

Simon Hirsbrunner / Jens Werner

## Überholt das schweizerische Kartellgesetz das EU-Vorbild?

Das Kartellgesetz und die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien der EMRK nach dem Vernehmlassungsentwurf des Bundesrats

---

Dieser Beitrag beleuchtet den Entwurf für die Revision des Schweizer Kartellgesetzes, welchen der Bundesrat in die Vernehmlassung gegeben hat, vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Diskussionen über den «Due Process» in Kartellverfahren. Die Autoren begrüßen zunächst den Vorschlag, die Befugnis zur Verhängung von Sanktionen auf ein unabhängiges Wettbewerbsgericht zu übertragen. Dieser Schritt ist erforderlich, um das Kartellgesetz in Übereinstimmung mit der EMRK zu bringen. Die EU tut sich mit solch progressiven Reformen aus diversen historischen und integrationspolitischen Gründen schwer, wie im Aufsatz ausgeführt wird. Die Autoren bemängeln aber auch, dass der Bundesrat eine Gelegenheit versäumt hat, die Regeln über die Bemessung der Sanktionen zu verbessern.

---

Rechtsgebiet(e): Kartellrecht; Europarecht und Internationales Recht

Zitiervorschlag: Simon Hirsbrunner / Jens Werner, Überholt das schweizerische Kartellgesetz das EU-Vorbild?, in: Jusletter 20. September 2010

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Keine Trennung zwischen «Kern-Strafrecht» und «Strafrecht zweiter Klasse»
- III. Die gebotene institutionelle Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidorgan (Art. 6 EMRK)
  1. Die Grundsätze der EMRK
    2. Rechtsstaatliche Defizite im EU-Kartellrecht
      - 2.1 Historische und politische Besonderheiten
      - 2.2 Unzureichende gerichtliche Kontrolle in der EU
  3. Schweiz: de lege lata und Vernehmlassungsentwurf des Bundesrat
    - 3.1 Institutionelle Schwächen de lege lata
    - 3.2 Der Vernehmlassungsentwurf des Bundesrats: ein grosser Schritt nach vorne
- IV. Keine hinreichende Bestimmtheit des Bussgeldregimes (Art. 7 Abs. 1 EMRK)
  1. Das Gebot der Normenklarheit
  2. Die Unbestimmtheit des aktuellen Bussgeldregimes in der EU und der Schweiz
  3. Das Bestimmtheitsprinzip als «Optimierungsgebot»
- V. Zusammenfassung

## I. Einleitung

[Rz 1] Der Bundesrat hat am 30. Juni 2010 seinen Entwurf für eine Änderung des schweizerischen Kartellgesetzes<sup>1</sup> in die Vernehmlassung gegeben.<sup>2</sup> Neben einer Reihe von materiellen Änderungsvorschlägen enthält die Vernehmlassungsvorlage auch einen Vorschlag zu einer Neustrukturierung des institutionellen Gefüges, die man in diesem Umfang nicht unbedingt hätte erwarten können. Tatsächlich schlägt der Bundesrat unter anderem vor, die Untersuchungs- von der Entscheidbehörde zu entkoppeln. Für den Mut, einen derart radikalen Schritt zu empfehlen, ist dem Bundesrat zu gratulieren. Ob sich der Vorschlag auch durchsetzen wird, bleibt abzuwarten.

[Rz 2] Der Bundesrat reagiert mit diesem Vorschlag insbesondere auch auf die immer heftigere Kritik an der Art und Weise, wie Kartellbusverfahren von der schweizerischen Wettbewerbskommission gehandhabt werden. Diese Kritik findet ihre Entsprechung in der Europäischen Union, wo sich die Europäische Kommission schon seit längerem gegen ähnliche Verbesserungsvorschläge stemmt, wie sie jetzt vom Bundesrat für die Schweiz empfohlen werden. Es ist abzuwarten, dass diejenigen, die den Vorschlag des Bundesrats kritisieren wollen, sich auf das EU-Vorbild berufen werden, um Argumente gegen eine Modernisierung zu entwickeln.

[Rz 3] Im folgenden Beitrag soll dargestellt werden, weshalb der vom Bundesrat formulierte Vorschlag, zumindest was die institutionellen Aspekte anbelangt, zu begrüßen ist. Die Tatsache, dass sich die Europäische Kommission in der EU gegen ähnlich progressive Reformen sträubt, ist kein Argument, um die rechtsstaatlich gebotenen Verbesserungen in Angriff zu nehmen.

[Rz 4] Im Einzelnen soll zunächst erläutert, werden, weshalb

den Verfahrensgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) auch im Kartellrecht vollständige Geltung verschafft werden muss. Anschliessend werden die rechtsstaatlichen Defizite im EU-Kartellrecht sowie die geschichtlichen Umstände beschrieben, die erklären, weshalb das EU-System ungleich resistenter gegen Verbesserungen des «Due-Process» ist, als dies beim schweizerischen System der Fall ist, bevor auf die gebotene institutionelle Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidorgan eingegangen wird. In einem weiteren Kapitel soll schliesslich ein Punkt aufgegriffen werden, der leider vom Bundesrat in seinem Vernehmlassungsentwurf übergangen worden ist. Es handelt sich um die Berücksichtigung des ebenfalls in der EMRK verankerten Bestimmtheitsgrundsatzes bei der Formulierung von Sanktionsvorschriften.

## II. Keine Trennung zwischen «Kern-Strafrecht» und «Strafrecht zweiter Klasse»

[Rz 5] Die Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien der EMRK auf Kartellbussgeldverfahren hängt davon ab, ob diese Verfahren den Charakter einer strafrechtlichen Anklage im Sinne von Art. 6, 7 EMRK haben. Dies wird anhand der sog. «Engel»-Kriterien des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) beurteilt.<sup>3</sup> Da sich in der Schweiz die zutreffende Auffassung durchgesetzt hat, dass Kartellbussen strafrechtlichen Charakter haben,<sup>4</sup> sind nach der «Engel»-Rechtsprechung die Art. 6, 7 EMRK zweifelsfrei auf solche Verfahren anwendbar.<sup>5</sup> In der EU dagegen entbrannte ob der ausdrücklichen Bestimmung in Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003, wonach Bussgeldentscheidungen keinen strafrechtlichen Charakter haben sollen,<sup>6</sup> ein Streit, ob das europäische Kartellbussgeldrecht die übrigen «Engel»-Kriterien (Natur des Tatvorwurfs, Natur und Schwere der drohenden Sanktion) erfülle. Angesichts millionenschwerer Geldbussen und des sowohl von Kommission als auch von den Gerichten betonten Abschreckungseffekts der Geldbussen wird die Einordnung als «Strafrecht» im Sinne der EMRK aber mittlerweile kaum noch bestritten.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> EGMR, Urte. v. 8. Juni 1976, Rs. 5100/71 u.a., Tz. 81 f. – *Engel u.a./Niederlande*

<sup>4</sup> Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 v. 24. Februar 2010, RPW 2010/2, 242, 265, Rdnr. 4.2 – *Swisscom (Terminierungsgebühren)*.

<sup>5</sup> EGMR, Urte. v. 8. Juni 1976, Rs. 5100/71 u.a., Tz. 81 – *Engel u.a./Niederlande*; Urte. v. 21. Oktober 1997, Rs. 24194/94, Tz. 60 – *Pierre-Bloch / Frankreich*; vgl. auch van *Pierre von Dijk / Fried van Hoof / Arjen von Rijn / Leo Zwaak*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Aufl. 2006, S. 543 f.

<sup>6</sup> Die Mitgliedstaaten wollten mit der identischen Formulierung in der VO 17/62 klarstellen, dass die Europäische Union keine strafrechtlichen Kompetenzen besitzt, vgl. *Donald Slater/Sébastien Thomas/Denis Waelbroeck*, GCLC Working Paper 04/08, S. 8 m.w.N., abrufbar unter <http://www.col-europe.eu>. (15. August 2010)

<sup>7</sup> Vgl. umfassend *Donald Slater/Sébastien Thomas/Denis Waelbroeck*, GCLC

<sup>1</sup> SR 251.

<sup>2</sup> [www.admin.ch/ch/d/sg/pc/pdependent.html](http://www.admin.ch/ch/d/sg/pc/pdependent.html) (15. August 2010).

[Rz 6] Stattdessen hat sich die Diskussion darauf verlagert, ob die kartellrechtlichen Bussgeldvorschriften «Strafrecht zweiter Klasse» (sog. *non-core criminal law*) darstellten und die Vorschriften der EMRK daher nur abgeschwächt auf Kartellbussen anwendbar seien. Die Verfechter dieser These stützten sich dabei auf eine Aussage der Grossen Kammer des EGMR in der Sache «*Jussila*», wonach ein «Strafzuschlag» (in Höhe von etwa 308 EUR) wegen einer unrichtigen Einkommensteuererklärung nicht dem Kernstrafrecht zugeordnet werden könne und daher notwendigerweise die strafverfahrensrechtlichen Garantien nicht in voller Stringenz Geltung beanspruchten.<sup>8</sup> Diese Unterteilung in «Kernstrafrecht» und «Nicht-Kernstrafrecht» begründete der Gerichtshof damit, es sei offensichtlich, dass es strafrechtliche Tatbestände unterschiedlichen Gewichts gebe. So gebe es auch Tatbestände, die mit keinem besonderen Stigma verbunden seien. Zudem habe die Rechtsprechung den Begriff der «strafrechtlichen Anklage» im Sinne von Art. 6 EMRK über die traditionellen Kategorien des Strafrechts ausgedehnt. In diesem Zusammenhang erwähnte der EGMR auch das Kartellrecht unter Verweis auf die Entscheidung «*Stenuit*».<sup>9</sup>

[Rz 7] Die Rechtsprechung des EGMR ist kritikwürdig. Eine Skala strafrechtlicher Schwere ist weder im Text noch in der Gesetzgebungsgeschichte der EMRK angelegt. Die daraus entstehenden Probleme sind offensichtlich. Da Mord, der Diebstahl eines Weggli, das Fahren in angetrunkenem Zustand oder das Falschparkieren jeweils Taten unterschiedlicher Schwere und öffentlichen Stigmas sind, müssten in letzter Konsequenz für diese Taten die prozessualen Rechte in unterschiedlichem Ausmass gelten. Die Festlegung solcher

Kategorien aber ist praktisch unmöglich, jedenfalls aber in höchstem Masse subjektiv und willkürlich.<sup>10</sup>

[Rz 8] Selbst unter der Annahme, dass eine Unterteilung in «Kernstrafrecht» und «sonstiges Strafrecht» mit dem Grundgedanken der EMRK vereinbar ist, erscheint den Verfassern jedenfalls die These, das Kartellrecht sei nach dem Urteil «*Jussila*» dem «Strafrecht zweiter Klasse» zuzuordnen, nicht gerechtfertigt. Der EGMR hat das Kartellrecht nur als Beispiel einer Ausweitung des strafrechtlichen Anklagebegriffs über die traditionellen Bereiche des Strafrechts aufgeführt. Dem Urteil lässt sich nicht entnehmen, dass nur die «traditionellen Bereiche» des Strafrechts dem «Kernstrafrecht» zugeordnet werden können. Bei einer derartigen statischen Betrachtung würden gesellschaftliche Änderungen in der strafrechtlichen Bewertung von Handlungen, das sich wandelnde öffentliche Stigma einer Tat etc. in nicht gerechtfertigter Weise unberücksichtigt bleiben. Die Einordnung als Strafrecht nach nationalem Recht kann ebenfalls für die Bestimmung als «Kernstrafrecht» oder «Strafrecht zweiter Klasse» nicht entscheidend sein.<sup>11</sup> Denn dadurch begäbe sich der EGMR seiner Definitionshoheit über den Umfang der Verfahrensgarantien. Die Vertragsstaaten könnten die wesentlichen Verfahrensgarantien aushöhlen.

[Rz 9] Die Feststellungen des EGMR zum «Stigma», zur «strafrechtlichen Schwere» und zur «Zugehörigkeit zum traditionellen Bereich des Strafrechts» weisen einen Zusammenhang mit den «*Engel*»-Kriterien auf. Während der steuerrechtliche Strafzuschlag in «*Jussila*» trotz fehlender Schwere der drohenden Sanktion allein wegen der Schwere des Tatvorwurfs vom EGMR als «strafrechtlich» im Sinne von Art. 6 EMRK angesehen wurde,<sup>12</sup> erfüllen die kartellrechtlichen Bussgeldvorschriften sämtliche «*Engel*»-Kriterien.<sup>13</sup> Die Zuordnung von Kartellbussen zum «Kernstrafrecht» ist somit wesentlich naheliegender als bei steuerrechtlichen Strafzuschlägen. Zudem ist angesichts der Rhetorik der Kartellbehörden, des Presseechos auf Preisabsprachen und missbräuchliches Verhalten sowie der zunehmenden Diskussion um die – in einigen Jurisdiktionen bereits umgesetzte – Kriminalisierung von Kartellverstössen das öffentliche Stigma eines Kartellverstosses mittlerweile signifikant. Auch daher lassen sich Kartellbussen nicht einem «Strafrecht zweiter Klasse» zuordnen. Die Verfahrensgarantien der EMRK sind somit in vollem Umfang anwendbar.

Working Paper 04/08, S. 4 ff. m.w.N., abrufbar unter <http://www.coleurope.eu> (15. August 2010); Jürgen Schwarze/ Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, S. 21 ff.; Stefan Lorenzmeier, Kartellrechtliche Geldbußen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZIS 2008, 20, 23 ff.; Arianna Andreangeli et. al., Enforcement by the Commission, 2009, S. 8 ff.; Forrester, Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures, E.L. Rev. 2009, 817, 823 ff.; Alan Riley, E.C.L.R. 2010, 191, 198 f.; Wouter Wils, World Competition 2010, 1, 13; Schlussanträge Generalanwalt Bot, Rs. C-322/07 P, [noch nicht in amtli. Slg.], Rz. 132 f. – Papierfabrik August Koehler u.a. / Kommission; a.M. EuG, Urt. v. 8. Juli 2008, T-54/08, ECR 2008, II-1020, Tz. 38 – Lafarge / Kommission; der ehemalige Generaldirektor der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission Philip Lowe, Cartels, Fines, and Due Process, GCP June 2009 (II), S. 5.; zum deutschen Recht vgl. Winfried Hassener/Jens Dallmeyer, Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellbussen und das Grundgesetz, 2010.

<sup>8</sup> EGMR, Urt. v. 23. November 2006, Rs. 73053/01, Rdnr. 43 – *Jussila / Finnland*; Fernando Castillo de la Torre, World Comp 2009, 505, 571; Wouter Wils, World Competition 2010, 1, 14 ff.; André Bouquet, in: Merola/Waelbroeck, Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe, noch nicht veröffentlicht, 2.2.1.2.; ähnlich auch Schlussanträge Generalanwalt Bot, Rs. C-322/07 P, [noch nicht in amtli. Slg.], Rz. 132 f. – *Papierfabrik August Koehler u.a. / Kommission*; a.M. Alan Riley, E.C.L.R. 2010, 191, 199 f.

<sup>9</sup> EGMR, Urt. v. 27. Februar 1992, Rs. 11598/85 – *Société Stenuit / Frankreich*.

<sup>10</sup> Vgl. auch Donald Slater/Sébastien Thomas/Denis Waelbroeck, GGLC Working Paper 04/08, S. 21 f.

<sup>11</sup> So aber André Bouquet, in: Merola/Waelbroeck, Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe, noch nicht veröffentlicht, 2.2.1.2.

<sup>12</sup> EGMR, Urt. v. 23. November 2006, Rs. 73053/01, Rdnr. 38 – *Jussila / Finnland*.

<sup>13</sup> Arianna Andreangeli et. al., Enforcement by the Commission, 2009, S. 8 ff.

### III. Die gebotene institutionelle Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungorgan (Art. 6 EMRK)

#### 1. Die Grundsätze der EMRK

[Rz 10] «Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.» Dieses berühmte Zitat von Lord Hewart CJ in *R v Sussex Justices, ex parte McCarthy* aus dem Jahre 1923 zur richterlichen Befangenheit verdient uneingeschränkte Geltung auch im Kartellverfahrensrecht. Vertrauen in die Kartellrechtsordnung und die Kartellbehörden kann nur im Rahmen eines fairen und transparenten Verfahrens entstehen.

[Rz 11] In institutioneller Hinsicht gewährleistet Art. 6 Abs. 1 EMRK jeder Person das Recht, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht entschieden wird. Dabei unterscheidet der EGMR zwischen einer objektiven und einer subjektiven Dimension der Unparteilichkeit. Allein die objektive Dimension, d.h. Zweifel an der Unbefangenheit des Richters völlig unabhängig vom persönlichen Verhalten, interessiert im vorliegenden Zusammenhang. Der Standpunkt des EGMR ist dabei äusserst strikt. Bereits der äussere Anschein mangelnder Unparteilichkeit ist unzulässig,<sup>14</sup> denn er vermag das Vertrauen der Beteiligten und der Öffentlichkeit in die Rechtsordnung und Akzeptanz der diese durchsetzenden Institutionen zu erodieren. Vertrauen und Akzeptanz werden nicht nur dort aufs Spiel gesetzt, wo Verfahrensregeln unfair und intransparent sind, sondern bereits dann, wenn sie von den Beteiligten derartig empfunden werden.

[Rz 12] Den Eindruck von Voreingenommenheit gewinnt der Beschuldigte insbesondere dort, wo Personalunion zwischen Ankläger und Entscheidungsorgan besteht. Denn durch diese Konzentration administrativer und judizieller Funktionen wird eine mögliche, psychologisch motivierte Befangenheit des Anklägers (sog. *prosecutorial bias*) zu Lasten des Beschuldigten zementiert. Zu diesen allgemeinen psychologischen Phänomenen<sup>15</sup> gehört die Neigung, Informationen so auszuwählen und zu interpretieren, dass sie die eigene Meinung, d.h. das Vorliegen eines Kartellverstosses bestätigen (sog. Bestätigungsfehler oder *confirmation bias*), der Wunsch, die eigenen Leistungen und Anstrengungen insbesondere gegenüber Vorgesetzten selbst in Angesicht besserer Argumente der Gegenseite zu rechtfertigen (sog. Rückschaufehler oder *hindsight bias*) oder auch das Anliegen, einen hohen

Grad an Durchsetzung des Wettbewerbsrecht vorweisen zu können, welcher im Wettbewerbsrecht anscheinend immer mehr mit immer höheren Bussgeldern gleichgesetzt wird (sog. *policy bias*).<sup>16</sup> Es ist leider oft zu beobachten, dass diese Neigung um so stärker wird, je mehr Zeit und Ressourcen auf die Untersuchung verwendet wurden. Damit ist die Gefahr einer Fehlinterpretation von Informationen vor dem Abschluss des Verfahrens und damit just zu dem Zeitpunkt am Grössten, zu dem eine objektive Beurteilung am Notwendigsten ist. Interne *checks-and-balances* können diesen Effekt nur abmildern, auf Grund ihrer Intransparenz aber insbesondere den Eindruck der Befangenheit beim Betroffenen nur geringfügig beeinflussen. In kontradiktorischen, vom Anklageprinzip beherrschten Verfahren treten diese Gefahren ebenfalls auf, jedoch werden ihre Wirkungen dadurch beseitigt, dass Entscheidungsinstanz ein neutraler, unabhängiger Richter ist, der den Sachverhalt sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht selbstständig würdigt und nicht an das Vorbringen der Parteien gebunden ist.

[Rz 13] Hieraus erklärt sich die Forderung des EGMR, dass bereits in erster Instanz ein unabhängiges und unparteiisches Gericht über den Fall entscheiden muss. Die Verhängung gravierender, grösstenteils irreversibler Folgen darf nicht erstinstanzlich einer Institution überlassen werden, die den Eindruck der Befangenheit zu erwecken in der Lage ist. Eine Ausnahme sieht der EGMR nur für die Fälle vor, in denen der Betroffene eines geringfügigen Delikts (Vergehens) beschuldigt wird und ihm gleichzeitig die Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels vor einem Gericht eröffnet wird, welches über volle Kognition verfügt, d.h. einen Sachverhalt sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht voll überprüfen kann.<sup>17</sup> Auffassungen, wonach ausreichend ist, dass die Angelegenheit einmal vor ein Gericht im Sinne des Art. 6 EMRK gebracht werden kann,<sup>18</sup> muss eine Absage erteilt werden. Denn ausschliesslich bei geringfügigen Beschuldigungen mag eine Einschränkung des fundamentalen Grundsatzes eines unabhängigen und unparteiischen erstinstanzlichen Richters auf Grund von Effizienzgewinnen (Konzentration auf wichtige Fälle, Einsparung von Verwaltungskosten) gerechtfertigt sein. Weitergehende Einschränkungen dagegen lassen sich im Hinblick auf die vom EGMR betonte

<sup>14</sup> Zuletzt EGMR v. 11. September 2009, Case 5242/04, Rdnrn. 60 f. – *Dubus / Frankreich*.

<sup>15</sup> Es soll keineswegs der Eindruck erweckt werden, dass diese Phänomene bei Case-Handlern der Europäischen Kommission oder des Sekretariats der Weko stets auftraten – vielmehr handelt es sich um allgemeine Erkenntnisse der Kognitionspsychologie, die auf bei den gewissenhaftesten Beamten auftreten können.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu umfassend *Wouter Wils*, 27 *World Competition* 2004, S. 202, 215 ff.

<sup>17</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 23. Juni 1981, Rs. 6878/75, Tz. 51 – *Le Compte, Van Leuven and De Meyere / Belgien*; Urt. v. 21. Februar 1984, Rs. 8544/79, Tz. 56 – *Öztürk / Deutschland*; Urt. v. 24. Februar 1994, Rs. 12547/86, Tz. 46 – *Bendenoun / Frankreich*; Jürgen Schwarze/ Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, S. 60 f.; Arianna Andreangeli et. al., Enforcement by the Commission, 2009, S. 11 f.

<sup>18</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 v. 24. Februar 2010, RPW 2010/2, 242, 271, Rdnr. 5.5 – *Swisscom (Terminierungsgebühren)*; Fernando Castillo de la Torre, *World Comp* 2009, 505, 571; *Wouter Wils*, *World Competition* 2010, 1, 18 ff.; Andreas Heinemann, Direkte Sanktionen im Kartellrecht, in: Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 28 ff.

extensive Auslegung der Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht rechtfertigen.<sup>19</sup>

[Rz 14] Diese Einschränkungen der Verfahrensgarantie des Art. 6 EMRK können in Kartellrechtsfällen keine Geltung beanspruchen. Die massiven Wohlfahrtseinbussen der Gesellschaft und die Schädigung der Allgemeinheit verbieten es schlechterdings, *hardcore*-Kartelle als «geringfügige Delikte» zu bewerten. In Anbetracht einer potentiellen Bussgeldhöhe von mehreren hundert Millionen EUR/CHF und der wirtschaftlichen und rechtlichen Komplexität können Kartelle und insbesondere angeblich missbräuchliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens auch nicht mit technisch und rechtlich nicht komplexen Strassenverkehrsdelikten verglichen werden.<sup>20</sup>

## 2. Rechtsstaatliche Defizite im EU-Kartellrecht

[Rz 15] Im EU-Kartellbusverfahren ist die Europäische Kommission zugleich Untersuchungsbehörde, Anklägerin und Richterin in Personalunion. Der Beratende Ausschuss der Mitgliedstaaten, der ohnehin nur konsultative Befugnisse hat, segnet dabei regelmässig alle Vorschläge ab.<sup>21</sup> Die Kommission geniesst zudem grosse Freiheiten, den Rechtsrahmen zu definieren, in dem sie die Kartellverfahren durchführt. Die meisten praktischen Fragen werden heute in Bekanntmachungen geregelt, welche die Kommission selbst für sich erlassen hat.<sup>22</sup> Das institutionelle System der EU sieht sich daher seit langem erheblicher, und in den letzten Jahren zunehmender Kritik im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 6 EMRK ausgesetzt.<sup>23</sup>

### 2.1 Historische und politische Besonderheiten

[Rz 16] Oft übersehen wird, dass die starke Machtposition des Exekutivorgans Kommission und die geringe Bedeutung des Legislativorgans Rat wesentlich durch die historischen und institutionellen Besonderheiten der Union bedingt ist.

[Rz 17] Funktionen, die in einem Nationalstaat in den

Aufgabenkreis des Gesetzgebungsorgans Rat gefallen wären – das Parlament war damals noch ausschliesslich Konsultativorgan –, wurden bei der Ausgestaltung des materiellen Wettbewerbsrechts im EWG-Vertrag und des Verfahrensrechts in der Verordnung 17/62 dem Exekutivorgan Kommission überlassen. Dies lag in dem nur sehr begrenzt möglichen Rückgriff auf Erfahrungen und Gestaltungen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen begründet. Mit Ausnahme von Deutschland, in der die ordoliberalen Freiburger Schule das ökonomische Denken prägte und damit das Bewusstsein für ein starkes Wettbewerbsrecht schärfte, spielte das Wettbewerbsrecht in den Mitgliedstaaten eine unbedeutende Rolle.<sup>24</sup> Auf Erfahrungen mit den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften im EGKS-Vertrag konnte angesichts der geringen Anzahl praktischer Fälle ebenfalls nicht zurückgegriffen werden. Die Verhandlungsführer besaßen daher wohl keine genaue Vorstellung, wie das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft aussehen sollte; sie legten folglich lediglich die Grundlagen des Wettbewerbsrechts fest und überliessen die Entwicklung und nähere Ausgestaltung den Gemeinschaftsorganen.<sup>25</sup> Angesichts dieser Umstände und der weit verbreiteten Annahme, dass das Wettbewerbsrecht nur eine marginale Rolle spielen werde, hatten später auch die Mitgliedstaaten im Rat wenig Interesse, an der Gestaltung des Systems aktiv mitzuwirken.<sup>26</sup>

[Rz 18] Die Kommission ergriff die sich bietende Möglichkeit und gestaltete das Wettbewerbsrecht zu einem wesentlichen Instrument zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes aus. Im Gegensatz zu anderen Wettbewerbsrechtsordnungen wurde das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft primär auf das spezifische Ziel der Integration des Marktes und erst nachrangig auf die Steigerung der Verbraucher- oder gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt ausgerichtet.<sup>27</sup> Die starke Position der Kommission als Exekutivorgan erklärt sich dabei auch mit den Besonderheiten des Ziels der Marktintegration. Denn dieses Ziel erforderte eine starke Position eines von mitgliedstaatlichen Einflüssen unabhängigen Gemeinschaftsorgans. Nur so wurde den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, innenpolitischem Druck auszuweichen und unliebsame integrationspolitische Entscheidungen gegenüber ihren Bürgern/ Unternehmen vordergründig auf die Kommission «abzuwälzen», selbst wenn das Einstimmigkeitserfordernis im Rat ihnen eine Interessenwahrnehmung im Bereich der Wettbewerbspolitik erlaubt hätte. Die «unpolitische» Kommission

<sup>19</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 17. Januar 1970, Rs. 2689/65, Tz. 70 – *Delcourt / Belgien*; a.M. *Fernando Castillo de la Torre*, World Comp 2009, 505, 571.

<sup>20</sup> So auch *Arianna Andreangeli et. al.*, Enforcement by the Commission, 2009, S. 11 f.;

<sup>21</sup> Vgl. *Ian Forrester*, Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures, E.L. Rev. 2009, 817, 834.

<sup>22</sup> Für eine Kritik an der Rechtsetzung durch Leitlinien siehe z.B. *Wolfgang Weiss*, EWS 2010, 257.

<sup>23</sup> Vgl. *Donald Slater/Sébastien Thomas/Denis Waelbroeck*, GCLC Working Paper 04/08, S. 26 ff.; *Arianna Andreangeli et. al.*, Enforcement by the Commission, 2009, S. 2 ff., 11 ff.; *Ian Forrester*, Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures, E.L. Rev. 2009, 817, 836 ff.; *Karl Hofstetter*, GCP: The Antitrust Chronicle November 2009 (Release 2), S. 3; *Alan Riley*, E.C.L.R. 2010, 191, 198 f.; *Ingrid Vandenborrel/Nikolaos Peristerakis*, Best Practices for the Conduct of Antitrust Procedures, CPI Antitrust Journal, April 2010 (1), S. 1, 7 f.

<sup>24</sup> Vgl. *David J. Gerber*, Harvard International Law Journal 1994, 97, 100 f.

<sup>25</sup> Vgl. *David J. Gerber*, Harvard International Law Journal 1994, 97, 101.

<sup>26</sup> So jedenfalls *David J. Gerber*, Harvard International Law Journal 1994, 97, 105.

<sup>27</sup> Vgl. *Brenda Sufrin/Alison Jones*, EC Competition Law, 3. Aufl. 2007, S. 35 m.w.N.; hierbei ist anzumerken, dass diese Ziele nicht in einem Exklusivverhältnis zueinander stehen, da die Marktintegration mit dem Abbau von staatlichen Handelshemmnissen ebenfalls zu allokativer, produktiver und dynamischer Effizienz beiträgt. Bei privaten Handelsbeschränkungen ist das Verhältnis ambivalent.

fungierte insoweit als Vehikel einer von mitgliedstaatlicher Seite unterstützten Liberalisierung.

[Rz 19] Rechtsstaatliche Bedenken gegen diese Kompetenzverteilung wurden nicht laut. Der neu geschaffene Gerichtshof verstand sich noch nicht als supranationales Verfassungsgericht, sondern eher als internationales Schiedsgericht.<sup>28</sup> Überdies besass der EuGH, der seine institutionelle Stellung durch die Annahme der Rolle des «Motors der Integration» ausbauen wollte, kein Interesse, die Machtfülle der Kommission zu kritisieren. Nicht nur verfolgte die Kommission weitgehend gleichgerichtete integrationspolitische Ziele; der EuGH konnte und kann abgesehen vom Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EWG-Vertrag, jetzt Art. 267 AEUV) nur dort tätig werden, wo die Kommission Gemeinschaftsrecht durchsetzte. Zur Verwirklichung seiner integrationspolitischen Ziele war der EuGH daher auf ein kooperatives Verhältnis und weit reichende Kompetenzen der Kommission angewiesen.<sup>29</sup> Hieraus mag sich erklären, warum der EuGH die Kommission in den Anfangsjahren wie ein «zartes Pflänzchen» behütete. David J. Gerber meint dazu, erst die Befürchtung, die zu rigorose Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch die Kommission werde angesichts der angespannten wirtschaftlichen Lage zu verstärktem Widerstand der Mitgliedstaaten führen, habe den Gerichtshof dazu bewogen, der Kommission in Wettbewerbssachen höhere Beweisanforderungen aufzugeben.<sup>30</sup>

[Rz 20] Überdies herrschte in den Anfangsjahren der EWG angesichts des Schweigens der Römischen Verträge und der Unsicherheit über die Natur der Gemeinschaftsrechtsordnung die Rechtsauffassung vor, der Schutz der Menschenrechte sei eine ausschliesslich den Mitgliedstaaten vorbehalten Aufgabe; die Grundrechte seien für das Gemeinschaftsrecht irrelevant.<sup>31</sup> Nach anfänglichem Zögern<sup>32</sup> bejahte der Gerichtshof erst im Jahre 1969 in seinem «*Stauder-Urteil*» im Rahmen eines *obiter dictum* die Existenz von Gemeinschaftsgrundrechten als ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze.<sup>33</sup> Die EMRK im Besonderen wird dabei in ständiger Rechtsprechung seit dem «*Nold-Urteil*» aus dem Jahre 1974 nicht unmittelbar angewendet, sondern findet

mittelbar als Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze Eingang in die Gemeinschaftsrechtsordnung.<sup>34</sup> Eine Übernahme sämtlicher Bestimmungen der Konvention ist damit nicht verbunden. Da erst durch den im Dezember 2009 in Kraft getretene Vertrag von Lissabon überhaupt die Möglichkeit eines Beitritts der Europäischen Union zur EMRK geschaffen wurde,<sup>35</sup> unterwirft sich die Gemeinschaft bis dato auch nicht der externen Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).

## 2.2 Unzureichende gerichtliche Kontrolle in der EU

[Rz 21] Neben den bereits oben besprochenen Argumenten (Kartellrecht als Nicht-Kernstrafrecht, kein Erfordernis eines mehrstufigen Instanzenzugs auch ausserhalb der Bagatelldelikte) wird von Befürwortern des aktuellen EU-Systems angeführt, dass jedenfalls die Rechtsmittelinstanz, das Gericht der Europäischen Union (früher: Gericht erster Instanz) volle Kognition im Sinne der Rechtsprechung des EGMR besässe und damit der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht in erster Instanz «geheilt» werde.<sup>36</sup> Daran sind jedoch erhebliche Zweifel angebracht. Denn ein *de novo review*, wie er bei strafrechtlichen Sanktionen erforderlich ist, findet nicht statt.<sup>37</sup>

[Rz 22] Obwohl die Gemeinschaftsgerichte gemäss Art. 31 VO 1/2003 Bussgeldentscheidungen der Kommission unbeschränkt nachprüfen können und die Geldbusse aufheben, ermässigen oder erhöhen können, machen sie davon in der Praxis grundsätzlich keinen Gebrauch, sondern beschränken

<sup>28</sup> So jedenfalls Ulrich Haltern, *Europarecht*, 2005, S. 422.

<sup>29</sup> Vgl. David J. Gerber, 35 *Harvard International Law Journal* [1994], 97, 110.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu und zum Wandel des Verhältnisses zwischen EuGH und Kommission ausführlich David J. Gerber, 35 *Harvard International Law Journal* [1994], 97, 108 ff., 117 f.

<sup>31</sup> Vgl. Pierre Pescatore, *EuR* 1979, 1, 2; Sebastian Winkler, *Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 1999, S. 24.

<sup>32</sup> Vgl. etwa EuGH, *Urt. v. 4. Februar 1959*, Rs. 1/58, *Slg.* 1959, 43 – *Stork / Hohe Behörde*; EuGH *v. 15. Juli 1960*, Rs. 36-38 und 40/59, *Slg.* 1960, 887 – *Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH u. a. / Hohe Behörde*.

<sup>33</sup> EuGH, *Urt. v. 12. November 1969*, Rs. 29/69, *Slg.* 1969, 419, Tz. 7 – *Stauder / Stadt Ulm*; zu den Hintergründen dieser Kehrtwende Ulrich Haltern, *Europarecht*, 2005, S. 424 ff.

<sup>34</sup> Vgl. EuGH, *Urt. v. 14. Mai 1974*, Rs. 4/73, *Slg.* 1974, 491, Tz. 13 – *Nold / Kommission*;

<sup>35</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 2 EUV, Art. 218 AEUV; EuGH, *Gutachten v. 28. März 1996*, *Gutachten 2/94*, *Slg.* 1996, I-1763, Tz. 34 f. – *Beitritt der Gemeinschaft zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*: « (...) doch hätte der Beitritt zur Konvention eine wesentliche Änderung des gegenwärtigen Gemeinschaftssystems des Schutzes der Menschenrechte zur Folge, da er die Einbindung der Gemeinschaft in ein völkerrechtliches, andersartiges institutionelles System und die Übernahme sämtlicher Bestimmungen der Konvention in die Gemeinschaftsrechtsordnung mit sich brächte. Eine solche Änderung des Systems (...) kann nur im Wege einer Vertragsänderung vorgenommen werden. Die Gemeinschaft [verfügt] beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nicht über die Zuständigkeit, der Konvention beizutreten.»

<sup>36</sup> Fernando Castillo de la Torre, *World Comp* 2009, 505, 571 ff.; Wouter Wils, *World Competition* 2010, 1, 22 ff.; André Bouquet, in: Merola/Waelbroeck, *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe*, noch nicht veröffentlicht, 2.2.2.3.; ebenso BVGer *v. 24. Februar 2010*, *RPW* 2010/2, 242, 272 f., Rdnr. 5.6.1 – *Swisscom (Terminierungsgebühren)*.

<sup>37</sup> Ebenso Jürgen Schwarze/ Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch, *Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft*, 2008, S. 56 ff.; Donald Slater/Sébastien Thomas/Denis Waelbroeck, *GCLC Working Paper 04/08*, S. 40 ff.; Arianna Andreangeli et. al., *Enforcement by the Commission*, 2009, S. 14 ff.; vgl. auch EuG, *Urt. v. 10. Mrz 1992*, T-68, 77-78/89, *Slg.* 1992, II-1403, Tz. 319 – *Società Italiana Vetro SpA u. a. / Kommission*; a.M. Fernando Castillo de la Torre, *World Comp* 2009, 505, 571 ff.; Wouter Wils, *World Competition* 2010, 1, 22 ff.0; André Bouquet, in: Merola/Waelbroeck, *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe*, noch nicht veröffentlicht, 2.2.2.3.

sich auf die Prüfung der von den Klägern vorgebrachten Klagegründe.<sup>38</sup> Selbst wenn also eine Kommissionsentscheidung in manchen Aspekten rechtswidrig sein sollte, so werden die Gemeinschaftsgerichte in der Regel die Entscheidung nur auf Vorbringen des Klägers hin aufheben.

[Rz 23] Überdies nimmt das Gericht primär eine Überprüfung der Richtigkeit der Kommissionsentscheidung, aber keine eigene Beweisaufnahme vor, bei der es die Auffassung der Kommission durch die eigene ersetzt.<sup>39</sup> Das Gericht ist der Auffassung, dass die gerichtliche Kontrolle kein Ersatz für eine gewissenhafte Ermittlung der Tatumstände während des Kommissionsverfahrens sein kann und beschränkt sich daher auf die Prüfung, ob die Tatsachenfeststellung der Kommission offensichtlich widersprüchlich ist.<sup>40</sup> Von den Möglichkeiten des Art. 65 VerfO EuG (Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien, Einholung von Auskünften und Vorlegung von Urkunden, Vernehmung von Zeugen, Begutachtung durch Sachverständige sowie Einnahme des Augenscheins) macht es nur sehr selten Gebrauch. Selbst bei entsprechenden Parteianträgen auf Zeugenvernehmung ist das Gericht sehr zurückhaltend.<sup>41</sup> Hinzu kommt, dass die betroffenen Unternehmen keine Möglichkeit haben, die (Kron) Zeugen selbst zu befragen. Gerade Kronzeugen unterliegen aber ob der hohen Anforderungen an einen Erlass bzw. eine Ermässigung der Geldbusse – Vorlage von Beweismitteln, die den Nachweis einer Zuwiderhandlung ermöglichen bzw. die einen erheblichen Mehrwert gegenüber den bereits im Besitz der Kommission befindlichen Beweismitteln darstellen – einem grossen Anreiz, mehr zu gestehen als sie tatsächlich bezeugen können. Ohne die Möglichkeit einer Zeugenvernehmung ist es den betroffenen Unternehmen nicht möglich, die Glaubwürdigkeit des Hauptbelastungszeugen vor dem Entscheidungsorgan zu erschüttern und Widersprüche und Ungereimtheiten aufzuzeigen. Das Recht der betroffenen Unternehmen nach Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter densel-

ben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten, wird damit verletzt.<sup>42</sup>

### 3. Schweiz: de lege lata und Vernehmlassungsentwurf des Bundesrats

#### 3.1 Institutionelle Schwächen de lege lata

[Rz 24] Ähnliche rechtsstaatliche Defizite sind *de lege lata* auch in der Schweiz auszumachen. Formal beurteilen mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission als Untersuchungs- und der Wettbewerbskommission als Entscheidbehörde zwei unterschiedliche Organe den Fall (vgl. Art. 23, Art. 18 Abs. 3 KG). Doch zum einen ist die Wettbewerbskommission kein Gericht im Sinne des Art. 6 EMRK, zum anderen sind Sekretariat und Wettbewerbskommission nicht derart unabhängig voneinander, dass das Verfahren wenigstens als «gerichtsähnlich» angesehen werden könnte.

[Rz 25] Ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingliedert zu sein, aber es muss organisch und personell, nach der Art seiner Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach dem äusseren Erscheinungsbild unabhängig und unparteiisch sein, sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien.<sup>43</sup> Das ist bei der heutigen Wettbewerbskommission nicht der Fall.<sup>44</sup> Sie setzt sich zusammen aus unabhängigen Sachverständigen und Interessen- und Berufsvertretern. Die Präsenz von Vertretern von Partikularinteressen im Entscheidungsorgan erweckt zumindest den Eindruck von Befangenheit und verhindert somit die Einordnung der Weko als Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK.<sup>45</sup> Dies entspricht im Übrigen auch dem Selbstverständnis der Weko.<sup>46</sup>

<sup>38</sup> Vgl. EuG v. 29. Juni 1995, Rs. T-30/91, Slg. 1995, II-1775, Tz. 98 – *Solvay / Kommission*; Jürgen Schwarze/ Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, S. 56 f.m.w.N.; hierzu auch Simon Hirsbrunner, Fining Policy and Judicial Control, in: Carl Baudenbacher, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht 2007, S. 267, 274 ff.

<sup>39</sup> Zu diesen Erfordernissen an die volle Kognition EGMR, Urt. v. 14. November 2006, 60860/00, Tz. 48 – *Tsfayo / Vereinigtes Königreich*; das kürzlich ergangene Urteil v. 27. Oktober 2009 in Sachen *Crompton / Vereinigtes Königreich* dürfte daran nichts ändern, da es lediglich die Überprüfung der Rechtsfolgenseite betraf, hinsichtlich der die europäischen Gerichte nach Art. 263 AEUV, Art. 31 VO 1/2003 ohnehin unbeschränkte Nachprüfungskompetenz besitzen.

<sup>40</sup> EuG, Urt. v. 17. Dezember 1991, Rs. T-8/89, Slg. 1991, II-1833, Rdnr. 259 – *DSM / Kommission*.

<sup>41</sup> Jürgen Schwarze/ Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, S. 58 m.w.N.

<sup>42</sup> Vgl. auch Jürgen Schwarze/ Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, S. 58 ff.

<sup>43</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 v. 27. April 2010, Rdnr. 8.1.1.3 m.w.N. – *publigroupe*.

<sup>44</sup> Ganz h.M., vgl. Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2005, Art. 18 KG, Rz. 9; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Tz. 1144; vgl. die umfangreichen Nachweise bei BVGer v. 24. Februar 2010, RPW 2010/2, 242, 271, Rdnr. 5.4.3 – *Swisscom (Terminierungsgebühren)*, welches die Frage aber offen lässt.

<sup>45</sup> Vgl. Marcel Dietrich, Constitutional Limits for the Structure of the Swiss Competition Authority, in: Baudenbacher, Current Developments in European and International Competition Law, 16. St. Gallen International Competition Law Forum 2009, 2010, S. 39, 42 f.; ebenso OECD, Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation, Examen de l'OCDE de la réforme de la réglementation – La réforme de la réglementation en Suisse, 2006, S. 57, abrufbar unter [www.oecd.org/dataoecd/52/30/36489578.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/52/30/36489578.pdf).

<sup>46</sup> Wettbewerbskommission, Entsch. v. 5. Februar 2007, RPW 2007/2, 241, 249 – *Terminierungsgebühren*: «Allgemein erweckt die Weko nach Erscheinungsbild und Verfahren nicht den Eindruck eines Gerichts, wie dies von Praxis und Lehre zu Art. 6 Abs. 1 EMRK als notwendige Voraussetzung einer richterlichen Instanz verlangt wird.»

[Rz 26] Ferner wird die Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde an zahlreichen Stellen des Verfahrens relativiert. Das Sekretariat eröffnet im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums (d.h. der Weko) eine kartellrechtliche Untersuchung, wobei es hierzu verpflichtet ist, wenn es von der Weko damit beauftragt wird (§ 27 Abs. 1 KG). Die Weko entscheidet auch, welche der eröffneten Untersuchungen vorrangig zu behandeln ist (Art. 27 Abs. 2 KG). Nach Art. 23 Abs. 1 KG führt grundsätzlich das Sekretariat die Untersuchungen durch. Doch es ist für die notwendigen verfahrensleitenden Schritte auf die Mitwirkung eines Mitglieds des Präsidiums, d.h. der Weko, angewiesen (Art. 23 Abs. 1 KG). Offenbar war auch zumindest unter der bisherigen Präsidentschaft der Einfluss der Weko auf die Untersuchungen des Sekretariats deutlich zu spüren. Überdies können Mitglieder der Weko an Untersuchungshandlungen des Sekretariats, insbesondere an Anhörungen und Zeugeneinvernahmen teilnehmen (§ 17 Abs. 2 Geschäftsreglement Wettbewerbskommission [«GR-Weko»]<sup>47</sup>) und trotz der primären Untersuchungskompetenz des Sekretariats kann die Weko gemäss Art. 30 Abs. 2 KG sogar korrigierend in diese Kompetenz eingreifen und zusätzliche Untersuchungs-massnahmen anordnen. Zudem beaufsichtigt der Präsident der Weko die Geschäftsführung des Sekretariats (Art. 8 lit. b) GR-Weko). Der Eindruck einer gewissen Befangenheit der Weko wird durch den in der Praxis üblichen und von Art. 12 Abs. 2 GR-Weko erlaubten Meinungsaustausch zwischen Sekretariat, Kommission und Präsidium zusätzlich verstärkt. Überdies ist das Sekretariat an der Entscheidungsfindung der Weko beteiligt, es nimmt an den Beratungen der Weko teil, während das betroffene Unternehmen hiervon ausgeschlossen ist. Eine Respektierung des Grundsatzes der Waffengleichheit kann hierin nicht erkannt werden.

[Rz 27] Sekretariat und Weko sind folglich derart organisatorisch-funktionell ineinander verflochten, dass das betroffene Unternehmen objektiv den Eindruck gewinnen kann, entgegen Art. 6 Abs. 1 EMRK erstinstanzlich von einem voreingenommenen Organ und nicht von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht bebusst worden zu sein.<sup>48</sup>

[Rz 28] Das geltende institutionelle System steht damit in Widerspruch zu Art. 6 Abs. 1 EMRK, da nach Ansicht der Verfasser eine «Heilung» durch eine Rechtsmittelinstanz, welche den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt, nur bei Bagatelldelikten in Betracht kommt.<sup>49</sup> Damit ist es unerheblich und kann offen gelassen werden, ob das BVGer volle Kognition im Sinne der *Öztürk*-Rechtsprechung besitzt.

Angesichts seiner Zurückhaltung bei der Ermessenskontrolle, insbesondere bei der Überprüfung technischer und wirtschaftlicher Spezialfragen,<sup>50</sup> sind daran durchaus Zweifel angebracht.<sup>51</sup>

### 3.2 Der Vernehmlassungsentwurf des Bundesrats: ein grosser Schritt nach vorne

[Rz 29] Im Vernehmlassungsentwurf schlägt der Bundesrat einen Paradigmenwechsel im institutionellen Bereich vor. Durch die Schaffung eines Bundeswettbewerbsgerichts, welches für die Ausfällung einer Sanktion bzw. einer Strafe ausschliesslich zuständig ist, werden zukünftig Untersuchungs- und Entscheidkompetenzen strikt voneinander getrennt.<sup>52</sup>

[Rz 30] Der durch Art. 18 KG-VE geschaffene Wettbewerbsbehörde obliegen mit der Durchführung von Untersuchungsverfahren weitgehend die Aufgaben, die *de lege lata* dem Sekretariat zufallen. Doch wird das Untersuchungsverfahren von den Verflechtungen zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde befreit. An eine Mitwirkung des Bundeswettbewerbsgerichts als Entscheidbehörde ist die Wettbewerbsbehörde weder bei der Anordnung einer Untersuchung noch bei der Durchführung verfahrensleitender Massnahmen gebunden (Art. 27 Abs. 1, 20 Abs. 1 KG-VE). Korrigierende Eingriffe in das Untersuchungsverfahren durch das Bundeswettbewerbsgericht sind ebenso wenig vorgesehen. Neben der Untersuchungsfunktion nimmt die Wettbewerbsbehörde auch eine Beratungsfunktion wahr. Sie berät Amtsstellen und Unternehmen bei Fragen zum KG (Art. 18 Abs. 2 KG-VE). Ihre Unabhängigkeit in inhaltlichen Fragen vor Weisungen des Bundesrats, der Verwaltungsbehörden oder des Bundeswettbewerbsgerichts wird durch Art. 19 KG-VE gewährleistet.

[Rz 31] Die wesentliche konzeptionelle Neuerung besteht darin, dass an die Stelle der bisher zuständigen Weko das Bundeswettbewerbsgericht als allein zuständige Stelle zur Ausfällung einer Strafe bzw. Sanktion tritt (Art. 25a Abs. 1, Art. 25b KG-VE). Die Wettbewerbsbehörde kann den betroffenen Unternehmen keine Busse mehr auferlegen. Das Bundeswettbewerbsgericht wird erste Instanz in Fällen von Wettbewerbsbeschränkungen; es entscheidet exklusiv über das Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen, die zu treffenden Massnahmen zu deren Beseitigung sowie in sanktionierbaren Fällen über deren Bemessung, ohne jedoch Einfluss auf das Untersuchungsverfahren zu besitzen.

<sup>47</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (GR; SR 251.1).

<sup>48</sup> Vgl. *Marcel Dietrich*, Constitutional Limits for the Structure of the Swiss Competition Authority, in: *Baudenbacher*, Current Developments in European and International Competition Law, 16. St. Gallen International Competition Law Forum 2009, 2010, S. 39, 43 f.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu bereits oben unter III. 1.

<sup>50</sup> BGE 2A\_178/2004 v. 30. November 2004, publiziert als BGE 131 II 13, (E.3.4.); BGE 1A.61/2006 v. 11. Dezember 2006, publiziert als BGE 133 II 35, 39 (E.3); BGE 2C\_899/2008 v. 18. Juni 1009, publiziert als BGE 135 II 296, 307 f. (E.4.4.3.).

<sup>51</sup> A.M. BVGer v. 24. Februar 2010, RPW 2010/2, 242, 273, Rdnr. 5.6.4 – *Swisscom* (*Terminierungsgebühren*).

<sup>52</sup> Vernehmlassungsunterlagen verfügbar unter [www.admin.ch/ch/d/sg/pc/pdependent.html](http://www.admin.ch/ch/d/sg/pc/pdependent.html) (15.8.2010); einzig im Rahmen der Fusionskontrolle besitzt die Wettbewerbsbehörde Entscheidkompetenzen.



[Rz 32] Diese institutionelle Neuausrichtung des KG ist un- eingeschränkt zu begrüssen. Durch die Auflösung der weit- gehenden Verflechtung auf funktionell-institutioneller Ebene zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde und die Ein- führung einer strikten Trennung zwischen den Aufgaben der Wettbewerbsbehörde und des Bundeswettbewerbsgerichts wird der Eindruck vermieden, das betroffene Unternehmen werde von derselben Institution beschuldigt und bebusst. Der Bundesrat hat sich nicht von den Stimmen beeinflussen lassen, die rechtsstaatliche Defizite mit einem Hinweis auf die Situation in der Europäischen Union rechtfertigen wollten, sondern durch die mutige Neukonzeption die Grundlage für ein verstärktes Vertrauen der betroffenen Unternehmen und der Öffentlichkeit in die Rechtmässigkeit der getroffenen Ent- scheidungen geschaffen.

#### IV. Keine hinreichende Bestimmtheit des Bussgeldregimes (Art. 7 Abs. 1 EMRK)

[Rz 33] In einem Punkt bleibt der Vernehmlassungsvorschlag des Bundesrats hinter den Erwartungen zurück. Er nimmt keine Verbesserung hinsichtlich der Bestimmtheit des Sank- tionsrahmens vor.

##### 1. Das Gebot der Normenklarheit

[Rz 34] Das Gebot der Normenklarheit fordert, dass die von einer gesetzlichen Regelung Betroffenen die Rechtslage er- kennen und ihr Verhalten danach auszurichten vermögen. Für das Strafrecht gelten dabei auf Grund seiner weitreichen- den Folgen für die Betroffenen strengere Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm.

[Rz 35] In seinem Urteil vom 24. Februar 2010 in der Sache *Terminierungsgebühren* hat das Bundesverwaltungsgericht die Rüge der Unbestimmtheit der Tatbestandsseite des Art. 49 a Abs. 1 S. 1 KG zurückgewiesen.<sup>53</sup> Angesichts der Weite des Art. 7 Abs. 2 lit. c) KG und fehlender europäischer und nationaler Entscheidungspraxis zu Terminierungsge- bühren kann man diesbezüglich durchaus geteilter Meinung sein.<sup>54</sup> Offen gelassen hat das Bundesverwaltungsgericht mangels Entscheidungserheblichkeit damals noch die Fra- ge, ob der Gesetzgeber die zu verhängende Sanktion aus- reichend bestimmt habe. Zwei Monate später war es in der «*publigroupe*»-Entscheidung der Meinung, auch der Sank- tionsrahmen sei mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) habe keine besonderen Anforderungen an die Bestimmtheit von

Bussenrahmen gestellt. Überdies habe der schweizerische Gesetzgeber eine Maximalsanktion vorgesehen.<sup>55</sup>

[Rz 36] Diese Argumentation greift u.E. zu kurz. Nach der Rechtsprechung des EGMR gilt das Gebot *nulla poene sine lege certa* des Art. 7 Abs. 1 EMRK nicht nur für die Tatbe- stands-, sondern auch für die Rechtsfolgenebene.<sup>56</sup> Nicht nur die Tat, sondern auch die Strafe muss präzise bestimmt und für den Adressaten vorhersehbar sein, sie darf nicht blankett- artig dem Vollzugsakt überlassen werden. Dabei kann sich der Grad an Bestimmtheit am potentiellen Adressatenkreis orientieren; die Norm muss nicht jedermann, sondern dem- jenigen Orientierungsgewissheit vermitteln, dessen Verhal- ten sie beeinflussen soll. Dies bedeutet zwar, dass im Wirt- schaftsstrafrecht, zu dem man im weitesten Sinne auch das Kartellbussgeldrecht zählen kann, ein höherer Sachverstand von den Betroffenen erwartet werden darf oder diese auf die Einholung fachlichen Rates verwiesen werden können.<sup>57</sup> Dennoch müssen die Bussenkriterien derart konkret vom Gesetzgeber definiert werden, dass Zufallsentscheidungen ausgeschlossen sind.

[Rz 37] Das Bestimmtheitsgebot bewegt sich in einem ste- tigen Spannungsfeld zwischen der Herstellung von Orien- tierungsgewissheit für den Adressaten, der Unmöglichkeit einer gesetzlichen Normierung jedes denkbaren Einzelfalls und einer erforderlichen Offenheit der Norm für den Rechts- anwender, um die Schuldangemessenheit der Strafe und die Rücksichtnahme auf die individuellen Verhältnisse des Betroffenen, somit Einzelfallgerechtigkeit, zu gewährleisten. Maximalforderungen wie die punktgenaue Vorgabe der Stra- fe durch den Gesetzgeber folgen daher aus dem Bestimm- theitsgebot nicht.<sup>58</sup> Dergleichen verletzt allein die Tatsache, dass ein Gesetz dem Rechtsanwender Ermessen verleiht, noch nicht das Bestimmtheitsgebot, sofern der Umfang und die Modalitäten der Ausübung eines solchen Ermessens im Hinblick auf das in Rede stehende legitime Ziel hinreichend deutlich festgelegt sind, um dem Einzelnen angemessenen Schutz vor Willkür zu bieten.<sup>59</sup>

##### 2. Die Unbestimmtheit des aktuellen Buss- geldregimes in der EU und der Schweiz

[Rz 38] Die Auflösung dieses Spannungsverhältnisses

<sup>53</sup> Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 v. 24. Fe- bruar 2010, RPW 2010/2, 242, 264 ff., Tz. 4.1 ff. – *Swisscom* (Terminierungsgebühren).

<sup>54</sup> Vgl. *Andreas Heinemann*, Direkte Sanktionen im Kartellrecht, in: Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 22 ff.; *Claudia Seitz*, EuZW 2010, 292 ff.

<sup>55</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-2977/2007 v. 27. April 2010, Rdnr. 8.1.7.2.– *publigroupe*.

<sup>56</sup> EGMR, Ur. v. 22. März 2001, Rs. 34044/96 u.a., Tz. 50 – *Streletz, Kessler, Krenz / Deutschland*.

<sup>57</sup> Vgl. EGMR, Ur. v. 29. März 2006, Rs. 67335/01, Tz. 54 – *Achour / Frankreich*; EGMR, Ur. v. 17. September 2009, Rs. 10249/03, Tz. 102 – *Scoppola/Italien*.

<sup>58</sup> Vgl. EGMR, Ur. v. 23. September 1998, Rs. 24755/94, Tz. 41 – *McLeod / Vereinigtes Königreich*; EGMR, Ur. v. 17. September 2009, Rs. 10249/03, Tz. 100 – *Scoppola/Italien*.

<sup>59</sup> Vgl. EGMR, Ur. v. 25. Februar 1992, Rs. 12963/87, Tz. 75 – *Margareta und Roger Andersson / Schweden*.

misslingt jedoch sowohl in der Europäischen Union als auch in der Schweiz. Das Bestimmtheitsgebot wird weitgehend preisgegeben und auf dem Altar rechtspolitischer Flexibilität geopfert, wenn sich die Gesetzgeber auf die Festlegung der Kriterien der «Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung» als Bemessungsgrundlage sowie einer Obergrenze für die Geldbusse in Höhe von 10 % des von dem Unternehmen im letzten Geschäftsjahr (EU) bzw. in den letzten drei Geschäftsjahren (Schweiz) erzielten Umsatzes beschränken.<sup>60</sup> Bezeichnenderweise schätzt auch das Bundesverwaltungsgericht den materiellen Normgehalt von Art. 49a Abs. 1 KG für die Verhängung von Sanktionsbeträgen als gering ein und befindet, dass «die Sanktionsfolgen für die Betroffenen tatsächlich nicht im Voraus klar berechenbar sind».<sup>61</sup>

[Rz 39] Der Verweis der europäischen Gerichte in ihren «*Degussa*»-Entscheidungen darauf, dass durch die gesetzliche Festlegung der Faktoren Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung, einer objektiv bestimmbarer Obergrenze sowie durch die Geltung allgemeiner Rechtsgrundsätze wie dem Gleichbehandlungs- und Verhältnismässigkeitsgebot das Ermessen der sanktionierenden Behörde nicht unbeschränkt sei,<sup>62</sup> greift zu kurz. Es wird verkannt, dass an das Bestimmtheitsgebot um so höhere Anforderungen zu stellen sind, je schwerer die angedrohte Strafe ist.<sup>63</sup> Bei Bussen, die hunderte Millionen Euro bzw. Fr. oder gar Milliarden Euro bzw. Fr. betragen können, ist der Verweis auf den schillernden Begriff «Schwere der Tat» daher völlig unzureichend. Angesichts des Verweises auf die generalklauselartigen Wettbewerbsbestimmungen der Art. 101 und 102 AEUV bzw. Art. 5 Abs. 3, 4 und Art. 7 KG auf Tatbestandsebene verliert dieses ohnehin weitgehend konturenlose Kriterium noch weiter an Qualität und Schärfe für die Vorhersehbarkeit der Höhe des Bussgeldes.

[Rz 40] In der EU kommt hinzu, dass das Gleichbehandlungsgebot als Grenze des Ermessens von der Kommission regelmässig mit dem Argument ausgeschaltet wird, die verschiedenen Verfahren betreffen jeweils andere Sachverhalte.<sup>64</sup> Im

Ergebnis gilt damit der Gleichbehandlungsgrundsatz nur innerhalb eines Verfahrens, nicht im Verhältnis verschiedener Verfahren zueinander, was ihm jegliche ermessensbegrenzende Wirkung nimmt. Die Kommission ist so innerhalb der Grenzen des Bussgeldmaximums praktisch frei bei der Bestimmung der Höhe des Bussgeldes. Selbst bezüglich dieser Bussgeldobergrenze jedoch bleibt offen, ob sich der Begriff des (Gesamt)Umsatzes auf den Konzernumsatz oder den individuellen Unternehmensumsatz bezieht und ob als relevante Geschäftsjahre die Jahre vor der Zuwiderhandlung oder vor der Ahndung gemeint sind.<sup>65</sup>

[Rz 41] Es überrascht somit nicht, dass die Kritik an der Vereinbarkeit des EU-Bussgeldregimes mit Art. 7 EMRK auch nach den oben erwähnten «*Degussa*»-Entscheidungen der europäischen Gerichte nicht verstummt ist.<sup>66</sup> Jedenfalls aber muss die Ausgestaltung des Bussgeldregimes in der EU auch im Lichte der oben ausgeführten historischen und institutionellen Besonderheiten gesehen werden. Die Machtfülle der Kommission und ihr weitgehend unbegrenztes Ermessen ist historisch und durch das Ziel der Marktintegration bedingt – als Vorbild für ein rechtsstaatlichen Anforderungen genügendes nationalstaatliches Wettbewerbsrecht eignet sich dieses System nicht.

### 3. Das Bestimmtheitsprinzip als «Optimierungsgebot»

[Rz 42] Das Bundesverwaltungsgericht sowie Befürworter des geltenden Systems in der EU und in der Schweiz vernachlässigen vor allem den Charakter des Bestimmtheitsprinzips als «Optimierungsgebot».<sup>67</sup> Der Gesetzgeber ist danach gehalten, die grösstmögliche Präzision bei der Fassung der Sanktionsnormen walten zu lassen und dort, wo ihm eine Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Normen ohne Beeinträchtigung widerstreitender Prinzipien wie der Einzelfallgerechtigkeit möglich ist, diese Konkretisierung selbst vorzunehmen und nicht – wie insbesondere in der EU geschehen – blankettartig der Verwaltung oder den Gerichten zu überlassen. Es dürfen keine Rechtsetzungsaufgaben auf die Verwaltung übertragen werden, deren sich der Gesetzgeber nach nationalem Verfassungsrecht nicht entziehen darf. Dass die Wettbewerbsbehörden ihren

<sup>60</sup> Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003 bzw. Art. 49a Abs. 1 erster Satz KG, Art. 3 KG-SanktionsVO.

<sup>61</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 v. 27. April 2010, Rdnr. 8.1.7.2. m.w.N. – publigroupe; vgl. auch *Stephan Breitenmoser*, Focus: Court Appeals in Competition Law, in: *Baudenbacher* [Hrsg.], Current Developments in European and International Competition Law – ICF 2008, Basel 2009, S. 381 ff., S. 385; *Christoph Tagmann*, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a KG, 2007, S. 1645

<sup>62</sup> EuG, Urt. v. 5. April 2006, Rs. T-279/02, Slg. 2006, II-897, Tz. 75 ff. – *Degussa / Kommission*; EuGH, Urt. v. 22. Mai 2008, Rs. C-266/06 P, Slg. 2008, I-81, Tz. 50 ff. – *Evonik Degussa / Kommission*.

<sup>63</sup> Vgl. für das deutsche Verfassungsrecht u.a. *BVerfG*, Beschl. v. 25. Juli 1962, BVerfGE 14, 251; *BVerfG*, Beschl. v. 14. Mai 1969, BVerfGE 26, 42.

<sup>64</sup> EuG, Urt. v. 21. Februar 1995, Rs. T-29/96, Slg. 1995, II-289, Tz. 386 – *Vereinigting van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid / Kommission*; vgl. *Simon Hirsbrunner*, Fining Policy and Judicial Control: Practical Instructions, in: *Baudenbacher*, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht 2007, S. 267, 277 f.m.w.N.

<sup>65</sup> *Jürgen Schwarze/ Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, S. 16; *Arianna Andreangeli et. al.*, Enforcement by the Commission, 2009, S. 18

<sup>66</sup> *Jürgen Schwarze/ Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, S. 16 ff., 40 f.; *Stefan Lorenzmeier*, Kartellrechtliche Geldbußen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZIS 2008, 20, 29; *Arianna Andreangeli et. al.*, Enforcement by the Commission, 2009, S. 18; *Karl Hofstetter*, GCP: The Antitrust Chronicle November 2009 (Release 2), S. 4.

<sup>67</sup> Vgl. *Rogall*, in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 3. Aufl. 2006, § 3 Rdnr. 27.

weiten Bewertungsspielraum durch eine Selbstbindung an ihre Bussgeldrichtlinien und Entscheidungspraxis selbst einschränken, ändert an dem Befund einer zu unbestimmten Rechtsgrundlage ebenso wenig wie eine umfassende, unbeschränkte gerichtliche Überprüfung der behördlichen Entscheidung.<sup>68</sup> Denn der rechtsstaatliche Mangel, dass nicht der Gesetzgeber über die Grenzen der Strafe entscheidet, wird dadurch nicht behoben.

[Rz 43] Diese grösstmögliche Präzision bei der Fassung des Bussgeldtatbestands lassen die Gesetzgeber sowohl in der EU als auch in der Schweiz vermissen, obwohl ihnen eine Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe wie «Schwere der Tat» und «Dauer der Tat» ohne weiteres möglich wäre. Gleiches gilt für eine nähere Bestimmung der Bussgeldobergrenze.

[Rz 44] Dem Adressaten muss – ähnlich wie im Strafrecht durch Strafzumessungsregeln – durch eine enumerative, nicht notwendigerweise abschliessende Aufzählung erschwerender und -mildernder Umstände in der Verordnung 1/2003 bzw. im KG hinreichend deutlich gemacht werden, welche Grenzen der Gesetzgeber der Verwaltung zieht.<sup>69</sup> Gleichfalls sollte voraussehbar sein, welche Art von Verstössen sich nach Ansicht des Gesetzgebers im oberen, welche im unteren Bereich des 10 %- bzw. 30%-Bereichs bewegen. Es ist in Erwägung zu ziehen, einen Bussenkatalog zu normieren, in dem insbesondere auch zwischen verbotenen Kartellabsprachen und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung differenziert wird. Gerade im Bereich des Marktmissbrauchs ist die Rechtsunsicherheit besonders gross, die Linie zwischen zulässigem Leistungswettbewerb und missbräuchlichem Verhalten sehr fein. Die Europäische Kommission selbst spricht in ihrer Mitteilung aus dem letzten Jahr lediglich von «Prioritäten» bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch.<sup>70</sup> Es ist nicht gerechtfertigt, für einen derartigen «Graubereich» dem Grunde nach dieselbe Bussgeldandrohung vorzusehen wie für *hardcore*-Kartellverstösse.

[Rz 45] Allein der Verweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip hilft den Unternehmen nicht weiter. Überdies sei an dieser Stelle erneut vor einer unbesehenen Übernahme

EU-rechtlicher Wertungen zur Schwere eines Verstosses gewarnt. In der EU werden gewisse Bewertungen, etwa das *per-se* Verbot von Alleinvertriebsvereinbarungen mit absolutem Gebietsschutz aus Gründen des speziellen Ziels der Marktintegration vorgenommen, selbst wenn sie im Einzelfall wohlfahrtssteigernd sein können.<sup>71</sup> Für die Schweiz muss eine solche Bewertung unberücksichtigt bleiben.

[Rz 46] Welche Gegenleistungen Kartellanten erbringen müssen, damit ihnen die Geldbusse erlassen oder ermässigt wird, kann und sollte ebenfalls gesetzlich und nicht lediglich durch Verwaltungsleitlinien geregelt werden. Wie die Bussgeldleitlinien sowie die *Leniency*-Bekanntmachung der Kommission<sup>72</sup> oder die Erläuterungen des Sekretariats der Weko zur KG-Sanktionsverordnung<sup>73</sup> zeigen, scheidet eine solche Konkretisierung im Kartellrecht auch nicht an Kodifikationsproblemen, sondern würde vielmehr der Willkür Einhalt gebieten, mit der die Verwaltung bussgeldschärfende und -mildernde Umstände berücksichtigt.

[Rz 47] Diesen Forderungen nach einer Optimierung des Bestimmtheitsprinzips im EU- und schweizerischen Kartellrecht kann nicht entgegengehalten werden, dass die Busse für die Unternehmen keine im Voraus kalkulierbare Grösse sein dürfe, da sie sonst ihre Abschreckungswirkung verlöre. Praxisfern wird vorausgesetzt, dass eine Kartellabsprache nach einer Abwägung des möglichen Kartellgewinns mit dem Risiko einer Busse eingegangen wird. Derartige Fälle sind jedoch äusserst rar gesät. Häufig werden Kartellabsprachen nicht auf Geschäftsführung-, sondern zwischen Mitarbeitern auf untergeordneter Ebene getroffen.<sup>74</sup> Schliesslich deuten kriminologische Untersuchungen darauf hin, dass das Ausmass der abschreckenden Wirkung von Sanktionen nicht von ihrer Art und Höhe abhängt, sondern eher davon, wie hoch der Täter sein Entdeckungsrisiko einschätzt.<sup>75</sup> Massnahmen,

<sup>68</sup> Ulrich Soltész/ Christian Steinle/ Holger Bielez, EuZW 2003, 202, 208 ff.; Jürgen Schwarze/ Rainer Bechtold/ Wolfgang Bosch, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, S. 26 f., 41; Arianna Andreangeli et. al., Enforcement by the Commission, 2009, S. 19; anders Gericht, Urt. v. 5. April 2006, Rs. T-279/02, Slg. 2006, II-897, Tz. 75 ff. – *Degussa / Kommission*; EuGH, Urt. v. 22. Mai 2008, Rs. C-266/06 P, Slg. 2008, I-81, Tz. 53 f. – *Evonik Degussa / Kommission*; vgl. hierzu allgemein Simon Hirsbrunner, SZW 2002, 91, 94.

<sup>69</sup> Vgl. auch Simon Hirsbrunner, SZW 2002, 91, 96.

<sup>70</sup> Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 v. 24. Februar 2009, S. 7; so schon Simon Hirsbrunner / Anne Schädel, EuZW 2006, 583, 586.

<sup>71</sup> Vgl. Wolfgang Kerber/ Jürgen Schwalbe, in: Münchener Kommentar zum EU-Wettbewerbsrecht, 2007, Einl. Rdnrn. 1412 f.; Simon Hirsbrunner, NZZ v. 7. März 2000, Nr. 56; ders., AJP 2000, 275; Marc Amstutz/ Mani Reinert, Jusletter v. 27. September 2004, Rz. 23 ff.; vgl. aber insbes. Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Tz. 319.

<sup>72</sup> Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210 v. 1. September 2006, S. 2 ff.; Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 298 v. 8. Dezember 2006, S. 17 ff.

<sup>73</sup> Abrufbar unter <http://www.weko.admin.ch>.

<sup>74</sup> Ian Forrester, Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures, E.L. Rev. 2009, 818, 826

<sup>75</sup> Teilweise wird die Bedeutung der Entdeckungswahrscheinlichkeit auch auf Bagatelldelikte beschränkt vgl. Henning Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 1. Aufl. 2003, Vorbemerkung zu §§ 38 ff., Tz. 37; Wolfgang Heinz, in: Kerner/Jehle/Marks (Hrsg.), Entwicklung der Kriminalprävention in Deutschland, 1998, S. 17, 28 f.m.w.N.; Marcel Alexander Niggli, Kriminologische Überlegungen zur Strafzumessung, Vortrag gehalten an der Tagung der Stiftung Weiterbildung Schweizerischer Richterinnen und Richter vom 13./14. November 1997 und vom 19./20. März 1998 (Gerzensee), S. 8 f.

welche die Entdeckungswahrscheinlichkeit erhöhen,<sup>76</sup> sind daher wesentlich effektivere Mittel zur Kartellbekämpfung als die Androhung immer höherer Bussen.

[Rz 48] Die Behauptung, eine Sanktionsandrohung sei nur dann wirksam, wenn sie unberechenbar sei, ist bei missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen besonders fehl am Platz. Die betroffenen Unternehmen haben ohnehin meist damit zu kämpfen, dass sie nicht einschätzen können, ob sie erstens überhaupt marktbeherrschend sind und ihre Verhaltensweisen zweitens missbräuchlich sind. Die Fälle, in denen ein Unternehmen im Vorhinein erkennen kann, dass es einen flagranten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begeht, sind selten. In Anbetracht dieser Rechtsunsicherheit auf der Tatbestandsseite wäre es nicht angemessen, auf der Rechtsfolgenseite «noch eins draufzusetzen». Jedenfalls aber ist zu berücksichtigen, dass die Entdeckungswahrscheinlichkeit bei angeblich missbräuchlichem Verhalten sehr hoch, bei Kartellabsprachen dagegen ohne Instrumente wie Bonusregelungen etc. äusserst niedrig ist. Denn einseitige Verhaltensweisen eines Unternehmens sind für andere Marktteilnehmer in der Regel unschwer zu erkennen, wohingegen Kartellabsprachen üblicherweise ausschliesslich den Kartellanten bekannt sind. Daher können bei missbräuchlichen Verhaltensweisen wesentlich tiefere Bussen die gleiche Abschreckungswirkung entfalten.<sup>77</sup>

[Rz 49] Vor allem aber geht das Argument der «notwendigen Unbestimmtheit» der Sanktionsandrohung auch in der Sache an der im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 7 EMRK geäusserten Kritik vorbei. Es geht nicht darum, die Busse punktgenau vorzubestimmen. Art. 7 EMRK fordert aber, dass ein Bussgeldrahmen durch präzise und kontrollierbare Zumessungsregeln seitens des Gesetzgebers näher ausgestaltet wird, sei es wie im Strafgesetzbuch durch differenzierte Strafrahmen für die unterschiedlichen Delikte, oder durch vergleichbar handhabbare und nachprüfbar Kriterien, die die gesetzgeberische Bewertung des Unrechtsgehalts einer Zuwiderhandlung für den Betroffenen erkennbar machen. Daran mangelt es im Rahmen von Art. 49a Abs. 1 KG *de lege lata*. Die fehlende Bereitschaft des Bundesrats das Bussgeldregime den Anforderungen des Art. 7 Abs. 1 EMRK anzupassen, ist daher unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten äusserst bedauerlich und kritikwürdig.

## V. Zusammenfassung

[Rz 50] Der Vernehmlassungsentwurf des Bundesrats erweist sich als bedeutender Schritt in Richtung eines rechtsstaatlichen Bussgeldverfahrens. Die Schaffung einer unabhängigen Wettbewerbsbehörde, welche die Untersuchung führt und Antrag stellt sowie eines unabhängigen erstinstanzlichen Bundeswettbewerbsgerichts zur Beurteilung der Fälle führt zu einer klaren Trennung zwischen Untersuchungs-, Anklage- und Entscheidfunktionen. Im Gegensatz zum EU-Recht wird die institutionelle Struktur Art. 6 EMRK gerecht. Bedauerlich ist jedoch, dass der Bundesrat Art. 49a KG unangetastet lässt und Bedenken in Bezug auf die Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 7 EMRK nicht aufgreift. Auch weiterhin fehlt es an präzisen und kontrollierbaren Zumessungsregeln seitens des Gesetzgebers, die den Bussgeldrahmen für die betroffenen Unternehmen bestimmbar machen.

---

Fürsprecher Simon Hirsbrunner, lic. iur, LL.M, Rechtsanwalt  
Jens Werner, Gleiss Lutz Rechtsanwälte Brüssel, simon.hirsbrunner@gleisslutz.com, jens.werner@gleisslutz.com.

---

\* \* \*

---

<sup>76</sup> In einem (indirekten) Zusammenhang zur Entdeckungswahrscheinlichkeit steht etwa die Bonusregelung, vgl. *Adrian Raass, sic!* 2009, 475, 478.

<sup>77</sup> Vgl. *Adrian Raass, sic!* 2009, 475, 477, wonach die Sanktion bei Kartellabsprachen wegen ihrer niedrigeren Entdeckungswahrscheinlichkeit ein Vielfaches des Kartellgewinns betragen müsse, bei missbräuchlichem Verhalten die Sanktion dagegen in etwa dem Gewinn aus der unzulässigen Verhaltensweise entsprechen solle; im Ausgangspunkt ähnlich *Wouters Wils, World Competition* 2006, 183, 190 ff.