der Arbeit zu verwenden, so muss er eine *Änderungskündigung* aussprechen. Er muss den Arbeitsvertrag künden und einen neuen Arbeitsvertrag vorschlagen, welcher den Arbeitnehmer verpflichtet, ein eigenes Smartphone zu stellen. So bleibt es grundsätzlich in der freien Entscheidung des Arbeitnehmers, ob er den neuen Arbeitsvertrag unterschreiben und damit am BYOM-Programm teilnehmen will, auch wenn er unter erheblichem Druck steht, andernfalls seine Arbeitsstelle zu verlieren. Um eine Belastung der Beziehung zu den Arbeitnehmern zu vermeiden, empfiehlt es sich u.E. die freiwillig Teilnahme an BYOM-Programmen vorzusehen.

VI. Schlussbemerkungen

Die häufig von Arbeitnehmern gewünschte Einführung von BYOD-Programmen kann auch für Arbeitgeber Vorteile bieten. So kann der Arbeitgeber von motivierten Arbeitnehmern profitieren, weil diese ihr eigenes Smartphone auswählen und benützen können. Zudem erlaubt das Arbeitsrecht, die Anschaffungs- und Abonnementskosten teilweise auf die Arbeitnehmer zu überwälzen. Dadurch kann auch die Erreichbarkeit von teilnehmenden Arbeitnehmern erhöht werden, die nicht für ein geschäftliches Smartphone qualifizieren. Die Arbeitgeber müssen aber die mit BYOD verbundenen Risiken durch technische, organisatorische und juristische Massnahmen adressieren. Auf der juristischen Seite steht dabei eine zweckmässige Ausgestaltung der BYOD-Nutzungsbedingungen sowie deren Durchsetzung mittels Information und Kontrolle der Arbeitnehmer im Vordergrund.

Entwicklungen im Kartellrecht/Le point sur le droit des cartels

Dr. iur. Reto Jacobs, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

I. Einleitung

Diese Berichterstattung schliesst an die der letzten Jahre an[1]. Sie umfasst das Kalenderjahr 2012 und beschränkt sich auf den Bereich des Kartellrechts. Die Entwicklungen im Bereich des unlauteren Wettbewerbs werden in dieser Zeitschrift jeweils zusammen mit dem Immaterialgüterrecht dargestellt. Für das Preisüberwachungsrecht wird auf den kürzlich erschienenen Jahresbericht des Preisüberwachers verwiesen[2]. Der vorliegende Beitrag erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern hebt ausgewählte wichtige Entwicklungen des vergangenen Jahres hervor.

II. Organisation und Statistik der WEKO

Die Zusammensetzung der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) hat sich im Jahr 2012 nicht verändert. Dagegen wurde das Sekretariat der WEKO neu strukturiert und durch einen Dienst «Bau» ergänzt. Dieser Dienst, der bisher zum Dienst Produktemärkte gehörte, untersucht Wettbewerbsbeschränkungen in den Bereichen Bau, Beschaffungswesen und Umwelt. Leiter des neuen Dienstes ist mit Herrn Vizedirektor Frank Stüssi ein Ökonom. Mit den zusätzlich bewilligten Ressourcen wuchs der Personalbestand des Sekretariats per Ende 2012 um 14 Stellen auf 72,6 Vollzeitstellen an (Vorjahr 58,6 Vollzeitstellen).

Im Jahre 2012 wurden insgesamt 22 Untersuchungen und 33 Vorabklärungen geführt. Ein beachtlicher Teil der Untersuchungen (15) wurde aus dem Vorjahr übernommen; eröffnet wurden sechs Untersuchungen[3]. Im Ver-

[1] SJZ 108 (2012) 215 ff.; SJZ 107 (2011) 206 ff.; SJZ 106 (2010) 216 ff.; SJZ 105 (2009) 215 ff.; SJZ 104 (2008) 218 ff.

[2] RPW *2012* 893 ff.

[3] 3.2.2012: Untersuchung gegen Banken betreffend LIBOR und TIBOR; 23.02.2012: Untersuchung gegen die Schweizerische Depeschenagentur (SDA); 1.11.2012: Untersuchung Strassen-, Tief- und Hochbau im Kanton Graubünden; 28.11.2012: Untersuchung gegen Steinway & Sons; 12.12.2012: Untersuchung gegen Hotel-Buchungsplattformen; 12.12.2012: Untersuchung betreffend die Kommerzialisierung von Medikamenteninformationen.

gleich zum Vorjahr deutlich zurückgegangen ist mit 33 die Anzahl der Vorabklärungen (Vorjahr 40). Dies dürfte auf den Abschluss verschiedener Vorabklärungen zurückzuführen sein, die im Vorjahr zum Thema «Nichtweitergabe von Wechselkursvorteilen» eröffnet worden waren. Abgeschlossen wurden im vergangenen Jahr fünf Untersuchungen und 17 Vorabklärungen. Die Anzahl der von der WEKO zu beurteilenden Unternehmenszusammenschlüsse bewegte sich mit 28 auf dem Niveau des Vorjahres (30). Nach wie vor sind zahlreiche von der WEKO in den vergangenen Jahren entschiedene Fälle bei den Rechtsmittelinstanzen hängig (13).

III. Wichtige Entscheide der WEKO

A. Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau

Mit Entscheid vom 16. Dezember 2011 kam die WEKO zum Schluss, dass mehrere Baufirmen im Kanton Aargau unzulässige Submissionsabsprachen getroffen hatten[4]. Die WEKO verhängte gegen die an den Absprachen beteiligten Unternehmen Bussen von insgesamt rund Fr. 4 Mio. Jenem Unternehmen, das als erstes umfassend mit der WEKO kooperiert hatte, erliess die WEKO gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG die Busse vollständig. Bemerkenswert ist dabei der Umstand, dass die vollständige Sanktionsbefreiung gewährt wurde, obwohl das Unternehmen erst kooperierte, nachdem die Untersuchung bereits eröffnet worden war. Sechs weitere Unternehmen, die im Laufe des Verfahrens ebenfalls kooperierten, kamen in den Genuss von Bussenreduktionen zwischen 5% und 50%. Ausgelöst worden war das Verfahren durch die Anzeige einer Person, die mit den Verhältnissen im Strassen- und Tiefbau genau vertraut war. Das Sekretariat der WEKO sicherte der Anzeigerin Anonymität zu, und diese Anonymität wurde während des gesamten Verfahrens aufrechterhalten, sodass den in die Untersuchung einbezogenen Unternehmen bis heute nicht bekannt sein dürfte, wer das Verfahren ausgelöst hatte. Die im Anschluss an die Anzeige durchgeführte Hausdurchsuchung und die Kooperation mehrerer Unternehmen erlaubten es der WEKO, für den Zeitraum von 2006–2009 rund 100 Submissionsabsprachen nachzuweisen.

Trotz der auf den ersten Blick hohen Anzahl betroffener Submissionen konnte die WEKO den beteiligten Unternehmen keine umfassende Absprache nachweisen, die sämtliche ausgeschriebenen Projekte erfasst hätte. Entsprechend musste die WEKO für jedes einzelne Projekt eine Absprache belegen, was sich auch mit der bisherigen Praxis der WEKO deckt, wonach bei Submissionen grundsätzlich jedes Projekt einen eigenen relevanten Markt darstellt. Die Bussenhöhe und der Anspruch auf Bussenbefreiung bzw. Bussenreduktion infolge Kooperation wurden dann aber nicht für jedes einzelne Projekt separat ermittelt. Jedoch berücksichtigte die WEKO bei der Bemessung der Bussen die Anzahl Projekte, an denen jedes Unternehmen beteiligt gewesen war. Um die kooperierenden Unternehmen nicht zu benachteiligen, wurden jene Projekte, welche von diesen Unternehmen selbst angezeigt worden waren, für die Bussenberechnung ausgeklammert. Bei der Lektüre des publizierten Entscheides fällt auf, dass die Ausführungen zu den einzelnen Projekten weitgehend anonymisiert sind, sodass nicht ersichtlich ist, welche Bauprojekte und welche Bauherren durch die Absprachen betroffen waren. Dies ist insofern sachgerecht, als damit verhindert werden soll, dass Informationen aus den Selbstanzeigen offengelegt werden und die Selbstanzeiger Gefahr laufen, dass diese Informationen anschliessend in Zivilprozessen gegen sie verwendet werden. Die weitgehende Anonymisierung soll das Funktionieren der Bonusregelung sicherstellen. Der Entscheid der WEKO ist noch nicht rechtskräftig, da verschiedene Unternehmen dagegen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde eingereicht haben. Das Parallelverfahren, das den Kanton Zürich betrifft, ist noch nicht abgeschlossen.

B. BMW

Mit Verfügung vom 7. Mai 2012 auferlegte die WEKO der BMW AG (München) eine Busse von rund Fr. 156 Mio., da BMW den Direkt- und Parallelimport von Fahrzeugen der Marken BMW und MINI nach Auffassung der WEKO behindert hatte[5]. Die Händlerverträge von BMW enthielten eine Bestimmung, wonach es den Händlern im EWR untersagt war, Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI an Kunden ausserhalb des EWR zu verkaufen. Da die Schweiz bekanntlich nicht zum EWR gehört, war damit ein Verkauf an Kunden in der Schweiz nach dem Wortlaut der Verträge ausgeschlossen.

Die WEKO wies im Entscheid zunächst darauf hin, dass das schweizerische Kartellgesetz gemäss dem Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG) auch dann anwendbar sei, wenn die Wettbewerbsabrede zwischen Parteien im Ausland geschlossen werde,

[4] RPW *2012* 270 ff.
[5] RPW *2012* 540 ff.

diese Abrede aber Auswirkungen auf den schweizerischen Markt habe. Dieser Hinweis erfolgte vor dem Hintergrund, dass sich die zur Diskussion stehende Bestimmung in Verträgen befand, die zwischen BMW, München (bzw. ihren Vertriebsgesellschaften im jeweiligen Land) und den sich ausserhalb der Schweiz befindenden Händlern geschlossen worden waren. Die WEKO qualifizierte das in diesen Verträgen enthaltene Exportverbot als eine den Wettbewerb vermutungsweise beseitigende Zuweisung von Gebieten i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG. Das Argument von BMW, das Exportverbot sei in der Praxis nicht durchgesetzt und Verkäufe in die Schweiz seien geduldet worden, wies die WEKO zurück, da man ohne gegenteilige Beweise davon ausgehen müsse, dass Verträge eingehalten würden. Hinzu kam, dass BMW noch kurz vor Eröffnung der Untersuchung in einem Schreiben festgehalten hatte, dass es zulässig sei, den Händlern im EWR den Verkauf ausserhalb des EWR zu untersagen. Die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG konnte durch den Nachweis des Interbrand-Wettbewerbs durch andere Fahrzeughersteller zwar widerlegt werden, jedoch erachtete die WEKO die Wettbewerbsbeschränkung aufgrund der Marktstellung von BMW als erheblich und büsste BMW mit einem Betrag von rund Fr. 156 Mio.

Damit hat die WEKO erneut in einem Fall eine Busse verhängt, in dem die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG zwar widerlegt werden konnte, die Abrede aber nach Auffassung der WEKO eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung bewirkte. Ob dies mit dem Wortlaut und dem Zweck von Art. 49a Abs. 1 KG zu vereinbaren ist, ist fraglich und wird durch die Gerichte zu klären sein. Zu bedauern ist, dass im publizierten Entscheid sämtliche Marktanteile als Geschäftsgeheimnisse behandelt werden, sodass nicht ersichtlich ist, über welche Marktanteile BMW in den verschiedenen Marktsegmenten verfügte. Damit ist für Aussenstehende leider nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Marktanteile die WEKO in diesem Fall eine quantitativ erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bejahte. Vor dem Hintergrund, dass der Fahrzeugmarkt in der Schweiz kompetitiv ist und deshalb auch die Marktanteile von BMW nicht allzu hoch gewesen sein dürften, scheint der Entscheid die bereits früher eingeleitete Praxis der WEKO zu bestätigen, dass für Abreden, die den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen, faktisch ein Per-se-Verbot gilt. In der Lehre wird zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Praxis mit dem geltenden KG kaum zu vereinbaren ist, erklärt doch das Gesetz nur jene Abreden für unzulässig, die den Wettbewerb tatsächlich erheblich beeinträchtigen. BMW hat gegen den Entscheid der WEKO Beschwerde eingereicht, sodass die Gerichte Gelegenheit haben werden, sich zu dieser Frage zu äussern.

Der Entscheid der WEKO ist insbesondere für international tätige Unternehmen von Bedeutung, muss doch gemäss diesem Entscheid auch in ausländischen Vertriebsverträgen sichergestellt werden, dass diese den Wettbewerb in der Schweiz nicht beeinträchtigen. Was dies für die Vertragsgestaltung bedeutet, zeigt der vorliegende Fall: Es war unbestritten, dass die in den europäischen Händlerverträgen vorgesehene Verkaufsbeschränkung auf das Gebiet des EWR mit dem europäischen Kartellrecht zu vereinbaren war. Entsprechend hätte ein auf europäisches Kartellrecht spezialisierter Jurist BMW mit grosser Wahrscheinlichkeit bestätigt, dass die Händlerverträge kartellrechtskonform waren. Erst die Beurteilung der europäischen Händlerverträge durch einen mit dem schweizerischen Kartellrecht vertrauten Juristen hätte allenfalls ergeben, dass in Bezug auf das schweizerische Kartellrecht ein Problem bestehen könnte. Da im Ausland geschlossene Vertriebsverträge aber selten darauf hin geprüft werden, ob sie auch mit dem schweizerischen Kartellrecht kompatibel sind, dürfte es im europäischen Ausland wohl noch eine Reihe von Verträgen geben, die vergleichbare Bestimmungen enthalten.

C. Tarifempfehlungen Immobilienbranche Neuenburg

Mit Verfügung vom 2. Juli 2012 genehmigte die WEKO eine einvernehmliche Regelung, in der sich die Sektion Neuenburg des Immobilienhändlerverbands verpflichtet hatte, die von ihr erlassenen Tarifempfehlungen zurückzuziehen[6]. Die WEKO war in der Untersuchung zum Schluss gekommen, dass die Tarifempfehlungen eine Preisabsprache i.S. von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellten. Die von diesem Artikel aufgestellte Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs konnte zwar widerlegt werden, jedoch lag nach Auffassung der WEKO eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, da sich die Mitglieder in rund einem Drittel der Fälle an die Tarifempfehlungen gehalten hatten. Die WEKO verhängte deshalb gegenüber den Mitgliedern eine Busse von Fr. 35 000.–.

Der Entscheid der WEKO dürfte für die Berufsverbände in der Schweiz von einiger praktischer Bedeutung

[6] RPW *2012* 657 ff.

sein, da die WEKO damit wohl das Ende der Verbandstarife eingeläutet hat. Denn wenn es für einen mit Bussen bedrohten Verstoss gegen das Kartellgesetz bereits ausreicht, dass die Tarifempfehlung bei einem Drittel der Transaktionen zur Anwendung kommt, so dürfte das mit einer Tarifempfehlung verbundene Risiko für einen Verband bzw. für seine Mitglieder in der Regel nicht mehr tragbar sein. Dies umso mehr, als im Zeitpunkt der Verabschiedung einer Tarifempfehlung durch einen Verband kaum abgeschätzt werden kann, ob und in welchem Umfang sich die Mitglieder an eine Tarifempfehlung halten werden. Aus dem Entscheid der WEKO ergibt sich weiter, dass die kartellrechtliche Problematik nicht entschärft werden kann, indem die Tarifempfehlung lediglich Bandbreiten vorschlägt, innerhalb derer sich die Preise bewegen können. Im konkreten Fall bestand die Tarifempfehlung jeweils aus zwei Prozentsätzen des Mietwerts. So wurde z.B. bei einem Mietwert der Liegenschaft von Fr. 500 000.– ein Honorar zwischen 3,75% und 4,25% des Mietwerts empfohlen. Auf den ersten Blick erscheint diese Bandbreite von 0,5% des Mietwerts als gering. Betrachtet man aber die daraus resultierenden absoluten Beträge von Fr. 18 750.– bis Fr. 21 250.–, so ist ersichtlich, dass der tiefere Wert rund 12% unter dem höheren Wert liegt. Trotzdem wurden von der WEKO alle Transaktionen, die innerhalb dieser Bandbreite lagen, als Einhaltung der Tarifempfehlung interpretiert. Dass sich diese Preise bis zu 12% unterscheiden konnten und damit auch bei Befolgung der Tarifempfehlung durchaus ein gewisser Preiswettbewerb stattfinden konnte, wurde von der WEKO ausgeblendet. Die von der WEKO angewendete Methodik überzeugt auch noch aus weiteren Gründen nicht: Einerseits dienen Tarifempfehlungen von Verbänden gerade dazu, den Mitgliedern anzugeben, auf welchem Niveau sich der Marktpreis in etwa befindet. Bildet die Tarifempfehlung den Marktpreis korrekt ab, so impliziert dies, dass ein grosser Teil der Transaktionen in etwa zu diesem Marktpreis – und damit gemäss Tarifempfehlung – abgeschlossen wird. Daher ist es auch nicht überraschend, wenn die WEKO feststellt, dass ein beachtlicher Teil der Transaktionen (rund ein Drittel) innerhalb der empfohlenen Bandbreite stattfand. Ob dies als Nachweis des angeblich erheblich beschränkten Preiswettbewerbs ausreicht, erscheint als fraglich. Andererseits – und das zeigt die Problematik der von der WEKO angewandten Methodik noch deutlicher – ist der «Befolgungsgrad» einer Tarifempfehlung umso höher, je grösser die Bandbreite der Tarifempfehlung ist. Denn je weiter ein Verband die Bandbreite steckt, umso grösser wird der Anteil der Transaktionen sein, die sich innerhalb dieser Bandbreite befinden. Dies führt im Ergebnis zur eigenartigen Konsequenz, dass Tarifempfehlungen kartellrechtlich gerade dann besonders problematisch sein sollen, wenn sie lediglich grobe Bandbreiten vorgeben und damit nur einen beschränkten Einfluss auf die konkreten Preise haben.

D. Altimum / Vertrieb von Bergsportartikeln

Am 20. August 2012 schloss die WEKO eine Untersuchung gegen die Altimum SA (vormals Roger Guenat SA) mit einer Verfügung ab und auferlegte Altimum eine Busse von Fr. 470 000.–[7]. Gegenstand der Untersuchung waren Bergsportartikel der Marke Petzel (Stirnlampen, Gurtzeug, Seile, Helme, Eispickel etc.), die Altimum in der Schweiz als Generalimporteurin vertrieb.

Die WEKO kam unter anderem gestützt auf diverse E-Mails, die während der Hausdurchsuchung sichergestellt worden waren, zum Schluss, dass Altimum den Händlern Vorgaben zu den Wiederverkaufspreisen gemacht hatte. So hatte Altimum offenbar interveniert, wenn Händler auf den Preisempfehlungen mehr als 10% Rabatt gewährten. Dieser Sachverhalt wurde in der Untersuchung von verschiedenen Händlern bei der Beantwortung der von der WEKO verschickten Fragebögen bestätigt. Die WEKO ging davon aus, dass damit eine Wettbewerbsabrede nachgewiesen und die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erstellt sei. Diese Vermutung konnte für die meisten Produktkategorien zwar durch ausreichenden Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden, jedoch sah die WEKO in der Absprache immer noch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs und verhängte deswegen eine Busse.

Der Entscheid der WEKO ist in mehrerer Hinsicht interessant. Zunächst zeigt er, dass Wettbewerbsabreden heute nicht mehr unbedingt in schriftlichen Verträgen festgehalten werden, sie sich aber anhand der Kommunikation zwischen den Parteien im Geschäftsalltag (insb. E-Mail-Korrespondenz) rekonstruieren und belegen lassen. In Bezug auf die angebliche Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung überraschen insbesondere die Ausführungen zur Produktkategorie «Seile». Bei diesen

[7] Entscheid ist auf der Webpage der WEKO (www.weko.admin.ch) publiziert.

verfügte Altimum offenbar lediglich über einen Marktanteil von 10-20%, was eigentlich klar dagegen spricht, dass die von Altimum praktizierte Preisbindung zweiter Hand einen wesentlichen Einfluss auf den Wettbewerb gehabt hatte. Die WEKO kam aber aufgrund der Tatsache, dass der führende Anbieter über einen Marktanteil von 70–90% verfügte, zum Schluss, dass Altimum als Nummer zwei im Markt für den Wettbewerb von besonderer Bedeutung war, weshalb trotz des geringen Marktanteils von einer erheblichen Beeinträchtigung auszugehen sei. Schliesslich befasste sich die WEKO in diesem Entscheid auch etwas ausführlicher mit den möglichen Rechtfertigungsgründen für eine Preisbindung zweiter Hand (Sicherstellung der Beratung, Vermeiden von Trittbrettfahrern etc.). Die WEKO verneinte das Vorliegen solcher Rechtfertigungsgründe insbesondere mit dem Hinweis, dass es andere Mittel gäbe, um diese Probleme zu lösen und die Preisbindung zweiter Hand somit nicht notwendig sei.

IV. Entscheide der Rechtsmittelinstanzen

Am 29. Juni 2012 fällte das Bundesgericht den mit Spannung erwarteten Entscheid in Sachen Publigroupe/VSW-Richtlinien[8]. Der Entscheid ist über den konkret beurteilten Sachverhalt hinaus von Bedeutung, da das Bundesgericht sich mit einer Reihe von Punkten zu beschäftigen hatte, die für die künftige Kartellrechtspraxis in der Schweiz relevant sein werden.

So hatte sich das BGer in diesem Entscheid erstmals zur Frage zu äussern, ob die institutionelle Ausgestaltung der WEKO und der Rechtsmittelinstanzen mit den sich aus der EMRK und der BV ergebenden Garantien zu vereinbaren sei. Das BGer bestätigte zwar, dass die Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter haben und daher die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV auf Sanktionsverfahren gemäss KG grundsätzlich anwendbar sind. Diese Garantien verlangen aber nach Auffassung des BGer nicht, dass schon die erste Instanz, welche die Sanktion verfügt (die WEKO), als EMRK-konformes Gericht ausgestaltet ist. Es genüge, wenn die Verfügungen der WEKO anschliessend durch ein EMRK-konformes Gericht überprüft werden könnten. Das BVGer sei ein solches Gericht, da es die Verfügungen der WEKO mit voller Kognition überprüfen könne. Das BGer erachtet deshalb eine Änderung der Behörden-/Gerichtsorganisation, wie sie vom Bundesrat im Rahmen der KG-Revision vorgeschlagen wurde, aus völker- und verfassungsrechtlicher Sicht als nicht notwendig.

Zur Überprüfung der WEKO-Entscheide durch das BVGer hielt das BGer fest, dass der WEKO-Entscheid grundsätzlich mit voller Kognition zu überprüfen sei. Dies schliesse aber nicht aus, dass das BVGer seine Kognition in Bereichen des Sachverständigenermessens und in besonderen Rechtsbereichen zurücknehmen könne. Jedoch müsse sich das BVGer mit den vom Beschwerdeführer vorgebrachten Rügen und Argumenten Punkt für Punkt auseinandersetzen.

Weiter ging das BGer davon aus, dass die Bestimmungen des KG, die zu Sanktionen führen können, grundsätzlich dem sich aus Art. 7 EMRK ergebenden Bestimmtheits- und Klarheitsgebot genügen müssen, da sie strafrechtsähnlichen Charakter hätten. Jedoch müssten auch Strafbestimmungen ausgelegt werden. Nach Auffassung des BGer ist der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens – sowie die Vorfrage der Marktabgrenzung – im Gesetz (Art. 4 Abs. 2 KG) und in der Verordnung (Art. 11 Abs. 3 VKU) genügend bestimmt. In Bezug auf Art. 7 KG liess das BGer offen, ob Art. 7 Abs. 1 KG für sich allein dem Bestimmtheitsgebot genügt, um gestützt darauf Sanktionen zu verhängen. Zumindest zusammen mit den in Art. 7 Abs. 2 KG genannten Verhaltensweisen sei eine ausreichende Bestimmtheit zu bejahen. Zudem könne für die Auslegung von Art. 7 KG auch die Praxis zu Art. 102 AEUV herangezogen werden, da sich das KG stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiere. Diese Aussage des BGer irritiert, ist es doch sehr ungewöhnlich, dass man den Rechtsunterworfenen in der Schweiz gewissermassen die Pflicht auferlegt, für die Auslegung einer schweizerischen Strafnorm das ausländische Recht heranzuziehen.

Zum Beweismass hält das BGer fest, dass die Durchsetzung des KG infrage gestellt wäre, wenn nur auf Tatsachen abgestellt werden könnte, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen seien. Angesichts der Komplexität ökonomischer Zusammenhänge sei eine strikte Beweisführung kaum möglich, da u.a. auch auf Erfahrungssätze, Marktbeobachtungen und Marktteilnehmerbefragungen abgestellt werden müsse. Die von der WEKO vorgenommenen wirtschaftlichen Analysen und die Wahrscheinlichkeit ihrer Richtigkeit müssten aber zumindest als überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.

[8] BGE 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012.

Immerhin hält das BGer fest, dass Unklarheiten in Bezug auf den Sachverhalt wegen der Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV) zugunsten des Unternehmens zu werten seien.

Das BGer bestätigt, dass aufseiten des Unternehmens ein Verschulden vorliegen muss, damit dieses gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden kann. Dafür reiche es aber bereits aus, wenn ein objektiver Sorgfaltsmangel vorliege. Dies sei im vorliegenden Fall zu bejahen, da Publigroupe spätestens mit Eröffnung des Untersuchungsverfahrens wusste, dass die WEKO das Verhalten als kartellrechtlich heikel einstufte. Wenn das Unternehmen das Verhalten trotzdem weiter praktizierte, so seien die subjektiven Voraussetzungen (d.h. die Verschuldensvoraussetzungen) für eine Sanktionierung erfüllt, da das Unternehmen in diesem Fall mit einer Sanktion rechnen müsse. Diese Begründung mag aufgrund der Besonderheiten des vom BGer zu beurteilenden Falles allenfalls noch vertretbar sein. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass ein Verschulden immer zu bejahen ist, wenn das am Ende der Untersuchung als kartellrechtswidrig qualifizierte Verhalten nach Untersuchungseröffnung weiter praktiziert wird. Denn damit ein Verschulden vorliegt, muss für das Unternehmen aus der Eröffnungsanzeige zumindest erkennbar sein, worin das möglicherweise kartellrechtswidrige Verhalten genau besteht und welche Schritte notwendig wären, um die Kartellrechtskonformität herzustellen. Gerade der letzte Punkt dürfte aber in der Praxis zumindest in komplexen Fällen häufig nicht gegeben sein. Zu denken ist etwa an den Entscheid der WEKO i.S. Mobilterminierung[9], in dem die WEKO selbst nach einem langjährigen Verfahren nicht in der Lage war, jenen Preis zu nennen, unter dem die Terminierungsgebühren nicht mehr missbräuchlich hoch gewesen wären. Ist aber nicht einmal die WEKO am Ende der Untersuchung dazu in der Lage, so kann vom Unternehmen nicht erwartet werden, diesen Preis bereits zu Beginn der Untersuchung genau zu kennen und damit zu wissen, wie man sich kartellrechtskonform verhalten könnte. Ein Verschulden kann aber nur dann vorliegen, wenn das Unternehmen zum Zeitpunkt der «Tat» objektiv betrachtet das Wissen und die Fähigkeit zum normkonformen Verhalten besitzt und sich trotzdem nicht entsprechend verhält. Dies setzt eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem in einem Unternehmen vorhandenen Wissen voraus, will man nicht Gefahr laufen, in Verletzung des Verschuldensprinzips vom Normverstoss automatisch auf die Vorwerfbarkeit und das Verschulden zu schliessen. Letzteres scheint aber die WEKO in ihren Entscheiden regelmässig zu machen, womit sie letztlich einen fragwürdigen erfolgsstrafrechtlichen Ansatz verfolgt.

Zusammenfassend ergibt sich aus dem Entscheid des BGer, dass dieses den Sanktionen gemäss KG zwar strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter zuerkennt und die für Strafnormen geltenden Grundsätze der EMRK und der Verfassung für grundsätzlich anwendbar erklärt. Das BGer ist dann aber nur beschränkt bereit, die konsequente Anwendung dieser Grundsätze auch durchzusetzen. Insbesondere in Bezug auf die volle Überprüfung des WEKO-Entscheides durch das BVGer, das Bestimmtheitsgebot, das Beweismass, die Unschuldsvermutung und das Verschulden scheint das BGer für das Kartellrecht im Vergleich zum klassischen Strafrecht deutlich weniger strenge Anforderungen aufzustellen. Dies ist aus rechtsstaatlicher Sicht zu bedauern.

V. Ausblick

Im laufenden Jahr dürfte die umfassende Revision des KG im Mittelpunkt des Interesses stehen. Als Erstrat wird der Ständerat die Revisionsvorlage bereits in der Frühlingssession behandeln. Die vorberatende Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (WAK-Ständerat) ist gegenüber dem Kern der Revision (Per-se-Verbote für gewisse Wettbewerbsbeschränkungen) grundsätzlich positiv eingestellt. Abgelehnt hat die WAK-Ständerat dagegen die vom Bundesrat vorgeschlagene Reform der Institutionen sowie die Motion Birrer-Heimo, wonach ein Kartellrechtsverstoss vorliegen soll, wenn Nachfrager aus der Schweiz im Ausland nicht zu den dort geltenden Bedingungen und Preisen beliefert werden. Auch die Einführung strafrechtlicher Sanktionen für Personen, die sich kartellrechtswidrig verhalten, lehnt die WAK-Ständerat ab.

[9] RPW *2007* 241 ff.