Leniency Policy verlangt, dass das Unternehmen keine andere Partei zur Beteiligung gezwungen hat.<sup>348</sup> 227

---

<sup>348</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, A. Ziff. 6 und B Ziff. 7.



## **5. SICHERUNG DES ERSTEN RANGES**

Im fünften Kapitel wird die Sicherung des ersten Ranges mit der Bonusmeldung dargestellt. Zur Vorbereitung der Bonusmeldung besteht die Möglichkeit der Tuchföhlung, ob der erste Rang zur Verfügung steht (Kap. 5.1). Es stellt sich die Frage, worin die Anforderungen an die Bestätigung des Ranges liegen (Kap. 5.2). Beim Entscheid, den ersten Rang zu erteilen, könnten die Behörden über Ermessen verfügen und der Entscheid könnte justiziabel sein (Kap. 5.3). 228

### **5.1. «TUCHFÖHLUNG» ZUR KLÄRUNG DER RANGORDNUNG**

Vor Eröffnung der Untersuchung herrscht für das Unternehmen Unsicherheit über die Rangordnung, was die Kooperation erschweren kann (Kap. 5.1.1). Nach der Eröffnung einer Untersuchung ist offen, ob sich das Unternehmen auf eigene Initiative melden muss und, ob Behörden ein Unternehmen gezielt auf die Verfügbarkeit des ersten Ranges hinweisen dürfen (Kap. 5.1.2). Die Anzeige des mutmasslichen Verstosses kann in verschiedenen Formen geschehen (Kap. 5.1.3). Zu diskutieren ist, ob der Rang gleich im Anschluss an die Selbstanzeige bekannt gegeben wird (Kap. 5.1.4). 229

#### **5.1.1. Vor der Eröffnung einer Untersuchung**

##### **5.1.1.1. Ungewissheit über die Rangordnung**

Für den Selbstanzeiger ist es im Vorfeld der Bonusmeldung entscheidend, ob bereits ein anderes Kartellmitglied eine Bonusmeldung eingereicht und sich den ersten Rang gesichert hat.<sup>349</sup> Dies wiederum kann der Selbstanzeiger nur in Erfahrung bringen, wenn er sich selber bei den Behörden anzeigt und so selbstbelastende Informationen offenlegt. Ein Kartelltäter dürfte daher nicht unbedingt bereit sein, sich mit einer detaillierten Beschreibung des mutmasslichen Verstosses anzuzeigen, sofern er den Rang nicht vorab in Erfahrung bringen kann. 230

---

<sup>349</sup> WEBER/VOLZ, N 3.270; KRAUSKOPF, DIKE-KG, KG 49a Abs. 1-2 N 76.

- 231 Dagegen müssen die Behörden, bevor sie den ersten Rang bestätigen, insbesondere bei einer Meldung in Form eines Markers die Meldung als Anzeige eines mutmasslichen Verstosses einordnen, den Bonuswettstreit wahren und schliesslich die Frist zur Vorlage von Beweismitteln (Art. 9 Abs. 3 Bst. b SVKG) festsetzen. Sie dürften daher nicht bereit sein, für einen äusserst vage dargelegten Verstoss den ersten Rang zu versprechen. Vielmehr bedarf es einer mehr oder weniger substantiierten Darlegung des mutmasslichen Verstosses (Kap. 5.2).

#### 5.1.1.2. Behelfsweise Umschreibung des Wettbewerbsverstosses

- 232 Damit eine Kooperation trotz Ungewissheit über die Rangordnung (N 230) zustande kommt, sollte sich das Unternehmen schützen dürfen, indem es den mutmasslichen Verstoss bis zur Bestätigung des Ranges behelfsweise beschreiben kann.
- 233 Nach Art. 9 Abs. 2 SVKG ist zunächst vorgesehen, dass das Unternehmen die mit der Selbstanzeige abzulegende Erklärung zum mutmasslichen Wettbewerbsverstosses nach Art. 9 Abs. 1 SVKG **anonym** vortragen kann. Anonyme Selbstanzeigen sind eine Art der behelfsweise bzw. mit Hypothesen begründeten Anzeigen.<sup>350</sup> Die anonyme Selbstanzeige bezweckt, dass ein Unternehmen auf anonymer Basis Erfolgsaussichten für einen Sanktionsbonus klären kann, bevor es Informationen und Beweismittel vorlegt.<sup>351</sup> Da gestützt auf Art. 9 Abs. 2 SVKG die Selbstanzeige anonym abgelegt werden darf, ist anzunehmen, dass das Unternehmen sowohl einen Marker als auch eine formelle Selbstanzeige in anonymisierter Form stellen kann (siehe zum Begriff der Selbstanzeige N 116).

Der Rechtsvergleich zum *EU-Recht* zeigt demgegenüber, dass gemäss Ziff. (15) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 der anonyme Marker nicht möglich ist, weil das Unternehmen seinen Namen angeben muss.<sup>352</sup>

---

<sup>350</sup> KRAUSKOPF, 126 N 24 und TRÜEB/ZURKINDEN, Handkommentar, KG 49a N 10.

<sup>351</sup> Erläuterungen zur SVKG, 10; SOMMER, N 13.

<sup>352</sup> SCHNAKL, 186.

Unter *US-Recht* können die Leniency Kandidaten die Verfügbarkeit des ersten Ranges anonym nachfragen.<sup>353</sup> Der anonyme Marker gilt i.d.R. für drei Tage. Danach ist die Identität des Unternehmens offenzulegen.<sup>354</sup>

Das Kartellgesetz und die Sanktionsverordnung enthalten keine Normen, die neben der anonymen Selbstanzeige weitere behelfsweise Begründungen, wie eine **schrittweise Begründung** des mutmasslichen Verstoss mittels Vorbringen von Hypothesen, zulassen. Auch die Praxis äussert sich diesbezüglich nicht. Es bleibt damit unklar, ob und wie weit bei einem Marker oder einer formellen Selbstanzeige die schrittweise Darstellung des mutmasslichen Verstosses zwecks Erlangung von Kenntnissen zur Rangordnung zulässig wäre. 234

Das Unternehmen hat unter *EU-Recht* mit dem Marker sämtliche bereits verfügbaren Beweismittel vorzulegen, sobald die Kommission diese herausverlangt.<sup>355</sup> Dies lässt darauf schliessen, dass zumindest bei einem Marker keine behelfsweise Begründung des mutmasslichen Verstosses möglich ist.

Unter *US-Recht* können demgegenüber zur Sicherung des Ranges mit einem Marker behelfsweise (proffer) und damit wohl auch schrittweise Kenntnisse seitens des Unternehmens zum Sachverhalt, der dem mutmasslichen Verstoss zugrundeliegt, offengelegt werden.<sup>356</sup>

Damit vermehrt Kooperationsangebote zustande kommen, sollte es nach der vorliegend vertretenen Auffassung auch im Schweizer Recht zulässig sein, den der Bestätigung des Ranges zugrundeliegenden Sachverhalt zum mutmasslichen Verstoss über die anonyme und mündliche Anzeige hinaus behelfsweise zu begründen, wobei diese Begründung 235

<sup>353</sup> NICOUD, 496; KLUSMANN, 828.

<sup>354</sup> DOJ, Leniency Program FAQ, 2 f. Ziff. 2 Fn 6: «It is possible in limited circumstances for counsel to secure a very short-term "anonymous"-marker without identifying his or her client.»; HENRY, 9.

<sup>355</sup> OECD, EU-Marker, Ziff. 15: «[...] when making the application, the marker applicant should submit immediately information and evidence it has already on the alleged cartel, if requested by the commission.».

<sup>356</sup> DOJ, Leniency Program FAQ, 8, Ziff. 7: «[...] The scope of the marker is tailored to the facts that the applicant proffers at the time it requests it. Because the applicant must proffer facts indicating its participation in a criminal antitrust conspiracy, the scope of the marker is coextensive with the scope of the conspiracy that the applicant reports. [...]».



durch Nachfragen der Behörden geleitet werden dürfen bzw. schrittweise erfolgen sollte. Um für einen Marker oder eine formelle Selbstanzeige den Rang bestätigen zu können, müssten Behörden damit den zu untersuchenden Verstoss gestützt auf das angezeigte Verhalten soweit festlegen bzw. Unternehmen auf Nachfrage Auskunft zum Sachverhalt geben, bis das Verhalten einem mutmasslichen Verstoss mehr oder weniger klar zugeordnet werden kann.

Zum Beispiel könnte dann ein Vertreter des anonym gebliebenen Unternehmens zunächst den geographischen Raum beschreiben (z.B. die Region), der von der anzuzeigenden Abrede betroffen ist. Bestätigt die Behörde, dass noch keine Selbstanzeige zur Beteiligung an einer Abrede in diesem Raum eingegangen ist, könnte das Unternehmen in einem nächsten Schritt vorbringen, welche Industrie betroffen ist. Die schrittweise Beschreibung dieser Eckpunkte würde solange weitergehen, bis die Behörden den Rang bestätigen können (zur Frage, wann diese Beschreibung genügt, siehe Kap. 5.2.2).

Ein solches Vorgehen motiviert das Unternehmen zur Selbstanzeige, insbesondere in Fällen, in denen dem Unternehmen selbst nicht klar ist, ob die intern aufgedeckten Beweismittel einen kartellrechtlichen Verstoss begründen. So steht das Unternehmen aufgrund des Bonuswettstreits unter Zugzwang, sich den Rang zu sichern. Zugleich will es nicht unnötigerweise einen Verdacht auf sich lenken, wenn es ohnehin nicht den ersten Rang einnehmen kann. Ist es dem Unternehmen erlaubt, den Verstoss anonym und schrittweise zu begründen, und sich so den Rang zu sichern, ist es eher geneigt, eine Selbstanzeige abzulegen.

### **5.1.2. Nach der Eröffnung einer Untersuchung**

#### **5.1.2.1. Aufforderung durch die Wettbewerbsbehörde**

- 236 Es fragt sich, ob ein Unternehmen nach eröffneter Untersuchung von sich aus beziehungsweise unaufgefordert die Selbstanzeige abzulegen hat. Namentlich ist darauf einzugehen, ob es noch möglich ist, eine Selbstanzeige zu erstatten, nachdem die Behörden ein Unternehmen auf die Bonusregelung hingewiesen haben. Eine solche

Aufforderung könnte darin liegen, dass einem Unternehmensvertreter während einer Einvernahme die Bonusregelung erläutert wird.

Die *Rechtsgrundlage* für den vollen Sanktionserlass von Art. 8 Abs. 1 SVKG sieht vor, 237  
dass die Wettbewerbsbehörden einem Unternehmen die Sanktion vollständig erlassen,  
wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung anzeigt und als Erstes  
Informationen oder Beweismittel vorlegt. Sie äussert sich aber nicht dazu, ob das Unter-  
nehmen von sich aus die Selbstanzeige erstatten muss. Demgegenüber sieht Art. 12  
Abs. 1 SVKG, der die Norm bei der Selbstanzeige für den teilweisen Erlass darstellt, vor,  
dass die Wettbewerbsbehörden dem Unternehmen einen teilweisen Erlass erteilen, das  
an einem Verfahren «unaufgefordert» mitwirkt. Daher könnte analog gelten, dass das  
Unternehmen für den vollen Sanktionserlass ebenfalls «unaufgefordert» eine Selbst-  
anzeige abgeben muss.

Nach der Lehre ergebe sich aus dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 SVKG, wonach das 238  
Unternehmen sich anzeigen und Beweismittel vorlegen muss, dass es für den Sank-  
tionserlass einer «unaufgeforderten» Mitwirkung bedarf, sodass der Sanktionserlass bei  
einer Selbstanzeige nach einer **Hausdurchsuchung** wohl nicht mehr in Frage käme.<sup>357</sup>

Ein Teil der *Lehre* begründet die Voraussetzung einer unaufgeforderten Selbstanzeige 239  
nach eröffneter Untersuchung damit, dass bei dieser Kooperation theoretisch argumen-  
tiert werden könne, die Selbstanzeige, die für einen vollen Sanktionserlass abzulegen  
ist, sei aus eigenem Antrieb, d.h. ohne Aufforderung seitens der Behörden, zu erstatten,  
weil eine **Untersuchung bereits eröffnet** worden sei und die Kooperationspflichten  
gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b-c SVKG unaufgefordert wahrzunehmen seien.<sup>358</sup>

In der *Lehre* werden weitere Argumente dargelegt, die für die unaufgeforderte Selbst- 240  
anzeige sprechen. Es sei für das Instrument der Bonusregelung **charakteristisch**, dass  
der Anstoss zur Lieferung von Informationen und Beweismitteln vom Unternehmen  
ausgehe.<sup>359</sup> Begründen liesse sich die Eigeninitiative auch damit, dass die Bonusregelung

<sup>357</sup> BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN, N 36 f.

<sup>358</sup> SCHALLER/BANGERTER, 1236; SOMMER, N 29; ähnlich LAUBE, 93 N 134.

<sup>359</sup> BILGER hebt diesbezüglich hervor, dass die aktive Rolle des Unternehmens, das sich anzeigt, wesentlich sei. Im Gegensatz dazu gehe bei der einvernehmlichen Regelung die Initiative vom Sekretariat aus, siehe BILGER, 381.

nur Unternehmen honorieren solle, die durch eine unaufgeforderte Selbstanzeige ihre **kooperative innere Einstellung** offenbaren.<sup>360</sup>

- 241 Als *Gegenargument* wird vorgebracht, dass die Behörden mit dem aktiven Hinweis auf die Möglichkeit, eine Selbstanzeige einzureichen, einen **Ermittlungserfolg** erzielen können, weshalb es zulässig sein sollte, die Selbstanzeige auf Aufforderung hin abzulegen.<sup>361</sup> Eine Aufforderung müsste dabei über die Abgabe der Information an alle beteiligten Unternehmen, sie könnten eine Selbstanzeige einreichen, hinausgehen. Zu denken wäre vielmehr daran, dass einem vermeintlich kooperationsbereiten Unternehmen die Kooperation angeboten wird.

Der Rechtsvergleich zum *US-Recht* legt dar, dass der Ermittlungserfolg hoch gewertet wird. Namentlich wenn noch kein Leniency Antrag vorliegt, kann es für die verfolgende Behörde geboten sein, einem mutmasslich an der Abrede beteiligten Unternehmen die Möglichkeit von Verhandlungen zu erläutern.<sup>362</sup>

- 242 Nach hier vertretenen Auffassung besteht keine Grundlage, die eine unaufgeforderte Selbstanzeige für den vollen Erlass verlangt. So wird die Selbstanzeige nach Art. 8 Abs. 1 SVKG von Kooperationspflichten nach Art. 8 Abs. 2 SVKG unterschieden. Die Pflicht nach Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG, «unaufgefordert» sämtliche zur Verfügung stehenden Beweismittel offenzulegen, entsteht daher erst, nachdem das Unternehmen eine Selbstanzeige (mit dem Marker oder der formellen Selbstanzeige) erstattet hat. So müsste es besonders erwähnt werden, wenn die Pflicht bereits **rückwirkend**, das heisst vor einer Anzeige der Kooperationsbereitschaft, gelten sollte.

Unter *US-Recht* wird eine solche rückwirkende Pflicht zum Beispiel für die Einstellung der Beteiligung am Verstoss ausdrücklich vorgesehen. So muss das Unternehmen gleich nach der unternehmensinternen Aufdeckung des Verstosses

---

<sup>360</sup> THOMPSON, 220.

<sup>361</sup> THOMPSON, 220.

<sup>362</sup> ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Handbook, 77: «[S]ituations arise that prompt prosecutors to advise a putative defendant that they are willing to engage in plea negotiations. This is especially the case if the prosecutors need to strengthen their case, and do not yet have a leniency applicant.»; siehe auch DOJ, Negotiated Plea Agreements, 7 f., H. **Initiating Plea Negotiations**.

die Beteiligung einstellen, sonst verliert es bei einer späteren Selbstanzeige seinen Anspruch auf den Anklageverzicht.<sup>363</sup>

Ferner ist kein Hinweis ersichtlich, der darauf schliessen lässt, dass die kooperative Gesinnung besonders belohnt werden soll. Einem Unternehmen eine solche Gesinnung zuzuschreiben und es dafür zu belohnen, würde bedingen, dass sich das Unternehmen in Zukunft der damit gezeigten Reue entsprechend verhält. Allerdings könnte bereits ein späterer Wechsel der Geschäftsleistung des Unternehmens dazu führen, dass ein Unternehmen sich von seinem reuigen Verhalten wieder distanziert. 243

Soweit demgegenüber eine unaufgeforderte Selbstanzeige verlangt würde, würde sich die Frage stellen, wann eine Aufforderung vorliegt. Im Rahmen von Hausdurchsuchungen spricht sich die Lehre bei der Kommentierung des teilweisen Sanktionserlasses (Art. 12 SVKG) dahingehend aus, dass nach Eröffnung einer Hausdurchsuchung nicht mehr unaufgefordert kooperiert werden könne, weil der **Hausdurchsuchungsbefehl** als Aufforderung zur Offenlegung von Informationen und Beweismitteln zum im Befehl beschriebenen Sachverhalt zu verstehen sei.<sup>364</sup> Dem wird entgegnet, der Hausdurchsuchungsbefehl führe formell betrachtet lediglich dazu, dass dem von einer Hausdurchsuchung betroffenen Unternehmen eine Duldungspflicht und nicht etwa eine Rechtspflicht, wie z.B. eine Auskunft- oder Editionsspflicht, auferlegt werde.<sup>365</sup> Die Eröffnung des Hausdurchsuchungsbefehls sollte die Bonusmeldung ausserdem nicht verhindern, weil dies die Wirksamkeit der Bonusregelung unnötig beeinträchtigen würde.<sup>366</sup> 244

### 5.1.2.2. Gebot rechtsgleicher Hinweise der Behörden

Im Kartellverfahren gelten die Grundsätze des fairen Verfahrens (Art. 29 BV), weshalb die Gebote der Rechtsgleichheit im Verfahren (Art. 8 BV und Art. 29 Abs. 1 BV), wonach 245

<sup>363</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 4 f. Type A Ziff. 2: «The corporate, upon ist discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity [...]»; DOJ, Corporate Leniency Policy, Type B Ziff. 3; siehe auch Stolt-Nielsen S.A. v. United States 442 F.3d 177, 180 f. (3d Cir. 2006).

<sup>364</sup> BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN, N 37.

<sup>365</sup> SCHALLER/BANGERTER, 1236 f.

<sup>366</sup> SCHALLER/BANGERTER, 1236 f.

die Parteien vor der Behörde einander im Wesentlichen gleichzustellen sind,<sup>367</sup> und von Treu und Glauben im Prozess (Art. 9 BV) zu beachten sind.<sup>368</sup>

- 246 Es könnte das Rechtsgleichheitsgebot verletzt worden sein, wenn das Sekretariat ein Unternehmen gezielt informiert hat, dass die Möglichkeit besteht, eine Bonusmeldung abzulegen. Der dadurch erlangte **Informationsvorsprung** gegenüber nicht benachrichtigten Unternehmen, die an der Abrede beteiligt sind oder waren, könnte vom informierten Unternehmen für die zeitlich erste Selbstanzeige bzw. Sicherung der Priorität genutzt werden (Art. 8 Abs. 1 SVKG; Art. 10 SVKG).
- 247 Der Rechtsvergleich legt offen, dass die Lehre, die sich mit dem *EU-Recht* befasst, die Auffassung vertritt, die Parteien müssten rechtsgleich zur Möglichkeit, eine Selbstanzeige abzugeben, informiert werden.

So hielt das Gericht der EU in Sachen *Acerinox v. Kommission*<sup>369</sup> hinsichtlich der Würdigung des für die teilweise Sanktionsreduktion geforderten Zusatzwertes der vorgelegten Informationen und Beweismittel fest: «[...] In welchem Umfang die Unternehmen mit der Kommission zusammenarbeiten, darf nämlich nicht nur nach zufälligen Kriterien wie der Reihenfolge, in der sie von der Kommission befragt worden sind, beurteilt werden.»<sup>370</sup> Auf die Bonusregelung umgemünzt bedeute dies, so die Lehre, dass die Kommission Hinweise zur Möglichkeit, eine Selbstanzeige ablegen zu können, rechtsgleich abgeben müsse.<sup>371</sup>

Weiter hielt das Gericht der EU im Verfahren *Hoechst v. Kommission*<sup>372</sup> noch unter Geltung der EU-Kronzeugenmitteilung 1996 fest, im Rahmen der Bonusregelung verstosse eine Warnung an bloss ein Unternehmen, dass ein anderes

---

<sup>367</sup> KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, 69 N 209.

<sup>368</sup> BREITENMOSER/WALDER SALAMIN, 28 f. m.H.; RHINOW et al., 111 f. N 308; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, 172 § 22 N 1.

<sup>369</sup> EuG T-48/98 vom 13. Dezember 2001, *Acerinox v. Kommission*, ECLI:EU:T:2001:289.

<sup>370</sup> EuG T-48/98 vom 13. Dezember 2001, *Acerinox v. Kommission*, ECLI:EU:T:2001:289, N 140.

<sup>371</sup> COLOMBANI/KLOUB/SAKKERS, 1118 f. N 8.215 m.H.a. EuG T-48/98 vom 13. Dezember 2001, *Acerinox v. Kommission*, ECLI:EU:T:2001:289, N 140 sowie EuG T-45/98 und T-47/98 vom 13. Dezember 2001, *Krupp Thyssen Stainless v. Kommission*, ECLI:EU:T:2001:288, N 246.

<sup>372</sup> EuG T-410/03 vom 18. Juni 2008, *Hoechst v. Kommission*, ECLI:EU:T:2008:211.

Unternehmen dieses in der Kooperation überhole, gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit.<sup>373</sup> Die Lehre überträgt diese Gedankengänge auf den Marker, womit Unternehmen rechtsgleich zur Möglichkeit des Markers oder zum ein-  
genommenen Rang aufgeklärt werden müssten.<sup>374</sup>

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen ist, ob die **aktive Abgabe von Informations** 248  
**nen** seitens der Behörden an nur eines der unter Verdacht stehenden Unternehmen gerechtfertigt werden kann. Diese Abgabe liegt im öffentlichen Interesse, weil sie ein Unternehmen zur Kooperation motiviert und so die Erhebung von bedeutenden Informationen oder Beweismitteln und damit die Durchsetzung des Kartellrechts ermöglicht. Aufgrund der Bekanntheit der Bonusregelung ist die Information an ein Unternehmen aber mittlerweile nicht mehr notwendig, um das öffentliche Interesse am Ermittlungserfolg zu wahren, denn die Möglichkeit, in einem Kartellverfahren eine Selbstanzeige einzureichen, dürfte ins allgemeine gesellschaftliche Bewusstsein gerückt sein. Ausserdem publizieren Wettbewerbsbehörden die Unterlagen zur Bonusregelung und Hinweise dazu auf ihrer Website ([www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)).<sup>375</sup>

Im KG-Evaluationsbericht 2008 wurde vorgebracht, die Bonusregelung sei nur einer knappen Mehrheit der KMU-Verbände bekannt.<sup>376</sup> Die Möglichkeit zur Teilnahme am Bonusprogramm dürfte aufgrund zunehmender Praxis mittlerweile aber ins allgemeine Bewusstsein gerückt sein.

Ein besonderer Fall könnte vorliegen, wenn das Unternehmen **nicht anwaltlich ver-** 249  
**treten** wird. Soweit ersichtlich werden in der Praxis allen beteiligten Unternehmen, auch dem nicht anwaltlich vertretenen Unternehmen, bei einer Hausdurchsuchung die Bestimmungen über die Bonusregelung ausgehändigt und das Unternehmen wird auf seine rechtlichen Möglichkeiten hingewiesen.<sup>377</sup> Eine solche Abgabe an ein nicht anwaltlich vertretenes Unternehmen ist nach hier vertretener Auffassung notwendig,

<sup>373</sup> EuG T-410/03 vom 18. Juni 2008, Hoechst v. Kommission, ECLI:EU:T:2008:211, N 134-137.

<sup>374</sup> Siehe KHAN, 481 N-7220, betreffend die Übertragung auf das Markersystem.

<sup>375</sup> Abrufbar auf [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch), abgerufen am 12. Juni 2019.

<sup>376</sup> KG-Evaluationsbericht 2008, 36 Ziff. 123.

<sup>377</sup> Zu einem Fall mit einem Unternehmen ohne anwaltliche Vertretung siehe RPW 2010/4 717, 770 N 476 (Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren).

zumal das nicht anwaltlich vertretene Unternehmen die Bonusregelung nicht unbedingt kennt. Zeitgleich mit der Abgabe von Informationen an das nicht anwaltlich vertretene Unternehmen sollten sämtliche bekannten Untersuchungsadressaten über die Möglichkeit der Selbstanzeige informiert werden, um die Rechtsgleichheit im Verfahren zu wahren.<sup>378</sup>

- 250 **Passiv übermittelte Informationen** über die Beweislage seitens der Behörden wie die Eröffnung einer Hausdurchsuchung (Art. 42 Abs. 2 KG) und andere Ermittlungshandlungen sind für Unternehmen ebenfalls wertvoll, weil sie zeigen, dass die Behörden einen Verdacht hegen. Diese Information kann zur Sicherung des ersten Ranges mit einer Selbstanzeige verwertet werden.<sup>379</sup> Insofern ist auch zu prüfen, ob die Anwendung der Bonusregelung in Konstellationen, in denen nicht sogleich bei sämtlichen am mutmasslichen Verstoß Beteiligten eine Ermittlungshandlung durchgeführt wird, weil noch nicht sämtliche Untersuchungsadressaten bekannt sind, mit dem Rechtsgleichheitsgebot vereinbar ist. Diese Frage wird im Folgenden namentlich in Bezug auf Hausdurchsuchungen geprüft und beantwortet (N 251 ff.):
- 251 Eine **Hausdurchsuchung** ermöglicht die Ermittlung und steht damit im öffentlichen Interesse. Hausdurchsuchungseröffnungen bei verschiedenen Untersuchungsadressaten finden notwendigerweise zu unterschiedlichen Zeitpunkten statt, wenn Behörden vorerst nur an bestimmte Informationen oder Beweismittel zu bestimmten Unternehmen gelangen und erst gestützt auf die im Rahmen der Hausdurchsuchung neu erlangten Beweismittel weitere Ermittlungen aufnehmen können.
- 252 Wird während einer Hausdurchsuchung herausgefunden, dass weitere Unternehmen unter Verdacht stehen und als Untersuchungsadressaten gelten könnten, könnte die Bonusregelung zur Wahrung der Verhältnismässigkeit immerhin bis zur Erweiterung der Untersuchung auf diese Adressaten ausgesetzt bzw. gesperrt werden. Im Sinne der Ermittlungen wäre eine solche **Sperre der Anwendung der Bonusregelung** aber höchstens für äusserst kurze Zeit anzusetzen, weil die Kooperationsbereitschaft von Unternehmen aufgrund des Überraschungseffekts, der bei der Eröffnung einer Haus-

---

<sup>378</sup> Zu diesem Ansatz zur Bonusregelung von Deutschland siehe DESELAERS, 301.

<sup>379</sup> Zu solchen Konstellationen zur Bonusregelung von Deutschland siehe OST/RAUBER, 303.

durchsuchung auftritt, besonders hoch ist.<sup>380</sup> Bei einer Sperre im Sinne einer Sistierung der Bonusregelung wäre bei der Klärung der Rangordnung nicht direkt auf den Zeitpunkt der Kooperation abzustellen, weil sonst nach Ablauf der Sperre mehrere Selbstanzeigen gleichzeitig fällig würden. Entscheidend müsste vielmehr sein, wie lange es ab der Eröffnung der jeweiligen Hausdurchsuchung bis zur Selbstanzeige gedauert hat. Das Unternehmen, das am wenigsten Zeit nach der Eröffnung bis zu seiner Selbstanzeige beanspruchte, würde damit den ersten Rang einnehmen.

Weiter ist der Wettlauf um die erste Selbstanzeige für dasjenige Unternehmen nicht unbedingt zumutbar, dessen Beteiligung am Verstoß erst später entdeckt wurde, bei dem somit keine Ermittlungshandlungen vorgenommen wurden und das daher keine Informationen über den Verdacht der Behörden erhalten hat. Nach der Lehre zur gleichartigen Regelung in Deutschland sei bei der Prüfung, ob der durch die Behörde verursachte Informationsvorsprung gerechtfertigt ist, der anwendbare Prüfmasstab bei der Abwägung der Interessen weniger streng, weil mit der Bonusregelung kein absolutes Differenzierungsverbot vorliege, Unternehmen durch ihr eigenes Verhalten (nämlich die frühere Selbstanzeige) die Ungleichbehandlung hätten verhindern können und keine Freiheitsrechte betroffen seien.<sup>381</sup> Selbst wenn den Interessen des sich anzeigenden Unternehmens an rechtsgleicher Behandlung im Hinblick auf die erste Selbstanzeige wenig Gewicht zugemessen würde, wäre es dagegen nach hier vertretener Auffassung nicht zumutbar, dem rein aufgrund des Zufalls später aufgedeckten Unternehmen den Sanktionserlass zu versagen. Eine Aufweichung der Regelung, wonach ein zweites sich meldendes Unternehmen eine Reduktion höchstens in der Höhe von 50 Prozent erhält, wäre in solchen Konstellationen wohl geboten. 253

### 5.1.3. Form

Nach Art. 9 Abs. 1 SVKG darf die Unternehmenserklärung **mündlich** abgegeben werden. Es ist davon auszugehen, dass dies für die Bestätigung des Ranges sowohl für die 254

---

<sup>380</sup> SCHALLER/BANGERTER, 1237; bei der unwahrscheinlichen Konstellation gleichzeitiger Selbstanzeigen könnte allen Unternehmen ein Sanktionserlass erteilt werden, siehe Vernehmlassung SAV zur SVKG, 12.

<sup>381</sup> OST/RAUBER, 305, 307.



formelle Selbstanzeige als auch für den mit wenig detaillierten Informationen versehenen Marker gilt.

Der Vergleich ergibt, dass es unter *EU-Recht* möglich ist, einen Marker mündlich zu Protokoll zu geben.<sup>382</sup>

- 255 An das *Merkblatt* zur Bonusregelung ist das **Formular A** zum Marker angehängt. Die Verwendung dieses Formulars soll wohl nicht zwingend sein, was sich daraus ergibt, dass der Teil III «Formulare» festhält, dass dieses Formular verwendet werden «kann».<sup>383</sup> Gemäss *Merkblatt* zur Bonusregelung wird der Marker via **E-Mail**, **Post** oder **Bote** zugestellt oder gemäss Art. 9 Abs. 1 SVKG in den Räumlichkeiten des Sekretariats mündlich zu Protokoll gegeben. Ein Marker per Fax oder Telefon ist hingegen nicht möglich.<sup>384</sup> Neuerdings kann ein Marker abgelegt werden, indem ein Kontaktformular auf der Website der WEKO ausgefüllt wird (sog. **e-marker**).<sup>385</sup> Während einer Hausdurchsuchung kann der Marker nur in Absprache mit der Einsatzleitung mündlich zu Protokoll gegeben werden, wobei gemäss dem *Merkblatt* zur Bonusregelung das Risiko besteht, dass in der Zeit zwischen mündlicher Anmeldung der Markersetzung und Protokollierung ein anderes Unternehmen zuvorkommen könnte, indem es per E-Mail einen Markers setzt.<sup>386</sup>

### 5.1.4. Bekanntgabe der Rangordnung

- 256 Gemäss Art. 9 Abs. 3 SVKG bestätigt das Sekretariat dem Unternehmen den Eingang der Selbstanzeige unter Angabe der Eingangszeit. Zugleich fordert es das Unternehmen auf, weitere Beweismittel vorzulegen, die für einen bedingten Sanktionserlass notwendig sind (Art. 9 Abs. 3 Bst. a-b SVKG i.V.m. Art. 11 Abs. 2 SVKG). Die *Sanktionsverordnung*

---

<sup>382</sup> OECD, EU-Marker, Ziff. 19; Art. 19 Vo 1/2003 (Kartellverfahrensordnung).

<sup>383</sup> *Merkblatt* Bonusregelung 2019, 9: «Formular A kann zur Setzung des Markers verwendet werden.».

<sup>384</sup> *Merkblatt* Bonusregelung 2019, 5 N 29; Art. 9 Abs. 1, 2 Satz SVKG; SOMMER, N 9; das *Merkblatt* zur Bonusregelung 2014 sah noch vor, dass die Markersetzung per Fax möglich ist, siehe *Merkblatt* Bonusregelung 2014, 5 N 29.

<sup>385</sup> Abgerufen von [https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldeformulare/e\\_marker.html](https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldeformulare/e_marker.html) am 15. August 2020.

<sup>386</sup> *Merkblatt* Bonusregelung 2019, 5 N 30.

enthält damit keine direkten Hinweise zur Frage, ob dem Unternehmen mit der Bestätigung des Eingangszeitpunkts auch der Rang bekannt gegeben wird.

Dem *Merkblatt* zur Bonusregelung ist betreffend Rangverkündung zu entnehmen, 257 dass spätestens mit dem bedingten Sanktionserlass alle Selbstanzeiger über ihren Rang informiert werden.<sup>387</sup>

Die EU-Kommission legt bei einem Marker die Verfügbarkeit des ersten Ranges offen.<sup>388</sup> Die weiteren Ränge und der Mehrwert der Kooperation für eine teilweise Sanktionsreduktion würden dagegen nicht vor Untersuchungsende mitgeteilt werden.<sup>389</sup>

Der Rechtsvergleich mit dem *US-Recht* zeigt, dass die Antitrust Division des DOJ das Unternehmen normalerweise im Rahmen des Markers informiert, ob der erste Rang (leniency) noch zur Verfügung steht.<sup>390</sup>

Aus Sicht des Selbstanzeigers sprechen verschiedene Gründe *für die Bekanntgabe* des 258 Rangs. Die Kenntnis vom Rang ist für den Selbstanzeiger relevant, weil nur der erste Selbstanzeiger einen Sanktionserlass erhält. Zugleich steht für den Selbstanzeiger viel auf dem Spiel, wenn er eine Selbstanzeige einreicht. Bereits mit der Anzeige eines mutmasslichen Verstosses lenkt er einen Verdacht auf sich. Er ist deshalb nicht unbedingt zu einer Selbstanzeige bereit, wenn ihm nicht gleich im Anschluss an die Anzeige versichert wird, dass der erste Rang freisteht.<sup>391</sup>

*Gegen die Bekanntgabe* spricht, dass der **Wettlauf** um die erste Selbstanzeige endet, 259 sobald der erste Rang erteilt und die Rangordnung transparent gemacht wurde. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass, namentlich während einer Hausdurchsuchung, kein Anspruch auf Bekanntgabe der Verfügbarkeit des vollen Erlasses (und

<sup>387</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 7 N 44.

<sup>388</sup> Zur Anwendung des Markersystems siehe Ziff. (14) EU-Kronzeugenmitteilung 2006.

<sup>389</sup> COLOMBANI/KLOUB/SAKKERS, 1095 N 8.150 m.H.a. Ziff. (20) EU-Kronzeugenmitteilung 2006; FORRESTER/BERGHE, 163.

<sup>390</sup> NICOUD, 496; KLUSMANN, 828.

<sup>391</sup> KLUSMANN, 828 f.; siehe auch SOMMER, N 37, der im Sinne der Rechtssicherheit für das Unternehmen die Bekanntgabe des ersten Ranges fordert.

damit des ersten Ranges) bestehen solle. Aus ermittlungstaktischen Gründen könne ein solcher Hinweis allerdings erteilt werden. Damit hätten Unternehmen einen Anreiz, selbst während der Hausdurchsuchung noch voll zu kooperieren.<sup>392</sup>

- 260 Einzuwenden ist, dass ein strategisches Zuwarten mit Angaben über den Rang mit dem Gebot der Fairness bzw. von **Treu und Glauben** im Verfahren (Art. 9 BV) im Konflikt stehen könnte.<sup>393</sup> Dies wäre dann offensichtlich der Fall, wenn die Behörden ausdrücklich kommunizieren oder den Anschein erwecken, dass das Unternehmen mit der Selbstanzeige den ersten Rang erlangen könnte, obwohl dieser längst vergeben wurde. Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen allenfalls dann, wenn die Wortwahl oder das Verhalten der Behörden mehrere Interpretationen zulässt. Gerade bei Hausdurchsuchung ist dabei mit erhöhter Sorgfalt und Präzision zu kommunizieren, weil Unternehmen aufgrund des Überraschungseffekts unbedacht handeln könnten.
- 261 *Zusammenfassend* besteht keine eindeutige Grundlage im Kartellgesetz und der Sanktionsverordnung für einen Anspruch auf die Bekanntgabe der Rangordnung. Ein Unternehmen kooperiert wohl verstärkt, wenn die Aussicht auf die Einnahme des ersten Ranges besteht. Es dürfte nur dann voll kooperieren wollen, wenn es bald nach der Anzeige der Kooperationsbereitschaft den eingenommenen Rang mitgeteilt erhält. Soweit ausdrücklich kommuniziert oder der Anschein erweckt wird, ein Unternehmen könne den ersten Rang erhalten und das Unternehmen so zur Kooperation motiviert wird, obwohl der Rang bereits erteilt wurde, besteht nach vorliegend vertretener Auffassung ein Verstoß gegen Treu und Glauben (Art. 9 BV). In der Praxis dürften allerdings nur Situationen von Bedeutung sein, in denen Behörden mehrdeutig kommunizieren und das Unternehmen zugleich unter erhöhtem Druck steht. Diesfalls wäre im Einzelfall zu klären, ob genügend sorgfältig kommuniziert wurde.

### 5.2. SELBSTANZEIGE MIT RUDIMENTÄREN INFORMATIONEN

- 262 Das Unternehmen, das mit einer Selbstanzeige einen mutmasslichen Verstoß anzeigt, kann den ersten Rang versichert erhalten. Weil das Unternehmen dafür gegebenenfalls, insbesondere beim Marker, nur rudimentäre Informationen zum mutmasslichen

---

<sup>392</sup> TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 37.

<sup>393</sup> So die Lehre zum EU-Recht, siehe KLUSMANN, 828.

Verstoss vortragen muss, stellen sich verschiedene Fragen zur Bestätigung des Ranges: Zunächst besteht Klärungsbedarf darüber, ob das Unternehmen Kooperationsabsicht aufweisen und bekannt geben muss, damit die Behörden dessen Mitteilung als Selbstanzeige akzeptieren (Kap. 5.2.1). Weiter fragt sich, wie substantiiert das Unternehmen den mutmasslichen Verstoss beschreiben muss (Kap. 5.2.2) und ob Indizien zum mutmasslichen Verstoss vorzutragen sind (Kap. 5.2.3). Schliesslich ist zu klären, wie missbräuchliche Selbstanzeigen, mit denen ohne Kooperationsabsicht der Rang abgetastet wird, verhindert werden können (Kap. 5.2.4).

### 5.2.1. Bekanntgabe des Willens zur Inanspruchnahme der Bonusregel?

Es ist darauf einzugehen, ob das Unternehmen für eine Selbstanzeige die Absicht bekannt geben muss, von der Bonusregelung profitieren zu wollen. Gemäss der *Rechtsgrundlage* in Art. 49a Abs. 2 KG können die Behörden einem Unternehmen, das an der Aufdeckung und Beseitigung des Verstosses mitwirkt, die Sanktion erlassen. Art. 9 Abs. 1 SVKG fordert, dass die Selbstanzeige die nötigen Informationen zum anzeigenden Unternehmen, zur Art des angezeigten Wettbewerbsverstosses, zu den an diesem Verstoss beteiligten Unternehmen und zu den betroffenen bzw. relevanten Märkten enthält. Bei einem Marker sind diese Informationen nur rudimentär darzulegen (N 268). Weder im Kartellgesetz noch in der Sanktionsverordnung besteht eine Grundlage dafür, dass das Unternehmen mit einer Selbstanzeige einen Willen zur Beanspruchung der Bonusregelung offenlegen muss. 263

Nach der *Praxis und der Lehre* betrifft die Anzeige gemäss Art. 9 Abs. 1 SVKG den einem Verstoss i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG zugrundeliegenden Sachverhalt.<sup>394</sup> Gestützt auf diese Feststellung verneinte das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung der WEKO «Flügel und Klaviere»,<sup>395</sup> dass die **Absicht**, einen kartellrechtlichen Tatbestand anzuzeigen, für die Selbstanzeige notwendig sei. Es erwog, 264

<sup>394</sup> BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020, E. 4.1.1, E. 4.1.2 (Flügel und Klaviere); Merkblatt Bonusregelung 2019, 1 f. N 5.

<sup>395</sup> RPW 2016/3 652 (Flügel und Klaviere).

das Unternehmen müsse keine rechtliche Würdigung vornehmen, womit keine solche Anzeige der Absicht für die Selbstanzeige gefordert werde.

Gemäss der Verfügung der WEKO Flügel und Klaviere reichte das Hochbauamt des Kantons Zürich im Anschluss an die Ausschreibung von Flügeln und Klavieren für die Zürcher Hochschule der Künste dem Sekretariat der WEKO Dokumente ein. Gemäss diesen Dokumenten hätte sich die Herstellerin beim Hochbauamt beschwert, dass ein Händler als Anbieter auftrat, obwohl die Ausschreibung ausserhalb des ihm zugewiesenen Gebietes lag. Eine erste Prüfung dieser vorgelegten Dokumente durch das Sekretariat ergab Anhaltspunkte auf unzulässige vertikale Wettbewerbsabreden, weil das Einreichen einer Offerte im Rahmen einer Ausschreibung als passiver Verkauf zu qualifizieren sei. Zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung war die Rolle des späteren Selbstanzeigers allerdings noch nicht klar. Das Sekretariat entschied sich dafür, dem späteren Selbstanzeiger am Eröffnungstag die Eröffnung der Untersuchung persönlich mitzuteilen und das Eröffnungsschreiben zu übergeben. Der Selbstanzeiger signalisierte sofort, mit dem Sekretariat kooperieren zu wollen und setzte einen entsprechenden Marker.<sup>396</sup> Dem Selbstanzeiger wurde schliesslich der volle Erlass gewährt.<sup>397</sup>

Im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung der WEKO Flügel und Klaviere brachte die Beschwerdeführerin vor, der Selbstanzeiger habe am Tag der Einreichung der Selbstanzeige nichts zu verbergen gehabt und daher keinerlei Unrechtsbewusstsein aufgewiesen, womit die für die Selbstanzeige erforderliche Absicht, einen Verstoss anzuzeigen, fehle. Das Bundesverwaltungsgericht erwog dazu, vom Unternehmen werde im Rahmen der Selbstanzeige keine rechtliche Würdigung des angezeigten Verhaltens verlangt. Es käme somit nicht auf eine eigentliche Absicht an, einen kartellrechtlichen Tatbestand anzuzeigen.<sup>398</sup>

---

<sup>396</sup> RPW 2016/3 652, 653 f. N 1 ff. (Flügel und Klaviere).

<sup>397</sup> RPW 2016/3 652, 713 N 421 (Flügel und Klaviere).

<sup>398</sup> BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020, E. 4.1.1, E. 4.1.2 (Flügel und Klaviere).

Die WEKO hat in ihrer Praxis sodann einen Fall behandelt, bei dem unklar war, ob der Austausch zwischen dem Sekretariat und Vertretern eines Unternehmens im Rahmen eines Treffens als Selbstanzeige galt. Sie erwog, das Unternehmen habe gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG seine Beteiligung am Verstoss anzuzeigen. Ausserdem würde die Selbstanzeige – wie bei einem **Geständnis** – in der Annahme der Teilnahme an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede abgegeben. 265

Die WEKO beurteilte für die Verfügung «ASCOPA»<sup>399</sup> die Frage, ob während eines Treffens zwischen dem Sekretariat und einer Partei eine Selbstanzeige abgelegt worden war. Die Besprechung diente dem gepflegten Austausch, wobei in der Besprechung auch Informationen zum später untersuchten Wettbewerbsverstoss geteilt wurden.<sup>400</sup> Eine Partei argumentierte, de facto sei dieses Treffen als erste Selbstanzeige zu klassifizieren.<sup>401</sup> Die WEKO verneinte dies und brachte unter anderem vor, bereits aus Art. 8 Abs. 1 SVKG ergebe sich, dass ein Unternehmen mit der Selbstanzeige die Beteiligung am Wettbewerbsverstoss anzuzeigen habe.<sup>402</sup>

Die WEKO erwog weiter, die Selbstanzeige werde in der Annahme der Teilnahme an einer unzulässigen und sanktionsbedrohten Wettbewerbsbeschränkung abgegeben. Vergleichen liesse sich dies mit einem Geständnis im Strafverfahren, welches ebenfalls ein Geständnis hinsichtlich eines Sachverhalts voraussetze, der als unrechtmässig wahrgenommen würde, wobei diese Wahrnehmung vorliegend gefehlt habe.<sup>403</sup>

Von einem *Teil der Lehre* wird diesbezüglich dagegen die Auffassung vertreten, die Selbstanzeige sei konzeptionell *nicht an ein strafrechtliches Geständnis angelehnt*. 266

---

<sup>399</sup> RPW 2011/4 529 (ASCOPA).

<sup>400</sup> RPW 2011/4 529, 574 N 304, 576 N 324 ff. (ASCOPA); BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011, E. 4.1.1 (ASCOPA Ausstandsbegehren).

<sup>401</sup> RPW 2011/4 529, 574 N 304 f. (ASCOPA).

<sup>402</sup> RPW 2011/4 529, 576 N 325 f. (ASCOPA).

<sup>403</sup> RPW 2011/4 529, 576 N 326 (ASCOPA): «Dies bedingt, dass die Parteien zumindest annehmen, an einer unzulässigen und sanktionierbaren Wettbewerbsbeschränkung beteiligt gewesen zu sein.».

Ausserdem sei die Analogie zum Geständnis unrichtig. Gegenstand eines Geständnisses seien nur die subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmale.<sup>404</sup>

- 267 Nach der hier vertretenen Auffassung ist die gesetzliche Grundlage in Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 SVKG insoweit klar, als dass das Unternehmen nur den dem mutmasslichen Verstoss zugrundeliegenden Sachverhalt anzuzeigen hat. Eine Absicht, an einem kartellrechtlichen Tatbestand beteiligt gewesen zu sein, stellt kein Tatbestandselement dar, womit diese Absicht für die Selbstanzeige nicht vorausgesetzt wird. Die Absicht, Wettbewerb zu beschränken, kann aber ein Indiz für die Wettbewerbsabrede sein, soweit die Absicht denn besteht (dazu N 364 ff.). Auch wenn die Absicht als Indiz für die Wettbewerbsabrede Teil des für die Selbstanzeige darzulegenden Sachverhalts sein kann, ist es für die *Erstattung* der Selbstanzeige durch einen Marker oder eine formelle Selbstanzeige nicht notwendig, eine solche Absicht kundzutun, zumal dafür nur rudimentäre Informationen zum mutmasslichen Verstoss vorzutragen sind (N 268).

### 5.2.2. Genügend substantiierter Sachverhalt/Wettbewerbsverstoss

- 268 Soweit die Bonusmeldung mit einem Marker geschieht, weist sie rudimentäre Informationen zum anzuzeigenden Verstoss auf.<sup>405</sup> Der Marker enthält gemäss Merkblatt zur Bonusregelung Angaben zu Name und Anschrift des sich anzeigenden Unternehmens unter Angabe einer Kontaktperson, die Erklärung, das Verhalten mit anderen Unternehmen koordiniert zu haben mit dem Zweck und/oder der Wirkung, den Wettbewerb in irgendeiner Form zu beschränken, die Erklärung, eine formelle Selbstanzeige einreichen zu wollen, Grundangaben zur Wettbewerbsbeschränkung, so wie sie zum Zeitpunkt der Markersetzung mit vertretbarem Aufwand eruierbar sind, sowie Art und Dauer der Beschränkung, beteiligte Unternehmen, betroffene Produkte/Dienstleistungen und Gebiete und zuletzt Datum und Unterschrift.<sup>406</sup>

---

<sup>404</sup> REINERT M., 113.

<sup>405</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 4 N 24: «Der Marker ist der Selbstanzeige vorgelagert und ist inhaltlich weniger umfangreich als die Selbstanzeige.»; Erläuterungen zur SVKG, 10; DÄHLER/KRAUSKOPF, 148.

<sup>406</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 5 N 26.

Der Marker umfasst gleichermassen unter *EU-Recht* nach Ziff. (15) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 inhaltlich den Namen und die Anschrift des sich anzeigenden Unternehmens sowie die Namen der mutmasslich am Kartell beteiligten Unternehmen wie auch Informationen über die betroffenen Produkte und Gebiete sowie Angaben über die geschätzte Dauer und die Art des mutmasslichen Kartells. Ausserdem soll das Unternehmen angeben, ob es bei anderen Behörden Selbstanzeigen eingereicht hat.

Der mit dem Marker angezeigte Sachverhalt kann zunächst **offen formuliert** und 269 anschliessend im Rahmen der Ergänzungen der Selbstanzeige präzisiert werden.<sup>407</sup> Das Unternehmen stützt sich bei der Umschreibung des Markers denn auch nur auf eine unklare unternehmensinterne Beweislage, womit es nur die Eckpunkte des Verstosses kennt.

Zum Beispiel wurde gemäss der Begründung der Verfügung Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q<sup>408</sup> ein Marker bereits für die Beschreibung erteilt, es liege eine vermeintliche Abrede im Strassenbau im Unter- und Oberengadin vor.<sup>409</sup> Strittig war danach, welche Abreden der Marker umfasste. Dieser Marker erstreckte sich nach der WEKO nicht auf eine weitere Absprache zu einem Bauprojekt im Hochbau im Engadin.<sup>410</sup> Dazu hätte sich der Marker von Beginn an auf diese weitere Absprache beziehen müssen.<sup>411</sup>

Vor diesem Hintergrund fragt sich, wie weit der mutmasslichen Verstoss mit dem Marker zumindest zu umschreiben ist. Zu beachten ist dafür, dass mit der Bestätigung des Markers provisorisch der **erste Rang freizuhalten** ist. Setzt ein anderes Unternehmen 270

<sup>407</sup> RPW 2018/4 841, 855 N 168 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q): «Es ist möglich, dass der angezeigte Sachverhalt im „Marker“ zunächst relativ offen formuliert wird und anschliessend im Rahmen von Ergänzungen der Selbstanzeige präzisiert und konkretisiert wird.».

<sup>408</sup> RPW 2018/4 841 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q).

<sup>409</sup> RPW 2018/4 841, 855 N 165, N 168 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q); ferner RPW 2018/4 736, 752 N 173 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U).

<sup>410</sup> RPW 2018/4 841, 854 N 156, 855 N 166 f. (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q).

<sup>411</sup> RPW 2018/4 841, 855 N 165, N 168 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q).



einen Marker zum selben Verstoss, gelangt dieses provisorisch auf den zweiten Rang, wofür kein Sanktionserlass in Aussicht steht.<sup>412</sup>

Der Rechtsvergleich zum *EU-Recht* ergibt, dass auch die EU-Kommission für den Marker Angaben zum mutmasslichen Verstoss verlangt.<sup>413</sup> Dabei müsse der Marker mit Informationen unterlegt werden, damit die Behörden bei gleichartigen Sachverhalten nicht einen Marker für einen zu weit gefassten mutmasslichen Verstoss vergeben.<sup>414</sup>

Nach *US-Recht*, namentlich der Praxis des amerikanischen DOJ, ist der Marker auf den angezeigten mutmasslichen Verstoss zugeschnitten.<sup>415</sup> Das Ziel ist, dass die DOJ Antitrust Division den ersten Rang für das Unternehmen freihalten kann.<sup>416</sup> Namentlich sind die allgemeine Natur des Verhaltens und die Industrie und das Produkt oder die Dienstleistung, die betroffen sind, zu beschreiben, wobei diese Informationen soweit zu konkretisieren sind, dass sie es erlauben, die Verfügbarkeit des ersten Ranges zu bestimmen und den Rang entsprechend zu schützen. Schliesslich ist vorbehältlich einer anonymen Selbstanzeige die Unternehmensidentität offenzulegen.<sup>417</sup>

---

<sup>412</sup> BLATTER/EMONS/STICHER, 404, 419; aus dem EU-Recht, FORRESTER/BERGHE: «[...] there is of course the risk of not obtaining the expected benefit because other undertakings have already applied [...]»; zum US-Recht siehe NICOU, 496.

<sup>413</sup> EU-Kommission, FAQ Leniency Policy I, 6.

<sup>414</sup> EU-Kommission, FAQ Leniency Policy I, 6: «This information is necessary [...] that there are no prior applications relating to the same alleged infringement»; Ziff. (15) EU-Kronzeugenmitteilung 2006; SALTZIGER, 64 f.

<sup>415</sup> DOJ, Leniency Program FAQ, 8 Ziff. 7, hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Markers: «The scope of the marker is tailored to the facts that the applicant proffers at the time it requests it.».

<sup>416</sup> HENRY, 4: «The Antitrust Division requires only general information about the violation itself and typically needs to know only enough so that it is clear what the marker is for (so that the place can be held if others report the same violation) [...]».

<sup>417</sup> DOJ, Leniency Program FAQ, 3 Ziff. 2: «(1) report that he or she has uncovered some information or evidence indicating that his or her client has engaged in a criminal antitrust violation; (2) disclose the general nature of the conduct discovered; (3) identify the industry, product, or service involved in terms that are specific enough to allow the Division to determine whether leniency is still available and to protect the marker for the applicant; and (4) identify the client.»; DOJ, Developments, 2.

Wenn einem Unternehmen etwa eine Editionsspflicht auferlegt wird (subpoena), so kann der Rechtsvertreter des Unternehmens nicht bereits gestützt auf diese Tatsache einen Marker verlangen. Vielmehr sind mit dem Antrag die Industrie und das Produkt oder die Dienstleistung, die betroffen sind, soweit zu umschreiben, dass die DOJ Antitrust Division den ersten Rang freihalten kann. In Einzelfällen genügt dafür die Beschreibung der betroffenen Industrie.<sup>418</sup>

Der Bonuswettstreit stellt die Wettbewerbsbehörde vor dem Hintergrund, dass dem Unternehmen für den Marker der erste Rang freigehalten werden muss, (namentlich bei den weit angelegten Untersuchungen einer ganzen Branche) vor folgendes **Dilemma**: Kann ein Unternehmen nur rudimentäre Informationen vorbringen, sichert sie dem Unternehmen allenfalls einen branchenumfassenden Marker innerhalb einer Region (zum Beispiel für die Zementbranche) zu, der theoretisch unterschiedliche Verstösse innerhalb der Branche umfasst. Sie trägt dann aber das Risiko, dass im Anschluss weitere Unternehmen derselben Branche für deren detaillierte Selbstanzeige zu konkreten Verstössen (zum Beispiel für eine Zementabsprache eines bestimmten Bauprojekts) den Rang nicht erhalten (weil dieser allenfalls bereits vom branchenumfassenden Marker gedeckt ist). Alternativ könnte sie bei jedem Marker detaillierte Informationen zum mutmasslichen Verstoss verlangen (zum Beispiel darüber, welche Bauprojekte betroffen sind), womit zwar bestimmte Unternehmen keine Marker setzen (weil sie die Details mangels interner Abklärung noch nicht kennen), was den Bonuswettstreit beeinträchtigt, dafür aber später meldende Unternehmen (zum Beispiel für einzelne Bauprojekte) den Rang versichert erhalten können (weil kein branchenumfassender Marker vergeben wurde).

Zur Auflösung des Dilemmas sollte die Wettbewerbsbehörde den Umständen entsprechend handeln, indem sie jeweils einschätzt, ob in naher Zukunft zahlreiche Selbstanzeigen eingehen. Diesfalls wäre die Strategie zu wählen, dass die Selbstanzeige mit einem Marker detailliert beschrieben werden muss. Namentlich wenn **in einer Branche eine Untersuchung** eröffnet und demnach erste Ermittlungshandlungen vorgenommen wurden, ist aufgrund der damit ausgelösten Unruhe in der Branche mit mehreren Selbstanzeigen innert kurzer Frist zu rechnen, womit der mutmassliche Verstoss mit

---

<sup>418</sup> DOJ Antitrust Division Manual, Chapter 3, 101.

dem Marker näher einzugrenzen wäre. Dagegen kann nicht zugewartet werden, bis sich die Situation aufgrund der Ergänzung der Selbstanzeige klärt, weil der Marker vor der Ergänzung zu erteilen ist.

Beim Marker nach *US-Recht* ist denn auch zu unterscheiden, ob innerhalb einer Branche bereits eine Untersuchung eröffnet wurde, wobei es bei eröffneter Untersuchung einer genaueren Eingrenzung des Verstosses bedarf.<sup>419</sup>

### 5.2.3. Ausreichende Indizien zum Wettbewerbsverstoss

- 273 Die *Rechtsgrundlage* in Art. 9 Abs. 1 SVKG fordert, dass das Unternehmen mit der Selbstanzeige den mutmasslichen Verstoss beschreibt. Der Artikel äussert sich aber nicht dazu, ob das Unternehmen für die Sicherung des Ranges verpflichtet ist, (weiteres) **Beweismaterial** zum mutmasslichen Verstoss vorzubringen und welche Qualität dieses aufweisen muss.

Aus dem Rechtsvergleich zum *EU-Recht* ergibt sich, dass der Marker gemäss Ziff. (15) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 zumindest Informationen über die betroffenen Produkte und Gebiete sowie über die geschätzte Dauer und die Art des mutmaßlichen Kartells enthalten muss, sodass das angezeigte **Verhalten einem Verstoss zugerechnet** werden und von einem **ernsthaften Antrag** ausgegangen werden kann.<sup>420</sup>

Unter *US-Recht* hat das Unternehmen nach der Praxis des DOJ mit dem Marker für die Bestätigung des Ranges nur Tatsachen vorzutragen, die die Teilnahme an einem unzulässigen Wettbewerbsverstoss genügend andeuten. Das heisst jedenfalls, dass das Unternehmen **Indizien** darlegt, die auf die eigene Betei-

---

<sup>419</sup> So etwa im US-Recht, siehe OECD, US-Marker, 3 N 8.

<sup>420</sup> EU-Kommission, FAQ Leniency Policy I, 6; SALTZIGER, 64 f.

ligung am Wettbewerbsverstoss hinweisen,<sup>421</sup> **ohne die eigene Beteiligung am Verstoss bestätigen** zu müssen.<sup>422</sup>

Die WEKO erwog für die Verfügung «KTB Werke»<sup>423</sup>, die angebliche Selbstanzeige 274  
genüge den Anforderungen nach Art. 9 SVKG nicht, weil das Unternehmen **nur allgemeine Verweise auf Eingaben** vorbrachte und damit offenblieb, was die Vorlage überhaupt hätte zeigen sollen.<sup>424</sup>

Es ist zu fordern, dass das Unternehmen mit dem Marker zumindest Informationen 275  
preisgibt, die auf die eigene Beteiligung am mutmasslichen Verstoss hinweisen, weil sonst die Anzeige eines mutmasslichen Verstosses für die Behörden nicht als solche erkennbar wäre und damit auch der Rang nicht gesichert werden könnte. Bei einem Marker können keine hohen Anforderungen an den Schluss auf die Beteiligung an einer Abrede gestellt werden, weil sich das Unternehmen erst in einem frühen Stadium der internen Untersuchung befindet. Es sollte ausreichen, wenn die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede aus Sicht der Behörde im Bereich des Möglichen liegt, womit allenfalls Indizien vorzulegen sind.

#### 5.2.4. Verhinderung von Missbrauch

Ein weiterer Grund, weshalb der mutmassliche Verstoss mit der Selbstanzeige für die 276  
Bestätigung des Ranges mehr oder weniger klar umschrieben sein sollte, liegt in der Verhinderung von Missbräuchen: Ein Unternehmen könnte, indem es die Verfügbarkeit des ersten Ranges mit einer unzureichenden Selbstanzeige abtastet, den Wettstreit um die erste Selbstanzeige **blockieren**. Die Sicherung des ersten Rangs bezweckt zwar immer eine solche Blockade. Problematisch ist es aber, wenn diese Blockade missbräuchlich verwendet wird, das heisst, wenn ein Unternehmen einerseits den ersten Rang sichert,

<sup>421</sup> DOJ, Leniency Program FAQ, 2 f. Ziff. 2, 8 Ziff. 7: «[...] applicant must proffer facts implicating its participation in a criminal antitrust conspiracy [...]»; OECD, US-Marker, 3 N 6: «A marker is available to a corporate or individual applicant that proffers indicia of criminal antitrust activity [...] while it investigates whether it can proffer evidence of a crime and thereby enter the leniency program.»; DOJ, Role of Markers, 6.

<sup>422</sup> DOJ, Developments, 2.

<sup>423</sup> RPW 2020/1 78 (KTB Werke).

<sup>424</sup> RPW 2020/1 78, 221 N 971 (KTB Werke).

andererseits aber gar nicht zu einer wirklichen Kooperation bereit ist. Die Problematik verschärft sich, weil das Unternehmen anonym austesten kann, ob der erste Rang zur Verfügung steht (Art. 9 Abs. 2 SVKG).

- 277 Zur Prävention eines solchen Abtastens wird gefordert, dass sogleich **Mindestangaben** zum betroffenen Sektor, zur räumlichen Ausdehnung sowie zum Produkt oder zur Dienstleistung abgelegt werden müssen.<sup>425</sup> Damit würde das Unternehmen sich bereits derart exponieren, dass es zwar die Verfügbarkeit des ersten Ranges erfährt, aber dafür auch einen Preis zahlt, indem es den mutmasslichen Verstoss weitgehend beschreibt. Es wird folglich nicht den Rang abtasten, ohne eine Selbstanzeige einreichen zu wollen.
- 278 Auch eine eindeutige Willenserklärung des Unternehmens, kooperieren zu wollen, könnte helfen, derart missbräuchlichen Selbstanzeigen zu begegnen. Es ist daher zu untersuchen, ob für die Bestätigung des Markers eine subjektive Komponente i.S. eines **Willens zur Kooperation** bestehen und bekanntgegeben werden muss. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Kooperationsabsicht keine Voraussetzung der Selbstanzeige. Dies ergebe sich bereits daraus, dass ein Unternehmen nicht zur rechtlichen Würdigung des angezeigten Verhaltens gehalten sei.<sup>426</sup> Das geltende Merkblatt zur Bonusregelung sieht dagegen vor, der Marker sei an sich eine Absichtserklärung, eine Selbstanzeige einreichen zu wollen.<sup>427</sup>
- 279 Ein Unternehmen, das mangels Kooperationswillens die Frist zur Vorlagen von Beweismitteln verlängert, obwohl keine Notwendigkeit dafür besteht, verzögert jedenfalls das Verfahren und blockiert den Bonuswettstreit. Es ist aber nicht klar, inwiefern allein die Bekanntgabe des Kooperationswillens verhindern würde, dass das Unternehmen die Bonusregelung derart missbraucht. Um Missbräuchen vorzubeugen, wäre es vielmehr geboten, dass das Unternehmen neben den Angaben zum mutmasslichen Verstoss zumindest darlegt, ob und **weshalb es interne Untersuchungen durchführen muss**. Je besser dies begründet wird, desto eher ist es gerechtfertigt, dem Unternehmen eine Frist für interne Untersuchungen zu gewähren, während der der erste Rang gesichert ist.

---

<sup>425</sup> COLOMBANI/KLOUB/SAKKERS, 1095 N 8.151 in Bezug den förmlichen Antrag in hypothetischer Form gemäss Ziff. (16) EU-Kronzeugenmitteilung 2006.

<sup>426</sup> BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020, E. 4.1.2 (Flügel und Klaviere).

<sup>427</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 4 N 24; Erläuterungen zur SVKG, 10.

Der Rechtsvergleich zum *EU-Recht* ergibt, dass die Kommission einem Unternehmen den Rang für einen je nach Einzelfall festzulegenden Zeitraum vergibt. Um eine solche Frist zu erhalten, muss das Unternehmen nach Ziff. (15) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 den Marker begründen. Der Marker werde erst gewährt, wenn es möglich erscheine, dass das Unternehmen die Selbstanzeige innert kurzer Zeit mit den für die Untersuchung im Sinne der EU-Kartellverfahrensverordnung notwendigen Informationen zur Durchführung von Nachprüfungen ergänze.<sup>428</sup> Wenn dem Unternehmen nur wenige Informationen oder Beweismittel zur Verfügung stehen würden, sei darüber hinaus darzulegen, weshalb nicht noch mehr Informationen oder Beweismittel vorgelegt werden könnten.<sup>429</sup>

### 5.3. ENTSCHEID ÜBER DIE RANGORDNUNG

Beim Entscheid, den Rang zu bestätigen, könnten die Behörden über einen Ermessensspielraum verfügen (Kap. 5.3.1). Gegen den negativen Entscheid über die Rangvergabe könnte der Selbstanzeiger allenfalls ein Rechtsmittel ergreifen (Kap. 5.3.2). 280

#### 5.3.1. Ermessen

Nach Art. 49a Abs. 2 KG kann die Sanktion erlassen werden, wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung des Wettbewerbsverstosses mitwirkt. Die *Grundlage* in Art. 8 SVKG beschreibt die Voraussetzungen des Sanktionserlasses. Das Unternehmen, das als «Erstes» Beweismittel vorlegt, erhält gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG bei gegebenen Voraussetzungen den Sanktionserlass. Es besteht dabei keine explizite Grundlage zur Bestätigung der provisorischen Einnahme des ersten Ranges (N 113 ff.). Die Sanktionsverordnung äussert sich nur dazu, dass einem Unternehmen, das sich selbst anzeigt, der Eingang der Selbstanzeige unter Angabe der Eingangszeit bestätigt wird (Art. 9 Abs. 3 SVKG). Ebenso besteht keine Grundlage dafür, welche Voraussetzungen für den Entscheid über die provisorische Erteilung der Ranges bestehen. Daher ist darauf ein- 281

<sup>428</sup> OECD, EU-Marker, Ziff. 10 ff., Ziff. 13 f. m.H.a. Ziff. 20 Vo 1/2003 (Kartellverfahrensordnung).

<sup>429</sup> Ziff. (15) EU-Kronzeugenmitteilung 2006: «[...] Antrag auf Marker begründen [...]»; VAN BAEL/BELLIS, 1134.

zugehen, ob die Behörden beim Entscheid über die Rangordnung Ermessen aufweisen, in dem Sinne, dass sie frei sind, Voraussetzungen für die Rangvergabe aufzustellen und den Rang bei gegebenen Voraussetzungen zu erteilen.

- 282 Das selbstanzeigende Unternehmen hat ein **Interesse** an einem auf bestimmte Erwägungen begrenzten Ermessensspielraum der Behörden beim Entscheid, ob ein Unternehmen als Erstes die Selbstanzeige erstattet und Beweismittel vorgelegt hat. Das Unternehmen lenkt mit der Anzeige eines mutmasslichen Verstosses einen Verdacht auf sich und verlangt daher Rechtssicherheit darüber, unter welchen Voraussetzungen es den Rang für die Anzeige bestätigt erhält. Demgegenüber weisen Behörden ein Interesse an einem breiten Ermessen bei der Bestätigung des Ranges auf. Sie befürchten insbesondere, dass ein Unternehmen ohne Kooperationswillen den Rang abtasten könnte und wollen dasjenige Unternehmen zur Kooperation bewegen, das über qualitativ werthaltige Beweismittel verfügt.
- 283 Der Rechtsvergleich zum *EU-Recht* zeigt, dass die EU-Kommission beim Entscheid, bei einem Marker den Rang zu bestätigen, über Ermessen verfügt.<sup>430</sup> So werde der EU-Kommission der Entscheidungsspielraum belassen, ob sie im Einzelfall den Rang beim Marker vergibt oder weiterhin den **Bonuswettstreit spielen** lässt.<sup>431</sup>
- 284 Das *US-Recht* belässt dem DOJ ein Ermessen bei den Entscheiden, den Rang bei einem Marker zu erteilen und den Rang wieder zu entziehen.<sup>432</sup>
- 285 Es sollte nach hier vertretener Auffassung zulässig sein, dass die Behörden beim Entscheid über die Bestätigung des Ranges und den Entzug des Ranges Erwägungen zur ausreichenden Darstellung des mutmasslichen Verstosses, zu ausreichenden Indizien sowie zur Verhinderung von Missbräuchen anstellen (Kap. 5.2). Darüber hinaus sollte kein Ermessensspielraum bestehen, weil das Unternehmen sich mit der Anzeige der

---

<sup>430</sup> Ziff. (15) EU-Kronzeugenmitteilung 2006: «Die Kommissionsdienststellen können einen Marker vergeben [...]»; KHAN, 481 N 7-219.

<sup>431</sup> VAN BAEL/BELLIS, 1134: «[I]t is in the Commission's discretion to make a marker available where it considers this to be justified or to reject the marker when it seems more appropriate to stimulate the race between the undertakings [...]».

<sup>432</sup> OECD, US-Marker, 3 N 9.

Kooperationsbereitschaft exponiert und zur Förderung der Kooperationsmotivation Rechtssicherheit erhalten sollte, bevor es eine Selbstanzeige ablegt.

### 5.3.2. Einzelfragen zum Rechtsschutz

Soweit die Rangordnung (bald nach der Selbstanzeige) transparent gemacht wird, 286  
 könnte der Selbstanzeiger gegen die Versagung des Ranges ein Rechtsmittel ergreifen.  
 Zu prüfen ist dafür, ob eine allfällige Zwischenverfügung zur Bestätigung des Ranges  
 besteht (Kap. 5.3.2.1) und diese aufgrund eines hinreichenden Rechtsschutzinteresses  
 selbständig anfechtbar ist (Kap. 5.3.2.2).

#### 5.3.2.1. Anfechtungsobjekt

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfüg- 287  
 ungen nach Art. 5 VwVG, sofern sie von Behörden erlassen wurden, die gemäss Art. 33  
 VGG als Vorinstanzen gelten und keine Ausnahmen gemäss Art. 32 VGG vorliegen.

Die WEKO stellt eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG dar.<sup>433</sup> 288

Als Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG gilt eine Anordnung der Behörden im Einzel- 289  
 fall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt und die Begründung, Aufhebung,  
 Abänderung (Bst. a) oder Feststellung (Bst. b) von Rechten oder Pflichten oder Ab-  
 weisung oder Nichteintreten von Begehren auf Begründung, Aufhebung, Abänderung  
 oder Feststellung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand hat (Bst. c).

Ein Unternehmen erhält gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG den Sanktionserlass, wenn es als 290  
 Erstes Informationen und Beweismittel zum angezeigten Verstoss vorlegt. Der Eingang  
 der Selbstanzeige ist unter Angabe der Eingangszeit zu bestätigen (Art. 9 Abs. 3 SVKG),  
 wobei das Sekretariat dem Unternehmen den Zeitpunkt des Eingangs der Selbstanzeige  
 mitteilt (Art. 9 Abs. 3 SVKG) und im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums  
 der WEKO zudem ansagt, welche Informationen und Beweismittel das Unternehmen  
 zusätzlich einzureichen hat (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG). Die Wettbewerbsbehörde prüft

---

<sup>433</sup> Siehe etwa BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 1.1 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Erne).



später eingegangene Selbstanzeigen erst, wenn sie darüber befunden hat, ob diese Informationen und Beweismittel vorgelegt wurden (Art. 10 SVKG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 SVKG).

- 291 Damit ergeht mit der Bestätigung des Eingangs der Selbstanzeige eine Anordnung des Sekretariats. Diese stützt sich auf die Sanktionsverordnung und damit auf öffentliches Recht des Bundes. Die Anordnung entfaltet Rechtswirkung, indem dem Unternehmen der erste Rang und damit die Stellung als Aspirant für den Sanktionserlass zugeteilt wird (Art. 10 SVKG). Es liegt somit eine Verfügung vor (Art. 5 VwVG).

Dem Vergleich zum *EU-Recht* lässt sich entnehmen, dass gemäss Ziff. 21 EU-Kronzeugenmitteilung 2006 ein Antrag auf Bestätigung des Ranges mit dem Marker zu stellen ist, wobei der Marker nach Angaben der OECD mittels Bescheid (administrative act) erteilt wird.<sup>434</sup> Der Rang dürfte aufgrund der konzeptionellen Ähnlichkeit der Bonusregelung der EU auch unter EU-Recht mittels hoheitlichem Akt im Einzelfall mit Rechtswirkung vergeben werden.

### 5.3.2.2. Rechtsschutzinteresse

- 292 Gegen eine selbstständig eröffnete Zwischenverfügung kann nach Massgabe von Art. 46 Abs. 1 Bst. VwVG Beschwerde erhoben werden, wenn die Verfügung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken könnte (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG). Damit wird die Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der aufgehobenen Zwischenverfügung umschrieben. Der Nachteil muss nicht rechtlicher Natur sein.<sup>435</sup>
- 293 Gemäss Art. 48 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer mitunter ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung aufweist (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Das Interesse ist schutzwürdig, wenn der Rechtssuchende durch die Beschwerde einen drohenden Nachteil von sich abwenden kann.<sup>436</sup> Ein Interesse wird in der Regel nur dann als schutzwürdig erachtet, wenn es im Urteilszeitpunkt noch aktuell und praktisch

---

<sup>434</sup> Siehe OECD, EU-Marker, Ziff. 12: «[...] granting a marker is an administrative act [...]».

<sup>435</sup> BVerfG B-4839/2020 vom 4. März 2021, E. 3.1.1 (Verfahren X; Durchsuchungsbefehl und Beschlagnahmeverfügung).

<sup>436</sup> KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, 312 N 1434 m.H.

ist, weil der mit der angefochtenen Verfügung einhergehende strittige Nachteil noch besteht und aus diesem Grund mit einem Urteil behoben werden könnte.<sup>437</sup>

Das Unternehmen, das den ersten Rang trotz Anzeige der Kooperationsbereitschaft nicht erhält (Kap. 5.2), ist somit unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzinteresses zur Beschwerde legitimiert, wenn es ein schutzwürdiges Interesse an der (sofortigen) Änderung oder Aufhebung der Verfügung über den Rang aufweist (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG; 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). 294

Dem Unternehmen, das die Beteiligung an einem mutmasslichen Verstoss anzeigt und dem der erste Rang nicht bestätigt wird, droht der Nachteil, dass es dann nicht als Aspirant für den vollen Sanktionserlass infrage kommt (Art. 8 Abs. 1 SVKG i.V.m. Art. 10 SVKG). Das Unternehmen muss dabei die Möglichkeit erhalten, sofort im Rahmen einer Beschwerde klären zu lassen, ob es den ersten Rang einnimmt, denn es ist zur selbstbelastenden Kooperation während des gesamten Verfahren verpflichtet, wenn es für einen Sanktionserlass infrage kommen will (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-c SVKG). Müsste es auf den Endentscheid warten, um Beschwerde gegen den versagten Rang zu erheben, wäre es demnach zur Kooperation bis zum Endentscheid angehalten. Wird erst im Rahmen des Endentscheids über die Einnahme des Ranges entschieden, geht das Unternehmen das Risiko ein, mit den Behörden kooperiert zu haben, ohne einen Sanktionserlass zu erhalten. Damit besteht ein Interesse an der sofortigen Klärung, ob dem Unternehmen mit dem Entscheid der erste Rang zurecht versagt wurde, und damit ein Interesse an der Beschwerde gegen diesen Entscheid. 295

---

<sup>437</sup> BVGer B-4839/2020 vom 4. März 2021, E. 4.4.4 (Durchsuchungsbefehl und Beschlagnahmeverfügung).



## 6. SANKTIONSERLASS

Kapitel sechs behandelt die Voraussetzungen, unter denen das Unternehmen, das sich als erstes der am Verstoss beteiligten Unternehmen angezeigt hat, den Sanktionserlass erhält. Dem Unternehmen wird ein bedingter Sanktionserlass erteilt, sofern es innert Frist werthaltige Informationen und Beweismittel vorgelegt und sich kooperativ verhalten hat (Kap. 6.1). Während es bei der Eröffnungskooperation Informationen und Beweismittel zur Begründung eines Anfangsverdachts für die Eröffnung einer Untersuchung beizutragen hat, ist es bei der Feststellungskooperation zur Vorlage bedeutender Beweismittel im Hinblick auf die Feststellung des Verstosses gehalten (Kap. 6.2). Der Entscheid der Wettbewerbsbehörden, den bedingten Erlass zu sprechen, bewirkt, dass die gesamte WEKO beim definitiven Entscheid über den Sanktionserlass, der am Ende des Verfahrens getroffen wird, an die Bewertung der Beweismittel, wie sie zum Zeitpunkt des bedingten Erlasses vorgenommen wird, gebunden ist (Art. 11 Abs. 2 SVKG). Nebst dem Entscheid ist auch der Rechtsschutz zu diskutieren, sollte einem Unternehmen der bedingte Erlass versagt werden (Kap. 6.3). Die WEKO erteilt den definitiven Sanktionserlass, soweit nicht nachträglich Tatsachen bekannt werden, die dem Erlass entgegenstehen (Kap. 6.4). 296

### 6.1. KOOPERATIONSPFLICHTEN

Das Unternehmen hat der Behörde nach der Einnahme des ersten Ranges und allfälligen internen Abklärungen (Kap. 6.1.1.1) einerseits eine Unternehmenserklärung zum angezeigten Verstoss (Kap. 6.1.1.2) samt Beweismitteln vorzutragen (Kap. 6.1.1.3). Die Behörde fordert das Unternehmen zur Ergänzung der Beweismittel auf, bis ausreichend Beweismittel für den bedingten Sanktionserlass bestehen (Art. 9 Abs. 3 SVKG). Die Beweismittel könnten zum Schutz des Unternehmens zunächst behelfsweise vorgelegt werden (Kap. 6.1.1.4). Gestützt auf die Erklärung und Beweismittel grenzen die Behörden den mutmasslichen Verstoss ein (Kap. 6.1.1.5). Andererseits ist das Unternehmen verpflichtet, sich während des gesamten Verfahrens kooperativ zu zeigen (Kap. 6.1.2). Offen ist, ob diese Pflicht ab dem Setzen der Bonusmeldung oder aber erst ab der Einnahme des ersten Ranges entsteht (Kap. 6.1.2.1). Das Unternehmen hat konkret mit den Wettbewerbsbehörden ernsthaft zusammenzuarbeiten (Kap. 6.1.2.2). Zu diskutieren 297

sind Fallgruppen der Verhaltenspflichten (Kap. 6.1.2.3), namentlich die Offenlegung des Tatbeitrags (N 324), die Unterstützung der Behörden bei ihren Ermittlungen (N 326), die Einstellung der Beteiligung am Verstoss (N 327), die Anzeige weiterer bekannter Verstösse (N 328) und die Anerkennung der rechtlichen Einordnung (N 331).

### 6.1.1. Vorlage von Beweismitteln

#### 6.1.1.1. Frist für interne Untersuchungen

- 298 Bei der Selbstanzeige mit einem Marker erhält das Unternehmen den ersten Rang provisorisch erteilt. Dem Unternehmen wird mit der Bestätigung des Ranges eine Frist angesetzt, innert der es in interner Untersuchung Beweismittel zum angezeigten Verstoss zusammenzutragen und anschliessend den Wettbewerbsbehörden im Rahmen einer «formellen Selbstanzeige» vorzulegen und danach allenfalls weiter zu ergänzen hat (siehe Graphik N 122). Verpasst das Unternehmen eine solche Frist, verliert es seine Stellung als Aspirant für den Sanktionsbonus (Art. 8 Abs. 1 SVKG i.V.m. Art. 10 SVKG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 Bst. b SVKG).

Die Wettbewerbsbehörden haben etwa gemäss Verfügung «Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q»<sup>438</sup> mit der Bestätigung des Markers (und damit provisorisch des Ranges) die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede im Unter- und Oberengadin im Markt für Strassenbau als mutmasslichen Verstoss festgelegt. Das sich anzeigende Unternehmen brachte aber verspätet, nämlich erst drei Jahre nach dem bestätigten Marker, Beweismittel in Bezug auf ein Bauprojekt vor. Die WEKO folgerte daraus, soweit der Marker auch das Bauprojekt betraf, sei der Marker zu spät mit Beweismitteln ergänzt worden, womit kein voller Sanktionserlass für das Bauprojekt zu sprechen sei.<sup>439</sup>

- 299 Die Dauer der Frist für interne Untersuchungen hängt von den Umständen des Einzelfalls und damit auch von der **Komplexität des Falles** ab.<sup>440</sup>

---

<sup>438</sup> RPW 2018/4 841 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q).

<sup>439</sup> RPW 2018/4 841, 854 N 156 ff., 855 N 168 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q).

<sup>440</sup> RPW 2018/4 841, 855 N 168 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q).

Der Rechtsvergleich mit dem *US-Recht* zeigt mögliche Erwägungen bei der Ansetzung der Frist für die interne Abklärung auf. Die Dauer der Frist hänge vom Aufwand der internen Untersuchung ab. Von Bedeutung sei, wo sich die zu befragenden Mitarbeiter und die zu erhebenden Unterlagen befinden. Ebenso sei die Anzahl an Befragungen und an zu sichtenden Unterlagen relevant. Die Frist betrage meist 30 Tage, namentlich wenn noch keine Untersuchung eröffnet wurde.<sup>441</sup>

Bei der Ansetzung der Frist für interne Untersuchungen ist auch zu beachten, dass der erste Rang zur Wahrung des **Bonuswettstreits** nicht allzu lange von einem möglicherweise nicht zur Kooperation gewillten oder fähigen Unternehmen besetzt werden sollte, weil zeitgleich anderen kooperationsbereiten Unternehmen der erste Rang versagt wird.<sup>442</sup> Die Problematik stellt sich beim Marker, der während der Untersuchung abgelegt wird, weil dann zur gleichen Zeit mehrere Unternehmen kooperationsbereit sein dürften. Insbesondere wenn sich die Kooperationsbereitschaft mehrerer Unternehmen nur für kurze Zeit kulminiert, beispielsweise während oder unmittelbar nach der ersten Hausdurchsuchung,<sup>443</sup> muss die Behörde rasch einschätzen können, ob die Freihaltung des ersten Ranges für ein Unternehmen über einen längeren Zeitraum gerechtfertigt ist.

Der Vergleich zum *US-Recht* zeigt, dass das DOJ über breites Ermessen verfügt, soweit es die Frist für interne Abklärungen ansetzt und als abgelaufen erklärt,<sup>444</sup> womit es wohl auch Erwägungen zum Wettlauf treffen könnte.

### 6.1.1.2. Unternehmenserklärung

Die Kooperationspflicht des Unternehmens liegt mitunter darin, dass das Unternehmen den angezeigten mutmasslichen Verstoss soweit wie möglich beschreibt (Art. 9 Abs. 1 SVKG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Bst. b-c SVKG), was als Unternehmenserklärung bezeichnet werden kann.<sup>445</sup> Art. 9 Abs. 1 SVKG lautet entsprechend:

<sup>441</sup> ABA Antitrust Section, Developments, 979; DOJ, Leniency Program FAQ, 2 ff., 4.

<sup>442</sup> SCHALLER/KRAUSKOPF, 73; PICH, OFK-Wettbewerbsrecht II, SVKG 11 N 9.

<sup>443</sup> SCHALLER/BANGERTER, 1237.

<sup>444</sup> OECD, US-Marker, 3 N 9.

<sup>445</sup> Auch unter *EU-Recht* gehört eine Unternehmenserklärung zu den Kooperationspflichten, siehe JENERAL, 52.

### *Form und Inhalt der Selbstanzeige*

*<sup>1</sup>Die Selbstanzeige enthält die nötigen Informationen zum anzeigenden Unternehmen, zur Art des angezeigten Wettbewerbsverstosses, zu den an diesem Verstoss beteiligten Unternehmen und zu den betroffenen bzw. relevanten Märkten. [...]*

- 302 Die geforderten Angaben sind in Formularen festgehalten, die dem Merkblatt zur Bonusregelung des Sekretariats beigelegt sind.<sup>446</sup> An das Merkblatt zur Bonusregelung ist das «Formular B – Selbstanzeige» angehängt, das festhält, die Selbstanzeige enthalte Informationen zum anzeigenden Unternehmen, zum mutmasslichen Wettbewerbsverstoss, zu den am mutmasslichen Verstoss beteiligten Unternehmen, zu den betroffenen bzw. relevanten Märkten, zum Zweck und den Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung, zu den Beweismitteln sowie zu anderen Selbstanzeigen und Verfahren.<sup>447</sup>

Auch unter *EU-Recht* wird gemäss Ziff. 9 (a) und Ziffer 11 EU-Kronzeugenmitteilung 2006 für den vollen Erlass eine Unternehmenserklärung verlangt. Gemäss Ziffer 31 EU-Kronzeugenmitteilung 2006 ist eine Unternehmenserklärung eine freiwillige Darlegung seitens oder im Namen des Unternehmens gegenüber der Kommission bezüglich seines Wissens über ein Kartell und seine Beteiligung daran, die speziell für die Zwecke der EU-Kronzeugenmitteilung 2006 erfolgt.

Unternehmensklärungen gemäss Ziff. 9 (a) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 betreffen das Wissen über ein Kartell und die Rolle des Unternehmens in diesem Kartell.<sup>448</sup> Das Unternehmen produziert die Unternehmensklärung im Hinblick auf die Selbstanzeige.<sup>449</sup>

Die Unternehmensklärung enthält gemäss Ziff. 9 (a) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 eine eingehende Beschreibung der Art des mutmasslichen Kartells, einschliesslich seiner Ziele, Aktivitäten und Funktionsweise sowie Angaben über das betroffene Produkt bzw. die betroffene Dienstleistung, die räumliche

---

<sup>446</sup> Das Formular A zum Marker und das Formular B zur Selbstanzeige sind dem Merkblatt Bonusregelung angehängt, siehe Merkblatt Bonusregelung 2019, 10 ff.

<sup>447</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 9, 12.

<sup>448</sup> Ziff. (6) und Ziff. (32) EU-Kronzeugenmitteilung 2006.

<sup>449</sup> DENOTH, 240 f.

Ausdehnung und die Dauer. Ausserdem ist eine Schätzung des von dem mutmaßlichen Kartell betroffenen Marktvolumens vorzunehmen. Es sind weiter genaue Angaben über mutmassliche Kartellkontakte (Daten, Orte, Inhalte und Teilnehmer) und alle relevanten Erläuterungen zu den im Rahmen des Antrags beigebrachten Beweismitteln abzugeben.

Die Erklärung betrifft damit gegenständlich insbesondere den **Sachverhalt**, der dem 303  
angezeigten Verstoss zugrunde liegt. Sie enthält dabei das gesamte Wissen des Unternehmens zum aufzuklärenden mutmasslichen Verstoss (Art. 9 Abs. 1 SVKG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Bst. c-d SVKG).<sup>450</sup>

Die WEKO führte zum Beispiel zur Begründung der Verfügung der WEKO «Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I»<sup>451</sup> aus, das Unternehmen habe zunächst ein zentrales Sachverhaltselement verschwiegen und damit die Kooperationspflicht gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG verletzt.<sup>452</sup>

### 6.1.1.3. Ergänzung der Selbstanzeige mit Beweismitteln

Die Selbstanzeige ist mit Beweismitteln zu ergänzen, bis ausreichend Beweismittel 304  
gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG vorliegen und ein bedingter Sanktionserlass erteilt werden kann. Die *Rechtsgrundlage* für den Prozess dieser Anreicherung liegt in Art. 9 Abs. 3 SVKG und lautet wie folgt:

*<sup>3</sup>Das Sekretariat bestätigt den Eingang der Selbstanzeige unter Angabe der Eingangszeit. Es teilt dem anzeigenden Unternehmen im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums mit:*

*a. inwieweit es die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 als gegeben erachtet;*

<sup>450</sup> DENOTH, 240 f.

<sup>451</sup> RPW 2019/2 322 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I).

<sup>452</sup> RPW 2019/2 322, 479 N 838 f. (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I): «Allerdings verschwieg die [...] zunächst ein zentrales Element des Sachverhaltes [...]. Ein vollständiger Sanktionserlass setzt gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG unter anderem voraus, dass das Unternehmen unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegende Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss vorlegt.».



*b. welche Informationen das anzeigende Unternehmen zusätzlich einzureichen hat, insbesondere um die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 1 zu erfüllen;*

*[...]*

305 Nachdem ein Unternehmen die ihm verfügbaren Beweismittel vorgelegt hat, wird es allenfalls zur Vorlage weiterer Beweismittel angehalten. Mit dieser **Ergänzungsaufforderung** (Art. 9 Abs. 3 Bst. b SVKG) wird dem Unternehmen eine Frist gesetzt, um die fehlenden Beweismittel gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG zu sammeln und den Wettbewerbsbehörden vorzutragen.<sup>453</sup> Nach der zweiten Vorlage erklärt das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums allenfalls nochmals, welche weiteren Beweismittel für die Selbstanzeige i.S.v. Art. 8 Abs. 1 SVKG zu ergänzen sind und setzt dem Unternehmen dafür eine letzte Frist an. Erstellt das Unternehmen nicht innert dieser letzten Frist den massgebenden Beweisgehalt nach Art. 8 Abs. 1 SVKG, verliert es den ersten Rang bzw. seine Stellung als Aspirant für den Sanktionserlass.<sup>454</sup>

Auch unter *EU-Recht* sind gemäss der EU-Kronzeugenmitteilung 2006 für einen bedingten Sanktionserlass gemäss Ziff. (19) in Verbindung mit Ziff. (16) (a) und (b) mit einem förmlichen Antrag oder nach einem Marker zum mit der Kommission vereinbarten Zeitpunkt Beweismittel im Sinne von Ziff. (8) zu liefern.

Vom Gericht der EU wurden etwa in Sachen *Kone v. Kommission*<sup>455</sup> verschiedene mutmassliche Abreden im Markt über Aufzüge und Fahrtreppen, die verschiedene Ländern betrafen, beurteilt. Das Unternehmen Kone stellte als erstes Unternehmen einen Antrag auf den Sanktionserlass hinsichtlich des Kartells in Deutschland. Es vermochte die Selbstanzeige für den deutschen Markt aber nicht mit werthaltigen Beweismitteln zu ergänzen, die einen vollen Sanktionserlass gemäss Ziff. 8 Bst. b EU-Kronzeugenmitteilung 2002 gerechtfertigt hätten.<sup>456</sup>

---

<sup>453</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, N 39 f.

<sup>454</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 6 N 39 f.

<sup>455</sup> EuG T-151/07 vom 13. Juli 2011, *Kone v. Kommission*, ECLI:EU:T:2011:365.

<sup>456</sup> EuG T-151/07 vom 13. Juli 2011, *Kone v. Kommission*, ECLI:EU:T:2011:365, N 86 ff., N 105, N 108 f.; Zusammenfassung der Entscheidung der Kommission COMP/E-1/38.823 vom 21. Februar 2007, Aufzüge und Fahrtreppen, N 2 f., N 18; KHAN, 477 N 7-211 Fn 460.

#### 6.1.1.4. Behelfsweise Vorlage von Beweismitteln

Dem sich anzeigenden Unternehmen ist häufig nicht klar, ob die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel einen genügenden Beweiswert gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG aufweisen, sodass deren Vorlage einen Sanktionserlass rechtfertigt. Um sich nicht unnötigerweise selbst zu belasten, sieht das Unternehmen sicherheitshalber von der Selbstanzeige ab. Ein Ansatz, um das Unternehmen dennoch zur Kooperation zu bewegen, liegt darin, dass es behelfsweise (z.B. anonym oder mit Hypothesen) die in interner Untersuchung aufgedeckten Beweismittel vortragen kann, bis es die Zusage gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG erhält, dass die vorgelegten Beweismittel einen genügenden Beweiswert aufweisen. 306

*Abzugrenzen* ist diese behelfsweise Vorlage von Beweismitteln, die dazu dient, zu überprüfen, ob die Beweismittel genügend werthaltig für einen bedingten Sanktionserlass sind, von der behelfsweisen Beschreibung des mutmasslichen Verstosses, die es dem Unternehmen erlaubt, die Verfügbarkeit des ersten Ranges zu klären (Kap. 5.1.1.2). 307

Gemäss dem *Verordnungswortlaut* kann das Verfahren bei der **anonymen Selbstanzeige** diesem Ansatz folgen: Die Behörden prüfen die vorgelegte anonyme Selbstanzeige auf ihre Tauglichkeit für den bedingten Sanktionserlass (Art. 9 Abs. 3 Bst. a und Bst. b SVKG). Kommt ein solcher infrage, gibt das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums dem Unternehmen eine Frist zur Aufdeckung von dessen Identität (Art. 9 Abs. 3 Bst. c SVKG).<sup>457</sup> Eine Grundlage, wonach die vorzulegenden Beweismittel über die anonyme Selbstanzeige hinaus behelfsweise, namentlich **schrittweise mit Hypothesen**, dargelegt werden können, besteht dagegen nicht. 308

Der Rechtsvergleich zum *EU-Recht* zeigt, dass demgegenüber nach Ziff. (15), Ziff. (16) (b) und Ziff. (19) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 ein sog. **förmlicher Antrag in hypothetischer Form** zulässig ist, der sich auf die Eröffnungs- oder Feststellungskooperation i.S.v. Ziff. (8) der EU-Kronzeugenmitteilung 2006 bezieht. Mit diesem Antrag kann das Unternehmen, bevor es der Kommission tatsächlich Beweismittel liefert, seine Chancen auf eine erfolgreiche Vorlage von ausreichend beweiskräftigen Beweismitteln auslo- 309

<sup>457</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 7 N 43; Erläuterungen SVKG, 10; SOMMER, N 13; WEBER/VOLZ, N 3.270.

ten.<sup>458</sup> Das behelfsweise dargelegte Angebot der Beweismittel muss allerdings bereits Grundinformationen, namentlich zur offenzulegenden Wettbewerbsbeschränkung, beinhalten.<sup>459</sup> Zu befürchten sei, dass förmliche Anträge in hypothetischer Form missbraucht würden, indem ein Unternehmen abtaste, ob der Rang zur Verfügung stehe, ohne tatsächlich kooperieren zu wollen.<sup>460</sup>

- 310 Sodann sind die *Voraussetzungen* eines solchen förmlichen Antrags in hypothetischer Form zu klären. Die Unterscheidung des Markers und des förmlichen Antrags in hypothetischer Form liege darin, dass beim Marker Unternehmen noch nicht genügend Beweismittel gesammelt hätten, mit denen sie diesen ergänzen könnten. Demgegenüber könnten Unternehmen, die bereits über genügend Informationen und Beweismittel verfügten, den förmlichen Antrag in hypothetischer Form stellen. Eine **Kombination zwischen dem Marker und dem förmlichen Antrag** in hypothetischer Form sei dagegen nicht möglich.<sup>461</sup> Der bestätigte Marker kann denn auch nicht vervollständigt werden, indem die zu ergänzenden Beweismittel mit dem förmlichen Antrag in hypothetischer Form begründet werden (Ziff. [15] EU-Kronzeugenmitteilung 2006).
- 311 Die entsprechende Regelung des *US-Rechts* ist ähnlich aufgestellt wie diejenige der EU. Die unter US-Recht behelfsweise angebotenen Beweismittel liegen inhaltlich darin, was Mitarbeiter hypothetisch in einem Interview aussagen könnten, namentlich hinsichtlich des Typs des Verhaltens, der Weite des Zusammenwirkens, der Art des Kontakts mit Wettbewerbern, der Frequenz an Treffen und des Einflusses des Verhaltens auf den Wettbewerbsprozess.<sup>462</sup> Nach der ursprünglichen Beschreibung des Verhaltens wird die Behörde bestimmte Punkte beim Unternehmen nachfragen. Im Rahmen dieser schrittweisen Annäherung offenbart die Behörde den Unternehmen allenfalls

---

<sup>458</sup> SCHNAKL, 184; VAN BAEL/BELLIS, 1133; VAN BAEL, 267.

<sup>459</sup> VAN BAEL/BELLIS, 1133; VAN BAEL, 267.

<sup>460</sup> Dazu COLOMBANI/KLOUB/SAKKERS, 1095 N 8.151.

<sup>461</sup> EU-Kommission, FAQ Leniency Policy I, 6; Ziff. (15) EU-Kronzeugenmitteilung 2006.

<sup>462</sup> NICLOUD, 513 f.

weitere erhobene Beweismittel, um die Informations- oder Beweismittelvorlage seitens des Unternehmens zu führen und damit den Untersuchungsverlauf zu verbessern.<sup>463</sup>

Dabei darf das Unternehmen unter der US-Regelung – im Gegensatz zur EU-Regelung –, selbst wenn es einen Marker bestätigt erhalten hat, die aufgedeckten Beweismittel behelfsweise vortragen. So kann der bestätigte Marker behelfsweise bzw. anonym mündlich und hypothetisch (*hypothetical oral attorney proffer*) ergänzt werden, bis ausreichend Beweismittel vorliegen bzw. der bedingte Anklageverzicht gesprochen wird.<sup>464</sup> 312

In der Sache *United States v. Stolt-Nielsen S.A.*<sup>465</sup> hatte der Eastern District Court of Pennsylvania eine Abrede zur Aufteilung von Kunden im Markt für Hochseespezialtransport zu beurteilen. Nachdem bei der Stolt Nielsen S.A. ein Verdacht auf den Verstoss aufkam, beauftragte der Verwaltungsrat des Unternehmens einen Anwalt für die Selbstanzeige. Dieser konnte allerdings nicht sogleich unterscheiden, ob das verdächtige Verhalten zulässiges Parallelverhalten oder eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellte. Die ersten diesbezüglichen Telefonate des beauftragten Anwalts mit der DOJ Antitrust Division begannen am 24. November 2002. Erst nach eigener weiterer Abklärungen der DOJ Antitrust Division konnte am 17. Dezember 2002 ein Marker erteilt werden.<sup>466</sup> Die in der anschliessend durchgeführten internen Untersuchung aufgefundenen Beweismittel begründete der beauftragte Anwalt zunächst behelfsweise, indem er u.a. die interne Untersuchung und die Natur der entdeckten abgesprochenen Kundenaufteilung zwischen Konkurrenten beschrieb und darauf hinwies, dass als Beweismittel Kopien von Listen, in denen die Kundenaufteilung beschrieben

---

<sup>463</sup> NICOD, 514: «The proffer process is typically a give-and-take between counsel and the enforcement authority. The Antitrust Division, for example, will often-after hearing counsel's initial description of the conduct-ask for more detailed follow-up on certain points. The Antitrust Division [...] will also reveal information collected through other avenues of investigation in an effort to guide and improve subsequent investigation and disclosures by a cooperating company.»; auch beim Plea Bargaining (N 460) können derart Informationen vorgebracht werden, zu solchen Verhandlungen bzw. «Offers, Counteroffers, and Concessions» beim Plea Bargaining siehe HERMAN, 61 ff. § 6:08.

<sup>464</sup> NICOD, 513 f.

<sup>465</sup> *United States v. Stolt-Nielsen S.A.*, 524 F. Supp. 2d 586 (E.D. Pa. 2007).

<sup>466</sup> *United States v. Stolt-Nielsen S.A.*, 524 F. Supp. 2d 586, 587, 597 ff. (E.D. Pa. 2007).

werde, in interner Untersuchung aufgefunden wurden («As part of the proffer, Nannes described his investigation and the nature of the customer allocation conspiracy between Stolt-Nielsen and its competitors, and indicated that he had obtained copies of some of the customer allocation lists.»).<sup>467</sup>

- 313 Die US-Regelung wird damit begründet, dass ein Unternehmen sich nicht dem Risiko der Strafverfolgung durch die Behörden und der Aufdeckung von Beweismitteln in zivilrechtlichen Folgeverfahren aussetzen soll, bevor ihm ein bedingter Anklageverzicht erteilt wird. Erst der Entscheid über den bedingten Anklageverzicht biete dem Unternehmen die genügende Sicherheit, um vollumfänglich zu kooperieren.<sup>468</sup>
- 314 Solche behelfsweisen Begründungen herrschen auch bei verwandten Instituten des US-Rechts vor, namentlich beim Plea Bargaining (Federal Rule of Criminal Procedure 11) (N 460)<sup>469</sup> oder bei der Immunsierung (18 U.S.C. § 6002) von aussagenden Personen.

Die Immunsierung von Zeugen durch die verfolgenden Behörden gemäss 18 U.S.C. § 6002 (Witness Immunity) steht nicht Unternehmen, sondern einzig Individuen offen. Die Immunsierung führt dazu, dass keine strafrechtliche Verfolgung gegen die immunisierten Personen aufgenommen wird. Dadurch können Personen zur Aussage verpflichtet werden, welche sich auf das Verbot des Selbstbelastungszwangs des fünften Zusatzartikels der US-Verfassung (US-Constitution) berufen (18 U.S.C. § 6002). Die Immunsierung schafft für diese

---

<sup>467</sup> United States v. Stolt-Nielsen S.A., 524 F. Supp. 2d 586, 599 f. (E.D. Pa. 2007).

<sup>468</sup> NICoud, 496 ff., 513 f., 513: «The Division permits counsel to present evidence through a hypothetical attorney proffer. This both protects the company from providing incriminating evidence against itself before having conditionally received leniency [...] and minimizes the risks that the company's submissions will be discoverable in ensuing private litigation.»; ferner ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Handbook, 80, in Bezug auf Plea Negotiations: «[P]roffer [...] to allow the Division attorneys to assess the defendant's candor and knowledge and to evaluate the potential value of the information to ongoing investigations.».

<sup>469</sup> Eine behelfsweise Begründung mit einem Interview kann auch geboten sein, wenn über ein «Geständnis» als Gegenleistung für eine Strafreduktion oder der Einstellung der Verfolgung (Plea Bargaining) verhandelt wird, siehe etwa ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 102; zu einem solchen Austausch zwischen Behörden und Rechtsvertretern im Rahmen eines Plea Bargaining mit Offerten bzw. «Offers, Counteroffers, and Concessions» siehe Herman, § 6:07, 60 ff.

Personen zugleich einen Anreiz zur Aussage.<sup>470</sup> Zumindest vor Einführung der Leniency Policy (für Individuen) nahm sie in der kartellrechtlichen Untersuchung eine zentrale Rolle ein, denn die an der Tat beteiligten Personen sind häufig die einzigen Personen, die über die Tat aussagen können.<sup>471</sup>

Die Immunisierung wird nur dann eingesetzt, wenn sie im öffentlichen Interesse liegt. Im Rahmen der Abklärung, ob das öffentliche Interesse an der Immunisierung vorliegt, ist abzuwägen, welchen Beweiswert die vorzutragenden Aussagen für den untersuchten Sachverhalt aufweisen könnten, wie hoch die Wahrscheinlichkeit vollständiger Kooperation während des weiteren Verfahrens ist und wieviel Schuld die zu immunisierende Person im Vergleich zu den anderen Mittätern in der untersuchten Angelegenheit trägt.<sup>472</sup> Bei der Bewertung, ob die Kooperation während des gesamten Verfahrens wahrscheinlich ist, fällt weiter ins Gewicht, wie effektiv Sanktionen greifen, wenn eine Kooperationsanordnung nicht eingehalten wird.<sup>473</sup>

Die beim Antrag auf die Immunität einer Person vorzubringende behelfsweise Begründung der Beweismittel kann vom Rechtsvertreter zu Beginn noch als **Hypothese** formuliert werden, indem der Vertreter bloss umschreibt, was die

---

<sup>470</sup> BRODER, 188 N 8.17.; ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 98 zur Situation, wenn der Zeuge nicht immunisiert würde: «[...] from the witness's point of view, would cause him to refuse to testify without immunity».

<sup>471</sup> ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 98 ff.

<sup>472</sup> Justice Manual, Witness Immunity 9-23.210: « [...] the testimony or other information that is expected to be obtained from the witness "may be necessary to the public interest [...] factors that should be weighed [...]»; DIAMOND, 241 f.; ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 98 f.: «[...] requires the prosecution to determine that a grant of immunity to a prospective witness is in the public interest. There are three primary factors, which are balanced in making this decision: first, the value of the individual's testimony or information to the investigation and prosecution; second, the likelihood of complete cooperation and third the individual's relative culpability in the matter under investigation. [...] In order to balance these three factors, the prosecution usually requires counsel to make a proffer of his client's testimony.»; zum Verfahren der Immunisierung siehe ferner ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Handbook, 201 ff.

<sup>473</sup> So auch in Bezug auf die Abwägung nach US-Recht, ob eine Zeugenimmunisierung geboten ist, siehe DOJ Justice Manual, 9-23.210 Bst. C.: «The likelihood of prompt and full compliance with a compulsion order, and the effectiveness of available sanctions if there is no such compliance; [...]».

Person aussagen könnte. Zumeist ist neben dem Angebot jedoch ein Interview mit der Person durchzuführen, was eine gewisse Einschätzung des Inhalts und der Konsistenz der angebotenen Kooperation ermöglichen soll. Das Angebot kann eine detaillierte zukünftige Aussage betreffen oder einen Vorschlag des Vertreters enthalten, ein Interview mit der aussagenden und zu immunisierenden Person durchzuführen. Inhaltlich umreißt es die abzugebende Aussage, namentlich die Beteiligung der Person am angezeigten Verstoß und den Umfang, mit dem andere Beteiligte überführt werden könnten. Allgemeine Aussagen, die die Person sei ehrlich, verfüge über relevantes Wissen und werde nützliche Informationen bereitstellen, genügen für eine Versicherung der Strafmilde grundsätzlich nicht.<sup>474</sup>

- 315 Auch für die Schweizer Regelung könnte über die anonyme Anzeige hinaus vorgesehen werden, behelfsweise Beweismittel vorlegen zu dürfen, um ein Unternehmen zur Kooperation zu bewegen. Der Marker sollte dabei – anders als in der EU – auch erteilt und später mit weiteren Beweismitteln behelfsweise ergänzt werden dürfen. Könnte nur die Vorlage von möglicherweise einschlägigen Beweismitteln behelfsweise begründet werden, ohne dass ein vorangehender Marker zulässig wäre, würde ein Unternehmen nicht frühzeitig einen Marker setzen, weil es dann auf die Option, behelfsweise Beweismittel vorzulegen, verzichten würde. Es hätte damit einen Anreiz, mit der Selbstanzeige abzuwarten, bis die interne Untersuchung beendet ist, was nicht im Sinne des Bonuswettstreits wäre.

#### **6.1.1.5. Eingrenzung des angezeigten Verstosses**

- 316 Die Behörden stellen bei einer Selbstanzeige vor eröffneter Untersuchung gestützt auf Erklärungen und weitere vorgetragene Beweismittel sowie auf während der bis dahin stattgefundenen Ermittlung erlangte Erkenntnisse den Sachverhalt fest. Zugleich gren-

---

<sup>474</sup> ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 99; siehe auch ABA Antitrust Section, Developments, 976.

zen sie den aufzuklärenden Verstoss ein,<sup>475</sup> der den Gegenstand der anschliessenden Untersuchung bilden soll (Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2 KG).<sup>476</sup>

Die Behörden legen sich beispielsweise fest, ob sie die Teilnahme an einer Vereinbarung oder an einer abgestimmten Verhaltensweise untersuchen.<sup>477</sup>

Das *EU-Recht* bietet Ansätze dafür, wie zu verfahren ist, sollte der angezeigte mutmassliche Verstoss nicht in den Anwendungsbereich der Bonusregelung fallen oder nicht als aufzudeckender mutmasslicher Verstoss eingeordnet werden können. Dem Unternehmen wird bei gegebenen Voraussetzungen schriftlich mitgeteilt, ob es sich aufgrund des angezeigten Verhaltens als Aspirant für einen Sanktionserlass qualifiziert (Ziff. [18] EU-Kronzeugenmitteilung 2006). Die Kommission erklärt, es bestehe kein Anspruch auf einen Sanktionserlass (non-eligibility letter), wenn das **Verhalten nicht vom Anwendungsbereich erfasst** ist, weil es beispielsweise tatsächlich keine horizontale, sondern eine (von der EU-Regelung nicht erfasste) vertikale Abrede darstellt.<sup>478</sup> Die Kommission stellt das Verfahren ein (no action letter), wenn das angezeigte **Verhalten nicht klassifiziert** werden kann, etwa weil unklar bleibt, ob es sich beim Verhalten um eine Wettbewerbsabrede handelt, die Wettbewerb im Kern beschränkt. Falls die Kommission diesen Fall zu einem späteren Zeitpunkt aufgreift, gilt für das Unternehmen der mit der Selbstanzeige erlangte erste Rang als gesichert.<sup>479</sup>

<sup>475</sup> Tat- und Rechtsfragen lassen sich allenfalls erst gestützt auf die in der Untersuchung erlangten Erkenntnisse abgrenzen, siehe VOGT, 845.

<sup>476</sup> Durch amtliche Publikation zu Beginn einer Untersuchung (Art. 27 KG) haben die Wettbewerbsbehörden den Gegenstand und die Adressaten der Untersuchung bekannt zu geben (Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2 KG).

<sup>477</sup> Spätestens beim Antrag an die WEKO muss dem Unternehmen mitgeteilt werden, ob ihm die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise vorgeworfen wird, damit es sich zur Wehr setzen kann, siehe BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, E. 3.3, E. 4.1 (Türbeschlüsse X. AG); in Verfahren, auf die Art. 6 EMRK zur Anwendung gelangt, sollten die «Anlagepunkte» dem Beschuldigten dabei möglichst rasch mitgeteilt werden (Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Abs. 3 Bst. a EMRK), siehe HANGARTNER, 273.

<sup>478</sup> VAN BAEL/BELLIS, 1134 f. Fn 886.

<sup>479</sup> VAN BAEL/BELLIS, 1134 f. Fn 886.



## 6.1.2. Verhaltenspflichten

### 6.1.2.1. Entstehungszeitpunkt

- 318 Die Bonusregelung sieht vor, dass das Unternehmen, das sich als erstes angezeigt hat, im Hinblick auf den Sanktionserlass zur Kooperation verpflichtet ist (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-d SVKG). Aus der Systematik von Art. 8 SVKG ergibt sich, dass das Unternehmen sich nach Art. 8 Abs. 1 SVKG anzeigt und erst daraufhin nach Art. 8 Abs. 2 SVKG zur Zusammenarbeit mit den Behörden verpflichtet wird.

Gemäss *EU-Recht*, namentlich nach Ziff. (12) (a) und Ziff. (15) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 bestehen für das Unternehmen ab der «Stellung» des Antrags auf den Sanktionserlass Kooperationspflichten.

- 319 Nach dem *Merkblatt* der Bonusregelung entstehen ab dem «Setzen» eines Markers Kooperationspflichten. Das Unternehmen hat namentlich unaufgefordert Auskunft zu geben und bei einer Hausdurchsuchung mitzuwirken.<sup>480</sup>
- 320 Soweit das Unternehmen aber behelfsweise Informationen und Beweismittel vortragen können soll, ist es jedenfalls erst mit der Bestätigung des Ranges oder bedingten Sanktionserlasses zur vollen Kooperation gehalten (Kap. 5.1.1.2 und Kap. 6.1.1.4). Nach Art. 9 Abs. 2 und Abs. 3 Bst. c SVKG kann das Unternehmen zum Beispiel eine anonyme Selbstanzeige setzen und mit Beweismitteln ergänzen, womit es mit dem «Setzen» der Selbstanzeige vorerst keine Pflicht trifft, seine Identität offenzulegen.

### 6.1.2.2. Gebot echter Zusammenarbeit

- 321 Die Kooperationspflichten i.S.v. Verhaltenspflichten sind in der *Rechtsgrundlage* von Art. 8 Abs. 2 Bst. b-d SVKG wie folgt konkretisiert:

<sup>2</sup>[Die Wettbewerbskommission] erlässt die Sanktion nur, wenn das Unternehmen:

[...]

---

<sup>480</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 6 N 31.

*b. der Wettbewerbsbehörde unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss vorlegt;*

*c. während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Wettbewerbsbehörde zusammenarbeitet;*

*d. seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.*

Gemäss dem Merkblatt zur Bonusregelung bedeute die Kooperationspflicht namentlich, 322 dass die Unternehmensverantwortlichen bereit sind, sowohl unaufgefordert als auch bei Auskunfts- und Akteneditionsbegehren (Art. 40 KG) sowie Einvernahmen (Art. 42 Abs. 1 KG) **Auskunft zu erteilen** und auch bei Hausdurchsuchungen aktiv die Behörden zu unterstützen.<sup>481</sup> Soweit das Unternehmen bei weiteren Wettbewerbsbehörden eine Selbstanzeige eingereicht hat, verlangt das Sekretariat vom Unternehmen eine Erklärung, auf die Vertraulichkeit der Selbstanzeige gegenüber anderen Wettbewerbsbehörden zu verzichten (**waiver**), gestützt auf die das Sekretariat mit anderen involvierten Kartellbehörden Informationen austauschen und sich koordinieren kann.<sup>482</sup>

Auch unter *EU-Recht* bestehen Kooperationspflichten i.S.v. Verhaltenspflichten für das 323 Unternehmen. Die Kooperation gemäss der EU-Regelung wurde mit der Rechtsprechung des Gerichts der EU in Sachen BASF v. Kommission<sup>483</sup> im Allgemeinen beschrieben. Danach müsse das Unternehmen eine **echte Zusammenarbeit** beweisen. Mit dem Geist einer echten Zusammenarbeit sei es nicht zu vereinen, wenn das Unternehmen den Behörden irreführende, unzutreffende oder unvollständige Angaben zur kollusiven Handlung vorlegt.<sup>484</sup>

<sup>481</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 6 N 31.

<sup>482</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 7 N 46.

<sup>483</sup> EuG T-101/05, T-101/05 vom 12. Dezember 2007, BASF und UCB v. Kommission (Vitamin B 4), ECLI:EU:T:2007:380.

<sup>484</sup> Zu Beispielen dazu aus dem *EU-Recht* siehe EuG T-101/05, T-111/05 vom 12. Dezember 2007, BASF und UCB v. Kommission (Vitamin B 4), ECLI:EU:T:2007:380, N 92, N 116; EuGH C-189/02, C-202/02 P, C-205/02 P BIS, C-208/02 P und C-213/02 vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u.a. v. Kommission, ECLI:EU:C:2005:408, N 395 ff.; EZRACHI, 581 f.

### 6.1.2.3. Fallgruppen

- 324 Das Unternehmen ist verpflichtet, sämtliche ihm verfügbaren Informationen und Beweismittel darzulegen (Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG), womit es auch die **eigene Rolle im Verstoss zu erklären** hat. Die Behörden überprüfen die dargelegte Rolle in jedem Stadium der Untersuchung, weil das Unternehmen je nach eigenommener Rolle vom definitiven Sanktionserlass ausgeschlossen werden könnte (Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG).
- 325 Unternehmen zeigen nach der *Praxis* ihre eigene Rolle i.S.v. Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG an,<sup>485</sup> wobei sie spätestens bei der Ergänzung der Selbstanzeige erklären müssen, dass sie keine der Rollen Rolle i.S.v. Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG wahrgenommen haben.<sup>486</sup>

Das Unternehmen hat auch unter *EU-Recht* gemäss Ziff. (6) und Ziff. (32) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 mit der mündlichen Selbstanzeige zu Protokoll Wissen zu einer Wettbewerbsabrede und zur Rolle des Unternehmens im Verstoss zu offenbaren.

Unter *US-Recht* trägt das Unternehmen gemäss dem Model Leniency Letter die Beweislast, wenn es nicht genügend glaubhaft darlegen kann, dass es keine der für den Sanktionserlass unzulässigen Rollen im Wettbewerbsverstoss eingenommen hat.<sup>487</sup>

- 326 Ein Unternehmen ist weiter dazu aufgefordert, die Behörden uneingeschränkt in ihren **Ermittlungen zu unterstützen** (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-d SVKG). Es verstösst demnach gegen diese Verhaltenspflicht, wenn es die Ermittlungen untergräbt.

Der Rechtsvergleich zum *EU-Recht* zeigt, dass ein Unternehmen nach Ziff. (12) (a) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 ab dem Zeitpunkt seines Antrags umfassend mit der Kommission kooperieren muss. Wenn es andere Unternehmen über die Selbstanzeige benachrichtigt, bevor die Kommission Ermittlungshandlungen

---

<sup>485</sup> RPW 2020/3a 880, 890 N 54 (Bauleistungen See-Gaster); RPW 2010/4 717, 767 N 444, N 453 (Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren).

<sup>486</sup> RPW 2010/4 717, 767 N 444, N 453 (Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren); RPW 2009/2 143, 155 ff. N 90 f., N 101 (Sécateur et cisailles); SCHALLER/KRAUSKOPE, 73 f.

<sup>487</sup> DOJ, Model Leniency Letter, 1 f.: «Applicant agrees that it bears the burden of proving its eligibility.»; DOJ, Leniency Program FAQ, 15 f., 16 Ziff. 15.

vornahm, kann ihm der Sanktionserlass versagt werden, weil es damit die Ermittlungen der Kommission stört.

So hat die Kommission der EU etwa im Entscheid *Raw Tobacco*<sup>488</sup> einem Unternehmen einen Sanktionserlass versagt, weil es die anderen Unternehmen über dessen Selbstanzeige informiert hat, bevor die Kommission Untersuchungen vorgenommen hat.<sup>489</sup>

Ferner ist das Unternehmen gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. d SVKG gehalten, sofort oder auf Anordnung der Wettbewerbsbehörde die **eigene Beteiligung am Verstoss einzustellen**. Der Grund, weshalb die Beteiligung am Verstoss erst auf Anordnung aufzugeben ist, liegt darin, dass Ermittlungshandlungen, wie etwa Hausdurchsuchungen, gefährdet werden könnten, wenn sich das Unternehmen zu früh von der Wettbewerbsabrede zurückzieht.<sup>490</sup> 327

Eine weitere Pflicht im Hinblick auf den Sanktionserlass könnte darin liegen, dass das Unternehmen sämtliche ihm bekannte Verstösse angibt (sog. **Sanktionsbonus-Minus**). Der Wortlaut der *Grundlage* in Art. 49a Abs 2 KG sieht vor, dass das Unternehmen, das an der Aufdeckung und der Beseitigung «der» Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, einen Sanktionserlass oder eine Sanktionsreduktion erhalten kann. Nach Art. 8 Abs. 1 SVKG erhält das Unternehmen, das seine Beteiligung an einem Verstoss anzeigt, einen vollen Sanktionserlass unter den Voraussetzungen nach Art. 8 SVKG. Das Unternehmen erhält namentlich einen Erlass, wenn es an der Aufdeckung des Verstosses mitwirkt (Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. b-c SVKG). 328

Gemäss der *Praxis* der WEKO könne ein Unternehmen, das zwar als erstes Unternehmen entscheidende Beweismittel vorlegt, aber andere wichtige Wettbewerbsverstösse verheimlicht, für die angezeigten Elemente keinen Sanktionserlass erhalten, weil in 329

<sup>488</sup> Kommission COMP/38.281/B.2 vom 20. Oktober 2005, *Raw Tobacco Italy*, Zusammenfassung der Entscheidung.

<sup>489</sup> Kommission COMP/38.281/B.2 vom 20. Oktober 2005, *Raw Tobacco Italy*, Zusammenfassung der Entscheidung, Ziff. 9.3.1.; EuG T-12/06 vom 9. September 2011, *Deltafina v. Kommission*, ECLI:EU:T:2011:441, N 45; VAN BAELE/BELLIS, 1135; ferner EU-Kommission, FAQ Leniency Policy II, 2; siehe auch GRAF, 494.

<sup>490</sup> PICHT, OFK-Wettbewerbsrecht II, Art. 8 N 17.

einem solchen Fall keine vollumfängliche Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden vorliege.<sup>491</sup>

- 330 Nach hier vertretener Auffassung fordert die Rechtsgrundlage in Art. 49a Abs. 2 KG und Art. 8 SVKG für den Sanktionserlass die Aufdeckung einer Wettbewerbsbeschränkung und nicht zwingend von mehreren Wettbewerbsbeschränkungen. Insofern ist davon auszugehen, dass der Bonus-Minus nicht vom Gesetz oder der Sanktionsverordnung gedeckt ist. Die vollumfängliche Kooperation bezieht sich vielmehr auf die Aufdeckung (und Beseitigung) des angezeigten Verstosses (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Bst. b-c SVKG).
- 331 Der Vergleich zum *EU-Recht* ergibt, dass das Gericht der EU die **Bestätigung der rechtlichen Einstufung** als Milderungsgrund erachtet hat.<sup>492</sup> Dem ist nach hier vertretener Auffassung für das Schweizer Kartellrecht nicht zu folgen, denn die Selbstanzeige betrifft ausschliesslich den Nachweis des rechtserheblichen Sachverhalts (N 264) und demnach den Austausch von Beweismitteln gegen die Sanktionsmilde (N 463).
- 332 Schliesslich zeigt der Vergleich zum *EU-Recht*, dass eine Verletzung der Verhaltenspflicht darin liegt, dass die im Rahmen der Akteneinsicht vom Selbstanzeiger erlangten Informationen entgegen seiner Erklärung für ein anderes Verfahren verwendet werden (Ziff. [34] EU-Kronzeugenmitteilung 2006).

## 6.2. ANFORDERUNGEN AN DEN BEDINGTEN SANKTIONSERLASS

- 333 Das selbstanzeigende Unternehmen erhält im Rahmen einer **Eröffnungskooperation** (zum Begriff N 132) (Kap. 6.2.1) den bedingten Sanktionserlass, wenn es den Wettbewerbsbehörden Informationen vorlegt, die ihnen die Eröffnung einer Untersuchung i.S.v. Art. 27 KG ermöglichen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG) (Kap. 6.2.1.1). Zu diskutieren ist, ob die Informationen statt der Eröffnung einer Untersuchung i.S.v. Art. 27 KG die gezielte Nachprüfung erlauben sollten (Kap. 6.2.1.2). Die Informationen müssen aus

---

<sup>491</sup> RPW 2012/2 270, 417 N 1169 (Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau).

<sup>492</sup> EuG T-456/05 vom 28. April 2010, Gütermann und Zwicky & Co v. Kommission. ECLI:EU:T:2010:168, N 224.

Sicht der Behörden neu sein (Kap. 6.2.1.3). Das sich anzeigende Unternehmen hat für den bedingten Sanktionserlass bei der **Feststellungskooperation** (zum Begriff N 133 ff.) (Kap. 6.2.2) dagegen Beweismittel zu liefern, mit denen der Verstoss festgestellt werden kann (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG). Weiter ist darauf einzugehen, wie weit das Unternehmen im Rahmen der Feststellungskooperation die Beteiligung am angezeigten Verstoss zumindest darlegen muss, um den bedingten Sanktionserlass zu erhalten (Kap. 6.2.2.1). Ferner ist zu diskutieren, welchen Beweiswert die vorgelegten Beweismittel aufzuweisen haben, namentlich ob entscheidende Beweismittel gefordert werden (Kap. 6.2.2.2). Im Anschluss stellt sich die Frage, wie bemessen werden könnte, ob entscheidende Beweismittel vorliegen (Kap. 6.2.2.3). Bei der Beurteilung könnte der Stand der Untersuchung von Bedeutung sein (Kap. 6.2.2.3.1) oder könnten Kriterien wie der Entstehungszeitpunkt der Beweismittel beigezogen werden (Kap. 6.2.2.3.2). Die im Rahmen der Feststellungskooperation vorgelegten Beweismittel müssen schliesslich aus Sicht der Behörde neuartig sein (Kap. 6.2.2.4).

## **6.2.1. Anforderungen an vorgelegte Informationen bei Eröffnungskooperation**

### **6.2.1.1. Ermöglichung der Eröffnung einer Untersuchung als Voraussetzung**

Zeigt sich ein Unternehmen vor der Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) an, ist es nach der *Grundlage* von Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG i.V.m. Art. 8 Abs. 3 SVKG verpflichtet, den Wettbewerbsbehörden zumindest Informationen vorzulegen, die die Eröffnung einer Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG) ermöglichen. Die Anforderungen werden in Art. 8 Abs. 1 SVKG wie folgt beschrieben:

*<sup>1</sup>Die Wettbewerbskommission erlässt einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 Abs. 3 und 4 anzeigt und als Erstes:*

*a. Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, ein kartellrechtliches Verfahren gemäss Artikel 27 KG zu eröffnen; oder*

*[...]*

334

- 335 Demnach sind bei der Eröffnungskooperation **Informationen** zur Eröffnung der Untersuchung vorzulegen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG). Bei der Feststellungskooperation sind dagegen **Beweismittel** zur Feststellung des Verstosses vorzutragen (Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG). Die SVKG unterscheidet Informationen und Beweismittel nicht konsequent, namentlich erwähnt Art. 9 Abs. 3 Bst. b SVKG betreffend die Ergänzung der Selbstanzeige bloss «Informationen» statt «Informationen oder Beweismitteln».
- 336 Die *Praxis* und *Lehre* bringt zu diesen Kategorien vor, «Informationen» und «Beweismittel» würden sich überschneiden. Eine Information könne ein Beweismittel sein, müsse dies aber nicht.<sup>493</sup>
- 337 Nach hier vertretener Auffassung ist die Unterscheidung zwischen Informationen und Beweismitteln so zu verstehen, dass mit dem Begriff Informationen diejenigen Beweismittel gemeint sind, die im Hinblick auf die Untersuchungseröffnung (Art. 27 Abs. 1 KG) beigezogen werden, wobei diese nicht zwingend als Beweismittel für die Feststellung des Verstosses taugen.
- 338 Die Regelung gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG wird insofern kritisiert, als die Eröffnung einer Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG) ermöglicht werden solle. Dies beeinträchtigt die Rechtssicherheit und damit auch die Bereitschaft zur Selbstanzeige, da die Wettbewerbsbehörden über einen breiten Ermessensspielraum bei der Abgrenzung zwischen Anfangsverdacht für die Einleitung einer Vorabklärung nach Art. 26 Abs. 1 KG und Anhaltspunkten für die Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 Abs. 1 KG verfügen würden.<sup>494</sup> Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, bestehen allerdings bestimmte Vorgaben bei der Beurteilung, wann Informationen vorliegen, die die Eröffnung einer Untersuchung erlauben, was den Ermessensspielraum beschränkt.
- 339 Eine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG kann eröffnet werden, wenn den Wettbewerbsbehörden Informationen i.S.v. Anhaltspunkten vorliegen, die einen hinreichenden Tatverdacht begründen.<sup>495</sup> Auch für die Eröffnung einer Hausdurchsuchung und die

---

<sup>493</sup> BVGer B-8399 vom 23. September 2014, E. 4.4.21. ff. (Siegenia-Aubi); HOFFET/NEFF, 131; PICHT, OFK-Wettbewerbsrecht II, SVKG 8 N 6.

<sup>494</sup> GRAF, 494; zum breiten Ermessensspielraum siehe ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, KG 27 N 47, N 47a.

<sup>495</sup> BILGER, 172 f.; SCHALLER/BANGERTER, 1223; Merkblatt Bonusregelung 2019, 2 N 9.

Beschlagnahme gemäss Art. 42 KG i.V.m. Art. 45 ff. VStrR müssen Anhaltspunkte einen **hinreichenden Tatverdacht** erwecken.<sup>496</sup> Die Anklagekammer des Bundesgerichts führt zum hinreichenden Tatverdacht bei Beschlagnahmen gemäss VStrR aus: «Voraussetzung für die Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens sowie für die Beschlagnahme ist zunächst ein hinreichender Tatverdacht; dabei genügt ein durch tatsächliche Anhaltspunkte objektiv begründeter Anfangsverdacht gegenüber dem Inhaber der beschlagnahmten Gegenstände und Vermögenswerte oder gegenüber Dritten, der es nach der Erfahrung als möglich erscheinen lässt, dass eine strafbare Handlung vorliegt. An die Bestimmtheit der Verdachtsgründe sind zu Beginn der Strafuntersuchung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.»<sup>497</sup>

Der hinreichende Tatverdacht ist gegenüber der tieferen Verdachtsschwelle eines **Anfangsverdachts**, der zur Einleitung einer Vorabklärung i.S.v. Art. 26 KG bestehen muss, abzugrenzen.<sup>498</sup> Bei der Abgrenzung zwischen Anfangsverdacht i.S.v. Art. 26 KG und hinreichendem Tatverdacht i.S.v. Art. 27 KG verfügen die Wettbewerbsbehörden über einen gewissen Ermessensspielraum.<sup>499</sup> 340

In Abgrenzung des hinreichenden Tatverdachts gegenüber der höheren Verdachtsschwelle des **dringenden Tatverdachts** führt das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Prüfung der Voraussetzungen der Hausdurchsuchungseröffnung (Art. 42 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VStrR) bei Entsiegelungsbegehren (Art. 50 Abs. 3 VStrR) aus, dass der hinreichende Tatverdacht gerade nicht voraussetze, dass Beweise oder Indizien bereits für eine erhebliche oder hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung sprechen.<sup>500</sup> 341

<sup>496</sup> BANGERTER, BSK-KG, KG 42 N 49 f. mit entsprechendem Hinweis auf das Urteil der Anklagekammer des Bundesgerichts vom 5. Februar 2002, VPB 66.101, E. 6.b. (X. gegen Eidgenössische Steuerverwaltung).

<sup>497</sup> Urteil der Anklagekammer des Bundesgerichts vom 5. Februar 2002, VPB 66.101, E. 6b. (X. gegen Eidgenössische Steuerverwaltung); BANGERTER, BSK-KG, KG 42 N 50.

<sup>498</sup> ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, KG 26 N 55; TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 27; SOMMER, N 21; BEURET, DIKE-KG, KG 26 N 22.

<sup>499</sup> ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, KG 27 N 47, N 47a; GRAF, 494.

<sup>500</sup> Beschluss der Beschwerdekammer des BStrGer BE.2013.1 vom 24. Oktober 2013 E. 3.1. (Bau Unterengadin); BANGERTER, BSK-KG, KG 42 N 51 m.w.H.



- 342 Für die Begründung des hinreichenden Tatverdachts werden keine allzu hohen Anforderungen an die **Bestimmtheit** der Verdachtsgründe gestellt.<sup>501</sup> Das Bundesstrafgericht konkretisiert die Anforderungen wie folgt (ohne Hervorhebung): «[Für den Nachweis] bedarf es zweier Elemente: Erstens muss ein **Sachverhalt** ausreichend detailliert umschrieben werden, damit eine Subsumtion unter einen oder allenfalls auch alternativ unter mehrere Tatbestände des Strafrechts überhaupt nachvollziehbar vorgenommen werden kann. Zweitens müssen ausreichende Beweismittel oder **Indizien** angegeben und vorgelegt werden, die diesen Sachverhalt stützen. [...]». <sup>502</sup> Ferner müssen die Verdachtsgründe **aktuell** sein, d.h., angenommenes zukünftiges Verhalten kann nicht in die Beurteilung einfließen.<sup>503</sup>
- 343 Der Vergleich zum *US-Recht*, namentlich zum Eintreten auf eine Klage im US-Zivilprozess, zeigt mögliche Anforderungen auf, die mutatis mutandis an die Darstellung des Sachverhalts gestellt werden könnten. So wird für die Einleitung eines Verfahrens nach Federal Rule of Civil Procedure 12(b)(6) die Umschreibung des Sachverhalts verlangt. Diese muss genügend detailliert erfolgen, sodass der geltend gemachte Anspruch plausibel erscheint. Dafür ist bei einem Anspruch, der sich auf eine unzulässige Wettbewerbsabrede stützt, neben **Parallelverhalten** von Unternehmen auch eine detaillierte und plausible Theorie zur Existenz der Abrede darzulegen.

Im US-Zivilprozess wird für das Eintreten auf eine Klage (motion to dismiss) nach Federal Rule of Civil Procedure 12(b)(6) («Failure to state a claim under which relief can be granted») gefordert, dass die behaupteten Tatsachen der klagenden Partei den Bestand ihres geltend gemachten Anspruches aufgrund eines mutmasslichen Wettbewerbsverstosses plausibel erscheinen lassen.<sup>504</sup>

---

<sup>501</sup> Urteil der Anklagekammer des Bundesgerichts vom 5. Februar 2002, VPB 66.101, E. 6.b. (X. gegen Eidgenössische Steuerverwaltung).

<sup>502</sup> Beschluss der Beschwerdekammer des BStrGer BE.2013.1 vom 24. Oktober 2013, E. 3.1. (Bau Unterengadin); Entscheid der Beschwerdekammer des BStrGer BE 2007.10-13 vom 14. März 2008, E. 3.1. (Spedition); BANGERTER, BSK-KG, KG 42 N 50 m.w.H.

<sup>503</sup> BILGER, 172 f. m.H.a. RPW 2001/3 503, 509 (Teleclub v. Cablecom).

<sup>504</sup> Bell Atl. Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 556 f. (2007); AREEDA/HOVENKAMP 2014, vol. II, 101; In re Air Cargo Shipping Servs. Antitrust Litig., No. MD 06-1775 (JG)(VVP), 2008 U.S. Dis. LEXIS 107882, 70 (E.D.N.Y. September 26, 2008): «A motion to dismiss pursuant to Federal Rules of Civil Procedure 12(b)(6) tests the legal, not the factual sufficiency of a complaint. [...] a well-

In der vom US Court of Appeals for the Second Circuit beurteilten Sache *Bell Atl. Corp. v. Twombly*<sup>505</sup> lagen die von den Klägern vorgebrachten Behauptungen darin, dass die beklagten Betreiber von lokal begrenzten Telekommunikationsnetzen u.a. ihre Dienstleistungen nicht auf andere Gebiete ausweiten würden, weil sie eine Gebietsabsprache mit anderen Netzbetreibern getroffen hätten und weil sie tatsächlich nicht in andere Gebiete eintreten würden.<sup>506</sup> Der US Court of Appeals for the Second Circuit schloss, es könne als Eintretensvoraussetzung nur das Behaupten zur Wahrung der Verteidigungsrechte (*fair notice*) verlangt werden.<sup>507</sup> Plus-Faktoren (bzw. Bündel an Indizien) zum Beleg der Existenz abgesprochenen Verhaltens müssten dagegen nicht behauptet werden.<sup>508</sup>

Der Supreme Court hielt im anschließenden Beschwerdeverfahren fest, es stelle sich die Frage, inwiefern Behauptungen zusätzlich aufzuzeigen hätten, dass Parallelverhalten auf einer Abrede basiere.<sup>509</sup> Das Gericht erwog, es bestehe nicht nur die Pflicht, die Tatbestandsmerkmale wiederzugeben. Die zusätzlich verlangte Sachverhaltsdarstellung (*factual allegation*) müsse es plausibel erscheinen lassen, dass im formalen Beweisverfahren (*discovery*) Beweismittel aufgedeckt würden, die die Existenz einer Abrede begründen. Selbst bei der Darlegung bewussten Parallelverhaltens bedürfe es deshalb weiterer Hinwei-

---

pleaded complaint must contain enough factual matter to “nudge” a plaintiff’s “claims across the line from conceivable to plausible” [...].».

<sup>505</sup> *Twombly v. Bell Atl.*, 425 F.3d 99 (2d Cir. 2005).

<sup>506</sup> *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007); für eine ausführliche Sachverhaltsdarstellung siehe den Entscheid des Second Circuit zu *Twombly*, siehe *Twombly v. Bell Atl.*, 425 F.3d 99, 10 ff. (2d Cir. 2005).

<sup>507</sup> *Twombly v. Bell Atl.*, 425 F.3d 99, 107, 116 (2d Cir. 2005); AREEDA/HOVENKAMP 2014, vol. II, 112.

<sup>508</sup> *Twombly v. Bell Atl.*, 425 F.3d 99, 114 (2d Cir. 2005): «But plus-factors are not required to be pleaded to permit an antitrust claim based on parallel conduct to survive dismissal.».

<sup>509</sup> *Bell Atl. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 548 f. (2007): «The question in this putative class action is whether a §1 complaint can survive a motion to dismiss when it alleges that major telecommunications providers engaged in certain parallel conduct unfavorable to [...] competition, absent some factual context suggesting agreement, as distinct from identical, independent action.»; AREEDA/HOVENKAMP 2014, vol. II, 114 f.

se, die auf eine dem Parallelverhalten zugrundeliegende Abrede deuten.<sup>510</sup> Es schloss, die Klägerseite in Twombly habe dagegen ihre Behauptungen einzig auf Beschreibungen von parallelem Verhalten von Unternehmen gestützt.<sup>511</sup>

### 6.2.1.2. Eröffnung einer Untersuchung oder gezielte Nachprüfung?

- 344 Mit der Eröffnungskooperation sind zumindest Informationen vorzutragen, die die Eröffnung einer Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG) erlauben (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG).
- 345 Im Rahmen der Vernehmlassung zur SVKG brachte der SAV vor, die Wahl der Schwelle der Untersuchungseröffnung (Art. 27 Abs. 1 KG) sei zu hoch angesetzt, da mit dieser **passive Kartellmitglieder**, die regelmässig nur über genügend Informationen zur Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) verfügten, von der Selbstanzeige abgehalten würden.<sup>512</sup>
- 346 Der Vergleich mit dem *EU-Recht* zeigt demgegenüber, dass die Schwelle tiefer als diejenige gemäss der EU-Kronzeugenmitteilung 2006 liegt. Das Unternehmen hat unter *EU-Recht* Informationen und Beweismittel nach Ziff. (8)(a) EU-Kronzeugenmitteilung zu liefern, die der Kommission eine **gezielte Nachprüfung** im Zusammenhang mit dem angezeigten mutmasslichen Verstoss erlauben. Nach Ziff. (9) (a) und (b) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 muss das Unternehmen dafür eine Unternehmenserklärung und weitere Beweismittel für das mutmassliche Kartell vorlegen, die sich im Besitz des Unternehmens befinden oder zu denen es zum Zeitpunkt der Vorlage Zugang hat, insbesondere Beweismittel, die aus dem Zeitpunkt der Zuwiderhandlung stammen. Die vormals geltende EU-Kronzeugenmitteilung 2002 sah in Ziff. 8 Bst. a dagegen vor, dass die Informationen die Eröffnung einer Untersuchung bzw. die Anordnung einer Nachprüfung erlauben müssen.<sup>513</sup>

---

<sup>510</sup> Bell Atl. v. Twombly, 550 U.S. 544, 555 (2007): «Factual allegations must be enough to raise a right to release above the speculative level [...] Without [...] more, parallel conduct does not suggest conspiracy, and a conclusory allegation of agreement at some unidentified point does not supply facts adequate to show illegality.»; AREEDA/HOVENKAMP 2014, vol. II, 117 f.

<sup>511</sup> Bell Atl. v. Twombly, 550 U.S. 544, 564 (2007); AREEDA/HOVENKAMP 2014, vol. II, 120.

<sup>512</sup> Vernehmlassung SAV zur SVKG, 12.

<sup>513</sup> COLOMBI/KLOUB/SAKKERS, 1098 N 8.134, wonach der Verweis auf die Untersuchungseröffnung sich mittlerweile auf Art. 20(4) der Verordnung 1/2003 (Kartellverfahrensordnung) beziehen würde.

Der Grund für die Revision der Mitteilung in diesem Punkt lag darin, dass die Kommission durch Selbstanzeigen Informationen erhalten sollte, mit denen Untersuchungshandlungen mit einer bestimmten **Erfolgswahrscheinlichkeit** durchgeführt werden können.<sup>514</sup> Namentlich solle die Kommission in die Lage versetzt werden, zu wissen, wo und was zu suchen ist.<sup>515</sup> 347

Nach der vorliegend vertretenen Auffassung ist von Bedeutung, dass der Verstoss überhaupt aufgedeckt und eine Untersuchung eröffnet wird, zumal nach eröffneter Untersuchung weitere Ermittlungsinstrumente eingesetzt und so Beweismittel gewonnen werden können. Daher sollten Unternehmen, die über wenige Informationen verfügen, wie zum Beispiel passive Kartellanten, mittels tiefen Anforderungen an die zu liefernden Informationen, mit denen aber zumindest eine Untersuchung eröffnet werden kann, zur Selbstanzeige motiviert werden. 348

### 6.2.1.3. Neue Erkenntnisse aufgrund der Informationen

Die im Rahmen der Eröffnungskooperation vorzulegenden Informationen haben gemäss Art. 8 Abs. 3 SVKG aus Behördensicht insofern neuartig zu sein, als sie es den Wettbewerbsbehörden erst ermöglichen, neue Erkenntnisse zum mutmasslichen Wettbewerbsverstoss zu erlangen und gestützt darauf eine Vorabklärung (Art. 26 KG) oder Untersuchung (Art. 27 KG) zu eröffnen. Art. 8 Abs. 3 SVKG lautet entsprechend wie folgt: 349

[...]

*<sup>3</sup>Der Erlass der Sanktion gemäss Absatz 1 Buchstabe a wird nur gewährt, sofern die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Informationen verfügt, um ein Verfahren nach den Artikeln 26 und 27 KG betreffend die angezeigte Wettbewerbsbeschränkung zu eröffnen.*

[...]

Zusammen mit dem Kriterium, dass die Informationen die Eröffnung einer Untersuchung erlauben (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG), bedeutet dies, dass die Informationen **conditio** 350

<sup>514</sup> COLOMBI/KLOUB/SAKKERS, 1098 N 8.134 f.

<sup>515</sup> COLOMBI/KLOUB/SAKKERS, 1038 N 8.135.

**sine qua non** für die mögliche Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) oder sogar einer Untersuchung (Art. 27 KG) sein müssen.<sup>516</sup> Dies soll Druck erzeugen, rasch eine Selbstanzeige einzureichen (Art. 8 Abs. 3 SVKG).<sup>517</sup>

- 351 Es ist offen, wann damit zu rechnen ist, dass das Sekretariat über genügend Informationen für die Vorabklärung (Art. 26 KG) verfügt bzw. dem angezeigten Verstoss **von selbst auf die Spur gekommen** wäre.<sup>518</sup> Die Frage dürfte sich jedenfalls stellen, wenn das Sekretariat durch eine Marktbeobachtung (Art. 45 KG) Informationen erlangt hat, deren Auswertung allenfalls die Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 Abs. 1 KG) erlauben würden.

Der Vergleich mit dem *US-Recht* bietet eine Hilfestellung bei der Auslegung, wann neue Beweismittel vorliegen. Die Antitrust Division fordert bei der Eröffnungskooperation (Type A) ebenfalls, dass sie noch keine Informationen über den angezeigten Wettbewerbsverstoss erlangt hat.<sup>519</sup> Die Vorgängerversion von 1978 sah diesbezüglich vor, dass **vernünftigerweise nicht damit gerechnet** werden dürfe, dass die Behörde **in naher Zukunft** die einschlägigen Informationen erheben werde.<sup>520</sup>

- 352 Nach der hier vertretenen Auffassung sollten sich die Behörden jedenfalls nicht darauf abstützen können, dass sie die vorgetragenen Informationen theoretisch in einer fernen Zukunft selber erkannt hätten, weil dies den Behörden zu viel Ermessen einräumen würde, was wiederum das Unternehmen vor der Selbstanzeige abschreckt. Vielmehr sollte danach gefragt werden, ob es realistisch ist, dass die Behörden die vorgelegten

---

<sup>516</sup> KOUMBARAKIS, 115.

<sup>517</sup> Erläuterungen SVKG, 8; KOUMBARAKIS, 115.

<sup>518</sup> Siehe etwa Vernehmlassung des SAV zur SVKG, 13; BENZ, 187 hinsichtlich der ähnlichen Ausgangslage bei steuerrechtlichen Selbstanzeigen.

<sup>519</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 1: «At the time the Corporation comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source».

<sup>520</sup> ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 56: «[...] whether the Division could have reasonably expected that it would have become aware of the price fixing scheme in the near future if the corporation had not reported it.».

oder andere für die Eröffnung einer Vorabklärung relevanten Informationen bald nach der Selbstanzeige auch selber erhoben und/oder ausgewertet hätten.

Ferner sollte nicht von Bedeutung sein, ob das Sekretariat die Vorabklärung **tatsächlich eröffnet** hat oder die Eröffnung bloss beabsichtigt.<sup>521</sup> 353

Bei der entsprechenden Beurteilung nach *EU-Recht*, namentlich nach Ziff. 10 EU-Kronzeugenmitteilung 2006, kommt es gleichermassen darauf an, ob die Kommission zum Zeitpunkt der Selbstanzeige eine Untersuchung eröffnen könnte, wobei es unerheblich ist, ob bereits tatsächlich eine Untersuchung zum angezeigten Verstoß eröffnet wurde.<sup>522</sup>

## 6.2.2. Anforderungen an vorgetragene Beweismittel bei Feststellungskooperation

### 6.2.2.1. Erklärung des Konsens und subjektiven Zwecks

Hiernach ist darauf einzugehen, inwieweit ein Unternehmen im Rahmen der Feststellungskooperation (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG) den den Tatbestandselementen der angezeigten Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) zugrundeliegenden Sachverhalt zu erklären und zu bestätigen hat. 354

Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsabrede ist zunächst eine **Koordinierung** zwischen Unternehmen (Art. 4 Abs. 1 erster Teilsatz KG) (Kap. 2.1.1.1.1). Der rechtserhebliche Sachverhalt liegt dabei im **natürlichen Konsens** mindestens zweier Unternehmen, sich im Verhalten anzugleichen (N 83), wobei dieser Konsens bei den Sanktionstatbeständen nach Art. 49a Abs. 1 KG eine Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG zum Gegenstand hat. Der «Konsens» betrifft zunächst die eigene Beteiligung an der Abrede und sodann diejenige anderer Unternehmen. 355

<sup>521</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 133; selbst wenn ausreichende Informationen vorliegen, müssen die Behörden denn auch keine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG eröffnen, weil dafür auch Überlegungen zur Verhältnismässigkeit und Opportunität angestellt werden können, siehe etwa BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 7.4.3 (Publigroupe) und IZUMI/BAUER, DIKE-KG, KG 27 N 15.

<sup>522</sup> COLOMBANI/KLOUB/SAKKERS, 1090 N 8.138; FORRESTER/BERGHE, 170.

- 356 Nach der *Rechtsgrundlage* in Art. 49a Abs. 2 KG hat das Unternehmen im Rahmen der Bonusregelung an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitzuwirken. Art. 8 Abs. 1 SVKG verlangt dabei, dass das Unternehmen «seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG anzeigt», um für den Sanktionserlass infrage zu kommen.
- 357 Nach der *Praxis* der WEKO müsse die Selbstanzeige Klarheit über den Sachverhalt hinsichtlich subjektiver und objektiver Tatbestandsmerkmale der Beteiligung an der Wettbewerbsabrede schaffen.<sup>523</sup> Entsprechend solle mit einer Selbstanzeige unter anderem der «Konsens» angegeben werden.<sup>524</sup> So solle aufgedeckt werden, was das Verhalten des anzeigenden Unternehmens bezweckt hat, wie das Verhalten durch das Unternehmen umgesetzt worden ist und, soweit möglich, wie die Umsetzung durch andere beteiligte Unternehmen stattfand.<sup>525</sup>
- 358 Dabei ist die Praxis streng, wenn es darum geht, die **eigene Beteiligung** mit der Selbstanzeige darzulegen. So reicht für die Feststellungskooperation grundsätzlich nicht aus, wenn ein Unternehmen nur die Möglichkeit erwähnt, sich an einer Wettbewerbsabrede beteiligt zu haben.<sup>526</sup> Der mit der Selbstanzeige vorgebrachte vage Verdacht, an einer Abrede beteiligt gewesen zu sein, genüge nicht.<sup>527</sup>

Die WEKO hält in ihrer Praxis konkret fest, «[k]ein Selbstanzeigegehalt kommt grundsätzlich Vorbringen zu, in denen bloss die Möglichkeit erwähnt wird, dass sich das Unternehmen an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt habe.

---

<sup>523</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 1 f. N 5; siehe auch RPW 2019/2 322, 473 N 797 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I); so auch unter *EU-Recht*, siehe etwa Ziff. (25) EU-Kronzeugenmitteilung 2006, wonach der fragliche Sachverhalt nachzuweisen ist; ferner COLOMBI/KLOUB/SAKKERS, 1114, N 8.202.

<sup>524</sup> RPW 2020/4a 1721, 1778 N 252, 1844 f. N 610 (Bauleistungen Graubünden).

<sup>525</sup> RPW 2019/2 322, 473 N 797 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I); Merkblatt Bonusregelung 2019, 1 f. N 5.

<sup>526</sup> RPW 2018/4 841, 841 N 5, 856 N 172 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q); RPW 2019/2 302, 319 N 179 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V); RPW 2019/2 322, 332 N 22, 500 N 1071 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I).

<sup>527</sup> RPW 2019/2 322, 500 N 1069 ff., N 1071 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I); RPW 2019/2 302, 319 f. N 179 ff., N 181 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V); RPW 2018/4 841, 856 f. N 172 ff. (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q).

Gleiches gilt, wenn das Unternehmen in seinen Vorbringen lediglich nicht ausschliesst, dass es sich an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt habe oder wenn das Unternehmen die beigebrachten Informationen und Beweismittel selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine Verhaltensabstimmung mit anderen Unternehmen bestreitet oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint. Ebenfalls keinen Selbstanzeigegehalt kommt Eingaben zu, bei welchen das betreffende Unternehmen namentlich nicht aufdeckt, welches der verfolgte Zweck der angezeigten Verhaltensweise war und wie das Verhalten durch das Unternehmen umgesetzt wurde.».<sup>528</sup>

Gestützt darauf hat die WEKO zum Beispiel mit der Verfügung «Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V»<sup>529</sup> einem Unternehmen den Sanktionserlass versagt, weil es die Beteiligung an der Abrede durch Formulierungen wie «glaubt sich erinnern zu können» nur vage dargelegt hat, sich zögernd verhielt und sich hinsichtlich der Beteiligung an der Abrede nicht festlegte.<sup>530</sup>

Gemäss der Begründung der Verfügung der WEKO «Optische Netzwerke»<sup>531</sup> erhielt ein Unternehmen, das Beweismittel vorgelegt hat, keine Sanktionsreduktion im Rahmen der Bonusregelung, weil der Vorlage der Beweismittel keine Selbstanzeigequalität zukam, da das Unternehmen seine eigene Beteiligung am Wettbewerbsverstoss nicht angezeigt hat.<sup>532</sup>

In diesem Sinne wird auch in der *Lehre* die Auffassung vertreten, die Selbstanzeige müsse 359 eine bestimmte Substanz aufweisen, weil sie sich vom Meldeverfahren (Art. 49a Abs. 3

<sup>528</sup> RPW 2018/4 841, 856 f. N 172 ff. (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q); RPW 2019/2 302, 319 N 179 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V); siehe auch RPW 2019/2 322, 500 N 1071 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I): «Keinen Selbstanzeigegehalt kommt Vorbringen zu, [...]».

<sup>529</sup> RPW 2019/2 302 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V).

<sup>530</sup> RPW 2019/2 302, 319 f. N 179 ff., N 181 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V): «Durch die offen gehaltenen Formulierungen (z.B. „glaubt sich erinnern zu können“, „allenfalls“, „offenbar“ usw.) legte sich [...] nicht fest und legte auch nicht den dadurch verfolgten Zweck dar.».

<sup>531</sup> RPW 2021/1 210 (Optische Netzwerke).

<sup>532</sup> RPW 2021/1 210, 223 N 103 (Optische Netzwerke).



SVKG) unterscheide, in welchem sich das Unternehmen über die eigene Beteiligung nicht sicher sei.<sup>533</sup>

Zu diesem Punkt kann ein Vergleich zum *EU-Recht* gezogen werden. Die Unternehmenserklärung gemäss Ziff. 9 (a) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 betrifft auch die Rolle des Unternehmens im Kartell (N 302). Die Lehre anerkennt aber, dass das Unternehmen nicht unbedingt Gewissheit hat, ob es an einem Verstoss beteiligt war, insbesondere wenn die verantwortlichen Mitarbeitenden das Unternehmen verlassen haben und nicht mehr zu einer Aussage bereit sind.<sup>534</sup>

Nach *US-Recht* ist die Praxis des DOJ bezüglich der geforderten Bestätigung der eigenen Beteiligung durch den Selbstanzeiger streng ausgestaltet. So wird davon ausgegangen, dass das Unternehmen einen Marker dann aufgreifen und mit Beweismitteln ergänzen werde, wenn es unternehmensintern genügend Klarheit über die eigene Beteiligung am mutmasslichen Verstoss erlangt hat.<sup>535</sup> Am Ende der Frist zur Vorlage von Beweismitteln ist die Selbstanzeige denn auch mit detaillierten Angaben zum angezeigten Verstoss sowie mit einer Bestätigung der Beteiligung an diesem zu versehen.<sup>536</sup> Konkret ist das Unternehmen verpflichtet, ernsthaft zu kooperieren,<sup>537</sup> indem es die Beteiligung eingesteht oder die Mitarbeitenden dazu bewegt, die Beteiligung darzulegen.<sup>538</sup> Das Verhalten der absprechenden Mitarbeitenden wird dem Unternehmen meistens zugerechnet.<sup>539</sup>

---

<sup>533</sup> SCHALLER/KRAUSKOPF, 73.

<sup>534</sup> FORRESTER/BERGHE, 173; STEPHAN/NIKPAY, 153.

<sup>535</sup> Zum US-Marker siehe DOJ, Leniency Program FAQ, 2 f. Ziff. 1 f.; DOJ Developments, 1; OECD, US-Marker, 2 N 2; NICOU, 497 f.: «Following the internal investigation, defense counsel must either “pick up” the marker [...] or perfect the client’s application for leniency by presenting the Division with detailed information demonstrating the existence of a violation and the applicant’s participation in the violation».

<sup>536</sup> DOJ, Leniency Program FAQ, 2 f., 4 Ziff. 2; NICOU, 497.

<sup>537</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, A Ziff. 4, B Ziff. 5; DOJ, Leniency Program FAQ, 17 Ziff. 18: «Taking all legal, reasonable steps to cooperate with the Division’s investigation.»

<sup>538</sup> DOJ, Leniency Program FAQ, 6 II Ziff. 5.

<sup>539</sup> ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Handbook, 303 ff.

Der Vergleich zum US-Recht legt aber auch dar, dass Mitarbeitende sich nicht unbedingt darüber bewusst sein können, ob sie eine Wettbewerbsabrede eingegangen sind. In der Praxis wurde durch die US-Gerichte beispielsweise die Weitergabe von Preisinformationen oder der Austausch von preisrelevanten Informationen zwischen Mitarbeitern ohne Preissetzungskompetenz für sich als nicht genügend werthaltig erachtet, um das Vorliegen einer Abrede feststellen zu können.<sup>540</sup> Ferner wurde die einschlägige Aussage eines Mitarbeiters, es bestehe ein allgemeines Verständnis in der Branche, sich nicht gegenseitig in der Preissetzung zu unterbieten, lediglich als Indiz für eine Abrede gewertet.<sup>541</sup>

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Unternehmen nach Art. 8 Abs. 1 SVKG 360 seine Beteiligung an der Abrede anzuzeigen hat. Der Wortlaut fordert aber nicht, dass sich das Unternehmen für die Selbstanzeige über die eigene Beteiligung an der Abrede sicher sein muss. Mithin kann ein Unternehmen auch einen Verstoss anzeigen und Vorbehalte zur eigenen Beteiligung anbringen.

Ferner kann einer Auslegung von Art. 8 Abs. 1 SVKG, die eine Bestätigung der Be- 361 teiligung fordert, weil ein Unternehmen sinnvollerweise nur dann eine Selbstanzeige einreichen würde, wenn es sich über die eigene Beteiligung an der Abrede sicher sei, nicht gefolgt werden. Diese Auslegung basiert wohl auf der Annahme, dass ein Unternehmen nach interner Untersuchung Sicherheit über die eigene Beteiligung erlangt. Tatsächlich können aber auch nach durchgeführter interner Untersuchung Zweifel bestehen bleiben, ob ein Unternehmen an einer Abrede beteiligt war. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn Mitarbeitende gehandelt haben, die das Unternehmen bereits verlassen haben. Selbst wenn Mitarbeitende die Beteiligung bestätigen, ist ausserdem zu beachten, dass Aussagen von Mitarbeitenden nicht stets verlässlicher als Aussagen von

---

<sup>540</sup> Workman v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co., 520 F. Supp. 610, 618 (N.D. Cal. 1981): «Without a further showing, the mere passing of price information does not raise an inference of an impermissible conspiracy.»; Mitchael v. Intracorp., 179 F.3d 847, 859 (10th Cir. 1999); ferner Baby Food Antitrust Litig., 166 F.3d 112, 125 (3d Cir. 1999): «Evidence of sporadic exchanges of shop talk among field sales representatives who lack pricing authority is insufficient to survive summary judgement»; AREEDA/HOVENKAMP 2017, vol. VI, 134 f.

<sup>541</sup> In Re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation, 295 F.3d 651, 662 f. (7th Cir. 2002); ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 59.

Dritten sind. Es ist den Mitarbeitenden nicht unbedingt bewusst, ob sie nun tatsächlich eine Abrede eingegangen sind.

- 362 Da sich demnach keine Pflicht aus dem einleitenden Satz nach Art. 8 Abs. 1 SVKG ergibt, die eigene Beteiligung einzugestehen, bleibt zu prüfen, ob die vorgelegten Beweismittel bei der Feststellungskooperation nur dann genügend beweiskräftig sind (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG), wenn das Unternehmen die eigene Beteiligung bestätigt. Dazu ist festzuhalten, dass die freie Beweiswürdigung bei der Beurteilung der vorgelegten Beweismittel massgebend ist (Kap. 7.2.3), womit kein solches Erfordernis aufgestellt werden kann. Das Unternehmen sollte daher Zweifel an der Beteiligung am Verstoss aufweisen und sich dennoch gleichzeitig selbst anzeigen können.
- 363 Der «Konsens» betrifft sodann auch die **Beteiligung der anderen Unternehmen** an der Abrede. Der Sachverhalt müsse nach dem *Merkblatt* des Sekretariats aus Sicht des Unternehmens dargelegt werden. Es müsse konkret der mit der Abrede verfolgte Zweck und die eigene Umsetzung der Abrede sowie – soweit Informationen oder Beweismittel dazu vorhanden seien – diejenige der anderen beteiligten Unternehmen beschrieben werden.<sup>542</sup>

Die *US-Lehre* äussert sich im Rahmen von allgemeinen Ausführungen zum Nachweis einer Abrede, selbst glaubwürdige Aussagen zur Beteiligung des Unternehmens dürften für den Nachweis der Beteiligung weiterer Unternehmen regelmässig mit zusätzlichen Beweismitteln zu untermauern sein. Zu solchen zusätzlichen Beweismitteln könnte etwa ein Dokument zählen, das auf ein Austauschverhältnis zwischen den Abredenden hinweist. Bei der konkreten Würdigung, ob sich die Existenz der Abrede erweist, sollte die Verlässlichkeit von Quellen und ihre Interpretation kritisch hinterfragt werden.<sup>543</sup>

---

<sup>542</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 1 f. N 5.

<sup>543</sup> Siehe dazu die Lehre zum US-Recht: AREEDA/HOVENKAMP 2017, vol. VI, 134 f., 140 f. m.H.a. Baughman v. Cooper-Jarrett, 391 F. Supp. 671, 674 ff. (W.D. Pa. 1975) und dem korrespondierenden Beispiel, dass ein Lastwagenfahrer nach dessen Kündigung durch einen Auftraggeber (fälschlicherweise) einen kartellrechtlich unzulässigen orchestrierten Boykott vermuten und in seinen Ansichten durch in der Branche verbreitete Gerüchte und sein Eigeninteresse gestärkt werden könnte.

Beim Nachweis der Beteiligung der anderen Unternehmen mit der Selbstanzeige ist 364 dem Ansatz der Praxis zu folgen, dass diese Beteiligung nur soweit darzulegen ist, wie Informationen dazu vorhanden sind, denn der Sachverhalt kann in Bezug auf die Beteiligung anderer Unternehmen nicht unbedingt vollständig rekonstruiert werden.

Eine Abrede ist auf der Tatbestandsebene eine Wettbewerbsabrede, wenn sie eine 365 **Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt** (Art. 4 Abs. 1 zweiter Teilsatz KG). Der Verhaltenskoordination wohnt dabei der wettbewerbsbeschränkende Zweck inne.<sup>544</sup> Eine subjektive Zwecksetzung (oder mit anderen Worten eine Absicht, Intention, Motivation etc.), die darauf ausgerichtet ist, Wettbewerb zu beschränken, wird dagegen nicht verlangt, womit sie kein Tatbestandsmerkmal darstellt.

Auf der Sachverhaltsebene reicht somit allenfalls die Darlegung des Konsens für die 366 Rekonstruktion des Sachverhalts aus. Soweit es sich allerdings aus der Natur der Verhaltenskoordination nicht ohne Weiteres ergibt, dass eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt bzw. die Abrede auch durch ihre Wirkungen nachzuweisen ist (Art. 4 Abs. 1 zweiter Teilsatz KG), ist allenfalls eine umfassendere Analyse vorzunehmen. Der «**subjektive Zweck**», der mit der Koordinierung bzw. Abrede verfolgt wird, namentlich, Wettbewerb zu beschränken oder eine effiziente Koordination zu verfolgen, kann im Rahmen dieser Analyse ein Indiz für die bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung darstellen.<sup>545</sup>

Dafür kann ein Rechtsvergleich zum *US-Recht* erfolgen, wonach bei einer Prüfung, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt, bei unklaren Fällen ein ganzer Katalog an Indizien inklusive der Intention der Beteiligten beigezogen wird. In der Sache *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918) ging es etwa darum, dass die Chicagoer Getreidebörse für die Getreidehändler eine Regelung über Preise von Getreide vorgab, das sich auf dem Weg zum Getreidemarkt in Chicago befand. Die verfolgende Behörde hatte zwar die Existenz der dadurch entstehenden Abrede, nicht aber den schädlichen Zweck oder die schädliche Wirkung für Wettbewerb dargelegt. Geboten gewesen wäre dagegen

<sup>544</sup> BGer 2C\_149/2018 vom 4. Februar 2021, E. 3.6 (Hors Liste II).

<sup>545</sup> Siehe auch TSCHUDIN, Mitwirkungspflicht, 330, wonach die Intention beim Informationsaustausch je nachdem ein denkbare Indiz für die harte Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG sei.

die entsprechende Abklärung verschiedener Indizien, u.a. der Geschichte der Abrede oder der Intention der Beteiligten.<sup>546</sup>

- 367 Im Rahmen der Bonusregelung verlangt die *Praxis*, dass mit der Selbstanzeige der «Konsens» und die «subjektive Zwecksetzung» angegeben werden sollen.<sup>547</sup>
- 368 In diesem Zusammenhang kann auch auf Vorbringen der Lehre, die sich mit dem *EU-Recht* auseinandersetzt, verwiesen werden. Namentlich habe sich die EU-Kommission in ihrer jüngeren Praxis nicht nur mit eindeutigen Kartellen wie Preisabsprachen oder Marktaufteilungen, sondern mit solchen Abreden auseinandergesetzt, bei denen auf den ersten Blick kein klassisches Kartell vorliege. Dabei wird diskutiert, ob das Unternehmen in einem solchen Fall mit der Selbstanzeige für den Sanktionserlass die blossen Fakten übermitteln oder die **Kartellrechtswidrigkeit seines Verhaltens einzuräumen** hat.<sup>548</sup> Aus der Betrachtung der EU-Kronzeugenmitteilung 2006 zieht die Lehre den Schluss, dass nach dieser nicht zu bestätigen ist, dass es sich bei dem relevanten Sachverhalt um einen Kartellrechtsverstoss handelt. Vielmehr seien lediglich Fakten vorzutragen.<sup>549</sup>
- 369 Diese Lehrmeinung befasst sich somit erstens mit der Frage, ob die Darlegung der **Kartellrechtswidrigkeit als Gegenstand** der Selbstanzeige gilt. Dies wäre dann der Fall, wenn die Bestätigung eines subjektiven Zwecks, Wettbewerb zu beschränken, dem Nachweis des rechtserheblichen Sachverhalts diene. Dazu ist festzuhalten, dass dieser subjektive Zweck zwar kein Tatbestandselement ist. Er kann aber als Indiz dazu beitragen, das Tatbestandselement der bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung (Art. 4 Abs. 1 KG) und die Effizienzrechtfertigung (Art. 5 Abs. 2 KG) festzustellen. Damit ist der subjektive Zweck, Wettbewerb zu beschränken (Art. 4 Abs. 1 KG) oder aber eine effiziente Kooperation (Art. 5 Abs. 2 KG) zu verfolgen, nach hier vertretener Auffassung zugleich ein möglicher Teil des Sachverhalts (N 401) und mit der Selbstanzeige offenzulegen. Zweitens beschlägt die Abklärung die Frage, ob **der subjektive**

---

<sup>546</sup> Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231, 238 (1918); die US-Lehre äussert sich dazu, dass die Intention höchstens als Indiz diene, wobei regelmässig verlässlichere Hinweise vorliegen würden, siehe AREEDA/HOVENKAMP 2017, vol. VII, 414 f.

<sup>547</sup> RPW 2020/4a 1721, 1778 N 252, 1844 f. N 610 (Bauleistungen Graubünden).

<sup>548</sup> ANGERBAUER/DRÖSSLER, 617.

<sup>549</sup> ANGERBAUER/DRÖSSLER, 619.

**Zweck, Wettbewerb zu beschränken, zu bestätigen** ist. Eine Bestätigung wäre nicht zu fordern, zumal es sich beim subjektiven Zweck lediglich um ein möglicherweise bestehendes Indiz handelt, womit dessen Bestätigung nicht durch das Gesetz oder die Behörde vorgeschrieben werden kann.

Da der subjektive Zweck, den der Selbstanzeiger mit der Abrede verfolgt hat, demnach ein Indiz für eine Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) und die Effizienzrechtfertigung der Abrede (Art. 5 Abs. 2 KG) ist, kann dieser zum Nachweis des der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG zugrundeliegenden Sachverhalts dienen, womit der subjektive Zweck mit einer Selbstanzeige darzulegen ist (Art. 9 Abs. 1 SVKG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Bst. b-c SVKG). 370

#### 6.2.2.2. Vorlage entscheidender Beweismittel oder Ermöglichung von Folgerhebungen?

Die Anforderungen an die mit der Feststellungskooperation (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG) vorzulegenden Beweismittel werden in der *Sanktionsverordnung* in Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG wie folgt umschrieben: 371

*<sup>1</sup>Die Wettbewerbskommission erlässt einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 Abs. 3 und 4 anzeigt und als Erstes:*

*[...]*

*b. Beweismittel vorlegt, welche es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Artikel 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG festzustellen.*

*[...]*

Zu klären ist, wann Beweismittel es gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG «der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG festzustellen.». Nach dem *Merkblatt* zur Bonusregelung sind an die mit der Feststellungskooperation einzureichenden Beweismittel **wesentlich höhere Anforderungen** als an die mit der Eröffnungskooperation vorzutragenden Informationen und Beweismittel zu stellen. Die Beweismittel müssen nämlich zumindest den Nachweis des Verstosses 372

ermöglichen.<sup>550</sup> Gemäss den *Erläuterungen* zur SVKG haben die mit der Feststellungskooperation zu liefernden Beweismittel eine derartige Beschaffenheit auszuweisen, dass sie **entscheidend** sind.<sup>551</sup>

- 373 In der *Praxis* wird der Sanktionserlass erteilt, wenn der Selbstanzeiger wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses beiträgt.<sup>552</sup>
- 374 Nach der *Lehre* sind Rahmen der Feststellungskooperation Beweismittel vorzutragen, die der Bestätigung eines Anfangsverdachts dienen. Zu liefern sind Beweismittel, die **Anhaltspunkte verdichten** und somit zum schlüssigen Nachweis des Wettbewerbsverstosses beitragen.<sup>553</sup>
- 375 Ein *Teil der Lehre* spricht sich für *hohe Anforderungen an die Beweismittel* aus. Dies wird damit begründet, dass das Unternehmen von der Inanspruchnahme der Eröffnungskooperation absehen würde, sollte der Sanktionsbonus ohne Weiteres über die **Hintertür der Feststellungskooperation** offenstehen. Für strategisch handelnde Unternehmen werde bei tiefen Anforderungen nämlich ein Anreiz geschaffen, bis zur Eröffnung einer Untersuchung und Hausdurchsuchung mit der Selbstanzeige zuzuwarten.<sup>554</sup> Ein anderer *Teil der Lehre* legt dar, ein Unternehmen warte mit der Selbstanzeige nicht die Eröffnung einer Untersuchung ab, weil die Selbstanzeige während der Untersuchung weniger Sicherheit über den Sanktionserlass biete als diejenige vor der Eröffnung einer Untersuchung.<sup>555</sup>
- 376 Der Vergleich mit dem *EU-Recht* ergibt, dass das Unternehmen im Rahmen der Feststellungskooperation gemäss der Praxis des Gerichtshofs der EU zu Ziff. (8)(b) EU-Kron-

---

<sup>550</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, N 14: «Bei der Feststellungskooperation sind die Anforderungen an die Informationen, die durch das Unternehmen einzureichen sind, wesentlich höher als bei der Eröffnungskooperation. Während bei der Eröffnungskooperation Informationen genügen, die einen hinreichenden Tatverdacht begründen, müssen bei der Feststellungskooperation Beweismittel eingereicht werden, die den Nachweis des Verstosses ermöglichen».

<sup>551</sup> SVKG Erläuterungen, 6.

<sup>552</sup> RPW 2020/4a 1661, 1711 N 343 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II)

<sup>553</sup> SOMMER, N 20 f. m.H.a. KRAUSKOPF/SENN, 3 ff., 18.

<sup>554</sup> TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 39 mit allgemeinen Hinweis auf ZIMMERLI, Dogmatik, 676, 678.

<sup>555</sup> SCHALLER/BANGERTER, 1237, Fn 159.

zeugenmitteilung 2006 ausreichende Informationen und Beweismittel einreicht, wenn diese für **die Aufdeckung und wirksame Ahndung des Kartelles entscheidend** sind. Gemäss der Praxis des Gerichts der EU reicht es nicht aus, wenn die Kommission gestützt auf die Beweismittel Auskunftsbegehren stellen und **Ermittlungen anordnen** kann. Die Kommission der EU verlangt von den vorgelegten Beweismitteln sodann, dass sie ihre **Fähigkeit zum Beweis verbessern**.

So hatte der Gerichtshofs der EU in Sachen Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt v. Schenker & Co.<sup>556</sup> als Vorabfrage zu beurteilen, ob eine nationale Wettbewerbsbehörde eines EU-Mitgliedstaates im nationalen Kronzeugenprogramm einen Sanktionserlass sprechen kann. Der Gerichtshof erwog in diesem Zusammenhang, die Zusammenarbeit nach der Kronzeugenregelung müsste für die Aufdeckung und wirksame Ahndung des Kartells von entscheidender Bedeutung sein. Ein Unternehmen könne daher nicht ohne Weiteres vom Sanktionserlass profitieren.<sup>557</sup>

Weiter kann auch auf die Rechtsprechung des Gerichts der EU in der Sache BASF v. Kommission<sup>558</sup> betreffend Vitaminkartelle hingewiesen werden: Das Unternehmen BASF legte in der zu beurteilenden Sache der EU-Kommission folgende Angaben vor: «a) die Existenz rechtswidriger Absprachen, die eine Reihe von Vitaminprodukten, darunter die Vitamine A und E, betrafen und sich auf den Markt des EWR auswirkten; b) die wichtigsten Teilnehmer an diesen Absprachen, u. a. die vier in die Absprachen in Bezug auf die Vitamine A und E verwickelten Unternehmen (Roche, BASF, Aventis und Eisai); c) die Art dieser Absprachen, nämlich Vereinbarungen zur Preisfestsetzung und zur Absatz- und Mengenaufteilung; d) die Dauer dieser Absprachen (1989 bis 1999).».<sup>559</sup> Dazu erwog das Gericht der EU, die Angaben hätten die Kommission in die Lage versetzt, Auskunftsbegehren zu stellen und Ermittlungen anzuordnen.

<sup>556</sup> EuGH C-681/11 vom 18. Juni 2013, Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt v. Schenker & Co., ECLI:EU:C:2013:404.

<sup>557</sup> EuGH C-681/11 vom 18. Juni 2013, Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt v. Schenker & Co., ECLI:EU:C:2013:404, N 44, N 48 ff.

<sup>558</sup> EuG T-15/02 vom 15. März 2006, BASF v. Kommission, ECLI:EU:T:2006:74.

<sup>559</sup> EuG T-15/02 vom 15. März 2006, BASF v. Kommission, ECLI:EU:T:2006:74, N 511.



Die Angaben müssten jedoch die Rekonstruktion und den Nachweis des Sachverhalts ermöglichen, was nicht gelungen sei, obwohl die Verantwortung zur Beteiligung an den Kartellen eingeräumt wurde.<sup>560</sup>

Gemäss dem Entscheid der Kommission Car Glass<sup>561</sup> genüge die Kooperation den Anforderungen an eine Feststellungskooperation nicht, denn die vorgelegten Beweismittel verbesserten die Fähigkeit der Kommission zum Beweis kaum, sondern sie ergänzten nur Beweismittel, die der Kommission ohnehin vorlagen.<sup>562</sup> Daraus folgert die Lehre, die im Rahmen der Feststellungskooperation vorgelegten Beweismittel sollen tendenziell sowohl konkret sein als auch den direkten Beweis erlauben.<sup>563</sup>

- 377 Ebenso ist es für den teilweisen Sanktionserlass gemäss Ziff. (24) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 erforderlich, dass die vorgelegten Beweismittel aus Sicht der Kommission einen **erheblichen Mehrwert** im Vergleich zu den bis dahin der Kommission zur Verfügung stehenden Beweismitteln aufweisen. Der Mehrwert ergibt sich aus der Eigenschaft bzw. der Natur und der Ausführlichkeit bzw. dem Detaillierungsgrad der Beweismittel, soweit diese Elemente der Kommission zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses verhelfen.<sup>564</sup>
- 378 Der Vergleich mit dem *US-Recht* zeigt demgegenüber, dass im Rahmen einer Type B Kooperation die Vorlage von Beweismitteln mit **marginalem Wert** für die Untersuchung für einen Anklageverzicht ausreichen kann. Platziert das Unternehmen eine Selbstanzeige, hat es ehrlich und vollständig den mutmasslichen Verstoss zu melden,<sup>565</sup>

---

<sup>560</sup> EuG T-15/02 vom 15. März 2006, BASF v. Kommission, ECLI:EU:T:2006:74, N 517; KHAN, 477 f. N 7-210 Fn 458 und N 7-211 m.H., dass die unter der Kronzeugenmitteilung 2002 entwickelten Fälle auch unter der EU-Kronzeugenmitteilung 2006 beigezogen werden können, da die EU-Kronzeugenmitteilung 2006 lediglich die Praxis unter der Mitteilung von 2002 artikuliere.

<sup>561</sup> Entscheid der Kommission vom 12. November 2008, COMP/39125, Car Glass.

<sup>562</sup> Entscheid der Kommission vom 12. November 2008, COMP/39125, Car Glass, N 717; COLOMBI/KLOUB/SAKKERS, 1090 N 8.138.

<sup>563</sup> COLOMBI/KLOUB/SAKKERS, 1090 N 8.138.

<sup>564</sup> In der EU wird dies als erheblicher Mehrwert der neuen Information bezeichnet, siehe EU-Kronzeugenmitteilung 2006, Ziff. (24) und (25); COLOMBI/KLOUB/SAKKERS, 1105 N 8.177; ferner EuGH C-578/11 vom 12. Juni 2014, Deltafina v. Kommission, ECLI:EU:C:2014:1742, N 18.

<sup>565</sup> DOJ, Leniency Program FAQ, 16 Ziff. 16; DOJ, Corporate Leniency Policy, 3 Type B Ziff. 4: «[...] reports the wrongdoing with candor and completeness [...]».

detaillierte Angaben zur eigenen Beteiligung am Verstoss und zu dessen Existenz abzugeben und die Beteiligung am Verstoss zu bestätigen beziehungsweise einzugestehen (N 359). Die vorgelegten Beweismittel genügen, wenn sie die Untersuchung entwickeln.<sup>566</sup> Insofern können auch Beweismittel mit geringer Beweiskraft einen Anklageverzicht rechtfertigen, wobei bei der entsprechenden Beurteilung Fairnessüberlegungen angestellt werden können.<sup>567</sup> Unter US-Recht ist aber die Beteiligung am Verstoss wie soeben erwähnt einzugestehen.

Die Begründung, weshalb umfassend zu kooperieren ist (full corporate confession)<sup>568</sup> 379 anstatt dass Beweismittel vorzulegen sind, mit denen die Behörden den Verstoss feststellen können, liegt darin, dass die Anknüpfung an die Vorlage entscheidender Informationen und/oder Beweismittel für die Feststellung der Behörde einen **zu weiten Ermessensspielraum** einräume. Dieser schrecke Unternehmen von der Selbstanzeige ab. Überdies könnten Ermittlungen auch gestützt auf Beweismittel mit marginaler Bedeutung zu einem erfolgreichem Abschluss geführt werden.<sup>569</sup>

Die Gewährung des Sanktionsbonus für mit der Feststellungskooperation vorgelegte 380 Beweismittel sollte nach vorliegend vertretener Auffassung im Schweizer Kartellrecht streng beurteilt werden. Namentlich aufgrund des begrenzteren Katalogs an verfügbaren Ermittlungsinstrumenten nach Kartellgesetz (Kap. 2.3.4) reicht es für den Sanktionserlass nicht aus, wenn die vorgelegten Beweismittel es erlauben, Ermittlungsinstrumente einzusetzen und dadurch entscheidende Beweismittel zu erheben. Es ist vielmehr von

<sup>566</sup> DOJ, Leniency Program FAQ, 4 f. Ziff. 3: «The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness [...]», wobei bei der Type B Kooperation die Angaben zur Entwicklung der Untersuchung beitragen müssen, id: «[...] cooperation that advances the Division in its investigation».

<sup>567</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 3 Type B. Ziff. 7.

<sup>568</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 3 Type B. Ziff. 4.

<sup>569</sup> DOJ, Detecting and Deterring, 2 ff. Ziff. II., 5 ff. Ziff. V., 8 Ziff. V; DOJ, Role of Markers, 6: «The Important difference between requiring a full corporate confession and establishing a subjective standard of proof for eligibility into an immunity program.»; DOJ, Detecting and Deterring, 6 f. Ziff. V.: «[...] applicants must report their involvement with candor and completeness and must provide full, continuing, and complete cooperation that advances the investigation [...]. Therefore, the U.S. [...] programs do not have a "decisive evidence" requirement in their leniency programs. [...] Some of the best results under our amnesty program were achieved with the help of amnesty applicants who would not have qualified under such a subjective evidentiary standard.»; WILLIAMS, 981; SPAGNOLO, 269.

Bedeutung, dass unmittelbar entscheidende Beweismittel mithilfe der Bonusregelung erlangt werden.

### 6.2.2.3. Beurteilung der Beweismittel

#### 6.2.2.3.1. Stand der Untersuchung zum Zeitpunkt der Selbstanzeige

- 381 Für die Beurteilung, ob das Unternehmen im Rahmen der Feststellungskooperation (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG) ausreichend entscheidende Beweismittel im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG vorgelegt hat, könnte der Zeitpunkt der Selbstanzeige von Bedeutung sein.
- 382 In der *Praxis* der WEKO wurde die Formel aufgestellt, dass «[j]e später die Kooperation einsetzt, desto häufiger wird ein 100-prozentiger Erlass aufgrund Feststellungskooperation zu verwehren sein dürfen.“<sup>570</sup> Es sollte dabei nicht auf die zeitliche Dauer der Untersuchung, sondern darauf ankommen, ob sich diese im Moment der Selbstanzeige aufgrund der erhobenen Beweismittel bereits in einem **fortgeschrittenen Stadium** befindet.<sup>571</sup>
- 383 Auch für die Bewertung der Selbstanzeige, die zu einem teilweisen Sanktionserlass nach Art. 12 Abs. 2 SVKG führt, ist die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg für die Höhe der Sanktionsreduktion entscheidend. Als Faktor zur Beurteilung der Wichtigkeit des Beitrags gilt nach der *Praxis* der Zeitpunkt der Selbstanzeige, wobei es darauf ankommt, wie weit die Untersuchung zum **tatsächlichen Kooperationszeitpunkt** bereits entwickelt ist.

So beurteilte die WEKO für die Verfügung Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen<sup>572</sup> den Sachverhalt, dass am 16. Dezember 2008 eine Hausdurchsuchung durchgeführt wurde und ein Unternehmen am 24. Dezember 2008, also innert acht Tagen, seinen Kooperationswillen anzeigte. Das Unternehmen legte allerdings erst am 6. März 2009 seine schriftliche Eingabe vor. Die WEKO erwog, am 6. März 2009 seien dem Sekretariat bereits wesentliche

---

<sup>570</sup> RPW 2009/3 196, 220 N 164 (Elektroinstallationsbetriebe Bern).

<sup>571</sup> Picht, OFK-Wettbewerbsrecht II, SVKG 8 N 8 m.H.a. RPW 2009/3 196, 220 N 164 (Elektroinstallationsbetriebe Bern).

<sup>572</sup> RPW 2012/3 615 (Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen).

Elemente des Sachverhalts bekannt gewesen. Vor diesem Hintergrund könne keine Reduktion in der Höhe von 50 Prozent der Sanktion gesprochen werden, weil dafür die Kooperation vor der Auswertung des beschlagnahmten Materials notwendig gewesen wäre.<sup>573</sup>

Der Vergleich zum *US-Recht* zeigt, dass bei der Type B Kooperation der Corporate Leniency Policy mit zunehmendem Untersuchungsfortschritt höhere Anforderungen an die zu liefernden Beweismittel gestellt werden.<sup>574</sup> Gleichermassen ist es bei der Anwendung des verwandten Instruments des Plea Bargaining (N 460) anerkannt, dass eine angebotene Kooperation als Gegenleistung zu einem Plea Agreement zu Beginn der Untersuchung werthaltiger ist. Wenn eine Kooperation zu einem späten Zeitpunkt in der Untersuchung stattfindet und zugleich einen relativ geringen Beitrag zum Fortschritt der Untersuchung leistet, ist der Wille der Behörden dagegen gering, ein Plea Agreement einzugehen.<sup>575</sup> 384

#### 6.2.2.3.2. Beschaffenheit der Beweismittel

Die Bewertung der im Rahmen der Feststellungskooperation (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG) vorgelegten Beweismittel erfolgt in freier Beweiswürdigung (Kap. 7.2.3). Im Folgenden sind mögliche Ansätze aufzuzeigen, denen bei dieser Würdigung gefolgt werden könnte. 385

Nach der *Praxis* der WEKO könne erst die Vorlage von **detaillierten Informationen und Beweismitteln** zu bekannten Aspekten sowie die Beschreibung und Unterlegung von unbekannten Elementen der Wettbewerbsabrede einen Sanktionserlass zulassen.<sup>576</sup> 386

Für die Feststellungskooperation nach *EU-Recht* wird verlangt, dass Beweismittel vorgelegt werden, die tendenziell konkret sind und ebenso tendenziell den **direkten Beweis** erlauben.<sup>577</sup> Auch bei der Kooperation im Hinblick auf den teilweisen Erlass ist nach 387

<sup>573</sup> RPW 2012/3 615, 654 N 365 f. (Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen).

<sup>574</sup> DOJ, Corporate Leniency Policy, 3 B. Ziff. 7: «The Division determines that granting leniency would not be unfair to others, considering [...] when the corporation comes forward.»

<sup>575</sup> ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 101 f.

<sup>576</sup> RPW 2016/3 652, 713 N 423 f. (Flügel und Klaviere).

<sup>577</sup> COLOMBANI/KLOUB/SAKKERS, 1090 N 8.138 m.H.a. den Entscheid der Kommission COMP/39125 vom 12. November 2008, Car Glass, N 717.

Ziff. (24) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 der geforderte Mehrwert höher einzustufen, wenn die dargelegten Beweismittel den rechtserheblichen Sachverhalt direkt beweisen.<sup>578</sup> Der Mehrwert ist umgekehrt geringer, wenn weitere Beweisquellen beizuziehen sind.<sup>579</sup>

Ein direkter Beweis, wie eine Zusammenfassung eines Treffens zur Preisabrede in einem E-Mail, verfügt danach über einen höheren Beweiswert als ein indirekter Beweis, der etwa in einem Kalendereintrag zu einem geplanten Treffen mit Konkurrenten besteht.<sup>580</sup>

388 Gemäss Ziff. 11 EU-Kronzeugenmitteilung 2006 «muss» das Unternehmen mit der Feststellungskooperation belastende Beweise für das mutmassliche Kartell **«aus dem relevanten Zeitraum»** darlegen, welche demnach besonders bedeutend seien.<sup>581</sup> So gelten zum Beispiel Videoaufnahmen eines Treffens zwischen Konkurrenten als äusserst verlässlicher Beweis. Später entstandene Beweismittel, etwa Aussagen der Unternehmensverantwortlichen bei Einvernahmen, seien dagegen von geringer Bedeutung.<sup>582</sup> Die Wertung kann kritisiert werden, weil Beweismittel absichtlich **mit Blick auf eine spätere Selbstanzeige produziert** werden könnten.<sup>583</sup> Dem wird entgegnet, Unternehmen hätten ohnehin einen Anreiz, zur eigenen Verteidigung Beweismittel im Sinne ihrer Interessen zu bewahren und darzustellen.<sup>584</sup>

---

<sup>578</sup> Ziff. (25) EU-Kronzeugenmitteilung 2006.

<sup>579</sup> Ziff. (25) EU-Kronzeugenmitteilung 2006.

<sup>580</sup> Ziff. (25) EU-Kronzeugenmitteilung 2006; COLOMBANI/KLOUB/SAKKERS, 1114 N 8.201.

<sup>581</sup> Diese widerspiegeln das Kriterium entscheidender Beweismittel nach Ziff. 8(b) EU-Kronzeugenmitteilung 1996, dazu KHAN, 477 N 7-211 Fn 458.

<sup>582</sup> Ziff. (25) EU-Kronzeugenmitteilung 2006; COLOMBANI/KLOUB/SAKKERS, 1114 N 8.200.

<sup>583</sup> Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 8. Dezember 2005 zur Rechtssache EuGH C-105/04 P, CEF Electrical Factors v. Kommission, ECLI:EU:C:2005:751, N 28: «So kann ein vermeintlicher Entlastungsbeweis etwa dadurch entwertet werden, dass er auf Initiative der Beschuldigten und zu einem Zeitpunkt entstanden ist, zu dem bereits klar war, dass die Kommission den Anfangsverdacht für einen Kartellverstoß hatte und die betroffenen Unternehmen also gewarnt waren („intempore suspecto“).».

<sup>584</sup> FORRESTER/BERGHE, 176.

Die Lehre zum EU-Recht bringt ausserdem vor, Aussagen von Personen, die über **direkte Kenntnisse über die Abrede**, etwa als Involvierte, verfügten, würden einen hohen Beweiswert aufweisen.<sup>585</sup> 389

Ferner könnten Aussagen, die von **im Namen des selbstanzeigenden Unternehmens** handelnden Personen (statt von dessen Mitarbeitenden) getroffen werden, an sich sehr werthaltig sein. So seien etwa Organe einer Gesellschaft gehalten, im Interesse der Unternehmen zu handeln. Sie könnten daher nicht leichthin das Bestehen eines Verstosses einräumen, ohne die Konsequenzen davon abzuwägen.<sup>586</sup> Solche Aussagen seien auch deshalb wertvoll, weil sie nach einer internen Untersuchung abgelegt und damit das gesamte Wissen der Mitarbeitenden zusammenfassen würden. Zugleich wird davor gewarnt, dass solche Aussagen ein Konstrukt der Unternehmen sein könnten, das, je nach Kommunikationsstrategie, Widersprüche der internen Untersuchung verdecken solle.<sup>587</sup> 390

Aussagen werden schliesslich unter Gesichtspunkten wie der **Übereinstimmung mit anderen Indizien** beurteilt.<sup>588</sup> 391

#### 6.2.2.4. Neue Erkenntnisse aufgrund der Beweismittel

An die mit der Feststellungskooperation (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG) zu liefernden Beweismittel wird die Anforderung gestellt, dass die Behörden zum Zeitpunkt der Selbstanzeige nicht bereits über ausreichend Beweismittel zum Beweis des Verstosses verfügen. Art. 8 SVKG beschreibt diese Voraussetzungen wie folgt: 392

[...]

*<sup>4</sup>Der Erlass der Sanktion gemäss Absatz 1 Buchstabe b wird nur gewährt, sofern:*

[...]

---

<sup>585</sup> EuG T-67/00 vom 8. Juli 2004, JFE Engineering v. Kommission ECLI:EU:T:2004:221, N 207, N 298; FORRESTER/BERGHE, 177.

<sup>586</sup> EuG T-67/00 vom 8. Juli 2004, JFE Engineering v. Kommission ECLI:EU:T:2004:221, N 205 f.

<sup>587</sup> FORRESTER/BERGHE, 177.

<sup>588</sup> EuG T-303/02 vom 5. Dezember 2006, Westfalen Gassen Nederland v. Kommission ECLI:EU:T:2006:374, N 220; FORRESTER/BERGHE, 177.

*b. die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen.*

- 393 Der Erlass ist demnach ausgeschlossen, wenn das Sekretariat in der Lage ist, den Verstoss aus eigener Hand festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG i.V.m. Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG). Zusammen mit der Anforderung, dass Beweismittel zur möglichen Feststellung darzulegen sind (Art. 8 Abs. 1 SVKG), bedeutet dies, dass die im Rahmen der Feststellungskooperation der Behörde vorgelegten Beweismittel die Feststellung des Verstosses begründen müssen.
- 394 Die Wettbewerbsbehörden verfügen bei einer Feststellungskooperation (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG) bereits über bestimmte Anhaltspunkte für den Beweis des Verstosses, weil sonst keine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG) hätte eröffnet werden können. Die Feststellungskooperation ist dann ausreichend, wenn erst durch die vorgelegten Beweismittel der rechtsgenügende Nachweis gelingt (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG). Erlauben sonst erhobene Beweismittel, wie von einem Dritten gelieferte Beweismittel, den zweifelsfreien Nachweis der Existenz eines Wettbewerbsverstosses, so ist die Feststellungskooperation nicht mehr möglich (Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG).<sup>589</sup>
- 395 Nach der *Praxis* kann ein Unternehmen bei der Feststellungskooperation während oder nach der **Hausdurchsuchung** eine Selbstanzeige ablegen, die der Wettbewerbsbehörde neue Erkenntnisse bringt (zur Frage, ob die Selbstanzeige bei der Feststellungskooperation unaufgefordert abzulegen ist, siehe N 237 ff.). Dazu hat es vor der Auswertung der während der Hausdurchsuchung erfassten Beweismittel seine volle Kooperationsbereitschaft zu erklären und umzusetzen, indem es Beweismittel vorlegt und mit der Lieferung von Hintergrundwissen und weiteren Informationen zum Verständnis des im Rahmen der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Materials beiträgt.<sup>590</sup>

Die WEKO erachtete eine Kooperation im Rahmen der Feststellungskooperation als ausreichend, die darin bestanden hat, dass das Unternehmen noch am Tag der Hausdurchsuchung Hintergrundinformationen über die Funktionsweise

---

<sup>589</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER, 74 f. m.H.a. SVKG Erläuterungen, 7.

<sup>590</sup> RPW 2015/2 193, 241 N 316 (Tunnelreinigung); RPW 2012/2 270, 415 N 1152 (Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau): «[...] gezieltere und effizientere Durchsuchung ermöglichte.»; RPW 2009/3 196, 219 ff. N 155 ff., N 159 (Elektroinstallationsbetriebe Bern).

der von ihr mitgetragenen Absprachen zu Protokoll gab. Weiter verfügte das Unternehmen bei der Ankunft des Sekretariats über Notizen zu einer Sitzung zwischen den an der Abrede Beteiligten, die es dem Sekretariat aushändigte. Schliesslich bezeichnete das Unternehmen jüngere und grössere von der Wettbewerbsabrede umfasste Projekte. Die WEKO argumentiert, die Beweismittel seien an die mit den übrigen Hausdurchsuchungen betrauten Mitarbeiter weitergeleitet worden, was eine gezieltere und effizientere Durchsuchung durch das Sekretariat ermöglicht habe. Nach der Hausdurchsuchung seien weitere relevante Dokumente eingereicht worden, insbesondere eine Tabelle mit dem Inhalt, wann das Unternehmen bei Submissionen Schutz erhielt. Ausserdem habe das Unternehmen grundsätzlich sämtliche Schutznahmen, Stützofferten und Bid-Suppressionen eingestanden. Nicht als vorgelegtes Beweismittel bezeichnete die WEKO dagegen einen Ordner, der ohnehin während der Hausdurchsuchung beschlagnahmt worden wäre. Das Unternehmen habe daher vollumfänglich kooperiert und erfülle die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 3 und Abs. 4 Bst. b SVKG.<sup>591</sup>

Die WEKO liess sodann einen teilweisen Sanktionserlass bei einer Selbstanzeige zu, die nach einer Hausdurchsuchung und nachdem die in der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Beweismittel gesichtet wurden, abgelegt und mit Beweismitteln ergänzt wurde.<sup>592</sup>

Ein *Teil der Lehre* vertritt die Auffassung, die Wettbewerbsbehörden verfügten durch die Hausdurchsuchung über die benötigten Beweismittel für die Feststellung. Die vollständige Sanktionsreduktion könne daher trotz Selbstanzeige nicht mehr zugelassen werden. Eine Verfahrensunterstützung im Sinne einer **Hilfe bei der Auswertung** der Akten oder zur gezielten Suche nach Akten entspreche nicht der Feststellungskooperation und führe damit nicht zu einer Sanktionsbefreiung.<sup>593</sup> Die Anwendung der Bonusregelung während der Hausdurchsuchung sei auch deshalb abzulehnen, weil

<sup>591</sup> RPW 2012/2 270, 415 f. N 1154 ff., N 1159 (Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau).

<sup>592</sup> RPW 2012/3 615, 654 N 359 ff., N 366, N 368 (Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen).

<sup>593</sup> GRAF, 495.



das Unternehmen während der Hausdurchsuchung gar nicht in der Lage sei, sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel vorzulegen.<sup>594</sup>

397 Ein anderer *Teil der Lehre* bringt vor, dass der **Beweisstand**, über den die Behörden zum Zeitpunkt der Hausdurchsuchung verfügten, nicht ausreiche, um einen Wettbewerbsverstoss festzustellen, andernfalls keine Hausdurchsuchung durchzuführen wäre. Die Selbstanzeige behebe damit Defizite und erleichtere die Arbeit der Wettbewerbsbehörden.<sup>595</sup> Mit dem Einsatz der Bonusregelung während oder nach der Hausdurchsuchung könnten die Beweiserhebung und die Sachverhaltsermittlung erleichtert, verbessert und verkürzt werden, denn die Behörden verfügten zwar formal über Beweismittel, die Beweise seien aber weder erkennbar noch bereits als solche ausgesondert.<sup>596</sup> Auch wenn das Unternehmen Hinweise gebe, mit denen aus der Masse der beschlagnahmten (elektronischen) Dokumente die Beweiskette erstellt werden könnte, könne es somit vom Sanktionserlass profitieren.<sup>597</sup> Ferner könnten natürlich auch Beweismittel vorgelegt werden, über die die Behörden trotz der Durchführung einer Hausdurchsuchung nicht verfügten.<sup>598</sup> Auch im Stadium nach der Hausdurchsuchung solle die Selbstanzeige möglich bleiben, insbesondere, wenn neue Beweismittel vorgelegt oder Geständnisse getätigt werden würden.<sup>599</sup>

398 Die Bonusregelung solle nach der Eröffnung der Hausdurchsuchung ausserdem deshalb zugelassen werden, weil dies den **Anreiz zur Kooperation** verstärke.<sup>600</sup>

399 Nach der vorliegend vertretenen Auffassung sollte die Bonusregelung unter dem Gesichtspunkt, ob neue Beweismittel vorgelegt werden können (Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG), selbst dann zur Anwendung gelangen, wenn im Rahmen einer Hausdurchsuchung

---

<sup>594</sup> REINERT P., SHK-KG, KG 49a N 19.

<sup>595</sup> SCHALLER/BANGERTER, 1236 f.

<sup>596</sup> TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 36.

<sup>597</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 136.

<sup>598</sup> TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, KG 49a N 136 m.H.

<sup>599</sup> REINERT P., SHK-KG, KG 49a N 10; bestätigend TAGMANN/ZIRLICK, Bonusregelung, N 38.

<sup>600</sup> RPW 2009/3 196, 219 N 160 (Elektroinstallationsbetriebe Bern): «[...] Besteht hingegen für die Unternehmen keine Chance mehr auf einen vollständigen Erlass der Sanktion, so schrumpft der Anreiz zur Kooperation und Einreichung einer Bonusmeldung markant – der Bonuswettstreit erlahmt.».

genügend Beweismittel zur Feststellung des Verstosses beschlagnahmt wurden. So schliesst die Beschlagnahme von Dokumenten im Rahmen einer Hausdurchsuchung die Kooperation nicht aus. Erst nach der Sichtung und Beurteilung der Dokumente kann ein Beweisergebnis erstellt werden. Dementsprechend kann ein Unternehmen, das sich anzeigt, bei der Auswertung von Dokumenten helfen (was gegebenenfalls an sich ein Beweismittel ist) und dafür allenfalls den bedingten Erlass erteilt erhalten. Diese Hilfe könnte bei zahlreichen zu sichtenden Dokumenten ausschlaggebend für die Feststellung des Verstosses sein (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG), zum Beispiel wenn erst durch eine Erläuterung das System einer abgestimmten Verhaltensweise (Art. 4 Abs. 1 KG) verständlich wird.

### 6.3. ENTSCHEID ÜBER DEN BEDINGTEN SANKTIONSERLASS

Der bedingte Sanktionserlass setzt voraus, dass die mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel sich hinsichtlich der Eröffnung einer Untersuchung oder Feststellung eines Verstosses eignen (Kap. 6.3.1). Der bedingte Sanktionserlass bewirkt, dass die gesamte WEKO an den Entscheid über die ausreichende Qualität der Beweismittel gebunden ist. Sie kann vom Entscheid nur abweichen, wenn ihr nachträglich Tatsachen bekannt werden, die dem Erlass der Sanktion entgegenstehen (Art. 11 Abs. 2 SVKG) (Kap. 6.3.2). Im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen den Entscheid über den bedingten Sanktionserlass (Kap. 6.3.3) ist namentlich zu klären, ob die Mitteilung über den bedingten Sanktionserlass (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG) als Verfügung und damit Anfechtungsobjekt gilt (Kap. 6.3.3.1), ob ein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung oder Abänderung dieser Verfügung besteht (Kap. 6.3.3.2) und ob das Beschwerdeverfahren gegen den bedingten Sanktionserlass mit demjenigen gegen die Sanktionsverfügung zwingend zusammenzuführen wäre (Kap. 6.3.3.3). 400

#### 6.3.1. Ex ante Beurteilung der Beweiskraft der Beweismittel

Der bedingte Sanktionserlass nach Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG bezieht sich auf Art. 8 Abs. 1 SVKG, der die Vorlage von Beweismitteln mit einer bestimmten Beweiskraft fordert. So lautet die *Rechtsgrundlage* gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG betreffend die Anforderungen an die Beweismittel wie folgt: 401

*Art. 8 Voraussetzungen*

*<sup>1</sup>Die Wettbewerbskommission erlässt einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 Abs. 3 und 4 anzeigt und als Erstes:*

*a. Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, ein kartellrechtliches Verfahren gemäss Artikel 27 KG zu eröffnen; oder*

*b. Beweismittel vorlegt, welche es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Artikel 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG festzustellen.*

*[...]*

- 402 Nach Art. 9 Abs. 3 SVKG bestätigen die Wettbewerbsbehörden dem Unternehmen, dass die vorgelegten Beweismittel genügend Qualität i.S.v. Art. 8 Abs. 1 SVKG aufweisen und das Unternehmen daher von einem bedingten Sanktionserlass i.S.v. Art. 11 Abs. 2 SVKG profitiert. Die Art. 9 Abs. 3 und Abs. 3 Bst. a SVKG haben daher folgenden Wortlaut:

*<sup>3</sup>Das Sekretariat bestätigt den Eingang der Selbstanzeige unter Angabe der Eingangszeit. Es teilt dem anzeigenden Unternehmen im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums mit:*

*a. inwieweit es die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Artikel 8 Absatz 1 als gegeben erachtet;*

*[...]*

- 403 Gemäss Art. 11 Abs. 1 und Abs. 2 SVKG kann die WEKO beim Entscheid über den Sanktionserlass von der Mitteilung über die Beweismittel (Art. 9 Abs. 1 SVKG) bzw. den bedingten Sanktionserlass nur abweichen, wenn ihr nachträglich Tatsachen bekannt werden, die dem Erlass der Sanktion entgegenstehen.

- 404 Die Beurteilung, ob mit den vorgelegten Beweismitteln die Eröffnung oder Feststellung ermöglicht wird (Art. 8 Abs. 1 SVKG), sollte zur Aufrechterhaltung des Kooperationswillens und im Sinne von Treu und Glauben «ex ante» erfolgen, d.h., sobald die Selbstanzeige innert Frist mit Informationen und Beweismitteln ergänzt wurde (Art. 9 Abs. 3 SVKG). Damit käme es nicht darauf an, ob tatsächlich gestützt auf die Informationen

oder Beweismittel eine Untersuchung eröffnet oder ein Verstoss festgestellt wird oder ob dies gestützt auf später zur Verfügung stehende weitere Beweisquellen geschieht.<sup>601</sup>

Der Rechtsvergleich zum *EU-Recht* ergibt, dass gemäss der Ziff. 8(a) Fussnote 1 EU-Kronzeugenmitteilung 2006 explizit vorgesehen ist, dass die Beurteilung der Informationen bei der Eröffnungskooperation ex ante erfolgt, womit es nicht darauf ankomme, ob die entsprechende Nachprüfung erfolgreich durchgeführt werde, sondern nur, welche Qualität die Informationen aufweisen würden. In der EU-Kronzeugenmitteilung 2006 wird auch dargelegt, dass die Beweismittel im Rahmen der Feststellungskooperation noch nicht tatsächlich zur Feststellung beitragen müssen. So wird nach Ziff. 8 EU-Kronzeugenmitteilung 2006 verlangt, dass das Unternehmen Beweismittel vorlegt, die es nach der Auffassung der Kommission ermöglichen im Zusammenhang mit dem «mutmasslichen» Kartell eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG-Vertrag festzustellen.

Die Behörden können daher nicht nach der Selbstanzeige und dem bedingten Erlass 405 vorbringen, sie seien nicht auf die vorgelegten Beweismittel angewiesen gewesen, weil später erkannte Beweismittel die Eröffnung oder Feststellung ebenso erlaubt hätten. Dies ist zum Beispiel bei der Auswertung von mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismitteln, die während einer Hausdurchsuchung erlangt werden, von Relevanz. So argumentiert die WEKO in ihrer Praxis denn auch, es könne treuwidrig sein, wenn die Behörden im Rahmen einer Hausdurchsuchung dem Unternehmen vorschlagen, im Hinblick auf einen allfälligen Sanktionserlass zu kooperieren, im Nachgang zur Hausdurchsuchung nach der Auswertung der Akten hingegen vorbringen, nicht auf die bei der Hausdurchsuchung vorgelegten Beweismittel zum Nachweis des Verstosses angewiesen gewesen zu sein bzw. dass die zentralen Informationen auch ohne die Kooperation aus den Akten hätten gewonnen werden können.<sup>602</sup>

<sup>601</sup> Siehe auch Picht, OFK-Wettbewerbsrecht II, SVKG 8 N 5, N8, wonach es bei der Eröffnungskooperation nicht entscheidend ist, ob die Verfahrensschritte Untersuchung oder Vorabklärung bereits ergriffen wurden, und auch bei der Feststellungskooperation Feststellungseignung ausreicht.

<sup>602</sup> RPW 2009/3 196, 219 N 161 (Elektroinstallationsbetriebe Bern).

### 6.3.2. Bindung der WEKO als Rechtsfolge

406 Nachdem das Sekretariat die Beweismittel beurteilt hat, eröffnet es im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums, dem die Entscheidkompetenz der WEKO übertragen wird,<sup>603</sup> dem selbstanzeigenden Unternehmen, «inwieweit es die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG als gegeben erachtet» (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG).

407 Soweit das Sekretariat festhält, die Beweismittel seien ausreichend i.S.v. Art. 8 Abs. 1 SVKG, wird die WEKO gemäss Art. 11 Abs. 2 SVKG an diesen Entscheid über die Voraussetzung des Sanktionserlasses, dass ausreichend Beweismittel vorgelegt wurden (Art. 8 Abs. 1 SVKG), gebunden, ausser sie erkenne nachträglich Tatsachen, die gegen den Sanktionserlass stehen. Demzufolge besagt Art. 11 Abs. 2 SVKG das Folgende:

*<sup>2</sup>Die Wettbewerbskommission kann von einer Mitteilung des Sekretariats gemäss Artikel 9 Absatz 3 Buchstabe a nur abweichen, wenn ihr nachträglich Tatsachen bekannt werden, die dem Erlass der Sanktion entgegenstehen.*

408 Quasi als **Auflage** für die frühe Selbstbeschränkung der WEKO hinsichtlich der Prüfung des Beweiswerts der vorgelegten Beweismittel bestehen bis zum Abschluss des Verfahrens die Verhaltenspflichten des Unternehmens nach Art. 8 Abs. 2 Bst. b-d SVKG, deren Missachtung zum Entzug des Sanktionsbonus führt.<sup>604</sup>

Der Rechtsvergleich zum *EU-Recht* legt dar, dass es gemäss Ziff. 19 EU-Kronzeugenmitteilung 2006 ebenso möglich ist, für die vorgelegten Informationen und Beweismittel einen bedingten Sanktionserlass zu erhalten, mit dem dem Unternehmen zugesichert wird, dass es genügende Informationen und Beweismittel für die Eröffnungs- bzw. Feststellungskooperation gemäss Ziff. 8 EU-Kronzeugenmitteilung 2006 vorgelegt hat.

---

<sup>603</sup> KRAUSKOPF/SENN, 18.

<sup>604</sup> Der SAV regte in der Vernehmlassung zur SVKG dagegen an, mit der Mitteilung über den bedingten Sanktionserlass eine Vereinbarung mit den selbstanzeigenden Unternehmen über die fortlaufenden Pflichten zu treffen. Halte sich das selbstanzeigende Unternehmen an diese Vereinbarung, bestehe automatisch ein Anspruch auf den vollen Sanktionsbonus, siehe Vernehmlassung des SAV zur SVKG, 14.

Auch die Antitrust Division des DOJ entscheidet gemäss *US-Recht*, ob sie ein Leniency Agreement abschliesst,<sup>605</sup> indem sie einen Leniency Letter erteilt. Nach der ersten Vorlage von Beweismitteln wird ein bedingter Anklageverzicht (Conditional Leniency Letter) abgegeben.<sup>606</sup> Der definitive Anklageverzicht (Final Leniency Letter) steht unter dem Vorbehalt, dass Kooperationspflichten und die weiteren Bedingungen des Anklageverzichts weiterhin eingehalten werden.<sup>607</sup>

Der bedingte Sanktionserlass (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG, Art. 11 Abs. 2 SVKG) soll durch 409  
frühe Rechtssicherheit darüber, ob die vorgelegten Informationen und Beweismittel den Beweiswert für den Sanktionserlass aufweisen, die **Bereitschaft zur Selbstanzeige erhöhen**. Es ist daher für das System der Bonusregelung entscheidend, dass die Mitteilung über den bedingten Sanktionserlass möglichst zeitnah auf die Selbstanzeige folgt.<sup>608</sup> Bis zum bedingten Erlass ist die Kooperationsbereitschaft des Selbstanzeigers dafür besonders hoch.<sup>609</sup> Danach hält sie an, um den bedingten Sanktionserlass nicht zu verlieren.

Gerade in Fällen, deren Beurteilung häufig unklar ist, wie bei einem Informationsaustausch, besteht ein hohes Bedürfnis nach einer solchen frühzeitigen Versicherung. Das Unternehmen, das **zur Verteidigung gewappnet** ist, weil die Beurteilung seines Verhaltens unklar sein kann, will nicht durch die Selbst-

<sup>605</sup> Die Entscheidung über das Eingehen eines Leniency Agreements liegt beim Director of Office of Operations, siehe DOJ, Corporate Leniency Policy, 4 Bst. D.

<sup>606</sup> OECD, US-Marker, 4 N 11: «A marker ripens into conditional leniency when the applicant provides sufficient evidence that it is involved in a criminal antitrust conspiracy and meets the six requirements enumerated in Part A of the Corporate Leniency Policy. Corporations and individuals that have not committed criminal violations do not need leniency, and it is not available to them.».

<sup>607</sup> BÖGE, 158 f.; NICLOUD, 497 f.; DOJ Antitrust Division Manual, Chapter 3, 101 f.: «The initial grant of leniency is conditional because many of the leniency requirements must be fulfilled during the course of the criminal investigation and resulting prosecutions of co-conspirators [...] the Division will grant the applicant a final leniency letter if the applicant has met all the conditions of the conditional leniency letter.».

<sup>608</sup> Erläuterungen SVKG, 10; SOMMER, N 34; DÄHLER/KRAUSKOPF, 146; KRAUSKOPF, 125 f. N 24; HOFFET/NEFF, 132;

<sup>609</sup> Zur hohen Kooperationsbereitschaft vor Erteilung der Conditional Leniency unter US-Recht siehe DOJ, Role of Markers, 6: «Corporate confessions rarely improve once an applicant perfects its marker and obtains a grant of immunity.».

anzeige aufgehoben werden. Es kooperiert daher nur, wenn es davon ausgehen kann, dass es nach der Selbstanzeige zeitnah und verbindlich über die Qualität der vorgelegten Beweismittel informiert wird.<sup>610</sup>

### 6.3.3. Einzelfragen zum Rechtsschutz

#### 6.3.3.1. Anfechtungsobjekt

- 410 Eine Verfügung der WEKO i.S.v. Art. 5 VwVG gilt gemäss Art. 44 VwVG i.V.m. Art. 31 VGG und Art. 33 Bst. f VGG als Anfechtungsobjekt einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Als Verfügung gelten nach Art. 5 Abs. 1 VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Aufhebung, Abänderung (Bst. a) oder Feststellung (Bst. b) von Rechten oder Pflichten oder Abweisung oder Nichteintreten von Begehren auf Begründung, Aufhebung, Abänderung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand haben (Bst. c).
- 411 Nach der *Rechtsgrundlage* in Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG eröffnet das Sekretariat dem Unternehmen im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums, dem die Entscheidungskompetenz der WEKO übertragen wird, «inwieweit es die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG als gegeben erachtet» (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG). Bei gegebenen Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 SVKG (Vorlage von qualitativ hochstehenden Beweismitteln) wird die gesamte WEKO in ihrem Endentscheid an die Beurteilung der Qualität der Beweismittel im Rahmen des bedingten Erlasses *gebunden* (Art. 11 Abs. 2 SVKG). Die Mitteilung über den bedingten Erlass erfüllt nach hier vertretener Auffassung somit die Voraussetzungen des Begriffes einer Verfügung nach Art. 5 VwVG.
- 412 Dabei handelt es sich nach hier vertretener Auffassung um eine materielle Zwischenverfügung, denn eine der Voraussetzungen des vollen Sanktionserlasses, namentlich

---

<sup>610</sup> Siehe aus dem EU-Recht FORRESTER/BERGHE, 167 m.H.a. die Kommissionsentscheidung COMP/39.482 vom 12. Oktober 2011, Exotische Früchte, N 6 (Bananen).

die Vorlage von Informationen und Beweismitteln i.S.v. Art. 8 Abs. 1 SVKG, wird damit vorab mit bindender Wirkung für die gesamte WEKO behandelt (Art. 11 Abs. 2 SVKG).<sup>611</sup>

### 6.3.3.2. Rechtsschutzinteresse

Eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung ist direkt anfechtbar, wenn sonst ein nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirkt wird (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG). Der nicht leicht wieder gut zu machende Nachteil nach Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG kann tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein (N 292). Zu prüfen ist, wann für das Unternehmen, das sich angezeigt hat, ein Rechtsschutzinteresse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung einer allfälligen Verfügung über den bedingten Sanktionserlass (Art. 11 Abs. 2 SVKG) besteht. 413

Es könnte argumentiert werden, ein Rechtsschutzinteresse an der Beschwerde gegen den Entscheid über den bedingten Sanktionserlass besteht nicht, weil auch im Rahmen des definitiven Erlasses geprüft wird, ob die Voraussetzungen des Sanktionserlasses bestehen. So wird mit dem bedingten Erlass über die Qualität der Beweismittel befunden, was eine der Voraussetzungen des Sanktionserlasses ist (Art. 8 SVKG i.V.m. Art. 11 Abs. 2 SVKG). Das Vorliegen eines bedingten Erlasses ist mithin ein **Begründungselement** bzw. eine Vorfrage des definitiven Erlasses, wobei beim definitiven Erlass zusätzlich geprüft wird, ob neu vorgekommene Tatsachen gegen den bedingten Erlass sprechen (Art. 11 Abs. 2 SVKG). In einem allfälligen Beschwerdeverfahren gegen den definitiven Erlass wäre demnach die Frage zu beantworten, ob die Voraussetzungen des bedingten Erlasses gegeben sind, womit kein Rechtsschutzinteresse an einer Beschwerde gegen den bedingten Erlass bestehen würde. 414

Eine ähnliche Frage hat sich im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen den Durchsuchungsbefehl einer Hausdurchsuchung gestellt. Das Rechtsschutzinteresse an einer Beschwerde gegen einen Durchsuchungsbefehl kann gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestehen, obwohl später bei einer Siegelung noch ein Entsiegelungsbegehren gestellt werden kann, in dessen Rahmen die Voraussetzungen der Untersuchungseröffnung geprüft

<sup>611</sup> Zum Begriff der materiellen Zwischenverfügung siehe KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, 104 N 452 m.H.



werden. Dies wird u.a. damit begründet, dass die konkret aufgeworfenen Fragen der Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung zwar vorfrageweise im Entsiegelungsverfahren vor Bundesstraßgericht geprüft werden können. Die vorfrageweise Beurteilung würde sich aber nicht im Dispositiv niederschlagen und deshalb keine Rechtswirkungen entfalten.<sup>612</sup> Das Bundesgericht befand dagegen, daraus, dass kein Niederschlag im Dispositiv stattfinde, ergebe sich keine Änderung daran, dass eine gerichtliche Überprüfung stattfinde. Es befand, es bestehe kein aktuelles Rechtsschutzinteresse.<sup>613</sup>

- 415 Es liegt nach der vorliegend vertretenen Auffassung aber wohl ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil vor, wenn das Unternehmen eine Verfügung über den bedingten Sanktionserlass nicht anfechten kann, weil die kontinuierliche Kooperation eine Voraussetzung des Sanktionserlasses ist (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-c SVKG). Das Unternehmen hat sich selbst bei einem negativen Entscheid über den bedingten Erlass im Hinblick auf einen allfälligen Sanktionserlass bis zum Endentscheid **kooperativ zu verhalten** (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-d SVKG).<sup>614</sup> Im Rahmen dieser Kooperation hat es auch selbstbelastendes Beweismaterial vorzutragen (siehe auch N 294).
- 416 Insbesondere der Vergleich zur *US-Rechtsprechung* zeigt weitere Gedankengänge zur Analyse der Frage auf, ob ein Rechtsschutzinteresse an einer Beschwerde während des Ermittlungsverfahrens bestehen sollte. So brachte der District Court for the Eastern District of Pennsylvania vor, die behördliche Ermessensausübung im Rahmen der Interpretation der Voraussetzungen des Leniency Agreements müsse frühzeitig und vor der Anklage (durch ein Rechtsmittel) begrenzt werden können, weil die Behörden sonst das Leniency Agreement **einseitig auslegen** könnten, wobei Unternehmen sich **gleichzeitig**

---

<sup>612</sup> BVGer B-4839/2020 vom 4. März 2021, E. 4.4.6 (Verfahren X; Durchsuchungsbefehl und Beschlagnahmeverfügung).

<sup>613</sup> BGer 2C\_295/2021, 2C\_307/2021 vom 1. Dezember 2021 E. 3.4.1 (Verfahren X; Durchsuchungsbefehl und Beschlagnahmeverfügung).

<sup>614</sup> Diese Voraussetzung der anhaltenden Kooperation (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-d SVKG) gilt jedenfalls auch bei einem negativen Entscheid über den Sanktionserlass, denn es wäre stossend, wenn ein Unternehmen, das sich im Verfahren nicht kooperativ verhalten hat, weil es keinen bedingten Erlass erhielt, dennoch einen definitiven Sanktionserlass erlangen würde, weil sich im Rahmen einer Beschwerde gegen den verfahrensabschliessenden definitiven Erlass herausstellt, dass der bedingte Erlass zu Unrecht nicht erteilt wurde.

**exponieren** und daher ein Schutzbedürfnis aufweisen. Der Court of Appeals for the Third Circuit hält dagegen fest, aufgrund der **Gewaltentrennung** müsse den Ermittlungsbehörden Freiraum belassen werden. Ausserdem könnten sämtliche Anträge im Rahmen der Beschwerde gegen die Anklage mit denselben Erfolgsaussichten gestellt werden (practical and efficient remedy), wie wenn sie im Rahmen einer Beschwerde gegen den Entscheid betreffend die Verletzung des Agreements gestellt werden würden.

So war im Zivilprozess in Sachen Stolt-Nielsen S.A. v. United States<sup>615</sup> darüber zu befinden, ob das Leniency Agreement dadurch verletzt wurde, dass das sich anzeigende Unternehmen nicht bei der eigenen Aufdeckung der Beteiligung am Verstoß diesen sogleich einstellte, wie dies die Corporate Leniency Policy verlangt.<sup>616</sup>

Zur Frage der Anfechtbarkeit erwog der District Court for the Eastern District of Pennsylvania zunächst, dass das sich anzeigende Unternehmen, die Stolt-Nielsen SA, mit dem Eingehen eines Leniency Agreements aus dem Anspruch auf faires Verfahren fließende verfassungsmässige Rechte aufgibt und sich im Strafverfahren exponiert, womit sich die Behörden strikt an das Agreement halten müssten. Deshalb und weil die Reputation des Unternehmens bei einer Anklage leide, müsse die Möglichkeit bestehen, die Verletzung des Agreements gerichtlich selbstständig vor Klageerhebung überprüfen zu lassen.<sup>617</sup>

Der Court of Appeals for the Third Circuit hob das Urteil auf und erwog, dass aufgrund der Gewaltenteilung bei der Verletzung des Leniency Agreements kein Recht auf gerichtliche Behandlung vor der Anklage bestehen würde. Dem Unternehmen würden dabei angemessene (practical and efficient) Rechtsmittel im Rahmen der gerichtlichen Beurteilung nach der Anklage zur Verfügung

---

<sup>615</sup> Stolt-Nielsen S.A. v. United States, 352 F. Supp. 2d 553 (E.D. Pa., 2005) und Stolt-Nielsen S.A. v. United States 442 F.3d 177 (3d Cir. 2006).

<sup>616</sup> Siehe Stolt-Nielsen S.A. v. United States 442 F.3d 177, 180 f. (3d Cir. 2006); siehe auch DOJ, Corporate Leniency Policy, 4 f. Type A Ziff. 2 und Type B Ziff. 3.

<sup>617</sup> Stolt-Nielsen S.A. v. United States, 352 F. Supp. 2d 553, 560 (E.D. Pa., 2005).

stehen, mit denen es seine Verteidigung mit der Verletzung des Agreements begründen könnte.<sup>618</sup>

Der District Court for the Eastern District of Pennsylvania hielt im Strafverfahren nach der Anklage fest, dass die DOJ Antitrust Division nicht nachgewiesen habe, dass das Agreement in diesem Punkt verletzt sei. Aus diesem Grund wurde die Anklage verworfen.<sup>619</sup>

### **6.3.3.3. Zwingende Vereinigung mit dem Beschwerdeverfahren gegen die Sanktionsverfügung?**

- 417 Es ist zu klären, ob Gründe bestehen, ein Beschwerdeverfahren betreffend den bedingten Sanktionserlass zwingend mit demjenigen betreffend die Sanktionsverfügung zusammenzuführen.
- 418 Zu prüfen ist, ob ein Widerspruch zwischen einem Beschwerdeverfahren gegen den bedingten Erlass und die Sanktionsverfügung bestehen könnte. In diesem Zusammenhang ist auf die bundesgerichtliche Beurteilung von Beschwerden von Dritten, die keine einvernehmliche Regelung (Art. 29 Abs. 1 KG) abgeschlossen haben, gegen die Genehmigungsverfügung, mit der die einvernehmliche Regelung bestätigt wird, hinzuweisen:
- 419 Das Bundesgericht erwog bezüglich die Genehmigungsverfügung bei einvernehmlichen Regelungen, das Unternehmen, das die einvernehmliche Regelung eingeht, werde faktisch keine Beschwerde erheben und es wäre systemwidrig, wenn ein drittes (ebenfalls am mutmasslichen Verstoss beteiligtes) Unternehmen, das die einvernehmliche Regelung nicht abgeschlossen habe, diese anfechten könnte. Die einvernehmliche Regelung habe keine präjudizielle Wirkung zum Nachteil der dritten Beschwerdeführerin im gegen sie geführten Verfahren, weil ihr Dispositiv zukünftiges Verhalten regle. Im Falle, dass die Dritten, die die Regelung nicht abgeschlossen haben, eine Beschwerde erheben könnten, müsste das Verfahren betreffend die Genehmigungsverfügung mit demjenigen

---

<sup>618</sup> Stolt-Nielsen S.A. v. United States 442 F.3d 177, 187 (3d Cir. 2006): «Here, Stolt-Nielsen and Wingfield have a practical and efficient – and indeed complete – legal remedy available to them, *i.e.*, access to a federal forum post-indictment in which they may assert the Agreement as a defense [...]. In this context, we conclude that the District Court lacked authority [...]».

<sup>619</sup> United States v. Stolt-Nielsen S.A., 524 F. Supp. 2d 586, 609 f., 628 (E.D. Pa. 2007).

betreffend die an den beschwerdeerhebenden Dritten gerichtete Sanktionsverfügung zusammengeführt werden, weil das Verhalten im Rechtsmittelverfahren gegen die Genehmigungsverfügung und die Sanktionsverfügung beurteilt werde, weshalb Doppelspurigkeiten und Widersprüche zu vermeiden seien. Dies könne nicht Sinn und Zweck der Regelung sein.

Das Bundesgericht hat mit Urteil 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019 (VPVW Stammische / Projekt Repo 2013 Genehmigungsverfügung) erwogen, dass die Beschwerdeführerin als nicht an der strittigen Regelung beteiligtes Unternehmen keine Beschwerde gegen die Verfügung, mit der die strittige einvernehmliche Regelung genehmigt wurde, erheben könne. Einvernehmliche Regelungen würden sich auf zukünftiges Verhalten beziehen, wobei das Unternehmen, das die Regelung abschliesst, zumindest faktisch auf ein Rechtsmittel gegen die Genehmigungsverfügung verzichte. Es würde dem System zuwider laufen, wenn ein anderes Unternehmen gegen die Genehmigungsverfügung Beschwerde erheben könnte.<sup>620</sup>

Das Bundesgericht erwägt weiter, die Genehmigungsverfügung habe keine präjudizielle Wirkung zum Nachteil der Beschwerdeführerin im Verfahren gegen die Beschwerdeführerin, denn die Genehmigungsverfügung halte in ihrem Dispositiv keine Feststellung über die Rechtswidrigkeit des vergangenen Verhaltens fest, sondern regle nur das künftige Verhalten der Beteiligten und einen Sanktionsverzicht. Soweit das Verhalten in den Erwägungen als unzulässig bezeichnet werde, sei dies nur ein Begründungselement, das nicht angefochten werden könne.<sup>621</sup> Das gelte auch in Bezug auf die Kritik der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin habe gemäss Genehmigungsverfügung keine anstiftende Rolle, was Voraussetzung für den Sanktionserlass sei. Damit stehe

---

<sup>620</sup> BGer 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019, E. 2.5.2. (VPVW Stammische / Projekt Repo 2013 Genehmigungsverfügung); siehe auch BVGer B-5113/2016 vom 3. Mai 2018 (Genehmigungsverfügung); RPW 2017/2 279 (VPVW Stammische/Projekt Repo 2013).

<sup>621</sup> BGer 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019, E. 2.5.3. (VPVW Stammische / Projekt Repo 2013 Genehmigungsverfügung).

nämlich der Status der Beschwerdegegnerin nicht verbindlich fest, jedenfalls nicht im Sanktionsverfahren gegen die Beschwerdeführerin.<sup>622</sup>

Könnten die anderen Unternehmen, die die streitgegenständliche einvernehmliche Regelung nicht abgeschlossen haben, eine Beschwerde gegen die Genehmigungsverfügung erheben, würde zudem das Verhalten im Rechtsmittelverfahren gegen die Genehmigungsverfügung und in demjenigen gegen die an die Dritten gerichtete Sanktionsverfügung geprüft. Die Verfahren müssten vereint werden, um Doppelspurigkeiten und Widersprüche zu vermeiden. Es könnte dann nicht vorab mit Einzelnen eine einvernehmliche Regelung getroffen werden, während das Verfahren gegen andere mutmasslich beteiligte Unternehmen weitergeführt werde. Dies widerspreche dem Zweck der einvernehmlichen Regelung.<sup>623</sup> Auch eine analoge Anwendung von Art. 29 Abs. 1 Bst. b StPO, wonach bei Mittäterschaft oder Teilnahme Straftaten gemeinsam verfolgt würden, sei nicht sachgerecht, denn dies bezwecke sich widersprechende Urteile zu verhindern, wobei das Unternehmen gegen die mit ihm getroffene Genehmigungsverfügung eben in der Regel keine Beschwerde erhebe.<sup>624</sup>

420 Demnach wäre bei einvernehmlichen Regelungen das Beschwerdeverfahren der Dritten gegen die Genehmigungsverfügung zwingend mit demjenigen gegen die Sanktion gegen den beschwerdeerhebenden Dritten zusammenzuführen.

421 Es ist darauf einzugehen, ob diese Rechtsprechung auf die Konstellation übertragen werden kann, in der ein Unternehmen, das sich angezeigt hat und keinen bedingten Erlass im Rahmen der Bonusregelung erhält, gegen die Verfügung über den bedingten Erlass Beschwerde erhebt.

422 Die Gefahr widersprechender Entscheide besteht nicht, selbst wenn jeweils gegen den bedingten Erlass und den Sanktionsentscheid Beschwerde geführt wird. So ist ins-

---

<sup>622</sup> BGer 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019, E.2.5.4. (VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013 Genehmigungsverfügung).

<sup>623</sup> BGer 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019, E. 2.6.1. (VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013 Genehmigungsverfügung).

<sup>624</sup> BGer 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019, E. 2.6.2. (VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013 Genehmigungsverfügung).

besondere von Bedeutung, das mit dem bedingten Erlass nicht abschliessend über die Beteiligung des Selbstanzeigers am Verstoss befunden wird. Beim bedingten Erlasses wird nur geprüft, ob die vorgelegten Beweismittel sich *eignen*, um die Beteiligung am mutmasslichen Verstoss festzustellen. Dagegen stellt sich bei der Sanktion die Frage, ob der Verstoss (gestützt auf die Beweismittel des Selbstanzeigers und allenfalls auf weitere Beweismittel) *tatsächlich* rechtlich hinlänglich festgestellt wurde, um eine Sanktion zu sprechen. Die Gefahr sich widersprechender Entscheide ist daher in diesem Punkt gebannt und die Beschwerdeverfahren wären insofern nicht zusammenzuführen.

#### **6.4. ANFORDERUNGEN AN DEN DEFINITIVEN SANKTIONSERLASS**

Der definitive Sanktionserlass wird gesprochen, wenn die WEKO am Entscheid über den bedingten Sanktionserlass festhält, weil nachträglich keine Tatsachen erkannt werden, die dem Erlass der Sanktion entgegenstehen (Art. 11 Abs. 2 SVKG) (Kap. 6.4.1). Namentlich, wenn Selbstanzeigen nachträglich bestritten werden, könnten solche Tatsachen vorliegen (Kap. 6.4.2). Dazu könnte eine Entkräftung vorgelegter Beweismittel zählen (Kap. 6.4.2.1). Der Sanktionserlass könnte ausserdem versagt werden, wenn das Unternehmen eine Verhaltenspflicht verletzt hat (Kap. 6.4.2.2). Schliesslich wird einem Unternehmen der Sanktionserlass nur erteilt, wenn es keine Rolle i.S.v. Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG eingenommen hat (Kap. 6.4.3). 423

##### **6.4.1. Nachträglich erkannte Tatsachen, die dem Erlass entgegenstehen**

Der definitive Sanktionserlass wird gesprochen, wenn die WEKO am Entscheid über den bedingten Sanktionserlass festhält, weil keine neu erkannten Tatsachen dagegenstehen (Art. 11 Abs. 2 SVKG). Es fragt sich, worin solche Tatsachen, die nachträglich bekannt werden und dem Sanktionserlass entgegenstehen, liegen könnten. Aus Art. 11 Abs. 2 SVKG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 SVKG und dem Zweck des bedingten Erlasses ergibt sich, dass damit Tatsachen gemeint sind, die dazu führen, dass nicht genügend werthaltige Beweismittel i.S.v. Art. 8 Abs. 1 SVKG vorgelegt wurden. Zu denken ist namentlich an Vorbringen, die die vorgelegten Beweismittel **entkräften**. Dazu gehört der Fall, dass ein Unternehmen die Selbstanzeige bzw. den ursprünglich bestätigten Wahrheitsgehalt 424

der vorgelegten Beweismittel nachträglich, d.h. nach dem bedingten Sanktionserlass, bestreitet und die Wettbewerbsbehörden sich unter Würdigung dieses Verhaltens gezwungen sehen, die Beweismittel zu entkräften (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 2 SVKG) (Kap. 6.4.2).

- 425 In Teilen der *Lehre* wird gefordert, als neue Tatsachen i.S.v. Art. 11 Abs. 2 SVKG könnte nur die **Verletzung einer Verhaltenspflicht** (Art. 9 Abs. 2 Bst. b-d SVKG) gelten. Aufgrund der Rechtssicherheit könnten über Art. 8 Abs. 2 SVKG hinaus keine weiteren Hürden aufgestellt werden.<sup>625</sup> Diese Begrenzung auf die Verletzung einer Verhaltenspflicht entspricht nicht dem Wortlaut der Sanktionsverordnung und dem Zweck des bedingten Erlasses, sondern zu den neu erkannten Tatsachen sollte nebst der Verletzung einer Verhaltenspflicht auch die Entkräftung von Beweismitteln (N 424) gehören.

## 6.4.2. Fallgruppe der bestrittenen Selbstanzeige

### 6.4.2.1. Keine Entkräftung der vorgelegten Beweismittel

- 426 Die Beurteilung, ob eine nachträglich bestrittene Selbstanzeige den Beweiswert der mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel beeinträchtigt (Art. 8 Abs. 1 SVKG) und damit nicht genügend werthaltig für den bedingten Erlass ist (Art. 8 Abs. 1 SVKG i.V.m. Art. 11 Abs. 2 SVKG), erfolgt im Einzelfall und in freier Beweiswürdigung (N 465). Mit anderen Worten erbringt das Bestreiten einer Tatsache durch ein Unternehmen noch keinen Beweis für ihr Nichtvorliegen und das Nichtbestreiten einer Tatsache noch keinen Beweis für ihr Vorliegen.<sup>626</sup>

---

<sup>625</sup> HOFFET/NEFF, 132.

<sup>626</sup> Siehe aus dem EU-Recht: EuG T-113/07 vom 12. Juli 2011, *Toshiba v. Kommission*, ECLI:EU:T:2011:343, N 149: «Da der Kommission [...] die Beweislast obliegt, ist das Nichtbestreiten einer Tatsache durch ein Unternehmen nämlich kein Beweis für ihr Vorliegen.»; EuG T-311/94 vom 14. Mai 1998, *Kartongabriek de Eendracht v. Kommission*, ECLI:EU:T:1998:93, N 325: «Unter diesen Umständen kann bei einem Unternehmen, das ausdrücklich erklärt, dass es die von der Kommission vorgebrachten Tatsachenbehauptungen nicht bestreite, davon ausgegangen werden, dass es zur Erleichterung der in der Feststellung und Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft bestehenden Aufgabe der Kommission beigetragen hat.»; ferner EuG T-347/94 vom 14. Mai 1998, *Meyr-Melnhof Kartongesellschaft mbH v. Kommission*, ECLI:EU:T:1998:101, N 332.

Die Bedeutung der Orientierung an der freien Beweiswürdigung zeigt der Vergleich zum *EU-Recht*, namentlich die Entwicklung der EU-Kronzeugenmitteilungen. So war in der früheren EU-Kronzeugenmitteilung von 1996 in Ziff. D.2. noch vorgesehen, dass eine Geldbussenermässigung insbesondere zu sprechen sei, wenn das Unternehmen den rechtserheblichen Sachverhalt bei der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht bestreitet. In Ziff. E.4. war überdies festgehalten, dass, wenn der Sachverhalt bestritten werde, dies vor der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich dazu führe, dass die Kommission eine Heraufsetzung der Sanktion beantrage. Die Regelungen waren jedoch umstritten, weil kein Beitrag zur Feststellung des Kartells geleistet wird, indem die Selbstanzeige nicht bestritten wird. Die EU-Kronzeugenmitteilungen 2002 und 2006 enthalten diese Vorschriften daher auch nicht mehr.<sup>627</sup>

Als Fazit kann daher festgehalten werden, dass selbst bei einer nachträglich bestrittenen Selbstanzeige die Voraussetzung des Sanktionserlasses, dass ein Unternehmen werthaltige Informationen zur Eröffnung einer Untersuchung (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG) oder Beweismittel zur Feststellung eines Wettbewerbsverstosses (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG) vorzutragen hat, weiterhin erfüllt sein kann. Das Sekretariat würdigt die vorgelegten Beweismittel nach freier Überzeugung. Das nachträgliche Bestreiten einer Tatsache bedeutet demnach keinen Beweis dafür, dass diese Tatsache nicht gegeben ist. So kann zum Beispiel ein Geständnis als wahr erachtet werden, selbst wenn es nachträglich zurückgezogen beziehungsweise bestritten wird. 427

#### 6.4.2.2. Einhaltung der Verhaltenspflichten

Wenn ein Unternehmen eine Selbstanzeige einreicht und zu einem späteren Zeitpunkt im erstinstanzlichen Verfahren seine Kooperation einstellt oder nicht genügend wahrnimmt, besteht damit allenfalls eine Verletzung einer der Verhaltenspflichten (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-c SVKG), was zum Verlust des Sanktionserlasses führt.<sup>628</sup> 428

<sup>627</sup> SCHNEIDER, 207, 213; BASKARAN, 91.

<sup>628</sup> Zum Entzug des Sanktionsbonus bei der Verletzung von Kooperationspflichten siehe SVKG Erläuterungen, 11.



429 Es fragt sich namentlich, ob und wann eine Verletzung einer Verhaltenspflicht vorliegt, wenn ein Unternehmen eine Selbstanzeige nachträglich bestreitet, d.h. vorgelegte Beweismittel (z.B. ein Geständnis) im Nachhinein in Zweifel zieht (z.B. durch den Widerruf des Geständnisses). Die Behörden wenden jeweils folgende Formel bei der entsprechenden Beurteilung an: «Keine Selbstanzeige liegt typischerweise dann vor, wenn das Unternehmen die beigebrachten Informationen und Beweismittel selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine **Verhaltensabstimmung mit anderen Unternehmen bestreitet** oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint.». <sup>629</sup>

In der *Praxis* wurde zum Beispiel die Konstellation behandelt, dass ein Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht und zugleich im Rahmen der Stellungnahmen bestritten hat, dass eine Abrede i.S.v. Art. 4 KG vorliegt. Die WEKO führte aus, das Unternehmen, das seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung anzeigt, müsse damit rechnen, sein Verhalten könne eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG darstellen. Indem es **im Nachhinein nicht einmal die Möglichkeit einer Abrede** i.S.v. Art. 4 KG einräume, verhalte es sich widersprüchlich zu seinen ursprünglichen Einschätzungen und den darauf basierenden Eingaben. Es könne diesen Widerspruch auch kundtun, aber nicht gleichzeitig behaupten, es bestünde keine Abrede i.S.v. Art. 4 KG, es zeige jedoch einen Wettbewerbsverstoss i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG an. Ein solcher Verstoss bedinge nämlich, dass eine Abrede besteht. <sup>630</sup>

Die WEKO erteilte ferner gestützt auf derartige Erwägungen einem Unternehmen keinen Sanktionserlass, u.a. weil das Unternehmen erst nachdem ihm der Antrag des Sekretariats an die WEKO vorlag (Art. 30 Abs. 1 KG), **die Dauer des Verstosses**, die einen Teil des abzuklärenden Sachverhalts bildete, bestritt. <sup>631</sup>

Weiter hat die WEKO in einem Submissionsverfahren gestützt auf Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG einem Unternehmen den Sanktionserlass versagt, weil dieses einen

---

<sup>629</sup> Merkblatt Bonusregelung 2019, 2 N 5; RPW 2019/2 322, 500 N 1071 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I) m.H.a. RPW 2019/2 302, 319 N 179 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V).

<sup>630</sup> RPW 2011/4 529, 578 N 341 f. (ASCOPA).

<sup>631</sup> RPW 2019/2 322, 500 N 1069 ff., 1072 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I).

**ursprünglich bestätigten Konsens** und eine gleichwertige Angabe zur Angebotskoordination mit anderen beteiligten Unternehmen sowie den Zweck, sich koordinieren zu wollen, nachträglich bestritten hat.<sup>632</sup>

Die *Lehre* äussert sich kritisch dazu, dass der Widerruf eines Geständnisses durch die Behörden als ungenügende Kooperation gewertet wird.<sup>633</sup> Auch die Formulierung des Sekretariats, wonach typischerweise bei nachträglich bestrittenen Selbstanzeigen keine Selbstanzeige vorliege (N 429), wird kritisch beäugt, weil das Unternehmen sich mit den Behörden auch **über die Einordnung des Sachverhalts** oder darüber, ob eine Rechtsverletzung genügend nachgewiesen wurde, streiten können soll.<sup>634</sup> Dass eine nachträgliche Sachverhaltsrelativierung zum Erlasswegfall führe, könne ein Unternehmen zu Gradwanderungen bei der **Wahrnehmung der Verteidigungsrechte** zwingen.<sup>635</sup> Die rechtliche Würdigung des Sachverhalts zu bestreiten, bleibe dem Unternehmen grundsätzlich erlaubt.<sup>636</sup> 430

Der Vergleich zum *EU-Recht* ergibt, dass sich die Kommission in ihrer Praxis darauf abstützte, ein Unternehmen verletze die Verhaltenspflicht, wenn es die vorgetragenen Sachverhaltselemente nachträglich bestreite.<sup>637</sup> Die *Lehre* bewertet die Praxis der Kommission als uneinheitlich und hält fest, zur Verteidigung vorgebrachte Argumente würden kritisch bewertet, aber dem Unternehmen werde dennoch ein Erlass oder eine Reduktion zugestanden, solange nicht das Bestehen des Kartells bestritten werde.<sup>638</sup> 431

---

<sup>632</sup> RPW 2018/4 756, 775 N 186 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III); RPW 2018/4 801, 817 N 163 f. (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV).

<sup>633</sup> PICHT, OFK-Wettbewerbsrecht II, SVKG 8 N 16 m.H.a. SVKG Erläuterungen, 8.

<sup>634</sup> PICHT, OFK-Wettbewerbsrecht II, SVKG 8 N 16.

<sup>635</sup> PICHT, OFK-Wettbewerbsrecht II, SVKG 8 N 16 m.H.a. RPW 2019/2

<sup>636</sup> KRAUSKOPF, DIKE-KG, KG 49a Abs. 1-2, N 92.

<sup>637</sup> Siehe Entscheidung der Kommission COMP/39092 vom 23. Juni 2010 N 1297 (Badezimmerausstattungen), COMP/39563 vom 24. Juni 2015 N 1086 (Lebensmittelverpackung für den Einzelhandel), COMP/39437 vom 5. Dezember 2012 N 1130 (TV and Computer Monitors) und COMP/39309 vom 8. Dezember 2010 N 470 (Liquid Crystal Displays); zum Ganzen ANGERBAUER/DRÖSSLER, 619.

<sup>638</sup> ANGERBAUER/DRÖSSLER, 620.

Die Kommission hielt etwa zur Kooperation eines Unternehmens fest, «[d]arüber hinaus dokumentieren das Verhalten und die Erklärungen von Silver Plastics, in denen die Beteiligung am Kartell sowie dessen Existenz als solches bestritten werden, keinen wirklichen Zusammenarbeitswillen [...]». <sup>639</sup>

- 432 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Unternehmen insbesondere im Rahmen der Feststellungskooperation die Strategie verfolgen dürfte, sich gegen den Vorwurf, einen Wettbewerbsverstoss begangen zu haben, zu wehren und zugleich mit den Behörden zu kooperieren. Diese Strategie erscheint vorderhand als stossend, weil ein Unternehmen so sowohl die Vorteile, dass keine Sanktion gesprochen wird, weil kein rechtserhebliches Verhalten feststellbar ist, als auch subsidiär dazu diejenigen eines Sanktionserlasses, weil das Unternehmen mit den Behörden zusammengearbeitet hat, genießt.
- 433 Das Unternehmen kann nach hier vertretener Auffassung in bestimmten Fällen nachträglich bestehende Zweifel über die eigene Beteiligung an einer Abrede äussern und sich gleichzeitig kooperativ i.S.v. Art. 8 Abs. 2 Bst. b-c SVKG verhalten: Unter dem Gesichtspunkt, ob eine Verhaltenspflicht verletzt wurde, sollte unterschieden werden, ob die entkräftenden Beweismittel früher hätten vorgelegt werden können. So würde eine Verhaltenspflicht i.S.v. Art. 8 Abs. 2 Bst. b-c SVKG verletzt, wenn Beweismittel den Behörden vorenthalten werden, die dem Unternehmen bereits zum Zeitpunkt der Selbstanzeige und ihrer Ergänzung bekannt waren. Mit den Kooperationspflichten wäre es umgekehrt zu vereinbaren, wenn das Unternehmen erst nachträglich entscheidende Tatsachen vorbringt, die ihm zum Zeitpunkt der Selbstanzeige noch nicht bekannt waren, die es aber später, zum Beispiel aufgrund **fortgeschrittener interner Untersuchung**, erlangt hat.
- 434 Daher kann gesagt werden, dass ein selbstanzeigendes Unternehmen Kooperationspflichten trifft (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-c SVKG), die verletzt sein könnten, wenn es seine Selbstanzeige nachträglich bestreitet. Das Unternehmen ist etwa gehalten, unmittelbar sämtliche ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel vorzutragen (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-c SVKG). Als solche Beweismittel gelten Aussagen zum Wissen über die eigene Beteiligung am Verstoss. Ein Unternehmen, das ihm bekannte und damit verfügbare Beweismittel bei der (Ergänzung der) Selbstanzeige zurückhält und erst zu einem spä-

---

<sup>639</sup> COMP/39563 vom 24. Juni 2015 N 1086 (Lebensmittelverpackung für den Einzelhandel).

teren Zeitpunkt vorbringt, indem es nachträglich die eigene Beteiligung an der Abrede bestreitet, hat nicht unmittelbar sämtliche ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel vorgelegt und verletzt demnach diese Pflicht. Hat es dagegen erst nach der (Ergänzung der) Selbstanzeige erkannt, dass es nicht an der Abrede beteiligt war, besteht mit einem nachträglichen Bestreiten der Selbstanzeige dagegen keine Verletzung einer solchen Verhaltenspflicht.

#### **6.4.3. Keine Einnahme einer vom Erlass ausgeschlossenen Rolle**

Schliesslich können neue Tatsachen zum Vorschein kommen, die auf Einnahme einer vom Sanktionserlass ausgeschlossenen Rolle gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG (Kap. 4.2) hindeuten, womit der Sanktionserlass allenfalls noch im Rahmen des definitiven Erlasses versagt wird. Es dürfte häufig nicht möglich sein, vor Abschluss des Verfahrens mit ausreichender Sicherheit die Rolle des Unternehmens im Verstoß festzustellen. 435



## **7. FESTSTELLUNG DES SACHVERHALTES BEI SELBST-ANZEIGEN**

Kapitel acht geht auf die Feststellung des Sachverhalts mithilfe der im Rahmen einer Selbstanzeige eingereichten Beweismittel ein. Die Wettbewerbsbehörden stützten sich auf die mit der Bonusregelung erhobenen Beweismittel, soweit keine Beweisverwertungsverbote zur Anwendung gelangen (Kap. 7.1). Sie stellen im Ermittlungsverfahren unabhängig vom Eingang von Selbstanzeigen den rechtserheblichen Sachverhalt rechtlich hinlänglich fest. Dafür würdigen sie Beweismittel frei von Beweisregeln und fragen danach, ob sie mit dem Regelbeweismass von der Verwirklichung des rechtserheblichen Sachverhaltes überzeugt sind (Kap. 7.2). Die Unschuldsvermutung könnte verletzt worden sein, wenn die mit der Bonusregelung erhobenen Beweismittel zum Sachverhaltsnachweis verwendet werden, weil die Bonusregelung Anreize für die Ausschmückung einer Selbstanzeige bietet (Kap. 7.3). Im Rahmen des Rechtsschutzes stellen sich die Fragen, welchen Einfluss eine Selbstanzeige, bei der die eigene Beteiligung am mutmasslichen Verstoß erst im Beschwerdeverfahren bestritten wird, auf die Prüfung des Sachverhalts im Beschwerdeverfahren hat und, ob eine solche Bestreitung des Sachverhalts treuwidrig sein kann (Kap. 7.4). 436

### **7.1. BEWEISVERWERTUNGSVERBOTE**

Die im Kartellverfahren erhobenen Beweismittel können einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Ein solches Verbot ergibt sich etwa aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) (Kap. 7.1.1.1). Es ist zu diskutieren, ob mit der Bonusregelung erhobene Beweismittel verwertbar sind, wenn die Rangordnung nicht transparent gemacht wird (Kap. 7.1.1.2.1) oder die Voraussetzungen des Sanktionserlasses nicht (mehr) gegeben sind (Kap. 7.1.1.2.2). Ausserdem liesse sich ein Verwertungsverbot aufgrund des Verbots des Selbstbelastungszwangs (nemo tenetur) herleiten (Kap. 7.1.2). Es könnte namentlich ein Konflikt zwischen der Bonusregelung und den Vorgaben der Verfassung zum Verbot des Selbstbelastungszwangs bestehen, soweit das Unternehmen faktisch zur Vorlage von Beweismitteln gezwungen ist (Kap. 7.1.2.1). Das Verbot des Selbstbelastungszwangs könnte konkret mit der Anwendung der Bonusregelung verletzt worden sein (Kap. 7.1.2.2), wenn dem Unternehmen eine Sanktionsreduktion in 437

Aussicht gestellt wird, falls es einen Sachverhalt eingestehen sollte (Kap. 7.1.2.2.1) oder ihm die Sanktionserhöhung angedroht wird, sollte es die Selbstanzeige nachträglich bestreiten (Kap. 7.1.2.2.2).

### **7.1.1. Vertrauensschutz**

#### **7.1.1.1. Treu und Glauben**

- 438 Weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz kennen Bestimmungen zu Beweisverwertungsverböten. Es ist deshalb anhand verfassungs- und völkerrechtlicher Prinzipien, allgemeiner Rechtsgrundsätze und allenfalls Analogien zu anderen Rechtsgebieten zu klären, ob im Kartellverfahren erhobene Beweismittel verwertet werden dürfen.<sup>640</sup>
- 439 Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) ergibt sich der Schutz des Vertrauens der Privaten in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten des Staates.<sup>641</sup> Vertrauensschutz verlangt allgemein eine Vertrauensgrundlage, Vertrauen in das Verhalten der staatlichen Behörden und eine kausal daraus folgende Vertrauensbetätigung. Schliesslich ist zwischen Vertrauensschutz und entgegenstehenden öffentlichen Interessen abzuwägen.<sup>642</sup> Damit das Vertrauen in eine amtliche Äusserung geschützt wird, bedarf es genügender Bestimmtheit der Auskunft. Namentlich muss die Aussage geeignet sein, Vertrauen zu begründen, die Behörde zuständig sein, die Auskunft vorbehaltlos abgegeben werden und die Unrichtigkeit darf nicht erkennbar sein. Weiter wird gefordert, dass aufgrund der Auskunft nachteilige Dispositionen getroffen werden. Der Sachverhalt und die Gesetzgebung dürfen sich nicht geändert haben und das Interesse am Vertrauensschutz muss das Interesse an der unrichtigen Auskunft überwiegen.<sup>643</sup>
- 440 Durch die Anwendung der Bonusregelung gewecktes Vertrauen, das ein Unternehmen zur Kooperation veranlasst, könnte demnach geschützt werden. Namentlich wenn ein

---

<sup>640</sup> RPW 2018/4 820, 822 N 30 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VII).

<sup>641</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 621.

<sup>642</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 627 ff. m.H.

<sup>643</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 667 ff. m.H.

Unternehmen im Vertrauen auf behördliche Auskünfte oder das Verhalten der Behörden davon ausgehen darf, einen Sanktionserlass im Gegenzug zur Vorlage von Beweismitteln zu erhalten, könnte der Schutz greifen, sollte dennoch kein Sanktionserlass gesprochen werden (zu möglichen Fallgruppen siehe Kap. 7.1.1.2).

### **7.1.1.2. Fallgruppen**

#### **7.1.1.2.1. Intransparente Rangordnung**

Die Erhebung von Beweismitteln mithilfe der Bonusregelung könnte gegen das Gebot von Treu und Glauben (Art. 9 BV) verstossen, wenn das Unternehmen seine Kooperation in gutem Glauben auf die Annahme stützt, es werde als erstes aller am Verstoß beteiligten Unternehmen den Verstoß anzeigen, obwohl ihm ein anderes Unternehmen bereits zuvorgekommen ist.<sup>644</sup> 441

Es wäre nach hier vertretener Auffassung jedenfalls treuwidrig, wenn die Behörden aktiv kommunizieren oder den Anschein erwecken, ein Unternehmen habe Aussicht auf den Sanktionserlass, obwohl ein anderes Unternehmen bereits den ersten Rang bestätigt erhalten hat (N 260). 442

Halten die Behörden die Rangordnung bis zum bedingten Sanktionserlass verdeckt, kommunizieren das und geben keine weitergehende Auskunft zur Rangordnung (zur Transparenz der Rangordnung Kap. 5.1.4), besteht dagegen keine Grundlage für schützenswertes Vertrauen und Unternehmen, die kooperieren, tragen das Risiko, dass die vorgelegten Beweismittel verwertet werden. 443

#### **7.1.1.2.2. Rückzug der Selbstanzeige**

Zu klären ist, ob die Einstellung der Kooperation und damit einhergehend der Rückzug der Selbstanzeige zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Der Vertrauensschutz und damit ein Beweisverwertungsverbot könnten namentlich greifen, wenn das Unternehmen nicht davon ausgehen durfte, dass die vorgelegten Beweismittel verwertet werden, sollten die Voraussetzungen des Sanktionserlasses nicht mehr gegeben sein. 444

---

<sup>644</sup> KLUSMANN, 828.



445 Dabei ist zu unterscheiden, in welchem Verfahrensstadium Beweismittel vorgelegt werden. Die Beweismittel sollten nach hier vertretener Auffassung nicht verwertet werden dürfen, wenn das Unternehmen diese lediglich zwecks Prüfung der Qualität der Beweiskraft der Beweismittel gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG und damit **vor dem bedingten Sanktionserlass** vorgelegt hat (Art. 11 Abs. 2 SVKG). Der Grund liegt darin, dass das Unternehmen in diesem Stadium nicht das Risiko tragen soll, dass die vorgelegten Beweismittel verwertet werden, andernfalls es keine Selbstanzeige setzt.

Zum Vergleich lässt das *EU-Recht* es gemäss Ziffer (20) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 zu, dass ein Unternehmen die mit seinen Antrag auf Geldbussenerlass vorgelegten Beweismittel zurückzieht, wenn es die unter Ziffer (8) EU-Kronzeugenmitteilung 2006 genannten Bedingungen, wonach die vorgelegten Beweismittel eine bestimmte Beweiskraft aufzuweisen haben, nicht erfüllt.

Der Rechtsvergleich mit dem *US-Recht* zeigt dagegen, dass die Behörden und Antragsteller beim verwandten Institut des Plea Bargaining (N 460) bereits im Stadium der Anzeige der Kooperationsbereitschaft regelmässig schriftlich vereinbaren, dass Behörden die vom Unternehmen im Rahmen der Verhandlung behelfsweise vorgetragenen Informationen und Beweismittel als Beweis verwerten dürfen.<sup>645</sup>

446 Die Selbstanzeige könnte auch zurückgezogen werden, wenn dem Unternehmen der Erlass versagt wird, weil es sich während des Verfahrens **nicht kooperativ verhält** (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-d SVKG). Das Bundesverwaltungsgericht erwog etwa, dass ein Unternehmen, das mit der Vorinstanz kooperiert und anschliessend die rechtliche Würdigung des Sachverhalts mit einer Beschwerde bestreitet, grundsätzlich kein widersprüchliches Verhalten an den Tag legt. Würde das Verhalten der Beschwerdeführerin als nachträglicher Rückzug der Selbstanzeige gewertet, müsste überdies der Frage Beachtung geschenkt werden, ob die vorgelegten Beweismittel verwertet werden dürfen.<sup>646</sup>

---

<sup>645</sup> ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Handbook, 81: «[...] the proffer letter typically will reserve the right to use leads against the defendant if no plea agreement is reached, to make indirect use of any information developed during the interview and, in any event, to use the information against others.».

<sup>646</sup> BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 2.5 ff. (Paul Koch) und BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014, E. 4.6 ff. (SFS unimarket).

Vertrauensschutz wäre nach hier vertretener Auffassung bei einer Verletzung einer Verhaltenspflicht (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-d SVKG) denkbar, wenn dem Unternehmen nicht bewusst sein konnte, dass die vorgelegten Beweismittel bei unzureichender Kooperation verwertet werden. Behörden könnten dementsprechend eine Bestätigung vom Unternehmen verlangen, dass es sich über die Voraussetzungen des Sanktionserlasses und darüber, dass Beweismittel bei einem Rückzug der Selbstanzeige verwertet werden können, im Klaren ist. 447

Der Rechtsvergleich zeigt, dass im Rahmen der Leniency Policy unter *US-Recht* im abgeschlossenen Leniency Agreement allenfalls die Klausel angebracht wird, dass die vorgebrachten Beweismittel verwertet werden können, wenn das verhandelte Agreement verletzt wird.<sup>647</sup>

## 7.1.2. Schutz vor Selbstbelastung

### 7.1.2.1. Verbot des Selbstbelastungszwangs (*nemo tenetur*)

Das aus Art. 6 Abs. 1 EMRK hergeleitete Verbot des Selbstbelastungszwangs besagt, dass Angeklagte nicht zu ihrer eigenen Verurteilung beitragen müssen. Es ist insbesondere nicht zulässig, zur Beweisführung Beweismittel zu verwenden, die durch ungerechtfertigten Zwang oder Druck erlangt wurden.<sup>648</sup> Im Sanktionsverfahren sind die Garantien Art. 6 Abs. 1 EMRK anwendbar (N 79), womit das Verbot des Selbstbelastungszwangs auch im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren gilt. Die sanktionsbedrohten Parteien können sich namentlich auf das Recht berufen, die Aussage zu verweigern (Art. 31 Abs. 2 BV, Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK).<sup>649</sup> 448

<sup>647</sup> So in *Stolt-Nielsen S.A. v. United States*, 442 F.3d 177, 180 (3d Cir. 2006): «If the Antitrust Division at any time determines that [Stolt-Nielsen] has violated this agreement, [it] shall be void [...] the Antitrust Division may thereafter initiate a criminal prosecution [...] Should such a prosecution be initiated, any documentary or other information provided by [Stolt-Nielsen], as well as any statements or other information provided by any current or former director, officer, or employee of [Stolt-Nielsen] to the Antitrust Division pursuant to this Agreement, may be used against Stolt-Nielsen in any such prosecution.».

<sup>648</sup> REIMANN, 44 N 124 m.H.

<sup>649</sup> WYSSLING/BICKEL, DIKE-KG, KG 42 N 161; ROTH, 297 ff.

- 449 Die Bonusregelung könnte im Konflikt mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs stehen, denn das Unternehmen wirkt zwar aus eigenem Antrieb an der Aufdeckung und Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung mit,<sup>650</sup> ist aber zugleich zur Vorlage von Beweismitteln angehalten, um seinen Verpflichtungen unter der Regelung nachzukommen.<sup>651</sup>
- 450 Unter *EU-Recht* wird zur Wahrung des Verbots des Selbstbelastungszwangs gemäss der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU in *Sachen Orkem v. Kommission*<sup>652</sup> gefordert, dass «die Kommission dem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegen [darf], Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat.».<sup>653</sup>
- 451 Eine Lehrmeinung, die das «Schuldgeständnis» i.S. der Orkem Rechtsprechung von Beweismitteln trennt und damit, soweit ersichtlich, als konzeptionell anders gestaltetes verfahrensverkürzendes Schuldgeständnis (N 460) erachtet, hält fest, die Orkem Rechtsprechung zeige, dass das Verbot des Selbstbelastungszwangs nicht verletzt sei, wenn ein Unternehmen kein solches verfahrensverkürzendes Schuldgeständnis, sondern nur Beweismittel abgeben müsse. Sodann bringt die Lehre im Zusammenhang mit der Kronzeugenregelung der EU vor, diese verletze nach der Orkem Rechtsprechung das Verbot des Selbstbelastungszwangs daher nicht, weil unter ihr ein Austausch von Informationen und Beweismitteln und nicht eines verfahrensverkürzenden Schuldeingeständnisses gegen den Sanktionserlass stattfinde.<sup>654</sup>

---

<sup>650</sup> WYSSLING/BICKEL, DIKE-KG, KG 40 N 16, wonach die Ermittlung mit der Bonusregelung nicht mittels Zwang erfolge.

<sup>651</sup> HAUSER, 66 f. N 155 ff., 68 N 154; zum Kooperationsanreiz siehe KOUMBARAKIS, 228 f. N 277 m.H. und HETTICH/WINKLER, 682; zur selben Problematik unter EU-Recht siehe MEROLA/WALBROCK, 235 N 79 ff., N 81: «It may here be wondered whether this effect of the leniency notice is not such that it denies in practice the right not to be compelled to confess an infringement.»; SCHWARZE/BECHTOLD/BOSCH, 55 f.

<sup>652</sup> EuGH 374/87 vom 18. Oktober 1989, *Orkem v. Kommission*, ECLI:EU:C:1989:387.

<sup>653</sup> EuGH 374/87 vom 18. Oktober 1989, *Orkem v. Kommission*, ECLI:EU:C:1989:387, N 34 f.

<sup>654</sup> WILS, 136 f., 137: «[...] in line with the distinction drawn by the Court of Justice in *Orkem*, leniency is granted in exchange for the provision of evidence, not in exchange for an admission of guilt.»; BASKARAN, 99 m.H.

Die Bonusregelung verlangt jedenfalls kein verfahrensverkürzendes Geständnis (Kap. 7.2.1 und Kap. 7.2.2), weshalb sie unter diesem Gesichtspunkt mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs vereinbar ist. Allerdings könnte darüber hinaus das Verbot des Selbstbelastungszwangs verletzt werden, wenn ein Geständnis i.S. eines Beweismittels mit Zwang erhoben wird (zu Fallgruppen siehe Kap. 7.1.2.2). 452

### 7.1.2.2. Fallgruppen

#### 7.1.2.2.1. Winkende Vorteile für Sachverhaltsgeständnisse

Es könnte im Einzelfall mit der Bonusregelung eine Verletzung des Verbots des Selbstbelastungszwangs vorliegen, wenn dem Unternehmen Vorteile in Aussicht gestellt werden, sollte es sich selbst belasten. Das Gericht der EU sah etwa unter *EU-Recht* darin keine Verletzung des Verbots des Selbstbelastungszwangs, dass die Kommission ein Unternehmen darauf hingewiesen hat, dass im Falle der Anerkennung des Sachverhalts ein Erlass gesprochen werde. 453

In der vom Gericht der EU beurteilten Sache *Meyr-Melnhof Kartongesellschaft v. Kommission*<sup>655</sup> machte die Klägerin geltend, ihre Verteidigungsrechte seien verletzt worden, denn die gegen sie verhängte Geldbusse sei um 50 Prozent erhöht worden, weil sie einzelne Tatvorwürfe der Kommission bestritten habe. Das Gericht erwog, es könne nicht schon als Ausübung von Druck angesehen werden, wenn das Unternehmen während des Verwaltungsverfahrens darauf hingewiesen werde, dass «im Fall der Anerkennung der wesentlichen oder aller Tatsachenbehauptungen die zu verhängende Geldbusse herabgesetzt werden könnte, wobei der Umfang dieser Herabsetzung nicht angegeben wird.».<sup>656</sup>

Die Lehre zum EU-Recht kommentiert diese Rechtsprechung, es könne von unzulässigem Druck gesprochen werden, wenn es sich sanktionsschärfend auswirke, sollte das Unternehmen die Zuwiderhandlung nicht zugeben. Solche

<sup>655</sup> EuG T-347/94 vom 14. Mai 1998, *Meyr-Melnhof Kartongesellschaft mbH v. Kommission*, ECLI:EU:T:1998:101.

<sup>656</sup> EuG T-347/94 vom 14. Mai 1998, *Meyr-Melnhof Kartongesellschaft mbH v. Kommission*, ECLI:EU:T:1998:101, N 301, N 314.

Schärfungen seien in den Leitlinien der Geldbussenberechnung der Kommission aber nicht vorgesehen.<sup>657</sup>

454 Auch die Bonusregelung des Kartellgesetzes der Schweiz enthält keine Norm, die für die Bestätigung eines Sachverhaltselements eine Sanktionsreduktion vorsieht. Vielmehr findet ein Tausch von Informationen oder Beweismitteln – die aufgrund ihrer Beweiskraft bewertet werden – gegen die Sanktionsmilde statt (Art. 8 Abs. 1 SVKG). Die Bonusregelung verstösst damit nicht gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs.

#### **7.1.2.2.2. Sanktionserhöhung für bestrittene Selbstanzeigen**

455 Eine Verletzung des Verbots des Selbstbelastungszwangs wäre denkbar, wenn für das Bestreiten einer Selbstanzeige eine Sanktionserhöhung droht. Das Gericht der EU hat das Institut der Bonusregelung nach *EU-Recht* als mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs vereinbar erachtet, weil die Kooperation freiwillig erfolge, der vorgebrachte Sachverhalt bestritten werden könne und fehlerhafte Erklärungen für die Selbstanzeige nicht ausreichen würden. Ausserdem werde es nicht mit einer Sanktionsreduktion honoriert, wenn die Selbstanzeige bestritten werde.

Das Gericht der EU beurteilte in *Sachen Schindler v. Kommission* die Rüge, die Bonusregelung verstosse gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs. Die Klägerinnen führten aus, die EU-Kronzeugenmitteilung 2002 missachte das Verbot, weil ihre Anwendung in der Praxis das Unternehmen zwingt, mit der Kommission zusammenzuarbeiten. Der Wettlauf um die erste Selbstanzeige führe dazu, dass das Unternehmen ein vollständiges und bisweilen übertriebenes Geständnis ablegen würde, ohne den Nutzen und Nachteile der Kooperation abzuwägen. Ausserdem gebe es die Möglichkeit auf, falsche Vorbringen zu bestreiten, weil dies als mangelnde Zusammenarbeit gewertet würde.<sup>658</sup> Das Gericht fand keine Verletzung des Verbots des Selbstbelastungszwangs. Es erwog, die Zusammenarbeit erfolge freiwillig. Das Unternehmen könne einen von anderen Unternehmen vorgebrachten Sachverhalt bestreiten. Ausserdem

---

<sup>657</sup> JENERAL, 165.

<sup>658</sup> *Schindler v. Kommission* – EuG T-138/07 vom 13. Juli 2011, ECLI:EU:T:2011:362, N 148

reichten fehlerhafte Erklärungen nicht zur Bejahung der Zuwiderhandlung aus.

Schliesslich bestehe keine Ermässigung für das Nichtbestreiten der Tatsachen.<sup>659</sup>

Die Kooperation unter der Schweizer Bonusregelung erfolgt ebenfalls freiwillig. Dem Unternehmen wird lediglich ein Anreiz zur Kooperation in Form eines Sanktionserlasses in Aussicht gestellt. Ferner kann ein Unternehmen den Sachverhalt bestreiten, ohne dass es bereits dafür mit einem Verlust des Sanktionsbonus rechnen muss (siehe Kap. 6.4.2, insbesondere N 425). 456

## 7.2. BEWEISWÜRDIGUNG

Die Anwendung der Bonusregelung wirkt sich weder auf das Verfolgungsermessen der Wettbewerbsbehörden (Kap. 7.2.1) noch auf das zur rechtlich hinlänglichen Feststellung des Sachverhaltes anwendbare Beweismass aus (Kap. 7.2.2). Auch gelangt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bei der Würdigung der mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel zur Anwendung (Kap. 7.2.3). 457

### 7.2.1. Freies Verfolgungsermessen

Die Bonusregelungen der Schweiz und der EU beschränken das Verfolgungsermessen der Behörden nicht. Die Behörden können demnach auch bei einer Selbstanzeige nicht von der Ermittlung und dem hinreichenden Nachweis des Verhaltens des Unternehmens, das seine Beteiligung an einen mutmasslichen Verstoss anzeigt, und der Ahndung eines festgestellten Verstosses mit Sanktionen absehen.<sup>660</sup> Es besteht damit keine Abkürzung des Verfahrens.<sup>661</sup> Vielmehr stellt das Sekretariat erst nach Abschluss 458

<sup>659</sup> Schindler v. Kommission – EuG T-138/07 vom 13. Juli 2011, ECLI:EU:T:2011:362, N 153 ff.

<sup>660</sup> Zum EU-Recht FORRESTER/BERGHE, 162: «[...] the Commission's leniency policy is fundamentally an investigative tool. Its ultimate goal is not merely to save administrative resources by encouraging companies to accept guilt and thereby shorten the proceedings [...] but rather to detect cartels and secure a finding of infringement against all the cartel participants.»

<sup>661</sup> Zur Diskussion, ob bei einer einvernehmlichen Regelung (Art. 29 KG) ein «Schulgeständnis» verlangt wird, siehe BGer 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019, E. 2.5.2. (VPVW Stammische / Projekt Repo 2013 Genehmigungsverfügung), RPW 2009/3 196, 222 (Elektroinstallationsbetriebe Bern) und BEURET, 47 f. N 106 ff., 72 N 167.

der Untersuchung gestützt auf den hinreichend festgestellten Verstoss den Antrag an die WEKO, Massnahmen zu treffen (Art. 30 KG).<sup>662</sup>

- 459 Die rechtsvergleichende Betrachtung der Bonusregelung mit der Regelung unter *US-Recht* zeigt demgegenüber, dass bei der US-amerikanischen Corporate Leniency Policy die Gegenleistung für die erfolgreiche Selbstanzeige stets darin liegt, dass keine Anklage erhoben wird, sofern die Voraussetzungen des Anklageverzicht gegeben sind (N 141). Konzeptionell wird damit das Verfolgungsermessen reduziert, wenn eine Selbstanzeige abgelegt wird.<sup>663</sup>
- 460 Insoweit keine Anklage erhoben wird bzw. das Verfolgungsermessen reduziert wird, ist die Corporate Leniency Policy mit dem Instrument der Verhandlung von «verfahrensverkürzenden Schuldgeständnissen» (**Plea Bargaining**; Federal Rule of Criminal Procedure 11) verwandt, wobei die Leniency Policy bei gegebenen Voraussetzungen automatisch zur Reduktion des Verfolgungsermessens führt (N 141), wohingegen beim Plea Bargaining die Reduktion verhandelbar ist. Die Verhandlung besteht in einem Prozess, in dem die verfolgende Behörde der angeschuldigten Person die Möglichkeit unterbreitet, auf eine Anklage mit anschliessendem Geschworenenprozess (trial) zu verzichten, wenn sie im Gegenzug Anklagepunkte mit einem Schuldgeständnis eingesteht bzw. bestätigt (guilty plea). Unter gewissen Umständen zeigen sich die verfolgenden Behörden sogar damit einverstanden, dass der Angeklagte die Anklagepunkte nicht bestreitet («nolo contendere»).<sup>664</sup> Das dafür angebotene Fallenlassen der Anklage kann sich auf bestehende oder zukünftige Anklagepunkte, eine Reduktion der Anklage, einen gänzlichen Verzicht auf bestimmte Anklagepunkte, eine bestimmte Strafhöhe oder eine Kombination dieser möglichen Aushandlungen beziehen.<sup>665</sup> Das vom Gericht

---

<sup>662</sup> So wird in der Verfügung die Sanktion gegen das Unternehmen, das aufgrund der Selbstanzeige einen Sanktionserlass erhält, aufgeführt und erlassen, siehe etwa RPW 2016/3 652, 71 f. N 439, 720 f. Ziff. 5 (Flügel und Klaviere).

<sup>663</sup> WILLIAMS, 981.

<sup>664</sup> Justice Manual, Principles 9-27.400, 9.27-500; HERMAN, 1, 125 ff.; ferner ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 49.

<sup>665</sup> Zum Ganzen siehe Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 160 f. (1970); ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Handbook, 65 ff.; ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 100: «avoid a trial in exchange for a guilty plea»; zu den zahlreichen möglichen Aushandlungen (bar-gains) siehe HERMAN, 68 ff. § 6:10.

akzeptierte Schuldgeständnis liegt dem folgenden Urteil zugrunde (Federal Rule of Criminal Procedure 11 [4]).

Stehen einer Person nur wenige beweiskräftige Beweismittel zur Verfügung, sollte sie im Rahmen der Verhandlung zum Beispiel argumentieren, dass sie dennoch einen Anklageverzicht verdient, weil sie wenig Schuld trifft und sie sich zur Kooperation bereit erklärt hat. Soweit sie umfangreiche Informationen oder Beweismittel bereithält, dürfte sie hingegen weitere Konditionen wie die Wahrung ihrer Anonymität verlangen, da sie Repressalien von Mittätern befürchten muss.<sup>666</sup>

Die Verhandlung der Anklage stellt ein anerkanntes Rechtsinstitut des *US-Rechts* dar 461 (Federal Rule of Criminal Procedure 11).<sup>667</sup> Ihr Zweck besteht darin, dass die Beschuldigten die Unsicherheiten eines Geschworenenprozesses (Jury Trial) vermeiden und sich so rasch rehabilitieren können sollen. Die Strafverfolgung und die Gerichte sollen Ressourcen einsparen. Schliesslich werde die Öffentlichkeit durch dieses Verhandeln frühzeitig vor möglichen Tätern geschützt.<sup>668</sup>

<sup>666</sup> ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 101; HERMAN, 44 § 5:03 zum Plea Bargain: «One of the most important factors influencing a prosecutor to offer a favorable plea bargain is the ability of the defendant to cooperate by providing information leading to the arrest and conviction<sup>1</sup> of the offenders. [...] Sometimes defendant is willing to cooperate but possesses little or no useful information [...] defense counsel should argue, that his client is no less deserving of a more lenient disposition [...] and that this fact only underscores the defendant's diminished culpability [...] At other times, the defendant may possess important information but be reluctant to cooperate [...] defense counsel should obtain [...] promise to protect the anonymity of the defendant as an informant to guard against reprisals by codefendants.».

<sup>667</sup> Santobello v. New York, 404 U.S. 260, 261 (1971); ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Manual, 50; HERMAN, 1.

<sup>668</sup> Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63, 71 (1977): «The defendant avoids extended pretrial incarceration and the anxieties and uncertainties of a trial; he gains a speedy disposition of his case, the chance to acknowledge his guilt, and a prompt start in realizing whatever potential there may be for rehabilitation. Judges and prosecutors conserve vital and scarce resources. The public is protected from the risks posed by those charged with criminal offenses who are at large on bail while awaiting completion of criminal proceedings.»; auch so wiedergegeben bei HERMAN, 1.



### 7.2.2. Regelbeweismass

- 462 Im Verfahren auf Erlass direkter Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG gilt grundsätzlich der Vollbeweis für die Feststellung des Verstosses. Beim Nachweis komplexer wirtschaftlicher Zusammenhänge kann allerdings ein reduziertes Beweismass zur Anwendung gelangen.<sup>669</sup>
- 463 Die Bonusregelung sieht den Tausch von Beweismitteln gegen die Sanktionsmilde vor,<sup>670</sup> mit denen die Behörden zumindest eine Untersuchung eröffnen oder den Verstoß feststellen können (Art. 8 Abs. 1 SVKG). Die Untersuchung wiederum wird, unabhängig davon, ob eine Selbstanzeige eingereicht wurde, erst durch die rechtlich hinlängliche Feststellung des Sachverhalts abgeschlossen, sodass die Grundlage für die Subsumption des Verhaltens unter einen kartellrechtlichen Tatbestand besteht und der Antrag an die WEKO gestellt werden kann, Massnahmen zu treffen (Art. 30 Abs 1 KG). Somit besteht trotz einer Selbstanzeige volles Verfolgungsermessen und auch das Beweismass für die Feststellung des Verstosses wird aufgrund der Bonusregelung nicht reduziert.<sup>671</sup> Das Beweismass ist bei einer Selbstanzeige damit nicht tiefer, aber der Beweis wird dank der vorgelegten Beweismittel schneller erbracht.

---

<sup>669</sup> Zum im Kartellrecht anwendbaren Beweismass siehe BGE 139 I 72 E. 8.3.2 (Publigroupe); BVGer B-8292012 vom 25. Juni 2018, E. 7.4.3.4. und E. 7.4.3.5. (Strassen- und Tiefbau Aargau: Granella): «Das Bundesgericht hat mithin klargestellt, dass bei komplexen wirtschaftlichen Zusammenhängen mit multiplen Wirkungszusammenhängen ein Nachweis auf Grundlage der Gewissheit nicht in ausreichender Weise herbeigeführt werden kann und demzufolge auch nicht erforderlich ist. Diese Feststellung gilt nicht nur in Bezug auf die Feststellung der Marktbeherrschung, sondern letztlich für alle Tatbestandsmerkmale [...]»; siehe ferner BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, E. 3.2 (Türbeschläge X. AG); RPW 2018/1 78, 84 N 42 (Verzinkung); RPW 2016/3 722, 726 N 41 (Saiteninstrumente); AMSTUTZ/KELLER/REINERT, 119, verlangen den Vollbeweis für den Nachweis eines Verhaltens, das mit Sanktionen bedroht ist; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, KG 30 N 102 ff. fordern, dass grundsätzlich der volle Beweis zu erbringen ist, das Beweismass aber bei bestimmten Tatsachen herabgesetzt werden könne, zumal die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern solle.

<sup>670</sup> Zum EU-Recht: WILS, 136 f., 137: «[...] leniency is granted in exchange for the provision of evidence, not in exchange for an admission of guilt.»; BASKARAN, 99 m.H.

<sup>671</sup> BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 5.4.35 (Paul Koch); BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014, E. 4.4.35 (Siegenia-Aubi).

### 7.2.3. Freie Beweiswürdigung

Die mit der Selbstanzeige vorgetragenen Beweismittel sind durch die Wettbewerbsbehörden zu würdigen. Die WEKO entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen (Art. 30 Abs. 1 KG). In einem allfälligen Rechtsmittelverfahren urteilt das Bundesverwaltungsgericht mit voller Kognition (Art. 37 Verwaltungsgesetz [VGG]; Art. 49 Bst. b VwVG).<sup>672</sup> 464

Bei der Würdigung der vorgetragenen Beweismittel sind die Wettbewerbsbehörden an den Grundsatz der freien Beweiswürdigung gebunden, gemäss dem bei der Beweiswürdigung allein die Überzeugung einer Behörde oder eines Gerichts massgebend ist.<sup>673</sup> 465  
Die Geltung des Grundsatzes für das Kartellverfahren ergibt sich aus Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP. Art. 40 BZP sieht unter der Marginalie «Freie Beweiswürdigung» vor: «Der Richter würdigt die Beweise nach freier Überzeugung. Er wägt mit das Verhalten der Parteien im Prozesse, wie das Nichtbefolgen einer persönlichen Vorladung, das Verweigern der Beantwortung richterlicher Fragen und das Vorenthalten angeforderter Beweismittel».<sup>674</sup>

Der Grundsatz gilt auch bei der Würdigung von mit der Selbstanzeige vorgetragenen Informationen und Beweismitteln,<sup>675</sup> selbst wenn diese **isoliert dastehen und bestritten werden**.<sup>676</sup> Dabei sei eine «vorsichtige Beweiswürdigung» der mit der Selbstanzeige vorgetragenen Beweismittel als auch der von den belasteten Beteiligten stammenden Be- 466

<sup>672</sup> Zur Kognition des Bundesverwaltungsgerichts siehe BGer 2C\_1017/2014 vom 9. Oktober 2017, E. 2.2. (KOCH Group).

<sup>673</sup> BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014, E. 4.2.2 (Siegenia-Aubi); HEINE, 58; KAUFMANN, 189.

<sup>674</sup> Zu diesem Verweis siehe etwa BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014, E. 4.2.1 (Siegenia-Aubi); RPW 2018/1 78, 83 N 41 (Verzinkung); RPW 2016/3 722, 724 N 33 (Saiteninstrumente).

<sup>675</sup> BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 8.5.5.3, E. 8.5.5.4 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Erne); RPW 2018/1 78, 83 N 41 (Verzinkung).

<sup>676</sup> BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, E. 6.5.5.8 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Cellere): a) Isolierte Informationen nur eines einzigen Selbstanzeigers.

weismittel angezeigt.<sup>677</sup> Eine Beweismassreduktion aus prozessökonomischen Gründen ist nicht zulässig.<sup>678</sup>

467 Die *Lehre* bringt vor, bei der Würdigung von mit der Selbstanzeige vorgebrachten Beweismitteln seien hohe Anforderungen an die Tatsachenüberzeugung der Behörden zu stellen.<sup>679</sup> Insbesondere bei mehrdeutigen Sachverhalten, etwa bei einem Informationsaustausch, sollten die mit Selbstanzeigen gelieferten Beweismittel vorsichtig bewertet werden.<sup>680</sup>

468 In die freie Beweiswürdigung der mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel können zahlreiche Überlegungen einfließen, wovon eine Auswahl in dieser Randziffer dargelegt wird.

Das Bundesverwaltungsgericht weist etwa Aussagen, die für das sich anzeigende Unternehmen abgelegt werden, einen bestimmten Wahrheitsgehalt zu, weil dem Unternehmen bei unwahren Aussagen der Entzug des Sanktionsbonus droht (Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG).<sup>681</sup> Gleichermassen könnte davon ausgegangen werden, dass mit der Selbstanzeige die zentralen Sachverhaltselemente zum angezeigten Verstoß vorgebracht und nicht verschwiegen werden, weil die WEKO einem Unternehmen den Sanktionserlass verwehrt, sollte es solche Elemente nicht oder nur verzögert vorbringen (Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG).<sup>682</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht unterscheidet hinsichtlich der Beurteilung der Glaubwürdigkeit sodann zwischen der eher beweisschwachen Selbstanzeige mit vorgetragenen isolierten und bestrittenen Angaben, die nicht weiter be-

---

<sup>677</sup> BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 8.5.5.3, E. 8.5.5.4 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Erne).

<sup>678</sup> BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 8.5.4.3 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Erne); BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014, E. 4.4.35 (Siegenia-Aubi AG); RPW 2015/2 193, 198 N 48 (Tunnelreinigung).

<sup>679</sup> ZIMMERLI, Entwicklungen, 723 m.H.a. BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014, E. 4.4 (Siegenia-Aubi); ZIMMERLI, Dogmatik, 255.

<sup>680</sup> BREITENMOSER, N 2 und N 18 f.

<sup>681</sup> Zum Ganzen BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 8.5.5.5 und E. 8.5.5.6 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Erne); siehe auch KUBLI, N 16 ff., N 30; ähnliche Ansätze bestehen unter EU-Recht, siehe Infineon Technologies AG v. Kommission – EuGH C-99/17 P vom 29. September 2018, ECLI:EU:C:2018:773, N 94 f.

<sup>682</sup> Dazu siehe RPW 2019/2 322, 479 N 838 f. (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I).

legt sind, und der beweiskräftigeren Selbstanzeige mit weiter untermauerten Angaben, etwa mit übereinstimmenden, unabhängig voneinander getroffenen Zeugenaussagen.<sup>683</sup>

Das Gericht der EU anerkennt einerseits, dass gemäss *EU-Recht* unvollständige oder unwahre Angaben bei Selbstanzeigen gegen eigene Interessen verstossen, weil das Informieren der Behörden auch Risiken berge, und die mit Selbstanzeigen vorgebrachten Beweismittel damit einen bestimmten Beweiswert aufweisen würden. Daher sei es unwahrscheinlich, dass die Selbstanzeige unwahre Inhalte aufweise.<sup>684</sup> Andererseits sei trotz solcher Überlegungen eine vorsichtige Würdigung von mit der Selbstanzeige vorgebrachten Beweismitteln geboten.<sup>685</sup>

In diesem Zusammenhang ist auch auf das *US-Recht* hinzuweisen, das insofern strenge Anforderungen bei der Würdigung von Selbstanzeige aufstellt, wie nach der Wertung des US-Rechts in einem umfassend geführten Verfahren nur Jurymitglieder Aussagen und weitere Beweismittel korrekt beurteilen könnten. Diese Annahme basiert darauf, dass Jurymitglieder die Glaubwürdigkeit, die Wahrnehmung und das Gedächtnis von aussagenden Personen evaluieren können, weil diese persönlich vor ihnen erscheinen und damit unmittelbar wahrgenommen und unter Kreuzverhör gestellt werden.<sup>686</sup> 469

<sup>683</sup> BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, E. 7.5.5.9. (Strassen- und Tiefbau Aargau: Granelle); siehe auch KUBLI, N 23 ff.

<sup>684</sup> EuG T-67/00 vom 8. Juli 2004, JFE Engineering v. Kommission, ECLI:EU:T:2004:221, N 211; EuG T-519/09 vom 21. Mai 2014, Toshiba v. Kommission (Transformatoren), ECLI:EU:T:2014:263, N 48; EuGH C-403/04 P vom 25. Januar 2007, Sumitomo Metal Industries v. Kommission, ECLI:EU:C:2007:52, N 103: «[...] ist eine von einer Person als Vertreter einer Gesellschaft abgegebene Erklärung, mit der das Vorliegen einer von ihr begangenen Zuwiderhandlung eingeräumt wird, mit [...] Risiken verbunden, was es äusserst unwahrscheinlich macht, dass sie abgegeben wird, ohne dass der Erklärende über Informationen verfügte [...]»; EuG T-214/06 vom 5. Juni 2012, Imperial Chemical Industries v. Kommission, ECLI:EU:T:2012:275, N 69; EuG T-385/06 vom 24. März 2011, Aalberts Industries u.a. v. Kommission, ECLI:EU:T:2011:114, N 47; KHAN, 582 N 8-123 m.H.; FORRESTER/BERGHE, 171; RIETHMÜLLER, 140 f.

<sup>685</sup> EuG T-120/04 vom 16. November 2006, Peróxidos Orgánicos v. Kommission, ECLI:EU:T:2006:350, N 70; in diesem Sinne auch FORRESTER/BERGHE, 173, wonach eine Vorsicht und eine milde Skepsis angebracht seien.

<sup>686</sup> ABA Antitrust Section, Evidence Handbook, 1: «The rule against hearsay generally requires appearance before the finder of fact. This ensures that a witness is a subject to cross-examination so that his or her credibility, perceptions, and memory can be evaluated».

Ausserdem stünden die vor Gericht auftretenden Personen unter Eid und seien mit einer Strafe bei Eidbruch bedroht, womit die Verlässlichkeit der Aussagen zusätzlich garantiert sei.<sup>687</sup>

- 470 Das Unternehmen ist durch das Leniency Agreement verpflichtet, zu einer ehrlichen und vollständigen Aussage der verantwortlichen Mitarbeitenden unmittelbar bei einem Interview oder vor einer Jury beizutragen.<sup>688</sup> Die Jury kann diese im Rahmen der Selbstanzeige vorgetragene Aussage als genügenden Beweis bewerten, selbst wenn sie isoliert dasteht und bestritten wurde. Das Gericht instruiert die Parteien und die Jury indessen hinsichtlich der Wahrheitsfindung.

Modellinstruktionen bei Mittäteraussagen beschreiben allgemein, dass die Aussage eines Mittäters, d.h. einer Person, die mit einer anderen Person eine Abrede freiwillig und mit gemeinsamer Absicht eingeht, als Beweismittel berücksichtigt werden darf. Die Aussage kann sogar ohne weitere Beweismittel als überzeugender Beweis verstanden werden.<sup>689</sup>

Bei Personen, die im Rahmen eines Leniency Agreements für die sich anzeigenden Unternehmen auftreten und aussagen, ist die Jury insbesondere zu instruieren, worum es sich beim Leniency Agreement handelt und sie ist verstärkt darauf aufmerksam zu machen, dass diese Aussagen mit höherer Vorsicht zu beurteilen sind als diejenigen anderer Personen.<sup>690</sup> Ausserdem sind die Jurymitglieder darauf hinzuweisen, dass eine vor der Jury abgelegte

---

<sup>687</sup> ABA Antitrust Section, Evidence Handbook, 7: «in-court guarantees of oath, cross-examination, and liability for perjury»; es bestehe eine Annahme, dass die im Rahmen der Plea and Leniency Agreements auftretenden Zeugen wahrheitsgemäss kooperieren, da sonst Eidbruch vorliegen würde, siehe ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 108: «the “deal” with the witness does not offer any protection to a witness who commits perjury».

<sup>688</sup> DOJ, Model Leniency Letter, 4 Ziff. 2 (e).

<sup>689</sup> ABA Antitrust Section, Jury Instructions in Criminal Cases, 116.

<sup>690</sup> ABA Antitrust Section, Jury Instructions in Criminal Cases, 123, 126: «Some of the witnesses in this case testified pursuant to [...] a “corporate leniency” agreement. These agreements [...] generally provide that the [...] [witness’s employer], [who] [...] is required to provide “full, continuing and complete cooperation,” will not be prosecuted criminally by the government for any defined act of offense committed prior to the date of the amnesty or corporate leniency agreement. [...] You should bear in mind that testimony from such a witness is always to be received with caution and weighed with great care».

Aussage isoliert dastehend zur Überzeugung der Schuld oder Unschuld ausreichen kann.<sup>691</sup>

Es kann im Einzelfall auch der Ablauf der Zeugenaussage instruiert werden, zum Beispiel, dass das Leniency Agreement zu Beginn des Geschworenenprozesses von der verfolgenden Behörde nicht dazu verwendet werden darf, die Glaubwürdigkeit der Zeugen, die für das sich anzeigende Unternehmen auftreten, zu unterstützen und erst nach der ersten Rüge der Verteidigung, die Zeugen seien unglaubwürdig, auf das abgeschlossene Leniency Agreement und die damit einhergehende Motivation wahrer Aussagen Bezug genommen werden darf.<sup>692</sup>

### 7.3. UNSCHULDSVERMUTUNG

Es besteht die Gefahr der Vorverurteilung, wenn die mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismitteln verwendet werden (Kap. 7.3.1). Die Unschuldsvermutung könnte verletzt worden sein, wenn mit den mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismitteln der Verstoss festgestellt wird (Kap. 7.3.2). Die Verwendung der mit der Selbstanzeige erhobenen Beweismittel als Beweis könnte namentlich gegen die Unschuldsvermutung verstossen, wenn das Unternehmen zur Vorlage der Beweismittel gezwungen wurde (Kap. 7.3.3.1) oder eine isolierte und bestrittene Selbstanzeige vorlag (Kap. 7.3.3.2). 471

---

<sup>691</sup> ABA Antitrust Section, Jury Instructions in Criminal Cases, 126: «[...] The testimony [...] may alone be of sufficient weight to sustain a verdict of guilty, even if the testimony is not corroborated or supported by other evidence, but only if you believe beyond a reasonable doubt.»

<sup>692</sup> Zur final pretrial order, related motions of both parties in *United States v. Swanson*, No. CR 06-0692 PJH. (N.D. Cal. November 16, 2007), «The government is permitted to reference the existence of the plea agreements [...] during its opening argument, but may not reference the truthfulness provision of the plea agreements until the credibility of a witness testifying pursuant to a plea and/or amnesty agreement has first been attacked by the defense. [...]. Additionally, the court will give the jury a limiting instruction providing that it is not to consider the evidence with respect to the defendant's guilt at the time the evidence of the plea agreement is admitted and again in final instructions.».

### 7.3.1. Gefahr der Vorverurteilung

- 472 Es können Zweifel an der Verwirklichung der dem Sanktionstatbestand zugrundeliegenden Sachverhaltselemente aufkommen, wenn mit der Selbstanzeige der Beweis geführt wird. So trifft das Unternehmen faktisch die objektive Beweislast, weil es Beweismittel vorzulegen hat, die die Eröffnung einer Untersuchung oder Feststellung des Verstosses ermöglichen müssen (Art. 8 Abs. 1 SVKG).<sup>693</sup> Das Unternehmen könnte daher geneigt sein, die Selbstanzeige mit zur Ausschmückung der Selbstanzeige produzierten Beweismitteln zu versehen.<sup>694</sup>
- 473 Die Lehre zum *EU-Recht* hält kritisch fest, insbesondere bei unklarer Sachlage bestehe ein Anreiz, die Selbstanzeige mit Tatsachen auszuschmücken. Die Sachlage sei für Unternehmen zum Beispiel nicht klar, wenn ein im Rahmen der internen Untersuchung entdeckter E-Mailverkehr mehrere Interpretationen zulasse.<sup>695</sup>
- 474 Unter *US-Recht* besteht eine ähnliche Ausgangslage, wobei nach Federal Rules of Evidence 403 geprüft wird, ob eine Vorverurteilung vorliegen könnte. Das sich anzeigende Unternehmen kann sich nämlich aufgrund des in Aussicht stehenden Anklageverzichts dazu bereit erklären, wahrheitswidrige Tatsachen einzugestehen, um die Verpflichtungen aus dem Leniency Agreement zu erfüllen. Dabei besteht die Gefahr, dass die Behörde in einer Art Verhandlung mit dem Unternehmen diesem Sachverhaltselemente kommuniziert, deren Eingeständnis sie für die Gewährung des Anklageverzichts verlangt.<sup>696</sup>

---

<sup>693</sup> Die Selbstanzeige belässt die objektive Beweislast im Verfahren unverändert (Urteil BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, E. 7.5.4.3 [Strassen- und Tiefbau Aargau: Granella]), wobei Art. 8 Abs. 1 SVKG wohl faktisch dazu führt, dass das Unternehmen die Last trägt, wenn es nicht Beweismittel mit genügendem Beweiswert vorträgt; zum EU-Recht siehe SCHWARZE/BECHTOLD/BOSCH, 6, und FORRESTER/BERGHE, 170.

<sup>694</sup> BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014, E. 4.4.10, E. 4.4.25 (Siegenia-Aubi), wobei zusätzlich die Motivation erwähnt wird, Konkurrenten schädigen zu wollen; zur selben Problematik unter EU-Recht siehe EuG T-133/07 vom 12. Juli 2011, Mitsubishi Electric v. Kommission, ECLI:EU:T:2011:345, N 88 und FORRESTER/BERGHE, 170; zur gleichartigen Problematik bei der strafrechtlichen Kronzeugenregelung siehe KOUMBARAKIS, 228 f. N 277 m.H.

<sup>695</sup> FORRESTER/BERGHE, 172 f.

<sup>696</sup> ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 107 f.: «[...] communicated the specific information that it would require to agree to a plea agreement or grant leniency.»

Sowohl im Rahmen von Leniency wie von Plea Agreements vorgebrachte Beweismittel können damit vorbelastet sein.<sup>697</sup>

Unter US-Recht sind Beweismittel nicht vor der Jury zugelassen, die die unvorein- 475  
genommene Beweiswürdigung durch die Jury vereiteln würden (Federal Rules of Evidence 403). Die mögliche Unvollständigkeit und/oder die Wahrheitswidrigkeit der mit Selbstanzeigen vorgebrachten Beweismittel kann von der Verteidigung der belasteten Unternehmen als Grundlage genutzt werden, um diese Beweismittel als vorverurteilend zu denunzieren und so vom Beweis auszunehmen.<sup>698</sup> Die Zulassung sowohl von Leniency wie auch von Plea Agreements zum Beweis hängt daher insbesondere davon ab, ob es der Verteidigung gelingt, das Gericht zu überzeugen, dass die Einführung der mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel im Geschworenenprozess bei der Sachverhaltsfeststellung vorverurteilend wirkt.<sup>699</sup>

Die Abwägungen, ob ein Agreement vorverurteilend wirkt, werde in Fällen mit Plea und Leniency Agreements vorgenommen.<sup>700</sup> Im Fall *United States v. Gaev*<sup>701</sup> erklärte das Gericht, für die Einführung des Plea Agreements als Beweis müsste zwischen dem Beweiswert dieses Agreements und der möglichen vorverurteilenden Wirkung des Plea Agreements abgewogen werden.<sup>702</sup>

---

<sup>697</sup> ABA Antitrust Section, Criminal Litigation Handbook, 295; zur Problematik der Vorverurteilung siehe *Miller v. Holzmann*, 563 F. Supp. 2d 54, 81 ff. (D.D.C. 2008); ferner *United States v. Gaev*, 24 F.3d 473, 479 (3d Cir. 1994); die Problematik besteht sowohl bei Leniency Agreements wie auch bei Plea Agreements, siehe ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 108.

<sup>698</sup> Rule 401 und Rule 403 Federal Rules of Evidence; ABA Antitrust Section, Evidence, 71: «Evidence produced by an amnesty and/or ACPERA applicant may be relevant, admissible evidence under Rule 401, and is subject to the balancing test under Rule 403.»; *Miller v. Holzmann*, 563 F. Supp. 2d 54, 81 ff. (D.D.C. 2008); *United States v. Gaev*, 24 F.3d 473, 479 (3d Cir. 1994); siehe auch ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 108.

<sup>699</sup> ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 108 m.H.a. *Miller v. Holzmann*, 563 F. Supp. 2d 54, 82 ff. (D.D.C. 2008) und *United States v. Gaev*, 24 F.3d 473, 479 (3d Cir. 1999).

<sup>700</sup> ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 108.

<sup>701</sup> *United States v. Gaev*, 24 F.3d 473 (3d Cir. 1999).

<sup>702</sup> *United States v. Gaev*, 24 F.3d 473, 479 (3d Cir. 1999): «The trial court must weigh the probative value and the prejudicial effects of the plea agreement before deciding whether to admit it with limiting instructions.».



In *Miller v. Holzmann*<sup>703</sup> erwog das Gericht zum Vorbringen, dass *Plea Agreement* könne vorverurteilend sein, die Jury sei ausreichend über mögliche wahrheitswidrige Inhalte solcher *Agreements* instruiert worden. Die Instruktionen enthielten insbesondere den Hinweis, dass die abgelegten Geständnisse persönlicher Natur seien und sich nicht unbedingt auf andere Mitbeteiligte übertragen lassen.<sup>704</sup>

- 476 Auch wenn das *Leniency Agreement* und damit einhergehende Beweismittel zum Beweis zugelassen sein sollten, kann die Glaubwürdigkeit der mit der Selbstanzeige vorgetragenen Beweismittel noch während des Geschworenenprozesses bestritten werden.

In der Sache *United States v. Taubman*<sup>705</sup> ging es um Preiskartelle zwischen zwei Auktionshäusern (*Sotherby's* und *Christie's*). Die Zeugin *Diana (Dede) Brooks* (CEO *Sotherby's*) und der Zeuge *Christopher Davidge* (CEO *Christie's*) sagten aus, dass auch die Vorsitzenden der beiden Auktionshäuser, namentlich *Alfred Taubman* und *Anthony Tennant*, an Treffen betreffend Preisabreden beteiligt gewesen seien, was u.a. mit Kalendereinträgen weiter belegt wurde. Die Verteidigung von *Alfred Taubman* argumentierte, *Dede Brooks* erhalte als Gegenleistung für ihre Aussage eine Strafbefreiung. Gestützt darauf erklärte die Verteidigung der Jury, die Belastung des Beschuldigten *Alfred Taubman* durch *Dede Brooks* sei unglaublich, weil sie als Gegenleistung für ihre Aussage eine Freikarte erhalte.<sup>706</sup>

---

<sup>703</sup> *Miller v. Holzmann*, 563 F. Supp. 2d 54 (D.D.C. 2008).

<sup>704</sup> In *Miller v. Holzmann*, 563 F. Supp. 2d 54, 81 ff., 84 (D.D.C. 2008), lauteten die Instruktionen: «The fact that Bilhar pleaded guilty may not in any respect be considered against any other defendants, nor may any inference be drawn against them by reason of Bilhar's plea of guilty. The guilty plea was the personal plea of [Bilhar] and was binding only upon it. Guilt is personal. The verdict as to each defendant before you must be considered separately with respect to that defendant solely upon the evidence against that defendant or the lack of such evidence.».

<sup>705</sup> *United States v. Taubman*, No 01-Cr-429, 2002 WL 548733 (S.D.N.Y. April 11, 2002).

<sup>706</sup> *United States v. Taubman*, No 01-Cr-429, 2002 WL 548733, 1 ff., 8 f., 9 (S.D.N.Y. April 11, 2002): «*Alfred Taubman* is *Dede Brooks*' get out of jail free card [...] the jurors [...] cannot believe *Mrs. Brooks* and ... certainly cannot believe her beyond a reasonable doubt.»; siehe auch *United States v. Taubman*, 297 F.3d 161 (2d Cir. 2002); ABA Antitrust Section, *Criminal Litigation Handbook*, 295.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sowohl unter der Bonusregelung der Schweiz 477 wie auch der Kronzeugenregelung der EU und der Leniency Policy der USA anerkannt ist, dass ein Anreiz zur Ausschmückung der mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel besteht. Entsprechend ist im Einzelfall zu prüfen, ob die mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel dennoch zur Beweisführung taugen.

### 7.3.2.      **Unschuldsvermutung bei unüberwindlichen Zweifeln über das Bestehen eines Tatbestandselements**

Im kartellrechtlichen Verfahren auf Erlass direkter Sanktionen (Art. 49a Abs. 1 KG) 478 sind die Garantien des fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK anwendbar, womit die Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 (2) EMRK wie Art. 32 Abs. 1 BV als Teilgehalt der in Art. 6 EMRK festgehaltenen Garantien zu beachten ist.<sup>707</sup>

Die Unschuldsvermutung besagt als subjektive Beweislastregel, dass die Behörde oder 479 das Gericht zur Beweisführung verpflichtet ist, und als Beweiswürdigungsregel, dass die Behörde oder Gericht eine Tatsache nur dann als gegeben erachten darf, wenn an deren Vorhandsein keine unüberwindlichen Zweifel zu hegen sind.<sup>708</sup> Bei der Auslegung von Rechtsfragen sind demgegenüber die Regeln der Gesetzesinterpretation anwendbar.<sup>709</sup>

Die Unschuldsvermutung gelangt nach der Erhebung aller aus Sicht der beurteilenden 480 Behörde oder des Gerichts notwendigen Beweismittel zur Anwendung. Kommen dann noch unüberwindliche Zweifel über das Bestehen eines Tatbestandselements auf, ist

<sup>707</sup> BGE 2C\_845/2018 vom 3. August 2020, E. 4.2.(Umbricht); BGE 139 I 72 E. 2.2.2 (Publigroupe): «[...] Die entsprechenden Garantien von **Art. 6 und 7 EMRK** und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich anwendbar. Über ihre Tragweite ist bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden. [...]»; BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, E. 5.5.1 (Nikon AG) m.H. zur Geltung des Grundsatzes «in dubio pro reo» nach Art. 32 Abs. 1 BV; BVGer B-5869/2014 vom 30. Oktober 2017, E. 3.4.2 (Spedition; Publikation Verfügung); BVGer B-552 vom 14. November 2017, E. 3.1 (Türbeschläge X.-AG); WASER, 150 ff.

<sup>708</sup> BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, E. 5.5.1 (Nikon).

<sup>709</sup> BGE 139 I 72 E. 8.3 und E. 8.3.1 (Publigroupe): «Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, bei der Anwendung von **Art. 7 KG** sei mit Blick auf allfällige Unklarheiten, etwa bei der Marktdefinition bzw. beim Verständnis der marktbeherrschenden Stellung, nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" vorzugehen. [...] Allfällige Unschärfen bei den Rechtsbegriffen unterliegen demgegenüber den Regeln der Gesetzesinterpretation. Der Grundsatz «in dubio pro reo» hat insofern keine Bedeutung.».

unter der Geltung der Unschuldsvermutung zu Gunsten der belasteten Partei zu entscheiden.<sup>710</sup>

### 7.3.3. Fallgruppen

#### 7.3.3.1. Zwang zur Vorlage von Beweismitteln

- 481 Mit der Thematik, ob die Bonusregelung mit der Unschuldsvermutung gemäss *EU-Recht* vereinbar ist, hat sich das Gericht der EU in Sachen *Schindler v. Kommission*<sup>711</sup> auseinandergesetzt. Die Klägerinnen brachten vor, die auf die EU-Kronzeugenmitteilung 2002 gestützte Kronzeugenregelung verletze die Unschuldsvermutung, weil das sich anzeigende Unternehmen faktisch den Beweis für das die eigene Zuwiderhandlung darstellende Verhalten und das Verschulden sowie für die Zuwiderhandlung und das Verschulden der anderen Unternehmen erbringen müsste. Das Gericht der EU erwog, die Bonusregelung an sich verletze den Grundsatz der Unschuldsvermutung nicht, denn die Unternehmen seien nicht zur Kooperation gezwungen. Ferner berühre die Selbstanzeige die Verpflichtung der Kommission, den Sachverhalt rechtlich hinlänglich nachzuweisen, nicht. Ausserdem könne die Kommission auch Beweismittel beiziehen, die nicht mit der Selbstanzeige vorgelegt wurden.<sup>712</sup>
- 482 Nach vorliegend vertretener Auffassung kann dieser Rechtsprechung für die Schweizer Bonusregelung gefolgt werden. Auch unter der Schweizer Bonusregelung bestehen keine Mittel, mit denen die Kooperation eines Unternehmens durchgesetzt wird, sondern lediglich Anreize zur Kooperation in Form eines Sanktionserlasses oder einer Sanktionsreduktion (Art. 8 ff. SVKG). Die Selbstanzeige erfolgt damit freiwillig. Das Unternehmen dürfte ferner zwar einen Anreiz erhalten, für einen vollen Erlass die vorgelegten Beweismittel möglichst belastend darzustellen, um genügend Informationen zur Eröffnung einer Untersuchung (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG) oder Beweismittel zur Feststellung eines Verstosses (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG) zu liefern. Aber letztlich stellen

---

<sup>710</sup> BGer 2c\_1016/2014 vom 9. Oktober 2017, E. 2.2. (Siegenia-Aubi); BVGer B-552 vom 14. November 2017, E. 3.2. (Türbeschlüge X.-AG).

<sup>711</sup> *Schindler v. Kommission* – EuG T-138/07 vom 13. Juli 2011, ECLI:EU:T:2011:362.

<sup>712</sup> *Schindler v. Kommission* – EuG T-138/07 vom 13. Juli 2011, ECLI:EU:T:2011:362, N 161 ff.

die Wettbewerbsbehörden den Sachverhalt fest (N 78) und würdigen die vorgelegten Beweismittel frei (N 78). Insofern kann nicht von einer Verletzung der Unschuldsvermutung aufgrund der Ausgestaltung der Bonusregelung ausgegangen werden.

### 7.3.3.2. Isolierte und bestrittene Unternehmenserklärung

Zu klären ist, ob die mit der Selbstanzeige vorgetragenen Beweismittel in Form der Unternehmenserklärungen (Art. 9 Abs. 1 SVKG) zu untermauern sind, wenn sie isoliert dastehen und bestritten werden. Das Bundesverwaltungsgericht erwog, die mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel seien frei zu würdigen. Selbst bei «[i]solierte[r] (und bestrittene[r]) Information nur eines einzigen Selbstanzeigers» bedürfe es nicht unbedingt einer weiteren Unterlegung.<sup>713</sup> Soweit mit Selbstanzeigen vorgebrachte Beweismittel durch weitere vorgebrachte oder sonst erhobene Beweismittel gestützt würden, könne den Selbstanzeigen allerdings höhere Glaubwürdigkeit zukommen.<sup>714</sup> Nach der Praxis der WEKO ist es möglich, dass die Aussage einer Partei alleine den genügenden Beweis erbringt. Dies gelte selbst dann, wenn die Aussage von sämtlichen weiteren Parteien bestritten werde.<sup>715</sup> 483

Nach älterer Praxis des Bundesverwaltungsgerichts genügte eine bestrittene Belastungsaussage von einem sich anzeigenden Unternehmens ohne weitere Beweismittel nicht, um den genügenden Beweis der Abrede zu erbringen.<sup>716</sup> Diese Praxis stand in der Kritik, sie sei nicht mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu vereinbaren.<sup>717</sup>

Auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) können Aussagen von Kronzeugen als 484

<sup>713</sup> BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, E. 6.5.5.8 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Cellere); BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 8.5.5.3 und E. 8.5.5.4 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Erne).

<sup>714</sup> BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, E. 6.5.5.8 (Strassen- und Tiefbau Aargau: Cellere).

<sup>715</sup> RPW 2015/2 246, 252 N 44 (Türprodukte); RPW 2015/2 193, 197 N 42 (Tunnelreinigung).

<sup>716</sup> BVGer B-581/2012 vom 23. September 2014, E. 4.4.34 (Siegenia-Aubi); BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 5.4.34 (Paul Koch).

<sup>717</sup> RPW 2020/3a 880, 900 125 (Bauleistungen See-Gaster).

alleinige Beweisgrundlage im Gerichtsverfahren reichen, sofern die belasteten Parteien in der Untersuchung die Möglichkeit hatten, die Aussagen des Kronzeugen zu prüfen.<sup>718</sup>

485 Der Rechtsvergleich zum *EU-Recht* zeigt, dass Unternehmenserklärungen streng gewürdigt werden, was bei der Anwendung der Bonusregelung im Schweizer Recht berücksichtigt werden könnte. Unter EU-Recht sind bestrittene, mündliche Erklärungen seitens des sich anzeigenden Unternehmens namentlich stets mit weiteren Beweismitteln zu unterlegen, wobei der Grad der Erhärtung von der Glaubhaftigkeit der Aussagen abhängt.<sup>719</sup> Bestrittene Aussagen können durch Aussagen, die von anderen Unternehmen vorgebracht werden, untermauert werden.<sup>720</sup> Es ist auch möglich, dass Aussagen durch Mitarbeitende des sich anzeigenden Unternehmens selbst gestützt werden.<sup>721</sup> Glaubhaft erscheinende Aussagen, die durch ein Bündel von Indizien zum mutmasslichen

---

<sup>718</sup> Entscheid des EGMR vom 17. Juli 2001, Nr. 29900/96, 29901/96, 29902/96 and 29903/96, *Sadak and others v. Turkey*, N 65: : «[...] it may prove necessary [...] for the judicial authorities to refer to depositions made during the investigative stage. If the defendant has been given an adequate and proper opportunity to challenge those depositions, either when made or at a later stage, their admission in evidence will not in itself contravene Article 6 §§ 1 and 3 (d). The corollary of that, however, is that where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 [...]»; ferner Entscheid des EGMR vom 27. Januar 2011, Nr. 42224/02, *Krivoshapkin v. Russia*, N 54; FORRESTER/BERGHE, 175.

<sup>719</sup> So lautet die Formel nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU verbundene Rechtssachen C-239/11 P, C-489/11 P und C-498/11 P vom 19. Dezember 2013, *Siemens u.a. v. Kommission*, ECLI:EU:C:2013:866, N 135, wie folgt «Zu den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien, auf die das Gericht dabei Bezug nimmt, gehört der [...] zutreffend hervorgehobene Grundsatz, dass eine Erklärung, die ein der Beteiligung an einem Kartell beschuldigtes Unternehmen abgibt und deren Richtigkeit von anderen Unternehmen bestritten wird, die ebenfalls einer solchen Beteiligung beschuldigt werden, nicht als hinreichender Beweis für die Begehung einer Zuwiderhandlung durch diese anderen Unternehmen angesehen werden kann, wenn sie nicht durch andere Beweise erhärtet wird, wobei der erforderliche „Grad der Erhärtung“ aufgrund der Glaubhaftigkeit der fraglichen Erklärungen geringer sein kann.»; RIETHMÜLLER, 142 f., 144 f. m.H.

<sup>720</sup> Zur Stütze der Aussage durch andere Unternehmen siehe EuG T-113/07 vom 12. Juli 2011, *Toshiba v. Kommission* ECLI:EU:T:2011:343, N 90, N 134; id N 144 «[...] Fuji hat damit jedoch den wichtigsten Punkt der Angaben von ABB und des Vorwurfs der Kommission gegenüber den japanischen Herstellern erhärtet.».

<sup>721</sup> EuG T-191/06 vom 16. Juni 2011, *FMC Forret v. Kommission*, ECLI:EU:T:2011:277, N 179.

Verstoss bereits belegt sind, müssen nicht unbedingt mit zusätzlichen Beweismitteln untermauert werden.<sup>722</sup>

Der Vergleich zum *US-Recht* zeigt, dass jedenfalls aussergerichtliche «Erklärungen von Mittätern» nicht zum Beweis zugelassen bzw. stets mit weiteren Beweismitteln zu unterlegen sind. Aussagen, die nicht vor der Jury im Gerichtsverfahren (trial) abgelegt und als Beweis offeriert werden, werden namentlich als Hörensagen bzw. Hearsay bezeichnet und Hörensagen ist grundsätzlich nicht zum Beweis zugelassen.<sup>723</sup> Die ausserhalb einer Gerichtsverhandlung und damit mittelbar getroffene Aussage eines Beteiligten, die die eigene Beteiligung und diejenige weiterer Unternehmen an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede impliziert (z.B. Aufnahmen oder andere Dokumentationen von Aussagen), stellt somit vom Beweis ausgenommenes Hörensagen dar.<sup>724</sup> Selbst wenn eine solche Mittäteraussage ausnahmsweise zum Beweis zugelassen sein sollte, namentlich weil sie in der Ausübung des Verstosses ergangen ist (in furtherance of a conspiracy), kann sie nun nicht die Existenz des Verstosses beweisen (Federal Rules of Evidence 801[d][2][E]), womit wohl die Wertung einhergeht, dass ausserhalb einer Gerichtsverhandlung vorgebrachte Mittäteraussagen tendenziell einen geringen Beweiswert aufweisen.

<sup>722</sup> EuG T-67/00 vom 8. Juli 2004, JFE Engineering v. Kommission, CLI:EU:T:2004:221, N 220, N 335, id N 220: « [...] bestimmte spezifische Aspekte der von Herrn Verluca genannten und in Artikel 1 der angefochtenen Entscheidung festgestellten Vereinbarung über die Marktaufteilung durch ein Bündel übereinstimmender Indizien erhärtet wird, so können [...] die Erklärungen von Herrn Verluca allein ausreichen, um andere Aspekte der angefochtenen Entscheidung zu belegen.»; KHAN, 583 N 8-125.

<sup>723</sup> Federal Rules of Evidence 801(c)(1): «[Hearsay is] a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted.»; Federal Rules of Evidence 802: «Hearsay is not admissible unless any of the following provides otherwise: [...]; these rules; [...].»; ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 93 f.

<sup>724</sup> ABA Antitrust Section, Proof of Conspiracy, 93 f.: «By that definition, an out-of-court statement by an alleged coconspirator may be considered classic hearsay.».

## 7.4. EINZELFRAGEN ZUM RECHTSSCHUTZ GEGEN DIE SANKTIONSVERFÜGUNG

487 Das Bundesverwaltungsgericht verfügt im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen die Sanktionsverfügung über volle Kognition (Kap. 7.4.1). Soweit ein Selbstanzeiger erst im Beschwerdeverfahren gegen die Sanktionsverfügung die eigene Beteiligung am mutmasslichen Verstoß bestreitet (Kap. 7.4.2), kann das Bundesverwaltungsgericht dementsprechend prüfen, ob tatsächlich eine der Abrede zugrundeliegende Koordination bestanden hat (Kap. 7.4.2.1). Das Unternehmen könnte einerseits vorbringen, der Sachverhalt sei nicht rechtsgenügend abgeklärt worden. Sollte sich das Unternehmen dabei auf Sachverhaltselemente stützen, die es den Behörden im erstinstanzlichen Verfahren verschwiegen hat, könnte auf eine Verletzung einer Kooperationspflicht im erstinstanzlichen Verfahren mit entsprechenden Folgen für den Sanktionsbonus geschlossen werden (Kap. 7.4.2.2). Das Unternehmen könnte andererseits beanstanden, das erstinstanzliche Verfahren sei rechtlich mangelhaft geführt worden (Kap. 7.4.2.3).

### 7.4.1. Kognition des Bundesverwaltungsgerichts

488 Dem Bundesverwaltungsgericht kommt in einem Beschwerdeverfahren gegen die Sanktionsverfügung volle Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 12 ff. und Art. 49 lit. b VwVG).<sup>725</sup> Aufgrund der umfassenden Kognition trifft das Bundesverwaltungsgericht die Pflicht, fehlende rechtserhebliche Tatsachen selbst zu ermitteln und die entsprechenden Beweise zu erheben oder, soweit die WEKO den Sachverhalt überhaupt nicht oder nur rudimentär abgeklärt hat, die Sache an die WEKO zurückzuweisen.<sup>726</sup>

489 Nach der *Rechtsprechung* des Bundesverwaltungsgerichts ist es zulässig, dass ein Unternehmen, das eine Selbstanzeige eingereicht hat, die rechtliche Würdigung des angezeigten Verhaltens im Beschwerdeverfahren bestreitet. Die mit der Selbstanzeige gezeigte Kooperationsbereitschaft sei nicht per se als Schuldeingeständnis zu verstehen und das Einreichen einer Selbstanzeige habe keinen Einfluss auf die Verteidigungsrechte.

---

<sup>725</sup> BGer 2C\_1017/2014 vom 9. Oktober 2017, E. 2.2. (KOCH Group).

<sup>726</sup> BGer 2C\_1017/2014 vom 9. Oktober 2017, E. 2.2. (KOCH Group).

Die im Rahmen der Selbstanzeige vorgelegten Informationen und Beweismittel würden sich lediglich auf den Sachverhalt beziehen. Die rechtliche Würdigung sei nicht Gegenstand der Selbstanzeige.<sup>727</sup>

Selbstanzeigen tragen zur Beweisführung der Behörden bei und beschleunigen nur insofern das Verfahren. Sie beschränken nach hier vertretener Auffassung aber weder das Verfolgungsermessen der Wettbewerbsbehörden noch reduzieren sie das anwendbare Beweismass (Kap. 7.2), noch erleichtern sie das Verfahren, indem mit ihnen ein Rechtsmittelverzicht einhergehen würde. Es ist daher davon auszugehen, dass auch das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren gegen eine Sanktionsverfügung, die sich auf Selbstanzeigen stützt, die volle Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht behält. 490

## 7.4.2. Kontrolle bei im Beschwerdeverfahren bestrittener Selbstanzeige

### 7.4.2.1. Beteiligung am Wettbewerbsverstoss

Sofern das sich anzeigende Unternehmen nur einen teilweisen Sanktionserlass erhalten hat, ist es denkbar, dass es Beschwerde erhebt und dabei die eigene Beteiligung am Verstoss bestreitet. Wenn nämlich im Beschwerdeverfahren festgestellt wird, dass es nicht an einem Verstoss beteiligt war, wird es nicht sanktioniert. 491

Soweit das selbstanzeigende Unternehmen in einem Beschwerdeverfahren entgegen seinen Vorbringen oder seinem Verhalten im erstinstanzlichen Verfahren im Rahmen einer Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht geltend macht, der festgestellte Sachverhalt sei nicht genügend erstellt, wäre dabei die Sachverhaltsfeststellung der Wettbewerbsbehörden zu prüfen. 492

Der Rechtsvergleich zum *EU-Recht* ergibt, dass sich das Gericht der EU mit ähnlichen Konstellationen auseinandergesetzt hat. So hielt das Gericht in der

---

<sup>727</sup> BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 2.1, E. 2.2, E. 2.8 (Paul Koch); BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014, E. 4.1, E. 4.4, E. 4.9 (SFS unimarket); siehe auch ZIMMERLI, Fensterbeschläge, N 7.



Sache Tokai Carbon v. Kommission fest,<sup>728</sup> da sich das selbstanzeigende Unternehmen bei der Mitteilung der Beschwerdepunkte an das Unternehmen vor der Kommission u.a. nicht darauf berufen hatte, an den fraglichen Treffen nicht teilgenommen zu haben, sei die Kommission davon ausgegangen, dass das Unternehmen an diesen Treffen beteiligt war. Im Rechtsmittelverfahren bestritt das Unternehmen dagegen, dass eine Beteiligung an den Treffen bestanden hatte. Das Gericht der EU erwog dazu, die Kommission habe sich auf das Verhalten des Unternehmens – namentlich das Nichtbestreiten der Beteiligung – bei ihrer Würdigung abstützen dürfen.<sup>729</sup>

Unter *US-Recht* ist in solchen Fällen im Beschwerdeverfahren vor dem Court of Appeals nur eine beschränkte Kontrolle möglich. Der Court of Appeals for the Seventh Circuit prüfte in *United States v. Beaver*<sup>730</sup> im Beschwerdeverfahren betreffend die Verurteilung eines angeklagten Kartellteilnehmers die Aussage des Vize-Präsidenten eines am Kartell beteiligten Unternehmens, der sich angezeigt hat. Mit Hinweis auf die Rechtsprechung erwog das Gericht, die persönliche Glaubwürdigkeit werde nicht nochmals geprüft, da diese Aufgabe der Jury obliege («not second guess the jury's credibility decisions»). Allerdings wurde die Übereinstimmung mit verschiedenen Aussagen der Vertreter von Mitkartellanten durchleuchtet, um die Beteiligung des Angeklagten am Verstoß nachzuweisen.<sup>731</sup>

---

<sup>728</sup> EuG T-236/01 vom 19. April 2004, Tokai Carbon v. Kommission, ECLI:EU:T:2004:118.

<sup>729</sup> EuG T-236/01 vom 19. April 2004, Tokai Carbon v. Kommission, ECLI:EU:T:2004:118 N 110: «Dieser späte Einwand kann jedoch in der Sache keinen Erfolg haben. Wie oben ausgeführt, war die Kommission zu der Annahme berechtigt, dass Nippon, als sie mit den in der Mitteilung der Beschwerdepunkte angeführten Beweisen konfrontiert wurde, ihre Beteiligung am Kartell im relevanten Zeitraum nicht bestritten hatte. Folglich konnte sich die Kommission vor Gericht darauf beschränken, auf das Verhalten von Nippon im Verwaltungsverfahren und auf die genannten Beweise hinzuweisen, die u. a. in Erklärungen von SGL, SDK und UCAR bestehen. Diese Erklärungen — die in Beantwortung einer schriftlichen Frage des Gerichts von der Kommission in zusammengefasster Form vorgelegt wurden — liefern einen rechtlich hinreichenden Nachweis für die Beteiligung von Nippon am Kartell im fraglichen Zeitraum.»

<sup>730</sup> *United States v. Beaver*, 515 F.3d 730 (7th Cir. 2008).

<sup>731</sup> *United States v. Beaver*, 515 F.3d 730, 739 (7th Cir. 2008): «We will not second-guess the jury's credibility decisions in evaluating [...] challenge to the sufficiency of the evidence [...]. But the credibility of [...] aside, their testimony sufficiently implicated [...]».

### 7.4.2.2. Einhaltung der Verhaltenspflichten

Es könnte als «widersprüchlich» gewertet werden, wenn das Unternehmen erst im Beschwerdeverfahren vorbringt, der mit einer Selbstanzeige dargelegte Sachverhalt betreffend die Beteiligung am mutmasslichen Verstoss habe sich nicht so abgespielt, wie dies explizit oder implizit im erstinstanzlichen Verfahren erklärt wurde. Namentlich wäre ein Widerspruch zur Pflicht, sämtliche dem Unternehmen zur Verfügung stehende Beweismittel unaufgefordert vorzulegen (Art. 8 Abs. 2 Bst. b-c SVKG), denkbar. 493

Das Bundesverwaltungsgericht hatte im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen die Verfügung der WEKO «Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren»<sup>732</sup> darüber zu befinden, ob ein Unternehmen, das sich selbst angezeigt hat, im Rahmen der Beschwerde die eigene Beteiligung am mutmasslichen Verstoss bestreiten dürfe. Die WEKO hat im Beschwerdeverfahren geltend gemacht, der durch die Selbstanzeige begründete Sanktionserlass sei zu entziehen, wenn das Unternehmen namentlich das Vorliegen einer Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG nachträglich bestreitet, weil dies gegen Treu und Glauben verstosse und einem Rückzug der Selbstanzeige gleichkomme. Die Beschwerdeführerin forderte dagegen, die im Rahmen der Kooperation gemachten Angaben würden sich auf die Erhebung des Sachverhalts beziehen und nicht auf dessen rechtliche Würdigung, eine Selbstanzeige verlange kein Schuldeingeständnis und mit der Kooperationsanzeige ginge kein Schuldgeständnis einher. Das Bundesverwaltungsgericht erwog, es erachte es als grundsätzlich zulässig, wenn ein Unternehmen, das eine Selbstanzeige eingereicht hat, die rechtliche Würdigung des Sachverhalts mit einer Beschwerde bestreitet, insbesondere weil die Selbstanzeige keinen Einfluss auf die Verteidigungsrechte des Unternehmens habe.<sup>733</sup>

Wenn ein Unternehmen erst nachträglich im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht seine eigene Beteiligung am Verstoss bestreitet, könnte im Beschwerdeverfahren nach hier vertretener Auffassung darauf geschlossen werden, dass das 494

<sup>732</sup> RPW 2010/4 717 (Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren).

<sup>733</sup> BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 2.1, E. 2.2, E. 2.8 (Paul Koch); BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014, E. 4.1, E. 4.4, E. 4.9 (SFS unimarket); siehe auch ZIMMERLI, Fensterbeschläge, N 7.

Unternehmen im erstinstanzlichen Verfahren nicht sämtliche Beweismittel vorgelegt hat. So ist die Bestätigung, mit anderen Unternehmen einen natürlichen Konsens über eine Abstimmung von Preisen, Mengen oder Gebieten gefunden zu haben, eine Tatfrage (N 83). Dementsprechend sind Aussagen zu allfällige Bedenken, ob dieser Konsens bestanden hat, Beweismittel. Wenn vom Unternehmen im erstinstanzlichen Verfahren der natürliche Konsens, namentlich die eigene Zustimmung oder Beteiligung ausdrücklich bestätigt wurde und dies nachträglich im Beschwerdeverfahren relativiert wird, hat das Unternehmen im erstinstanzlichen Verfahren – entgegen seiner Pflicht aus Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG – nicht sämtliche verfügbaren Beweismittel offengelegt.

- 495 Soweit die Verletzung einer Verhaltenspflicht im Beschwerdeverfahren festgestellt wird, könnte die Konsequenz daraus in einer reformatio in peius zulasten des Selbstanzeigers liegen, indem diesem die Sanktionsreduktion versagt wird.

### 7.4.2.3. Erstinstanzliche Verfahrensführung

- 496 Abzugrenzen von der Klärung der Beteiligung am Verstoss und der Prüfung der Verhaltenspflichten ist die Kontrolle der erstinstanzlichen Verfahrensführung, die auch gerügt sein könnte, wenn ein Unternehmen seine Beteiligung am Verstoss erst im Beschwerdeverfahren bezweifelt. Die Konsequenz einer Gutheissung dieser Rüge kann darin liegen, dass der mit der Selbstanzeige vorgebrachte Sachverhalt als nicht erstellt gilt. So könnte das Unternehmen etwa vorbringen, es sei zu Aussagen im erstinstanzlichen Verfahren gezwungen worden und die Vorinstanz habe damit gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs (Kap. 7.1.2) verstossen, womit, wenn dem Vorbringen des beschwerdeführenden Unternehmens gefolgt wird, die Aussage nicht verwertet werden darf. Mit derartigen Rügen geht keine Verletzung einer Verhaltenspflicht einher, weil das Unternehmen im erstinstanzlichen Verfahren den Sachverhalt nicht korrekt wiedergeben konnte.

## 8. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

### Grundlagen

Mit der Bonusregelung soll zunächst mit der Selbstanzeige eines sich marktschädigend verhaltenden Unternehmens der rechtserhebliche Sachverhalt eines Wettbewerbsverstosses in Form der Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG (Art. 49a Abs. 1 KG) aufgeklärt werden. Das Unternehmen erhält für die Aufklärungshilfe einen Sanktionsbonus, was sich dadurch rechtfertigt, dass es zur Kooperation bewegt werden soll (Art. 49a Abs. 2 KG). 497

In den Grundlagen wurden daher zuerst die unzulässige Wettbewerbsabrede, namentlich die unzulässige Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG, sowie die direkte Sanktion, die bei der Beteiligung an einer solchen Abrede ausgesprochen wird, dargelegt. Um die Bonusregelung als Ermittlungsinstrument einordnen zu können und den mit der Selbstanzeige nachzuweisenden Sachverhalt zu klären, erfolgte auch eine Darstellung des Ermittlungsverfahrens. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens werden Beweismittel durch den Einsatz von Ermittlungsinstrumenten erhoben. Mit den Beweismitteln soll der den Tatbestandselementen zugrundeliegende Sachverhalt nachgewiesen werden. Für die Feststellung des Verstosses muss in einem Verfahren, in dem die Beteiligung eines Unternehmens an einer Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG unter Verdacht steht, insbesondere der Konsens mehrerer mutmasslich an der Abrede beteiligter Unternehmen, sich über Preise, Mengen oder Gebiete abgesprochen zu haben, nachgewiesen werden. 498

### Funktionsweise

Flankiert von Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen sollen mit der Bonusregelung unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen aufgedeckt und beseitigt werden können. Die Ermittlung und der Nachweis der Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede sind aufgrund der Natur der Wettbewerbsabrede erschwert. Schwierigkeiten bereitet der Nachweis von unzulässigen Wettbewerbsabreden, soweit sich die Behörden auf die Umstände der Abrede abstützen müssen. Namentlich aus den Auswirkungen der Wettbewerbsabrede auf dem Markt, wie aus überhöhten Preisen, können regelmässig 499

keine rechtlich hinlänglichen Schlüsse auf die Existenz einer Wettbewerbsabrede gezogen werden. Man spricht auch von scheinbar opferlosen Verstössen, die allerdings tatsächlich hohen Schaden anrichten. *Ziel und Zweck* der Bonusregelung ist es daher, Eingeweihte zur Kooperation zu bewegen, um den Wettbewerbsverstoss aufdecken zu können. Die Bonusregelung ist deshalb so konstruiert, dass sie einem an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen einen Anreiz zur Kooperation im Rahmen der Aufklärung des Wettbewerbsverstosses bietet.

- 500 Die Ermittlung mithilfe der Bonusregelung ist effektiv, wenn das zur Selbstanzeige bereite Unternehmen unter Druck steht, weil es damit rechnen muss, dass bald ein anderes Unternehmen die Selbstanzeige einreichen wird. Daher wird zudem eine Regelung vorgesehen, die alle am Verstoss beteiligten Unternehmen dadurch unter Handlungsdruck setzt, dass ein Wettlauf um die zeitlich erste Selbstanzeige besteht. Das erste Unternehmen kann dabei als einziges Unternehmen den Sanktionserlass erhalten. Der erste Rang wird provisorisch bereits für eine rudimentär belegte Selbstanzeige erteilt.
- 501 Darüber hinaus bestehen für den Sanktionserlass Kooperationspflichten. Das Unternehmen muss Informationen oder Beweismittel mit einer Mindestqualität vorlegen, wofür es einen bedingten Sanktionserlass erhält. Zudem hat es sich kooperativ zu verhalten.
- 502 Ein weiteres am selben Verstoss beteiligtes Unternehmen kann in die Position des ersten Unternehmens, das sich angezeigt hat, nachrücken und damit vom vollen Sanktionserlass profitieren, wenn diese Kooperationspflichten nicht eingehalten werden.
- 503 Die Ermittlung mithilfe der Bonusregelung ist effektiv, wenn die Voraussetzungen des Sanktionserlass transparent ausgestaltet sind, das heisst namentlich, wenn die Voraussetzungen aus Unternehmenssicht klar sind. Dies setzt voraus, dass die Behörden bei gegebenen Voraussetzungen über wenig Ermessensspielraum beim Entscheid über den Sanktionserlass verfügen. Die Voraussetzungen des Sanktionserlasses liegen darin, dass das eigentlich zu sanktionierende Unternehmen Beweismittel zu einem Wettbewerbsverstoss, die einen bestimmten Beweiswert aufweisen, vorgetragen hat, nicht massgeblich Schuld am Verstoss trägt und während des gesamten Verfahrens kooperiert hat.

Die nachrangigen Unternehmen können für eine Selbstanzeige desselben Verstosses mit einer Sanktionsreduktion in der Höhe von 50 Prozent oder für die Anzeige eines weiteren Verstosses in der Höhe von 80 Prozent der Sanktion belohnt werden. 504

Ein Unternehmen würde von einer Selbstanzeige absehen, wenn die vorgelegten Beweismittel als Grundlage für Klagen in zivilrechtlichen Folgeprozessen dienen könnten. Der Verwertung der Unternehmenserklärung und ihrer Beilagen als Beweis in Zivilprozessen sind rechtlich keine Schranken gesetzt. Bei Wettbewerbsbeschränkungen, die sich grenzüberschreitend auswirken, besteht zusätzlich die Gefahr, dass die mit der Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel im Rahmen förmlicher Beweisverfahren erhoben werden. Um ein Unternehmen zur Selbstanzeige zu motivieren, werden verschiedene Vorkehrungen getroffen, die verhindern sollen, dass die Selbstanzeige als Beweismittel in Zivilprozessen verwertet wird: 505

Um zu vermeiden, dass Selbstanzeigen in Zivilprozesse als Beweismittel einfließen, kann die Unternehmenserklärung mündlich bzw. bei den Behörden zu Protokoll abgegeben werden, sodass die Erklärung von Privaten nicht vom Unternehmen herausverlangt werden kann. Zur Vermeidung zivilrechtlicher Folgeprozesse soll das Unternehmen bei der Selbstanzeige zudem auf ein Schuldgeständnis im Sinne einer «Anerkennung der Anklage» verzichten dürfen. 506

Die Akteneinsicht in die eigentliche Selbstanzeige ist insofern begrenzt, als sie nur vor Ort bei den Wettbewerbsbehörden genommen werden kann. Die vorgelegten Beweismittel werden sodann mit der Sanktionsverfügung nur soweit publiziert, wie dies für die Begründung der Sanktionsverfügung notwendig ist. Die Identität des Unternehmens das sich angezeigt hat, kann nicht anonym bleiben. Das Unternehmen sollte explizit eine Zusicherung der Geheimhaltung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ von den Behörden verlangen, damit die Akten zur Selbstanzeige samt Beilagen nicht aufgrund des Öffentlichkeitsgesetzes (BGÖ) zugänglich gemacht werden müssen. 507

Der Staat als Geschädigter könnte durch Amtshilfe Einsicht in die Selbstanzeige erhalten. Der Persönlichkeitsschutz aufgrund des DSG steht einem solchen Austausch nicht unbedingt entgegen. Es ist dabei jeweils das Interesse am Funktionieren der Bonusregelung, indem ein Anreiz zur Selbstanzeige durch Verhinderung ihrer Verwendung im Zivilprozess gesetzt wird, bei der Abwägung, ob Informationen weiter- 508

gegeben werden, zu gewichten. Im Rahmen der Amtshilfe mit den EU-Staaten werden Beweismittel, die durch Selbstanzeigen erlangt wurden, nur weitergegeben, wenn das Unternehmen zustimmt.

#### Anwendungsbereich

- 509 Sodann wurde der Anwendungsbereich der Bonusregelung untersucht. Zu diesem ist festzuhalten, dass die Regelung gestützt auf ihre Gesetzesgrundlage in Art. 49a Abs. 1 und Abs. 2 KG zur Bewältigung erschwelter Ermittlungen auch in Fällen von Abreden über die Preisbindung zweiter Hand und den absoluten Gebietsschutz i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG eingesetzt werden sollte. Entgegen der gesetzlichen Grundlage in Art. 49a Abs. 1 und Abs. 2 KG rechtfertigt sich die Anwendung der Bonusregelung beim Missbrauch der Marktbeherrschung gemäss Art. 7 KG indes nicht, denn unter der Bonusregelung sollte ein Sanktionserlass erteilt werden, ohne dass dabei Entschliessungsermessen besteht. Die Sanktionen beim einseitigen Verhalten des Missbrauches der marktbeherrschenden Stellung würden folglich nicht mehr abschrecken, wenn das Unternehmen seinen eigenen Sanktionserlass «steuern» kann, indem es eine Selbstanzeige setzt. Dies ist zwar bei der Anwendung der Bonusregelung auf Wettbewerbsabreden auch der Fall, wird dabei aber dadurch kompensiert, dass andere Beteiligte an der Abrede aufgedeckt und damit die abschreckende Wirkung der Sanktion für diese Beteiligten und damit gesamthaft dennoch erhöht wird.
- 510 Der persönliche Ausschluss der anführenden, anstiftenden und zum Wettbewerbsverstoß zwingenden Unternehmen vom Sanktionserlass (Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG) soll dem Schuldprinzip Rechnung tragen. Als Anführer wird das Unternehmen erachtet, welches die treibende Kraft gewesen war. Die Führerschaft ergibt sich aus der Wahrnehmung von organisatorischen Aufgaben. Von Bedeutung ist namentlich, ob das Unternehmen die Kontrolle der Abrede vornimmt und die Durchsetzung sicherstellt. Aus den Umständen wie der Interessenlage ergeben sich weitere Hinweise. Anstifter sind namentlich deshalb ausgeschlossen, um Missbräuchen vorzubeugen, die darin liegen, dass ein Unternehmen Konkurrenten zur Abrede anstiftet, um sie zu schädigen. Die Ausübung von Zwang ist ein regelmässig eingesetztes Mittel, um die Abrede durchzusetzen. Zwang wird namentlich durch Vergeltungsmassnahmen ausgeübt.

Bestätigung des Ranges

Weiter wurde die Bestätigung des Ranges bei der Selbstanzeige (Marker oder formelle Selbstanzeige) genauer betrachtet. Die Bonusregelung verlangt, dass Handlungsdruck erzeugt wird (N 500). Nur das Unternehmen, das von allen am Verstoss beteiligten Unternehmen als erstes Unternehmen die eigene Beteiligung an einem mutmasslichen Verstoss anzeigt, kann daher von einem vollen Sanktionserlass profitieren. Vor der Eröffnung einer behördlichen Untersuchung stellen sich bei der Anzeige der Kooperationsbereitschaft folgende Probleme: Ein Unternehmen will sich mit der Anzeige nicht exponieren, bevor ihm bestätigt wurde, dass es der erste Selbstanzeiger ist, und Behörden wollen nicht vorschnell den ersten Rang mit der Bestätigung des Ranges vergeben. Im Rahmen der Begründung des Sachverhalts zum mutmasslichen Verstoss kann daher der Verdacht des Unternehmens, an einem Verstoss beteiligt gewesen zu sein, zunächst anonym abgelegt werden (Art. 9 Abs. 1 oder Abs. 2 SVKG). Nach der vorliegenden Auffassung sollten vor der Bestätigung des Ranges zudem keine umfassenden Kooperationspflichten bestehen, sondern Informationen und Beweismittel behelfsweise vorgetragen werden dürfen, bis der Rang provisorisch bestätigt wird. 511

Für die Bestätigung des Ranges im Rahmen einer Kooperation während einer Untersuchung sollte das Unternehmen nicht verpflichtet werden, unaufgefordert die Selbstanzeige einreichen zu müssen, um den Sanktionserlass erhalten zu können. So ergibt sich aus der Gesetzesgrundlage in Art. 8 SVKG keine solche Pflicht. Auch sollte vom Unternehmen keine besondere kooperative Gesinnung verlangt werden, die es durch die unaufgeforderte Selbstanzeige zu offenbaren hat, weil ein Unternehmen eine solche Gesinnung nicht aufweisen kann. 512

Kann aufgrund eröffneter Untersuchung eine Selbstanzeige nur noch während einer Untersuchung gesetzt werden, könnte verfahrensrechtlich ein Hinweis der Behörde auf die Bonusregelung an nur eines der unter Verdacht stehenden Unternehmen diesem einen Wissens- und damit Zeitvorsprung verschaffen, der zur Sicherung des ersten Ranges genutzt werden könnte. Ein solcher gezielter Hinweis könnte mit dem Rechtsgleichheitsgebot im Konflikt stehen, weshalb der Eingriff in die Rechtsgleichheit zu prüfen ist. Aus der Prüfung ergibt sich, dass der Hinweis meistens nicht notwendig ist, weshalb grundsätzlich davon abgesehen werden sollte. Eine weitere Konstellation 513



besteht dann, wenn den bereits unter Verdacht stehenden Unternehmen rein faktisch ein Hinweis durch die Eröffnung einer Hausdurchsuchung oder durch andere Ermittlungshandlungen gegeben wird. So erhalten Unternehmen, bei denen im Rahmen einer ersten Ermittlung eine Hausdurchsuchung stattfindet, Informationen, die zur Rangsicherung genutzt werden können. Sie werden daher stark bevorzugt. Die damit einhergehende Ungleichbehandlung ist nach hier vertretener Auffassung für das Unternehmen, das erst später von der Eröffnung erfährt, nicht zumutbar. So liegt der Grund, der die Ungleichbehandlung rechtfertigt, in der ersten Ermittlung, womit ein für das Unternehmen rein zufällig ausgewählter Grund gilt, der es stark benachteiligt.

- 514 Für die Bestätigung des Ranges bedarf es nach hier vertretener Auffassung noch keiner Darlegung, dass das Unternehmen sich an einem Verstoss beteiligt habe. Das Unrechtsbewusstsein ist kein Tatbestandsmerkmal und es sollte daher auch nicht im Rahmen eines bei der Anzeige der Kooperationsbereitschaft vorzubringenden Verdachts dargelegt werden müssen. Soweit es als Indiz für die Wettbewerbsabrede dient, kann vom Unternehmen im Stadium der Bestätigung des Ranges keine Bestätigung dieses Unrechtsbewusstseins verlangt werden, selbst wenn es bestehen würde, weil zu diesem Zeitpunkt noch keine interne Untersuchung vorgenommen oder die Selbstanzeige noch nicht ergänzt wurde.
- 515 Ferner sind notwendigerweise Angaben zu einem aus Behördensicht mutmasslichen Verstoss vorzutragen. Damit ein Rang bestätigt werden kann, muss der mutmassliche Verstoss mehr oder weniger substantiiert dargelegt werden. Namentlich bei einem Marker ist es möglich, den mutmasslichen Verstoss nur in den Grundzügen zu formulieren. Zu beachten ist, dass der Wettstreit dadurch in weiteren Verfahren beschränkt werden könnte, namentlich wenn der Marker eine ganze Branche umfasst. Wenn mit der Eröffnung weiterer Verfahren in derselben Industrie zu rechnen ist, muss der mutmassliche Verstoss daher weiter eingegrenzt werden.
- 516 Für die Bestätigung des Ranges sind zumindest Indizien vorzulegen, die auf einen mutmasslichen Verstoss deuten, die in der Beschreibung des Verstosses oder in anderen Beweismitteln liegen können. Von Bedeutung ist, dass die Behörden überhaupt die Anzeige eines mutmasslichen Verstosses erkennen können. Vorbringen, die nicht annähernd auf die eigene Beteiligung an einem Verstoss hinweisen, sind keine ausreichenden Indizien für die eigene Beteiligung an einem Verstoss, womit sie keine Selbstanzeige darstellen.

Aufgrund des Wettstreits um die erste Selbstanzeige sind Missbräuche der Selbstanzeige zu befürchten. Der Bonuswettstreit ist bedroht, wenn ein Unternehmen mit einer unzureichenden Darstellung des mutmasslichen Verstosses den ersten Rang abtastet, ohne tatsächlich kooperieren zu wollen. Die Selbstanzeige nützt dem Unternehmen dann dazu, zu klären, ob die Wettbewerbsbehörden bereits einen Verdacht aufgrund einer Selbstanzeige eines anderen Unternehmens hegen. Der Verstoss sollte auch aus diesem Grund in den Grundzügen umschrieben werden. 517

Beim Entscheid über die Bestätigung des Ranges sollten die Behörden über begrenztes Ermessen verfügen, weil sich das Unternehmen mit der Anzeige der Kooperationsbereitschaft exponiert. Es sollte daher nur zulässig sein, dass die Behörden Erwägungen anstellen zur ausreichenden Beschreibung des mutmasslichen Verstosses, zur Anzeige des Kooperationswillen, zur Notwendigkeit, interne Untersuchungen anzustellen und zur Ansetzung einer Frist für interne Untersuchungen. 518

Der Entscheid über die Bestätigung des Ranges und die Ansetzung einer Frist zur Vorlage von Beweismitteln stellt nach vorliegend vertretener Auffassung eine Verfügung dar. Mit der Mitteilung zum Eingang der Selbstanzeige legt sich das Sekretariat nämlich darauf fest, dass das Unternehmen die erste Selbstanzeige, die zu einem bestimmten Verstoss eingereicht wurde, ist, und das Unternehmen damit Gelegenheit erhält, sich als Aspirant für den Sanktionserlass zu qualifizieren. Gleichzeitig werden andere Unternehmen durch diese Mitteilung von dieser Möglichkeit ausgeschlossen (Art. 8 Abs. 1 SVKG i.V.m. Art. 10 SVKG). 519

Es ist dabei ein Rechtsschutzinteresse des Unternehmens, dem der Rang versagt wurde, gegen den nicht bestätigten Rang Beschwerde zu erheben, gegeben. Das Unternehmen ist nämlich nach wie vor zur Kooperation gehalten, wenn es sich für einen vollen Sanktionserlass qualifizieren will, womit es bald nach der Versagung des Ranges Rechtssicherheit erlangen können sollte, ob es den Rang hätte erhalten sollen. 520

### Sanktionserlass

Für den Sanktionserlass bestehen nach der Bestätigung des Ranges *Kooperationspflichten*. Ab Erhalt des Ranges entsteht zunächst die Pflicht, innert Frist entscheidende Informationen und Beweismittel vorzutragen (Art. 8 Abs. 1 SVKG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 SVKG). 521

- 522 Das Ermessen bei der Ansetzung der Frist sollte sich daran orientieren, wie komplex die interne Untersuchung ist, ob bereits eine Untersuchung eröffnet wurde und allenfalls, ob Bedenken zum Kooperationswillen und zur Kooperationsfähigkeit des sich anzeigenden Unternehmens bestehen. Bei der Ansetzung der Frist für die interne Untersuchung sind demnach die Umstände des Einzelfalls von Bedeutung, namentlich der abschätzbare Aufwand der internen Untersuchung. Im Rahmen der Kooperation nach eröffneter Untersuchung ist zu beachten, dass in der Regel mehrere Unternehmen zur Kooperation bereit sein dürften, womit tendenziell kürzere Fristen angesetzt werden sollten, um rasch Klarheit darüber zu erlangen, ob ein Unternehmen tatsächlich kooperationsbereit ist.
- 523 Gestützt auf die in interner Untersuchung aufgedeckten Beweismittel oder bei der formellen Selbstanzeige unmittelbar nach der Anzeige gibt das Unternehmen eine Erklärung zum angezeigten Verstoss ab (Art. 9 Abs. 1 SVKG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG). Die Unternehmenserklärung betrifft insbesondere den rechtserheblichen Sachverhalt. Die Erklärung umfasst das gesamte verfügbare Wissen des Unternehmens über den angezeigten Verstoss.
- 524 Die beim Marker nach interner Untersuchung und bei der formellen Selbstanzeige direkt erfolgende Vorlage von Beweismitteln entspricht einem Zusammenspiel zwischen Unternehmen und Behörden, wonach nach der ersten Vorlage von Beweismitteln allenfalls nochmals eine Frist zur Ergänzung der Selbstanzeige mit weiteren Beweismitteln gesetzt wird. Das Unternehmen trägt dazu bei, dass die Behörden die Beweismittel einem mutmasslichen Verstoss zuordnen können. Dabei wird die Untersuchung von den Behörden geführt, bis das angezeigte Verhalten letztlich einem Verstoss zugeordnet werden kann und der Nachweis des Verstosses ausreichend erbracht ist. Sollte kein Verstoss erkannt werden, so sollte das Unternehmen dennoch den ersten Rang erreicht haben, wenn zu einem späteren Zeitpunkt eine Untersuchung zum angezeigten Verstoss eröffnet wird.
- 525 Unternehmen zögern mit der Vorlage von Beweismitteln, wenn unklar ist, ob diese für den bedingten Sanktionserlass ausreichen werden. Ein Ansatz, das Unternehmen zur Kooperation zu bewegen, besteht darin, dass das Unternehmen im Rahmen der Ergänzung der Selbstanzeige behelfsweise Beweismittel vortragen kann, bis es die Bestätigung erhält, dass diese Beweismittel für den bedingten Sanktionserlass ausreichen. Dies ist

im Schweizer Kartellrecht zumindest für anonyme Selbstanzeigen so geregelt (Art. 9 Abs. 3 Bst. c SVKG). Sollte darüber hinaus eine behelfsweise Begründung zugelassen werden, sollte diese – im Gegensatz zum EU-Recht – mit dem Marker kombinierbar sein, weil das Unternehmen sonst vom Marker absehen würde – weil die Option der behelfsweisen Begründung dann nicht mehr offensteht –, womit der Bonuswettstreit beeinträchtigt wäre – da der Marker eine frühe Anzeige fördert.

Daneben bestehen Kooperationspflichten i.S.v. Verhaltenspflichten ab der Bestätigung des Ranges während des gesamten Verfahrens. Diese sind insofern bis zum bedingten Erlass relativiert, als für die anonyme Anzeige der Name des Unternehmens vorerst nicht bekannt zu geben ist (Art. 9 Abs. 2 SVKG, Art. 9 Abs. 3 Bst. c SVKG). Auch soweit darüber hinaus eine behelfsweise Beschreibung der Beweismittel zulässig wäre, würden bis zum bedingten Sanktionserlass keine umfassenden Kooperationspflichten bestehen. 526

Die Kooperation ist eine Voraussetzung des Sanktionserlasses. Namentlich ist das Unternehmen aufgrund der Verhaltenspflichten zur proaktiven und unverzüglichen Vorlage der verfügbaren Informationen oder Beweismittel zum angezeigten Verstoss gehalten (Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG). Es muss während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten (Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG). Das Unternehmen hat demnach im Geiste einer echten Zusammenarbeit mit den Behörden zu kooperieren. Es wurden diesbezüglich mögliche Fallgruppen diskutiert, namentlich die Offenlegung des Tatbeitrags, die Unterstützung der Behörden bei ihren Ermittlungen, die Einstellung der eigenen Beteiligung am mutmasslichen Verstoss sowie die Anzeige weiterer dem Unternehmen bekannter Verstösse (Art. 8 Abs. 2 Bst. d SVKG). Schliesslich wurde diskutiert, ob die Bonusregelung vom Unternehmen die Bestätigung der rechtlichen Einordnung der Behörden verlangt, was verneint wurde, zumal die Selbstanzeige nur den Sachverhalt betrifft. 527

Ein Unternehmen erhält für die mit ausreichend Informationen und Beweismitteln ergänzte Selbstanzeige einen bedingten Sanktionserlass (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG i.V.m. Art. 11 SVKG). Die Voraussetzungen des bedingten Erlasses bestehen darin, dass das Unternehmen bei einer der zwei Formen der Kooperation für den Sanktionserlass – die 528

Eröffnungs- oder Feststellungskooperation – innert Frist ausreichende Informationen und Beweismittel vorgelegt hat (Art. 8 Abs. 1 SVKG).

- 529 Bei Eröffnungskooperation (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG) wird eine Kooperation verlangt, die den Behörden die Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG) erlaubt. Die vom Unternehmen gelieferten Informationen und Beweismittel müssen der Behörde neue Erkenntnisse zum Verstoss bringen. Neuartigkeit sollte dann gegeben sein, wenn nicht damit zu rechnen war, dass die Behörden in naher Zukunft diese Informationen aufgedeckt hätten. Informationen ermöglichen die Eröffnung einer Untersuchung, wenn sie einen hinreichenden Tatverdacht begründen und belegen, d.h. die Beteiligung an der Abrede und deren Existenz nach der allgemeinen Lebenserfahrung möglich erscheinen lassen. Dafür muss der Sachverhalt beschrieben und mit Beweismitteln belegt werden.
- 530 Nach eröffneter Vorabklärung (Art. 26 KG) kann ein Unternehmen noch eine Feststellungskooperation (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG) zum abzuklärenden Verstoss leisten, vorausgesetzt, es wurde noch keine Selbstanzeige zum Verstoss im Rahmen einer Eröffnungskooperation eingereicht. Im Rahmen der Feststellungskooperation stellt sich die Frage, inwiefern ein Unternehmen seine Beteiligung am angezeigten mutmasslichen Verstoss substantiieren muss. Darzulegen ist der Konsens zur Koordinierung zwischen den Unternehmen. Zur Beteiligung anderer Unternehmen an der angezeigten Abrede können Zweifel geäussert werden. Betreffend die eigene Beteiligung sind die Anforderungen in der Praxis allerdings streng. Weiter habe das Unternehmen den subjektiven Zweck des Verhaltens anzugeben, was namentlich beim Nachweis der Wettbewerbsabrede helfen kann.
- 531 Abzuklären war im Rahmen der Feststellungskooperation weiter, wann die gelieferten Beweismittel genügend Beweiswert aufweisen, um den angezeigten Verstoss feststellen zu können, sodass der bedingte Sanktionserlass gesprochen werden kann. Da der bedingte Sanktionserlass vor Abschluss der Untersuchung erteilt wird, reicht es aus, wenn sich die Beweismittel zur Feststellung eignen. Genügend Beweiswert dürfte dabei gegeben sein, sobald es sich um entscheidende Beweismittel handelt. Beweismittel, die lediglich den Einsatz weiterer Ermittlungsinstrumente erlauben und nicht entscheidend sind, sollten dagegen nicht hinreichend sein. Es ist nämlich wichtig, dass mit der

Bonusregelung wichtige Beweismittel erhoben werden, denn neben der Bonusregelung bestehen nur wenige weitere Ermittlungsinstrumente zur Verfügung. Ob ein Beweismittel entscheidend ist, hängt nach der vorliegend vertretenen Auffassung nicht nur von der Qualität der Beweismittel ab, die sich über verschiedene Indikatoren, wie dem Zeitraum, aus dem sie stammen, herleitet lässt. Von Bedeutung ist auch, wieweit die Untersuchung im Zeitpunkt der Selbstanzeige bereits entwickelt ist.

Die vorzulegenden Beweismittel müssen für die Behörde auch bei der Feststellungs- 532  
kooperation neue Erkenntnisse erlauben. Eine Kooperation mit der Vorlage neuartiger  
Beweismittel kann selbst mit einer Hilfe zur Auswertung der bei einer Hausdurchsuchung  
beschlagnahmten Beweismittel geleistet werden, soweit dadurch die Feststellung des  
Verstosses erst ermöglicht wird und die Behörden nicht von sich aus auf die Resultate  
der Auswertung gekommen wären.

Hat das Unternehmen die beschriebene Kooperation durch die Vorlage von Informatio- 533  
nen und Beweismitteln betätigt, erhält es einen bedingten Sanktionserlass. Dabei sollte  
zur Aufrechterhaltung des Kooperationswillens und im Sinne von Treu und Glauben  
eine «ex ante» Beurteilung stattfinden, ob die vorgelegten Beweismittel genügend  
Qualität aufweisen. Selbst wenn der Beweis «ex post» betrachtet durch Erkenntnisse  
aus anderen Beweisquellen hätte erbracht werden können, ist dann der Kooperation  
ein Wert zuzuschreiben, wenn zum Beurteilungszeitpunkt nicht ersichtlich war, dass  
der Beweis mit später entdeckten Beweisquellen geführt werden kann.

Der bedingte Sanktionserlass beschränkt sodann die Prüfbefugnis der WEKO beim 534  
Entscheid, ob ein genügender Mindestwert der vorgelegten Informationen oder Be-  
weismittel besteht, bereits während der Untersuchung. Damit soll der Sanktionserlass  
voraussehbar werden, was wiederum einen Anreiz zur Selbstanzeige bietet.

Der bedingte Erlass ist wohl eine Zwischenverfügung, denn er beurteilt einen Teil der 535  
materiellen Voraussetzungen des Sanktionserlasses, namentlich, ob genügend werthaltige  
Beweismittel vorgelegt wurden (Art. 8 Abs. 1 SVKG). Die Mitteilung, ob die vorgelegten  
Informationen oder Beweismittel ausreichen, um einen bedingten Erlass zu erhalten,  
könnte demnach eine Verfügung und damit ein Anfechtungsobjekt darstellen.

- 536 Sodann stellt sich die Frage nach dem schützenswerten Interesse des Selbstanzeigers an einer Beschwerde gegen den bedingten Erlass. Der Entscheid über den bedingten Erlass wäre nach hier vertretener Auffassung anfechtbar, weil der negative Entscheid zur Qualität der vorgelegten Beweismittel einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil entstehen lässt, wenn das Unternehmen keine Beschwerde erheben kann. Das Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung der Verfügung über einen negativen Bescheid könnte namentlich gegeben sein, weil insbesondere ein Nachteil besteht, wenn die Beschwerde erst gegen den definitiven Erlass erhoben werden kann, weil das Unternehmen als Voraussetzung des Sanktionserlasses über das gesamte Verfahren hinweg kooperieren muss. Es sollte mit einer Beschwerde demnach nicht bis zur Sanktionsverfügung gewartet werden müssen.
- 537 Der Rechtsvergleich zum *US-Recht* hat Ansätze aufgezeigt, die bei der Klärung des Rechtsschutzinteresses berücksichtigt werden könnten. So müsste gemäss US-Recht vor der Anklage eine Verletzung der Bedingungen des Leniency Agreements angefochten werden können, weil sonst einseitig von den Behörden Bedingungen ausgelegt würden. Zugleich sollten die Behörden Spielraum bei der Ermittlung behalten.
- 538 Weiter war zu klären, ob es notwendigerweise einer Vereinigung des Beschwerdeverfahrens gegen den bedingten Erlass mit einem Beschwerdeverfahren gegen die Sanktionsverfügung bedarf, um sich widersprechende Entscheide zu vermeiden. Dagegen spricht insbesondere, dass die Gefahr sich widersprechender Entscheide, wenn über den bedingten Erlass und die Sanktion in verschiedenen Beschwerdeverfahren befunden wird, gebannt ist, denn mit dem bedingten Erlass wird nur darüber befunden, ob mit den im Rahmen der Selbstanzeige vorgelegten Beweismitteln ex ante ein mutmasslicher Verstoss festgestellt werden könnte, nicht aber, ob der Verstoss tatsächlich festgestellt wird.
- 539 Auf den bedingten Erlass folgt der definitive Erlass, sofern sich das Unternehmen weiterhin, d.h. während des gesamten Verfahrens, kooperativ verhält. Zum definitiven Sanktionserlass ist anzumerken, dass, sollte ein Unternehmen eine Selbstanzeige nachträglich, das heisst nach dem bedingten Erlass, bestreiten, dass damit der Beweiswert der Selbstanzeige erschüttert werden könnte. Allenfalls besteht dann nicht mehr genügend Beweiswert der vorgelegten Beweismittel, um einen Sanktionserlass für die Vorlage der Beweismittel zu rechtfertigen. Die entsprechende Beurteilung ist allein

unter beweisrechtlichen Gesichtspunkten abzuhandeln, womit die Tatsache, dass die eigene Beteiligung an einer Abrede und ihre Existenz nachträglich bestritten wird, nicht unbedingt die Beweiskraft der ursprünglichen Beurteilung der Beteiligung an einer Abrede beeinträchtigt. Es ist sodann auch denkbar, dass der definitive Erlass versagt wird, weil eine Verhaltenspflicht verletzt wird, namentlich indem die eigene Beteiligung am mutmasslichen Verstoss nachträglich bestritten wurde. Der Erlass könnte dann versagt werden, wenn Tatsachen, die dem Unternehmen bereits bekannt waren, erst mit dem nachträglichen Bestreiten der Selbstanzeige vorgebracht werden.

#### Feststellung des Sachverhalts bei Selbstanzeigen

Mit den im Rahmen der Selbstanzeige vorgelegten Beweismitteln wird sodann der Sachverhalt festgestellt. Weder das Kartell- noch das Verwaltungsverfahrensgesetz enthalten Vorschriften zu Beweisverwertungsverböten. Solche sind entsprechend durch Auslegung zu ermitteln. Der Vertrauensschutz könnte ein Beweisverwertungsverbot begründen, namentlich wenn die Behörden das Vertrauen erwecken, ein Unternehmen sei das erste Unternehmen, das sich angezeigt hat, und sich im Nachhinein herausstellt, dass dies nicht der Fall war. Bei der Bonusregelung gebieten entsprechend Treu und Glauben eine aus Sicht des sich anzeigenden Unternehmens insoweit transparent ausgestaltete Rangfolge in Bezug auf die Verfügbarkeit des ersten Ranges, dass es entweder wissen kann, welchen Rang es erlangt, oder dass es Bescheid weiss, dass die Rangfolge nicht bekannt gegeben wird. Namentlich muss dem Unternehmen, das eine Anzeige abgibt, damit auf Nachfrage bekannt gegeben werden, ob der erste Rang zur Verfügung steht oder ob die Rangordnung bewusst verdeckt bleibt. 540

Ein weiteres Beweisverwertungsverbot ist aus dem Verbot des Selbstbelastungszwangs ableitbar. Die Bonusregelung an sich verstösst nicht gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs, denn es wird mit ihr kein System einer Schuldverhandlung vorgesehen und Unternehmen kooperieren freiwillig. Es könnte allerdings sein, dass Unternehmen im Einzelfall derart unter Druck gesetzt werden, dass die Verwertung der Selbstanzeige gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs verstösst. Zum Beispiel könnte dies der Fall sein, wenn während laufender Ermittlungen auf den Beweiswert bestimmter Aussagen und deren Wirkung für den Sanktionserlass hingewiesen wird. Behörden sollten 541



daher während laufender Ermittlungen davon absehen, proaktiv zu kommunizieren, welche Sachverhaltselemente für einen Sanktionserlass bestätigt werden könnten.

- 542 Weiter ist festzuhalten, dass die Selbstanzeige im Gegensatz zu ähnlichen Rechtsinstituten keinen Einfluss auf das Verfolgungsermessen der Wettbewerbsbehörden hat. Ausserdem ist selbst bei einer Selbstanzeige das Regelbeweismass beim Nachweis des Wettbewerbsverstosses anwendbar. Zudem gilt die freie Beweiswürdigung auch bei Selbstanzeigen.
- 543 Die Bonusregelung verstösst nicht an sich gegen die Unschuldsvermutung, denn Unternehmen sind nicht zur Kooperation gezwungen und es können auch Beweismittel beigezogen werden, die nicht mit der Selbstanzeige vorgelegt wurden. Eine Verletzung der Unschuldsvermutung könnte bei der Beweisführung mit im Rahmen der Selbstanzeige vorgelegten Beweismitteln im Einzelfall bestehen, wenn davon auszugehen ist, dass die vorgelegten Beweismittel, um den Sanktionsbonus erhalten zu können, ausgeschmückt werden. Dies könnte der Fall sein, wenn mit den mit der Selbstanzeige abgelegten Unternehmenserklärungen der Beweis geführt wird, obwohl keine weiteren Beweismittel als die Erklärungen bestehen und die Erklärungen von den belasteten Unternehmen bestritten wurden. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass in der Schweiz der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bei der Bewertung der für das Unternehmen getroffenen Erklärungen besteht, während in der EU für das Unternehmen getroffene Erklärungen stets durch weitere Beweismittel untermauert werden müssen.
- 544 Soweit im Rahmen einer vom Selbstanzeiger erhobenen Beschwerde gegen die Sanktionsverfügung die eigene Beteiligung am Verstoß bestritten wird, kann eine Rechts- sowie eine Sachverhaltskontrolle durchgeführt werden. Bei einer im Beschwerdeverfahren bestrittenen Selbstanzeige kann zum Beispiel die Glaubwürdigkeit von aussagenden Personen nochmals geprüft werden. Zugleich kann sich das Gericht zum Beispiel, wenn keine Gründe für eine Überprüfung der Glaubwürdigkeit ersichtlich werden, auf die Würdigung der Glaubwürdigkeit der Aussagen durch die Wettbewerbsbehörden berufen. Mit einer solchen Beschwerde geht die Frage einher, ob es widersprüchlich ist, im Rechtsmittelverfahren den Sachverhalt anders als im erstinstanzlichen Verfahren darzustellen. Dazu ist festzuhalten, dass dies letztlich davon abhängen dürfte, wie die erneute Sachverhaltsprüfung begründet wird. Wenn das Unternehmen keine Gründe

vorbringt, weshalb es die eigenen Beteiligung bestreitet, könnte allenfalls darauf geschlossen werden, der Selbstanzeiger habe im erstinstanzlichen Verfahren nicht sämtliche Beweismittel vorgelegt. Sollte sich das Unternehmen dagegen darauf berufen, es sei gezwungen worden, den Sachverhalt im erstinstanzlichen Verfahren einzugestehen, dürfte damit eine rechtliche Überprüfung der erstinstanzlichen Verfahrensführung gerügt werden, was nicht widersprüchlich wäre. Zum Beispiel könnte vorgebracht werden, das Unternehmen habe unter Druck gehandelt und die für das Unternehmen getroffenen Aussagen seien daher nicht glaubwürdig.