

Marc Thommen / Andrés Payer

Kartellverfahren als Strafverfahren

Zur institutionellen Ausgestaltung des Verfahrens über Direktsanktionen vor den Schweizer Wettbewerbsbehörden im Lichte der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention

Marc Thommen / Andrés Payer

Kartellverfahren als Strafverfahren

Zur institutionellen Ausgestaltung des Verfahrens über Direktsanktionen vor den Schweizer Wettbewerbsbehörden im Lichte der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention



Kartellverfahren als Strafverfahren Copyright © by Marc Thommen und Andrés Payer is licensed under a [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2024 - CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Autor: Marc Thommen, Andrés Payer

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

ISBN:

978-3-03805-739-0 (Print – Softcover)

978-3-03805-740-6 (Print – Hardcover)

978-3-03805-741-3 (PDF)

978-3-03805-742-0 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-740>

Version: 1.02 – 20241024

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/kartellverfahren-als-strafverfahren/>.

Vorwort

Die vorliegende Monografie ist aus einem Rechtsgutachten für den [Think Tank Fairer Wettbewerb](#) hervorgegangen. Stand der berücksichtigten Quellen ist der 31. August 2024. Die Veröffentlichung erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Auftraggebers, dem an dieser Stelle nochmals gedankt sei. Ein besonderer Dank gilt schliesslich Prof. Dr. iur. Tobias Jaag, LL.M., für seine wertvollen Hinweise.

Zürich/Berlin, im Oktober 2024

Marc Thommen/Andrés Payer

Zusammenfassung

I. *Einleitung*: Diese Untersuchung zeigt auf, dass die institutionelle Ausgestaltung der schweizerischen Wettbewerbsbehörden und das geltende sowie das von der Expertenkommission vorgeschlagene wettbewerbsrechtliche Direktsanktionsverfahren mit den Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Bundesverfassung und den Maximen des Strafprozessrechts nicht in Einklang stehen.

II. Am *heutigen Verfahren* wird in der Politik, Wirtschaft, Praxis und Lehre kritisiert, dass Untersuchung und Entscheid nicht hinreichend institutionell getrennt seien und dass die WEKO nicht unabhängig sei. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird bemängelt, dass das Gerichtsverfahren zu lange, zu teuer und nicht ergebnisoffen, sondern durch die WEKO-Verfügung vorgezeichnet sei. Es wird deshalb ein unabhängiges Wettbewerbsgericht gefordert.

III. Die *Expertenkommission* vertritt hingegen die Auffassung, dass Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion nicht zwingend zu trennen sind. Es sei zulässig, dass der Sanktionsentscheid erstinstanzlich durch eine Verwaltungsbehörde wie die WEKO gefällt werde, soweit der Weg an ein Gericht offenstehe, das die Vorwürfe tatsächlich und rechtlich frei überprüfe. Sie schlägt deshalb ein «Status quo optimiert»-Modell vor, dass auf den bestehenden Institutionen aufbaut. Dabei sollen die WEKO und ihr Sekretariat institutionell entflechtet werden. So soll das WEKO-Präsidium etwa künftig nicht länger an Untersuchungseröffnungen mitwirken müssen. Der fehlenden Unabhängigkeit soll unter anderem dadurch begegnet werden, dass künftig keine Vertreter von Interessenverbänden mehr in der WEKO einsitzen. Verfahrensrechtlich sollen die Parteien über ein «*Statement of Objection*» früher Einfluss nehmen können und die Einhaltung der Verfahrensrechte von einem «*Hearing Officer*» überwacht werden. Ferner sollen nebenamtliche Richter mit Spezialkenntnissen im Wettbewerbsrecht ans Bundesverwaltungsgericht gewählt werden.

IV. Bevor das geltende und das vorgeschlagene Verfahren kritisch gewürdigt werden können, werden als Erstes die *Vorgaben* der Konvention und der Verfassung analysiert. Kartellrechtliche Direktsanktionen sind Strafen im Sinne der EMRK (A.). Die strafrechtlichen Garantien der Konvention kommen daher zur Anwendung, und zwar – entgegen der Expertenkommission – in vollem Umfang (B.). Nach ständiger Rechtsprechung seit *De Cubber* dürfen Strafen erstinstanzlich nur durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht ver-

hängt werden. Davon hat der Gerichtshof in *Öztürk* insofern eine Ausnahme formuliert, als in grosser Zahl vorkommende, tarifartig sanktionierbare Bagatelldeliktstrafaten zunächst durch Verwaltungsbehörden beurteilt werden dürfen, soweit solche Verfügungen freier gerichtlicher Überprüfung zugeführt werden können. In *Menarini* hat der Gerichtshof diese Ausnahme ohne Begründung auf kartellrechtliche Direktsanktionen ausgedehnt. An diese Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht im *Publigroupe*-Entscheid angelehnt (C.). Bei *Deals* ist die Rechtsprechung strenger. Nach *Natsvlshvili* sind Verurteilungen, die auf einer Absprache basieren, erstinstanzlich zwingend durch ein Gericht zu erlassen (D.).

V. Als zweite Vorfrage zur inhaltlichen Kritik wird das *Kartellverfahren als Strafverfahren* analysiert. Das *ordentliche wettbewerbsrechtliche* Verfahren ist strukturell als Strafbefehlsverfahren einzustufen. Vereinfacht fungieren die WEKO als Staatsanwaltschaft, ihr Sekretariat als Polizei und das Bundesverwaltungsgericht als erstinstanzliches Gericht. Unterschiede bestehen bei der Entscheidungsmacht: Während der Sanktionsspielraum der Staatsanwaltschaft bei sechs Monaten Freiheitsstrafe gekappt ist, kann die WEKO sämtliche Direktstrafungen verfügen. Die Begründung erfolgt nicht durch die Erlassbehörde (WEKO), sondern die Polizei (Sekretariat). Im Gegensatz zum Strafbefehl hat der Adressat zwar nicht nur zehn, sondern 30 Tage Zeit, um eine gerichtliche Beurteilung zu verlangen, er muss dafür aber zusätzlich Kosten vorschliessen und seine Beschwerde begründen. Eine Berufung gibt es im Kartellverfahren nicht.

Die *einvernehmliche Regelung* (Art. 29 KG) ist schwierig einzuordnen. Aufgrund des Deals hat sie Ähnlichkeiten mit abgekürzten Verfahren (Art. 358 ff. StPO). Da es bei der einvernehmlichen Regelung eigentlich nicht um eine Sanktionierung des Unternehmens, sondern um Massnahmen zur Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung geht, zeigt sich die Nähe zum Vergleich (Art. 316 Abs. 2 StPO) und zur Wiedergutmachung (Art. 53 StGB). Soweit eine Sanktionierung im Raum steht, ist nach *Natsvlshvili* die Verhängung durch ein Gericht zwingend. Soweit es um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands geht, ist die geltende Regelung nur insoweit fragwürdig, als der Vergleich durch das Sekretariat (Polizei) und nicht die WEKO (Staatsanwaltschaft) selbst ausgehandelt wird.

VI. Die *Kritik des heutigen Verfahrens* ergibt sich nach Klärung dieser beiden Vorfragen (Vorgaben Konvention und Strafprozess) von selbst. Auf eine gerichtliche Erstinstanz kann nach *Öztürk* nur verzichtet werden, wenn es um geringfügige (1.) Massendelikte (2.) geht, die tarifartig (3.) und ohne Stigma (4.) sanktionierbar sind (Strassenverkehr). Keine dieser vier Voraussetzungen trifft

auf kartellrechtliche Direktsanktionen zu. Das zeigt sich nur schon an den Zahlen: Während allein in der Stadt Zürich 900'000 Ordnungsbussen zu maximal 250.- Franken pro Jahr verhängt werden, erlässt die WEKO weniger als vier Sanktionsverfügungen pro Jahr, deren Sanktionen aber bis in den neunstelligen Bereich reichen. Das hat der Gerichtshof verkannt, als er in *Menarini* die *Öztürk*-Rechtsprechung auf Kartellsanktionen angewandt hat. Auch historische Erwägungen sprechen gegen *Menarini*. Wie bereits die Inquisitoren sind wohl auch die Wettbewerbsbehörden von der Dreifach-Rolle des Ermittlers, Anklägers und Entscheiders überfordert. Je länger und aufwendiger Untersuchungen sind, desto unwahrscheinlicher wird ein ergebnisoffener Entscheid. Es braucht daher eine *gerichtliche Erstinstanz* (A.).

Menarini überzeugt auch nicht, soweit das Urteil das Erfordernis einer «*pleine juridiction*» zu konkretisieren versucht. Es lässt in casu eine unvollkommene Kontrolle genügen und verletzt damit etablierte Mindestgarantien. Nimmt man die Voraussetzung einer «*pleine juridiction*» ernst, ist sie vor Bundesverwaltungsgericht nicht erfüllt: Das Bundesverwaltungsgericht ist seiner DNA nach eine Rechtsmittelbehörde und kein erstinstanzliches Sachgericht. Zwar kann es *de iure* frei überprüfen, *de facto* hält es sich aber stark zurück, indem es praktisch keine eigenen Sachverhaltserhebungen macht, Rüge- und Begründungspflichten gelten und es der WEKO ein technisches Ermessen einräumt. Das wäre im Strafprozess undenkbar. Man stelle sich ein Strafgericht vor, das einen Strafbefehl nur zurückhaltend überprüft, mit der Begründung, dass die eigentliche Fachkompetenz bei der Staatsanwaltschaft liege. Weiter ist die Überprüfbarkeit der Sanktion unzureichend. Auch darüber hinaus fehlen die vom EGMR geforderten «*minimum safeguards*» für einen Verzicht auf ein Gericht: Der *Zugang* zum Bundesverwaltungsgericht ist nicht frei, sondern mit Kosten- und Begründungshürden gepflastert. Angesichts dieser Zugangs- und Prüfungshürden erweist sich das Verfahren vor *Bundesverwaltungsgericht* (B.) insgesamt als weder «*practical*» noch «*effective*».

Diese Bedenken gelten erst recht für die *einvernehmliche Regelung* (C.), die vom Sekretariat ausgehandelt und von der WEKO abgesehnet wird. Der Strafprozess kennt keine Absprache, die von der Polizei ausgehandelt und von der Staatsanwaltschaft zum Entscheid erhoben werden kann. Vielmehr ist nach *Natsvlisvili* bei Deals ein Verzicht ausgeschlossen. Es braucht zwingend eine gerichtliche Erstentscheidung bzw. Überprüfung und Absegnung des Deals.

Auch weitere *Verfahrensrechte* (D.) sind im heutigen Verfahren bedroht. So verletzt etwa die Bekanntmachung des Untersuchungsadressaten die Unschuldsumutung. Die Selbstbelastungsfreiheit wird nicht vollständig beachtet, indem etwa auch Mitarbeiter zur Aussage verpflichtet werden, deren

Handlungen dem Unternehmen zugerechnet werden. Die Zugangs- und Begründungshürden im Rechtsmittelverfahren sowie das der WEKO eingeräumte technische Ermessen führen faktisch dazu, dass eine Schuldvermutung zulasten der Unternehmen besteht, gegen die vor Gericht angekämpft werden muss. Angesichts der sehr langen Verfahren wird oft auch das Beschleunigungsgebot verletzt.

VII. In der *Kritik des vorgeschlagenen Verfahrens* wird zunächst aufgezeigt, dass im Bericht der Expertenkommission bereits die Methodik (A.) angreifbar ist, weil mit dem Implementierungsaufwand und der Systemkohärenz zwei «objektive» Bewertungskriterien vorangestellt werden, die das Resultat präjudizieren. Mit der Drohkulisse des Umsetzungsaufwands lässt sich so der Status quo (vermeintlich) legitimieren. Auch bei den übrigen Kritikpunkten zeigt sich, dass die als «Status quo optimiert» postulierten Neuerungen eher kosmetischer Natur sind. Eine gerichtliche Erstinstanz (B.) wird nicht geschaffen. Die Einführung des Gerichtsmodells im Kartellverfahren hätte jedoch keine Präjudizwirkung für andere verwaltungsrechtliche Sanktionsverfahren, da das Kartellverfahren Besonderheiten aufweist, die ihm auch der Expertenbericht attestiert. Auch die Einsetzung von nebenamtlichen Fachrichtern ändert nichts daran, dass das Bundesverwaltungsgericht (C.) seiner DNA nach ein kognitionsbeschränktes Rechtsmittelgericht bleibt. Bei der einvernehmlichen Regelung (D.) wurde die Notwendigkeit einer gerichtlichen Absegnung von den Experten schlicht übersehen. Für die Verfahrensrechte (E.) schliesslich gilt: Das vorgeschlagene *Statement of Objection* ist zu begrüßen. Der *Hearing Officer* ist ein strafprozessualer Fremdkörper. Die explizite Statuierung der Unschuldsvermutung, die im aktuellen Entwurf des Kartellgesetzes vorgesehen ist, bleibt ein reines Lippenbekenntnis, solange die Sanktionierungen keiner «*pleine juridiction*» unterstellt werden.

VIII. Als *eigener Vorschlag* wird deshalb ein Modell skizziert, in dem ein erstinstanzliches Sachgericht die Direktsanktionen verhängt und die einvernehmlichen Regelungen genehmigt. Damit stünden die Direktsanktionen institutionell und verfahrensrechtlich mit den Vorgaben der Konvention, der Bundesverfassung und den Maximen des Strafprozesses im Einklang. Auch dürfte dies die Akzeptanz der Entscheide fördern. Die beste Lösung besteht darin, das Sekretariat als Untersuchungsbehörde, die WEKO als Anklagebehörde, ein neues Bundeswettbewerbsgericht als erstinstanzliche Entscheidungsbehörde und das Bundesverwaltungsgericht als Berufungsinstanz vorzusehen. Mit Blick auf die Verfahrensbeschleunigung und den Sachverstand wäre auch eine schlankere Lösung denkbar, in der das Sekretariat zu einer eigenständigen Untersuchungs- und Anklagebehörde ausgebaut und die WEKO zu einem personell und institutionell unabhängigen Gericht umfunktioniert wird. Die

beiden Behörden müssten dazu jedoch örtlich und personell strikt getrennt werden. Auch hier könnte das Bundesverwaltungsgericht als Berufungsinstanz fungieren.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Zusammenfassung	7
I. Einleitung	15
A. Ausgangslage	15
B. Zielsetzung	16
C. Eingrenzung	17
D. Gang der Untersuchung	17
II. Heutiges Verfahren	19
A. Beschreibung	19
B. Trennung	27
C. Unabhängigkeit	29
D. Verfahrensrechte	30
III. Vorgeschlagenes Verfahren (Expertenkommission)	31
A. Beschreibung	31
B. Trennung	33
C. Unabhängigkeit	35
D. Verfahrensrechte	35
E. Andere Verfahrensmodelle	37
IV. Vorgaben der EMRK und der BV	41
A. Direktsanktionen als Strafen	41
B. Strafrechtliche Garantien «light»?	45
C. Verwaltungsbehörde als erste Instanz	51
D. Deals	59
V. Strafverfahren und Kartellverfahren	61
A. Ordentliches Strafverfahren	61
B. Strafbefehlsverfahren	63
C. Abgekürztes Verfahren	64
D. Ordnungswidrigkeiten und -bussen	65
E. Kartellverfahren als ordentliches Strafverfahren?	66

F.	Kartellverfahren als Strafbefehlsverfahren?	68
G.	Einvernehmliche Regelung als abgekürztes Verfahren oder Vergleich?	71
H.	Fazit	75
VI.	Kritik des heutigen Verfahrens	77
A.	Keine gerichtliche Erstinstanz	77
B.	Bundesverwaltungsgericht	83
C.	Einvernehmliche Regelung	92
D.	Verfahrensrechte	94
VII.	Kritik des vorgeschlagenen Verfahrens	97
A.	Methodik	97
B.	Keine gerichtliche Erstinstanz	100
C.	Bundesverwaltungsgericht	102
D.	Einvernehmliche Regelung	103
E.	Verfahrensrechte	103
VIII.	Eigener Vorschlag	107
	Abkürzungen	113
	Materialien	117
A.	Bundesrat und Parlament	117
B.	Expertisen für den Bundesrat	118
C.	Stellungnahmen	118
	Entscheide	120
A.	EGMR und EKMR	120
B.	Bundesgericht	121
C.	Bundesverwaltungsgericht	121
	Merblätter	123
	Geschäftsberichte	124
	Literatur	125
	Sachregister	131

I. Einleitung

Nachfolgend wird die gesetzgeberische Ausgangslage dargestellt (A.), die Zielsetzung dieser Untersuchung erklärt (B.), die sich daraus ergebende Eingrenzung beschrieben (C.) und der Aufbau der Untersuchung vorgestellt (D.).

A. Ausgangslage

Am 24. November 2021 schickte der Bundesrat einen Vorentwurf zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) in die Vernehmlassung.¹ Hauptziele der Revision waren die Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle, die Stärkung des Kartellzivilrechts und die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens.² Nachdem die Kartellgesetzrevision von 2012 zu einem entscheidenden Teil an der institutionellen Reform der Wettbewerbsbehörden gescheitert war,³ verzichtete der Bundesrat im Vorentwurf von 2021 darauf, grundlegende Neuerungen in der Organisation und Struktur der Wettbewerbsbehörden vorzuschlagen.⁴

In der Vernehmlassung fielen die Stellungnahmen zu den Hauptpunkten der Revision vorwiegend positiv aus. Doch forderten zahlreiche Vernehmlassungsteilnehmer eine institutionelle Reform der Wettbewerbsbehörden (Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat), obwohl diese nicht Gegenstand der Vernehmlassungsvorlage war.⁵

¹ Vgl. [Medienmitteilung BR 24.11.2021](#), [Vernehmlassungsvorlage Teilrevision KG](#) und [Erläuternder Bericht Teilrevision KG](#).

² Zu den Grundzügen der Revisionsvorlage vgl. [Erläuternder Bericht Teilrevision KG](#), S. 7 ff.

³ Vgl. [Botschaft Teilrevision KG](#), Ziff. 2.6 («Im Rahmen der Vernehmlassung wurde verschiedentlich gefordert, eine Reform der Wettbewerbsbehörden (Institutionenreform) in die Vorlage aufzunehmen. Der Bundesrat schlug als eines der zentralen Elemente im Rahmen der gescheiterten KG-Revision 2012 eine Institutionenreform vor. Allerdings war diese damals stark umstritten und einer der wesentlichen Gründe für das zweimalige Nichteintreten des Nationalrates auf die Vorlage»).

⁴ Zur Ausgangslage vgl. [Erläuternder Bericht Teilrevision KG](#), S. 3.

⁵ Vgl. die 21 Stellungnahmen der Kantone SG, VD und ZH, der Parteien FDP und SVP sowie der Vernehmlassungsteilnehmer ACCL, ATVSL, Centre Patronal, economiesuisse, FSKB, SAA, SAV, SBV, Scienceindustries, SKR, Studienvereinigung Kartellrecht e.V., Swisscom, SwissHoldings, Swissmem, VFAS, ZHK, alle abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/95/cons_1/doc_6/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-2021-95-cons_1-doc_6-de-pdf-a.pdf> (bes. 31.8.2024); sowie zusammenfassend [Bericht Vernehmlassungsergebnisse Teilrevision KG](#), S. 10.

4 In der Folge beschloss der Bundesrat am 17. März 2023, getrennt von der Teilrevision des [KG](#) eine Institutionenreform in Angriff zu nehmen, und beauftragte das Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), ihm im ersten Quartal 2024 einen Vorschlag für eine entsprechende Reform zu unterbreiten.⁶

5 Am 1. Mai 2023 setzte sodann das WBF eine Expertenkommission mit folgendem Auftrag ein:⁷

«Die Expertenkommission erstellt die notwendigen Grundlagen für die Erarbeitung einer sachlich fundierten und breit abgestützten Reform der Schweizer Wettbewerbsbehörden. Sie bewertet konkrete Modelle für die Ausgestaltung der Behörden mit Blick auf die Verfahrensdauer, den wirksamen Schutz des Wettbewerbs und die Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention. Sie arbeitet unabhängig von der Bundesverwaltung und wird die Anliegen und Einschätzungen verschiedener Anspruchsgruppen umfassend berücksichtigen.»

6 Die «Expertenkommission Reform Wettbewerbsbehörden» (im Folgenden: «Expertenkommission») führte umfangreiche rechts- und institutionenvergleichende Untersuchungen, Expertenbefragungen und Anhörungen verschiedener Akteure durch. Am 1. Dezember 2023 legte sie dem Bundesrat ihren Schlussbericht vor (im Folgenden: «Expertenbericht»), in dem sie einen Systemwechsel als nicht angezeigt erachtet und einen «Status quo optimiert» vorschlägt.⁸

7 Auf der Grundlage dieses Berichts beauftragte der Bundesrat das WBF am 15. März 2024, die Reform der Wettbewerbsbehörden nach den Empfehlungen der Expertenkommission an die Hand zu nehmen und ihm bis Mitte 2025 eine Vernehmlassungsvorlage vorzulegen. Gleichentags wurde auch der Expertenbericht veröffentlicht.⁹

B. Zielsetzung

8 Im Folgenden sollen die Praxis und Zusammensetzung der Wettbewerbsbehörden unter den Gesichtspunkten der Europäischen Menschenrechtskonvention ([EMRK](#)), Bundesverfassung ([BV](#)) und insbesondere der Maximen des

⁶ Vgl. [Medienmitteilung BR 17.3.2023](#).

⁷ Vgl. [Medienmitteilung BR 25.5.2023](#).

⁸ Vgl. [Expertenbericht](#), S. 111 f.; vgl. auch [Medienmitteilung BR 15.3.2024](#).

⁹ Vgl. zum Ganzen [Medienmitteilung BR 15.3.2024](#).

Strafprozessrechts analysiert werden. Dabei sollen nach Möglichkeit Vorschläge für eine Optimierung von wettbewerbsrechtlichen Verfahren gemacht werden.

Im Zentrum der Analyse soll das Verfahren über Direktsanktionen ([Art. 49a](#) i.V.m. [Art. 5](#), [Art. 7 KG](#)) stehen. Es soll untersucht werden, ob bzw. inwieweit dieses heute und nach dem Vorschlag der Expertenkommission («Status quo optimiert») mit der [BV](#), der [EMRK](#) und den daraus abgeleiteten strafrechtlichen bzw. strafprozessualen Grundsätzen vereinbar ist. Die Untersuchung soll andernfalls auch ein Alternativmodell aufzeigen.

9

C. Eingrenzung

Ausgeblendet werden im Folgenden insbesondere das Kartellzivilrecht, die Unternehmenszusammenschlüsse, die weiteren Strafbestimmungen,¹⁰ die Zwangsmassnahmen, der Rechtsvergleich und die Frage der Rechtsform der Wettbewerbsbehörden (z.B. öffentlich-rechtliche Anstalt oder unabhängige Verwaltungseinheit ohne Rechtspersönlichkeit).

10

Weitere mögliche Defizite des Kartellverfahrens in Bezug auf strafprozessuale Garantien, die nicht unmittelbar mit der institutionellen Ausgestaltung zusammenhängen (z.B. Unschuldsvermutung, Nemo-tenetur-Grundsatz, Verfahrensdauer), sollen nur kurz angesprochen, aber nicht vertieft erörtert werden.

11

Nicht näher untersucht werden die Vorgaben aus anderen Rechtsquellen wie dem Internationalen Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte (UNO-Pakt II).¹¹

12

D. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in acht Teile. Diesem einleitenden Teil ([I. Teil](#)) folgt eine ausführliche Darstellung zunächst des geltenden Verfahrens und der daran geübten Kritik ([II. Teil](#)), sodann des von der Expertenkommission vorge-

13

¹⁰ Die gleiche Problematik wie bei den Direktsanktionen könnte sich auch bei den (indirekten) Sanktionen nach [Art. 50 KG](#) und [Art. 51 Abs. 2 KG](#), allenfalls auch bei [Art. 51 Abs. 1 KG](#) stellen. Der [Expertenbericht](#), S. 61 Fn. 39, meint, dass sich bei Verwaltungsstrafverfahren nach [Art. 54–57 KG](#) (die in der Praxis der WEKO keine Rolle spielen) grundsätzlich dieselbe Problematik wie bei den Direktsanktionen stellen würde.

¹¹ Vgl. insbesondere [Art. 14 Ziff. 1 Satz 2 IPBPR](#); dazu etwa TAYLOR, S. 390 ff. Diese Vorschrift geht wie die [EMRK](#) (vgl. unten Rz. 89 f.) von einem autonomen Begriff der strafrechtlichen Anklage aus, vgl. TAYLOR, S. 380.

schlagenen neuen Verfahrens und der dafür massgeblichen Erwägungen ([III. Teil](#)). Anschliessend werden die Vorgaben der [EMRK](#) und der [BV](#) herausgearbeitet, wobei Ausgangspunkt der Befund bilden wird, dass kartellrechtliche Direktsanktionen nach [EMRK](#) Strafen sind ([IV. Teil](#)). Aus diesem Grund soll das Kartellverfahren aus einer spezifisch strafprozessualen Warte betrachtet werden, dies im Unterschied zum Expertenbericht, der das Kartellverfahren hauptsächlich aus verwaltungsrechtlicher Perspektive analysiert und weiterentwickelt hat. Dazu werden zunächst die verschiedenen schweizerischen Strafverfahrensarten dargestellt und sodann anhand des kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens Parallelen gezogen ([V. Teil](#)). Auf dieser Grundlage können anschliessend sowohl das geltende als auch das vorgeschlagene Kartellverfahren einer strafprozessualen Kritik unterzogen werden ([VI.](#) bzw. [VII. Teil](#)). Die Untersuchung wird dabei zum Ergebnis kommen, dass beide Verfahren den Vorgaben der [EMRK](#) und der [BV](#) sowie den Maximen des Strafprozessrechts nicht genügen. Abschliessend wird ein eigener Lösungsvorschlag skizziert ([VIII. Teil](#)).

II. Heutiges Verfahren

Im Folgenden wird zunächst die gegenwärtige institutionelle Ausgestaltung des Kartellverfahrens im Allgemeinen und im Hinblick auf Sanktionsverfahren nach [Art. 49a KG](#) im Besonderen beschrieben (A.), bevor die daran geübte Kritik der unzureichenden Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion (B.), der mangelnden Unabhängigkeit der WEKO (C.) und der Missachtung weiterer Verfahrensrechte (D.) dargestellt wird.

14

A. Beschreibung

Nach geltendem Recht obliegt die Durchführung der verwaltungsrechtlichen Kartellrechtsverfahren ([Art. 18 ff. KG](#)) der Wettbewerbskommission (WEKO) und ihrem Sekretariat.¹² Diese Verfahren umfassen primär die Beurteilung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen ([Art. 5](#), [Art. 7 KG](#)),¹³ daneben insbesondere die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionen; [Art. 9 f. KG](#)).¹⁴

15

Die WEKO ist als Behördenkommission ([Art. 57a Abs. 2 RVOG](#)) mit 11–15 Mitgliedern ausgestaltet, die vom Bundesrat gewählt werden ([Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 KG](#)). Die Mehrheit der Mitglieder muss aus unabhängigen Sachverständigen bestehen ([Art. 18 Abs. 2 Satz 2 KG](#)), die übrigen Mitglieder sind aus historischen Gründen Vertreter von Interessenorganisationen. Der Bundesrat bezeichnet die Mitglieder, die zusammen das Präsidium bilden ([Art. 18 Abs. 1 KG](#)). Gegenwärtig ist die Kommission aus zwölf Mitgliedern zusammengesetzt, von denen fünf Interessenverbände vertreten und drei das Präsidium bilden.¹⁵

16

¹² Zur Terminologie: «WEKO» wird hier als Abkürzung für die Wettbewerbskommission ohne das Sekretariat verwendet. Soweit die Kommission und das Sekretariat gemeint sind, wird von «Wettbewerbsbehörden» gesprochen (in diesem Sinne auch [Art. 1 Abs. 1 GR-WEKO](#)). Der [Expertenbericht](#) verwendet demgegenüber «WEKO» als Oberbegriff für die Wettbewerbskommission und deren Sekretariat ([Expertenbericht](#), S. 13).

¹³ Das Sekretariat der WEKO schätzt, dass diese Verfahrensart rund 90% der Aktivität der Wettbewerbsbehörden ausmacht. Vgl. [Expertenbericht](#), S. 25.

¹⁴ Für die übrigen Aufgaben der WEKO vgl. etwa [Art. 15](#) und [45 ff. KG](#).

¹⁵ Gemäss dem [Jahresbericht WEKO 2023](#), S. 4, sollten es seit 1.1.2024 dreizehn Mitglieder sein; die Website führt aber nur zwölf auf. Die vertretenen Interessenverbände sind: economiesuisse, Gewerbeverband, Bauernverband, Gewerkschaften und Konsumentenorganisationen. Vgl. <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/die-weko/kommission/mitglieder.html> (bes. 31.8.2024); BANGERTER, BSK KG, Art. 18 N 21.

- 17 Die WEKO ist zwar administrativ dem WBF zugeordnet ([Art. 19 Abs. 2 KG](#)), von der Konzeption her aber von den anderen Verwaltungsbehörden unabhängig ([Art. 19 Abs. 1 KG](#)). Sie kennt heute zwei Kammern, eine für Teilverfügungen und eine für Unternehmenszusammenschlüsse.¹⁶ Die WEKO ist eine Milizbehörde.¹⁷
- 18 Die WEKO verfügt über ein Sekretariat, dessen Hauptaufgabe es ist, die Geschäfte vorzubereiten, die Untersuchungen zu führen und – jeweils zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums – die erforderlichen prozessleitenden Verfügungen zu erlassen ([Art. 23 Abs. 1 Satz 1 KG](#)). Das Sekretariat verkehrt direkt mit den Beteiligten und Dritten ([Art. 23 Abs. 1 Satz 3 KG](#)), stellt Anträge an die WEKO und vollzieht deren Entscheide ([Art. 23 Abs. 1 Satz 2 KG](#)).
- 19 Das Sekretariat besteht aus der Direktion, die vom Bundesrat gewählt wird, und dem übrigen Personal, das von der Kommission gewählt wird ([Art. 24 Abs. 1 KG](#)). Derzeit besteht die Direktion aus fünf Mitgliedern. Ende 2023 beschäftigte das Sekretariat 73 Personen (ohne Praktikanten).¹⁸
- 20 Die Geschäftsführung des Sekretariats wird von der Präsidentin der WEKO beaufsichtigt ([Art. 28 Abs. 1 lit. e Geschäftsreglement der WEKO](#) [GR-WEKO]), die auch für die Koordination zwischen WEKO und Sekretariat und die Information der Kommission über die Tätigkeiten des Sekretariats zuständig ist ([Art. 28 Abs. 1 lit. a und d GR-WEKO](#)). Zudem ist die Präsidentin hauptverantwortlich für den Entscheid, welche der eröffneten Untersuchungen vorrangig zu behandeln sind ([Art. 28 Abs. 1 lit. b GR-WEKO](#), [Art. 27 Abs. 2 KG](#)). Das Sekretariat erteilt den Kommissionsmitgliedern auf Verlangen Auskünfte über laufende Geschäfte, die in deren Entscheidungskompetenz fallen ([Art. 31 Abs. 1 lit. e GR-WEKO](#)), und kann mit ihnen auch ausserhalb der Sitzungen verfahrensbezogene oder sonstige Fragen besprechen ([Art. 31 Abs. 1 lit. f GR-WEKO](#)).
- 21 Wie erwähnt ([Rz. 15](#)), beurteilt die WEKO primär unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen (d.h. unzulässige Wettbewerbsabreden nach [Art. 5 KG](#) und unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger

¹⁶ Vgl. [Art. 1 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 GR-WEKO](#); vgl. auch [Art. 19 Abs. 1 Satz 2 KG](#).

¹⁷ Vgl. [Jahresbericht WEKO 2023](#), S. 4, wo auch ausgeführt wird, dass die WEKO alle zwei bis vier Wochen zusammenkommt, um die wichtigen Entscheide zu treffen, und dass sie im Jahr 2023 elf ganz- oder halbtägige Plenarsitzungen durchgeführt hat.

¹⁸ [Jahresbericht WEKO 2023](#), S. 4. Auf S. 9 bietet der [Jahresbericht WEKO 2023](#) folgende Zahlen zur Tätigkeit des Sekretariats: «Das WEKO-Sekretariat erhält jedes Jahr mehrere hundert Meldungen und Anzeigen von Bürgerinnen und Bürgern, der öffentlichen Hand, Unternehmen, Verbänden etc. Durchschnittlich münden diese Meldungen und Anzeigen jährlich in 80–90 Verfahren. Rund 75 Prozent davon sind kleine informelle Marktbeobachtungen, etwa 18 Prozent mittelgrosse Verfahren (Vorabklärungen) und etwa 7 Prozent grössere Verfahren (Untersuchungen)». Ebenso bereits [Jahresbericht WEKO 2022](#), S. 12.

Unternehmen nach [Art. 7 KG](#)). Dabei kann sie zu deren Beseitigung mit den Beteiligten getroffene einvernehmliche Regelungen genehmigen ([Art. 29 KG](#)), Massnahmen anordnen ([Art. 30 KG](#)) oder Sanktionen nach [Art. 49a KG](#) – sog. direkte Sanktionen oder Direktsanktionen –¹⁹ verhängen.²⁰ Gemäss dieser Bestimmung können Unternehmen, die sich an einer unzulässigen Abrede nach [Art. 5 Abs. 3 und 4 KG](#) beteiligen oder marktbeherrschend sind und sich nach [Art. 7 KG](#) unzulässig verhalten, mit einem Betrag von bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden.²¹

Die WEKO hat von dieser Sanktionsmöglichkeit verschiedentlich Gebrauch gemacht und betroffene Unternehmen öfters mit Beträgen in Millionenhöhe, teilweise im neunstelligen Bereich, belastet.²² Gemäss Angaben des Sekretariats hat die WEKO in den Jahren 2003 bis 2022 in Untersuchungen wegen Wettbewerbsbeschränkungen insgesamt 170 Verfügungen erlassen, davon 72 Entscheide mit Sanktionen nach [Art. 49a KG](#). In rund der Hälfte der Sanktionsfälle kam es zu einvernehmlichen Regelungen, allerdings nicht immer mit allen Beteiligten. Von den 98 weiteren Verfügungen waren 18 vorsorgliche Massnahmen, 51 materielle Entscheide ohne Sanktionen und 29 andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht usw.).²³ Umgerechnet ergibt das insgesamt 8.5 Verfügungen pro Jahr, davon 3.6 Sanktionsverfügungen.

22

¹⁹ Krit. zur Terminologie NIGGLI/RIEDO, BSK KG, Vor Art. 49a N 10.

²⁰ Letzteres ist seit 1.4.2004 möglich. Vgl. zur Ratio legis der Direktsanktionen [Botschaft Änderung KG](#), S. 2033: «Die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts hängt entscheidend von seiner Präventivwirkung ab. Diese präventive Wirkung wird erzielt: – durch die Androhung von direkten Sanktionen. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen dürfen sich wirtschaftlich nicht lohnen. Deshalb muss der Sanktionsrahmen so weit gefasst sein, dass für Unternehmen die Berechnung des Netto-Nutzens aus einem Verstoß gegen das Kartellgesetz, etwa die erwartete Kartellrente abzüglich maximal drohende Sanktion, negativ ausfällt.» – Die Sanktion nach [Art. 49a Abs. 1 KG](#) ist bei erfüllttem Tatbestand grundsätzlich zwingend (vgl. LAUTERBURG, N 25); Absätze 2 und 3 der Vorschrift sehen aber Ausnahmen vor.

²¹ Nach der Rechtsprechung ist ein Organisationsverschulden vorausgesetzt, vgl. BGer, [2C_484/2010](#), 29.6.2012, E. 12.2.2, nicht publ. in [BGE 139 I 72](#); bestätigt z.B. in [BGE 143 II 297](#) E. 9.6.2; anders noch [Botschaft Änderung KG](#), S. 2034. Näher zu dieser Voraussetzung LAUTERBURG, N 58 ff. Zur Sanktionsbemessung vgl. die Regeln in [Art. 2 ff.](#) i.V.m. [Art. 1 lit. a SVKG](#).

²² Vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N 119 m.H. Beispielhaft seien folgende Sanktionen erwähnt: (1) ca. 333.4 Mio. Franken im Fall betreffend die Terminierungsgebühren der Swisscom, aber vom Bundesverwaltungsgericht aufgehoben ([BVGE 2011/32](#), S. 579 ff.) und Aufhebung vom Bundesgericht bestätigt ([BGE 137 II 199](#)); (2) ca. 219.9 Mio. Franken im Fall betreffend die Preispolitik der Swisscom, allerdings vom Bundesverwaltungsgericht auf ca. 186 Mio. Franken reduziert (BVGer, [B-7633/2009](#), 14.9.2015) und Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom Bundesgericht bestätigt ([BGE 146 II 217](#)); (3) ca. 156.9 Mio. Franken im BMW-Fall, bestätigt in [BGE 144 II 194](#).

²³ Vgl. zum Ganzen [Expertenbericht](#), S. 61 Fn. 39, wo auch darauf hingewiesen wird, dass die Verwaltungsstrafverfahren ([Art. 54–57 KG](#)) in der Praxis der WEKO keine Rolle spielen.

- 23 Der Ablauf eines Verfahrens über Direktsanktionen bzw. die Verfahrensschritte lassen sich zusammenfassend wie folgt beschreiben:

1. Vorabklärung

- 24 Das Sekretariat der WEKO führt eine Vorabklärung von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder Anzeige von Dritten hin durch ([Art. 26 Abs. 1 KG](#)). In dieser Phase besteht kein Akteneinsichtsrecht ([Art. 26 Abs. 3 KG](#)), die betroffenen Unternehmen können jedoch Stellung nehmen und Beweisanträge stellen.²⁴
- 25 Hat sich der Verdacht auf einen Kartellrechtsverstoss nicht erhärtet, wird die Vorabklärung folgenlos beendet.²⁵ Falls hingegen (weiterhin) Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des WEKO-Präsidiums eine Untersuchung ([Art. 27 Abs. 1 Satz 1 KG](#)).²⁶ Eine Untersuchung muss eröffnet werden, wenn die WEKO oder das WBF das Sekretariat damit beauftragt ([Art. 27 Abs. 1 Satz 2 KG](#)).

2. Untersuchung

- 26 Die Eröffnung einer Untersuchung wird unter Angabe von deren Gegenstand und Adressaten amtlich veröffentlicht ([Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 KG](#)). Während der Untersuchung haben die Parteien ein Recht auf Akteneinsicht und können weiterhin ihren Standpunkt darlegen und Beweisanträge stellen.²⁷
- 27 Das Sekretariat führt die Untersuchung durch ([Art. 23 Abs. 1 Satz 1 KG](#))²⁸ und eruiert den Sachverhalt,²⁹ wobei die Beteiligten grundsätzlich eine Auskunftspflicht trifft ([Art. 40 KG](#)) und Zeugen einvernommen sowie die Betroffenen zur Beweisaussage verpflichtet werden können ([Art. 42 Abs. 1 KG](#), [Art. 64 BZP](#) sinngemäss). Zudem kann das Sekretariat einem Präsidiumsmitglied beantragen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen anzuordnen, die das Sekretariat dann durch-

²⁴ [Merkblatt WEKO Vorabklärung](#), N 22.

²⁵ [Merkblatt WEKO Vorabklärung](#), N 14.

²⁶ Bei Verdacht auf eine Verletzung des [KG](#), die nicht mit Busse bedroht ist, kann das Sekretariat eine Einigung mit dem Unternehmen treffen und die Vorabklärung abschliessen, vgl. [Merkblatt WEKO Vorabklärung](#), N 16.

²⁷ [Art. 26 Abs. 3 KG](#) e contrario; [Merkblatt WEKO Untersuchung](#), N 14 f.

²⁸ In der Lehre wird erwogen, dass grundsätzlich nur die Untersuchungseröffnung und nicht jeder einzelne Verfahrensschritt im Einvernehmen mit einem Präsidiumsmitglied erfolgen müsse. [Art. 53 Abs. 1 KG](#) sei entweder gar nicht auf Untersuchungen von Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, die zu Direktsanktionen führen können, oder sei entsprechend restriktiv auszulegen. Vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 53 N 6a, 18 m.H.

²⁹ Vgl. näher dazu [Merkblatt WEKO Untersuchung](#), N 34 ff.

führt ([Art. 42 Abs. 2 KG](#), [Art. 45–50 VStrR](#) sinngemäss).³⁰ Nach der Praxis des Bundesgerichts kann die WEKO auch vorsorgliche Massnahmen anordnen.³¹

Nach Abschluss der Untersuchung übersendet das Sekretariat seinen Antrag an die WEKO den Parteien zur schriftlichen Stellungnahme ([Art. 30 Abs. 2 Satz 1 KG](#)); die Präsidentin der WEKO wird mit einer Kopie des Antrags bedient. Zugleich setzt das Sekretariat den Parteien Frist, um Beweisanträge zu stellen, eine mündliche Anhörung durch die WEKO ([Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG](#)) oder eine terminliche Verschiebung der Anhörungen zu beantragen.³²

Im Antrag des Sekretariats wird der ermittelte Sachverhalt dargestellt und im Lichte des [KG](#) rechtlich gewürdigt. Der Antrag kann auf Einstellung des Verfahrens, auf Genehmigung einer allfälligen einvernehmlichen Regelung ([Art. 29 KG](#)), auf bestimmte Massnahmen und/oder Sanktionen ([Art. 30](#) bzw. [49a KG](#)) lauten.

Nachdem die Stellungnahmen der Parteien eingegangen sind, kann das Sekretariat seinen Antrag anpassen. Es leitet den finalen Antrag, die Stellungnahmen sowie die Verfahrensakten an die WEKO weiter.³³

3. Entscheid

Die WEKO entscheidet zunächst, ob auf den Antrag einzutreten ist bzw. die Sache entscheidreif ist. Die Parteien sind von dieser Eintretensdebatte ausgeschlossen; bei Antrag auf Sanktionen werden die Parteien jedoch in der Regel vorgängig mündlich angehört (nichtöffentliche Anhörung).³⁴ Die WEKO kann das Sekretariat mit weiteren Untersuchungsmassnahmen beauftragen ([Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG](#)).

Tritt die WEKO auf den Antrag ein, so führt sie – allenfalls nach einer mündlichen Anhörung der Parteien – die Entscheidberatung ohne die Parteien durch. Kommt sie dabei zum Schluss, dass kein Kartellrechtsverstoss vorliegt, wird das Verfahren eingestellt. Hält sie einen Verstoss für gegeben, kann sie Massnahmen und Sanktionen anordnen. Für die Beschlussfassung genügt das einfache Mehr. Das Sekretariat nimmt an der gesamten Entscheidberatung teil, sofern die Kommission keinen gegenteiligen Beschluss fasst. Seine Mitarbeiter verfassen anschliessend auch den finalen Entscheid, der von der WEKO-Prä-

³⁰ Hiergegen steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (BGer, [2C_295/2021](#), 1.12.2021, E. 2.1.4).

³¹ Vgl. nur [BGE 130 II 149](#) E. 2.1.

³² Vgl. zum Ganzen [Merkblatt WEKO Entscheidprozess](#), N 7, 10.

³³ Vgl. zum Ganzen [Merkblatt WEKO Entscheidprozess](#), N 12.

³⁴ Vgl. [Merkblatt WEKO Untersuchung](#), N 51; [Merkblatt WEKO Entscheidprozess](#), N 17 f.; [Expertenbericht](#), S. 26. Zur Anhörungsmöglichkeit vgl. [Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG](#).

sidentin und dem Direktor des Sekretariats unterzeichnet wird ([Art. 9 GR-WEKO](#)). Der Entscheid wird den Parteien schriftlich eröffnet.³⁵

- 33 In der Praxis wird, wie sich aus den Anhörungen der Expertenkommission ergeben hat, praktisch kaum je ein Antrag des Sekretariats von der WEKO grundlegend geändert, abgesehen davon, dass mitunter die Höhe der Sanktion modifiziert wird.³⁶

4. Rechtsmittel

- 34 Gegen die Verfügungen der WEKO steht den Adressaten innert 30 Tagen seit der Eröffnung die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen ([Art. 33 lit. f VGG](#), [Art. 50 Abs. 1 VwVG](#)). Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung ([Art. 55 Abs. 1 VwVG](#)) und ist zu begründen ([Art. 52 VwVG](#)). Gerügt werden kann die Verletzung von Bundesrecht, inklusive Ermessensüberschreitung oder -missbrauch, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder Unangemessenheit ([Art. 49 VwVG](#)).³⁷ Die Beschwerde ist somit ein sog. vollkommenes Rechtsmittel.³⁸
- 35 Das Bundesverwaltungsgericht setzt der Vorinstanz und allfälligen Gegenparteien Frist zur Vernehmlassung ([Art. 57 Abs. 1 VwVG](#)) und kann die Parteien auf jeder Stufe des Verfahrens zu einem weiteren Schriftenwechsel einladen oder eine mündliche Verhandlung mit ihnen anberaumen ([Art. 57 Abs. 2 VwVG](#)). Bei dieser handelt es sich um eine *Instruktionsverhandlung*, die insbesondere der zusätzlichen Sachverhaltsabklärung, der Konfrontation, der Verschaffung eines persönlichen Eindrucks von den Beteiligten oder der Durchführung von Vergleichsverhandlungen dient.³⁹
- 36 Vor Bundesverwaltungsgericht können Beweismittel wie Zeugeneinvernahmen, Augenscheine und Parteiverhöre vorgebracht werden (vgl. [Art. 39 Abs. 2 VGG](#)). Eine öffentliche Parteiverhandlung wird angeordnet, wenn eine Partei es verlangt oder gewichtige öffentliche Interessen es rechtfertigen ([Art. 40 Abs. 1 VGG](#)).⁴⁰ Die Parteiverhandlung (Hauptverhandlung) soll den Parteien die

³⁵ Vgl. zum Ganzen [Merkblatt WEKO Entscheidprozess](#), N 44, 47; [Expertenbericht](#), S. 26.

³⁶ [Expertenbericht](#), S. 69.

³⁷ Die Geltendmachung von zulässigen Beschwerdegründen wird als Eintrittsvoraussetzung erachtet, vgl. etwa BVGer, [B-807/2012](#), 25.6.2018, E. 1.2.

³⁸ ZIBUNG/HOFSTETTER, PK VwVG, Art. 49 N 1 («Bei der Beschwerde nach Art. 44 ff. VwVG handelt es sich um ein vollkommenes Rechtsmittel, d.h., die Beschwerdeinstanz verfügt über volle (auch <freie>, <unbeschränkte>, <uneingeschränkte>) Kognition (Überprüfungsbefugnis, Prüfungszuständigkeit) in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht»).

³⁹ BERIGER, PK VwVG, Art. 57 N 48 m.H.; s.a. [Expertenbericht](#), S. 68.

⁴⁰ Vgl. bspw. BVGer, [B-780/2014](#), 16.11.2022, lit. H und J (Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung im Beschwerdeverfahren über kartellrechtliche Direktsanktionen); vgl.

Möglichkeit eröffnen, sich persönlich und abschliessend vor dem Gericht zur Streitsache zu äussern, und kann mit einer Instruktionsverhandlung kombiniert werden.⁴¹

Ob und in welchem Umfang das Bundesverwaltungsgericht Beweismassnahmen durchführt, liegt in seinem (pflichtgemässen) Ermessen. In der Praxis kommt es nach Auskunft des Bundesverwaltungsgerichts gegenüber der Expertenkommission eher selten vor, dass es selber Instruktionsverhandlungen durchführt oder Beweismassnahmen ergreift.⁴² Der massgebende Sachverhalt wird in den Verfügungen der WEKO detailliert dargestellt und die beschwerdeführenden Parteien haben eine Begründungspflicht, d.h. es ist an ihnen, die Sachverhaltsdarstellung der WEKO zu kritisieren und entsprechende Beweismittel vorzulegen.⁴³

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Beschwerde in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht grundsätzlich frei (vgl. [Rz. 34](#); umfassende Kognition).⁴⁴ In der Praxis übt es allerdings gewisse Zurückhaltung:

- Gemäss der Expertenkommission geht es in der Regel davon aus, dass es bloss die vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen hat.⁴⁵ Zum *Sachverhalt* nimmt das Gericht auch nur im Rahmen der erhobenen und aus seiner Sicht wesentlichen Rügen Stellung.⁴⁶
- Zudem gesteht das Bundesverwaltungsgericht der WEKO mitunter ein «*technisches Ermessen*» zu, in das es nicht einzugreifen habe. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet dies als zulässig, sofern sich das Bundesverwaltungsgericht nicht auf reine Plausibilitätsüberlegungen beschränkt, sondern darlegt und begründet, weshalb es sich der Auffassung der WEKO anschliesst.⁴⁷

auch BVGer, [B-506/2010](#), 19.12.2013, lit. C.a S. 752, lit. P., R.a und R.b S. 754 und lit. V S. 755. Zur Qualifikation von kartellrechtlichen Verfahren über Direktsanktionen als strafrechtliche Anklagen i.S.d. [EMRK](#) (vgl. [Art. 40 Abs. 1 VGG](#)) vgl. unten [Rz. 88 ff.](#)

⁴¹ Vgl. BVGer, [D-6946/2013](#), 23.3.2018, E. 1.4; vgl. auch BERIGER, PK VwVG, Art. 57 N 51, 54.

⁴² [Expertenbericht](#), S. 68; s.a. allgemein BERIGER, PK VwVG, Art. 57 N 48 m.H., wonach es in der Praxis nur selten zu einer mündlichen Verhandlung i.S.v. [Art. 57 Abs. 2 VwVG](#) kommt und die Parteien i.d.R. schriftlich angehört werden.

⁴³ [Expertenbericht](#), S. 68.

⁴⁴ HÄNNI, BSK KG, Nach Art. 43 N 38 f. («Das Bundesverwaltungsgericht verfügt [...] grundsätzlich über volle Kognition»); ZIBUNG/HOFSTETTER, PK VwVG, Art. 49 N 1 («[...] die Beschwerdeinstanz verfügt über volle (auch <freie>, <unbeschränkte>, <uneingeschränkte>) Kognition (Überprüfungsbefugnis, Prüfungszuständigkeit) in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht»).

⁴⁵ [Expertenbericht](#), S. 68; vgl. i.d.S. allgemein auch MOSER et al., N 3.119a m.H.

⁴⁶ Vgl. etwa BVGer, [B-710/2014](#), 16.11.2022, E. 1.2; vgl. auch BVGer, [B-4596/2019](#), 5.6.2023, E. 6.5.5, 9.8.2; MOSER et al., N 3.119a.

⁴⁷ [BGE 139 I 72](#) E. 4.6.2. Vgl. auch allgemein [BGE 139 II 185](#) E. 9.3 («Hat jedoch die Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts oder ein besonderes unabhängiges Fachgremium eine beson-

- Bei der Festlegung des konkreten Sanktionsbetrags (*Sanktionsbemessung*) gesteht das Bundesverwaltungsgericht der WEKO ein «erhebliches Ermessen» zu.⁴⁸
- 39 Damit das Bundesverwaltungsgericht auf eine Beschwerde eintritt, muss ein Kostenvorschuss geleistet werden ([Art. 63 Abs. 4 VwVG](#), [Art. 37 VGG](#)). Dessen Höhe entspricht in der Regel den Gerichtsgebühren, die der Beschwerdeführer im Falle seines Unterliegens zu tragen hat. Vor Bundesverwaltungsgericht beträgt die Gerichtsgebühr in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu 50'000 Franken ([Art. 63 Abs. 4^{bis} lit. b VwVG](#), [Art. 44 Abs. 3 VGG](#)).
- 40 Gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts steht sodann die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen ([Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG](#)).⁴⁹ Diese Beschwerde ist wiederum innert 30 Tagen möglich ([Art. 100 Abs. 1 BGG](#)) und begründungspflichtig ([Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG](#)), hat aber keine aufschiebende Wirkung ([Art. 103 Abs. 1 BGG](#)).
- 41 Das Bundesgericht kann die Entscheide nur auf Rechtsverletzung ([Art. 95 BGG](#)) und auf offensichtlich unrichtige oder auf einer Rechtsverletzung beruhende Sachverhaltsfeststellung ([Art. 97 BGG](#)) überprüfen (s.a. [Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG](#); eingeschränkte Kognition). Die Beschwerde ans Bundesgericht ist somit ein sog. unvollkommenes Rechtsmittel. Das Bundesgericht hat das Recht von Amtes wegen anzuwenden ([Art. 106 Abs. 1 BGG](#)).
- 42 Vor Bundesgericht betragen die Gerichtsgebühren in solchen Streitigkeiten grundsätzlich bis zu 100'000 Franken ([Art. 65 Abs. 3 lit. b BGG](#)), in besonderen Fällen bis zu 200'000 Franken ([Art. 65 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 lit. b BGG](#)).⁵⁰

dere Fachkompetenz, die dem Gericht selber abgeht, so kann und soll das Gericht dieses technische Ermessen respektieren»); HIRZEL, PK VwVG, Art. 61 N 11 («Bei an sich freier Kognition der Beschwerdeinstanz (freie Ermessens- und i.d.R. auch Angemessenheitsüberprüfung) ist freilich unter Umständen eine zurückhaltende Überprüfung zulässig [...])»).

⁴⁸ BVGer, [B-747/2014](#), 16.11.2022, E. 14.1.1; BVGer, [B-786/2014](#), 16.11.2022, E. 14.1.1; BVGer, [B-710/2014](#), 16.11.2022, E. 15.1.1; BVGer, [B-8386/2015](#), 24.6.2021, E. 10.4.1 m.Verw. auf BVGer, [B-2977/2007](#), 27.4.2010, E. 8.3.4 (bestätigt in [BGE 139 I 72](#)).

⁴⁹ Bei Verwaltungsstrafverfügungen erfolgt die gerichtliche Beurteilung jedoch durch die ordentlichen Strafgerichte, vgl. [Art. 57 KG](#); vgl. auch [Expertenbericht](#), S. 28.

⁵⁰ Vgl. zum Vermögensinteresse i.S.v. [Art. 65 Abs. 3 BGG](#) BGer, [2C_343/2010](#), 11.4.2011, E. 9.3, nicht publ. in [BGE 137 II 199](#) («Die Behörden vertreten im vorliegenden Fall einzig die Interessen eines funktionierenden Wettbewerbs bzw. der Förderung einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung (vgl. Art. 1 KG). Vermögensinteressen des Bundes stehen daher, trotz der strittigen Busse, nicht im Spiel. Den Bundesorganen sind daher keine Kosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Hingegen verfolgt die Swisscom offensichtlich auch Vermögensinteressen. Soweit die Kosten ihr aufzuerlegen und soweit ihr Entschädigungen zuzusprechen sind, ist demnach der Tarif für Streitigkeiten mit Vermögensinteressen massgeblich»).

Nachfolgend sollen nun die wichtigsten institutionellen Probleme des heutigen Kartellverfahrens dargestellt werden, wie sie bereits im Rahmen der gescheiterten Reform 2010–2012, in den Stellungnahmen der Vernehmlassungsteilnehmer von 2022, in späteren Stellungnahmen gegenüber der Expertenkommission sowie an anderer Stelle benannt wurden.

43

B. Trennung

Zunächst ist vielfach kritisiert worden, dass im Kartellverfahren die Untersuchungsfunktion und die Entscheidungsfunktion (insbesondere) angesichts der Möglichkeit von Direktsanktionen ([Art. 49a KG](#)) mit strafrechtlichem oder strafrechtsähnlichem Charakter nicht hinreichend getrennt seien.⁵¹ Zwar ist nicht eine einzige Behörde bzw. Stelle für die Untersuchung und den Entscheid zuständig, da das Sekretariat als untersuchende und «anklagende» Behörde fungiert,⁵² während die WEKO als erstinstanzlich entscheidende Behörde agiert. Allerdings wird diese konzeptionell-formale Trennung in verschiedener Hinsicht relativiert bzw. durchbrochen.

44

Auf einige dieser Relativierungen wurde bereits hingewiesen: Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der WEKO vor, erlässt mit einem Präsidiumsmitglied die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen und vollzieht die Entscheide der Kommission (vgl. oben [Rz. 18](#)). Es nimmt an der gesamten Entscheidberatung der WEKO teil und redigiert anschliessend den finalen Entscheid (vgl. oben [Rz. 32](#)). Zudem ist ein Präsidiumsmitglied der WEKO, in manchen Fällen sogar die Kommission als Ganzes, schon in den Entscheid über die Eröffnung einer Untersuchung eingebunden (vgl. oben [Rz. 25](#)). Ein Präsidiumsmitglied ist auch zwingend involviert, wenn die Untersuchung Hausdurchsuchungen oder Beschlagnahmen beinhaltet (vgl. oben [Rz. 27](#)). Überdies kann die WEKO das Sekretariat mit ergänzenden Untersuchungsmassnahmen beauftragen (vgl. oben [Rz. 31](#)). Entscheide der WEKO werden sodann auch vom Direktor des Sekretariats unterzeichnet (vgl. oben [Rz. 32](#)). Ferner wird das übrige, d.h. das nicht der Direktion angehörende Personal des Sekretariats von der WEKO bestellt (vgl. oben [Rz. 19](#)) und die Geschäftsführung des Sekretariats von der WEKO-Präsidentin beaufsichtigt (vgl. oben [Rz. 20](#)). Die WEKO bzw. die

45

⁵¹ Vgl. z.B. Stellungnahme SG, S. 2; Stellungnahme ZH, S. 2; Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht 2022, N 77 ff.; Stellungnahme SAV, S. 15 f.; Stellungnahme FDP, S. 1; Stellungnahme economiesuisse, S. 3; Stellungnahme SAA, S. 2; Stellungnahme SBV, S. 1 f.; Stellungnahme Swisscom, S. 1; Stellungnahme SwissHoldings, S. 2 f.; Stellungnahme VFAS, S. 2; TSCHUDIN, DK KG, Art. 53 N 14; vgl. auch schon [Gutachten BAUDENBACHER](#), S. 22. Der [Expertenbericht](#), S. 34, nennt dies ein «zentrales Postulat einer Institutionenreform».

⁵² Vgl. aber die nähere Analyse unten in [Rz. 167](#), wonach eigentlich die WEKO Anklägerin ist.

Präsidentin entscheidet zudem, welche Untersuchungen vorrangig zu behandeln sind (vgl. oben [Rz. 20](#)). Auch kann das Sekretariat die Kommissionsmitglieder über laufende Geschäfte informieren und mit ihnen auch ausserhalb der Sitzungen über ein Verfahren sprechen (vgl. oben [Rz. 20](#)).

- 46 Darüber hinaus ist verschiedentlich eine faktische Verflechtung zwischen der WEKO und dem Sekretariat geltend gemacht worden, die insbesondere daraus resultiere, dass die Kommission eine Milizbehörde ohne Personal sei, die weitgehend auf das Wissen und die Arbeit des Sekretariats angewiesen sei, das personell besser ausgestattet sei und in der Regel deutlich mehr Zeit in den Fall investiert habe.⁵³
- 47 Durch diese rechtliche und faktische Verflechtung der Wettbewerbsbehörden seien einerseits die Unabhängigkeit der Untersuchungsbehörde (Sekretariat) und andererseits die Freiheit und Unbefangenheit der Entscheidbehörde (Kommission) beeinträchtigt bzw. zumindest gefährdet. Dabei handle es sich jedoch um zwingend vorausgesetzte Eigenschaften, wenn Sanktionen mit strafrechtlichem oder strafrechtsähnlichem Charakter im Raum stünden.⁵⁴
- 48 Die Verflechtung und die sich daraus ergebenden Gefahren würden noch dadurch verstärkt, dass die WEKO unter Ausschluss der Öffentlichkeit entscheide und die Rechtsvertreter der beschuldigten Unternehmen bei der Entscheidberatung nicht anwesend seien – wohl aber das Sekretariat. Damit fehlten wichtige Korrektiv- und Überwachungsmöglichkeiten sowie die in Strafverfahren konventionsrechtlich garantierte Waffengleichheit zwischen Ankläger (Sekretariat) und Beschuldigten (betroffene Unternehmen).⁵⁵
- 49 Die dargestellten rechtstaatlichen Mängel liessen sich durch das Rechtsmittel- bzw. Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht nicht bzw. jedenfalls nicht vollständig heilen, zumal die beschwerdeführenden Unternehmen

⁵³ Vgl. zum Ganzen z.B. Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht 2022, N 78 m.H., 80; Stellungnahme SAA, S. 2; Stellungnahme SwissHoldings, S. 2 f.; vgl. auch schon [Gutachten BAUDENBACHER](#), S. 22.

⁵⁴ Vgl. zum Ganzen z.B. Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht 2022, N 78 m.H., 80 f.; Stellungnahme SwissHoldings, S. 2 f. Aus dem Schrifttum z.B. TSCHUDIN, DK KG, Art. 53 N 14 («Die Tatsache, dass die WEKO trotz ihrer Entscheidfunktion Untersuchungen des Sekretariats in Sanktionsverfahren mit strafrechtlichem Charakter massgeblich beeinflussen kann, ist unter EMRK-Gesichtspunkten problematisch [...]»); a.A. sind – wenig überraschend – BANGERTER, BSK KG, Art. 23 N 8 («Das Sekretariat der WEKO ist eine eigenständige Wettbewerbsbehörde»), der Leiter Ermittlungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission ist/war, und BRUCH/MEIER, DK KG, Art. 23 N 10 («Das Sekretariat als eigenständige Behörde»), die beide wissenschaftliche Mitarbeiter im Sekretariat der Wettbewerbskommission sind/waren.

⁵⁵ Vgl. z.B. Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht 2022, N 78 m.H., 80; Stellungnahme SAA, S. 2; Stellungnahme SwissHoldings, S. 2 f.; Stellungnahme VFAS, S. 2; vgl. auch schon [Gutachten BAUDENBACHER](#), S. 22.

vor diesem Gericht kein ordentliches kontradiktorisches Verfahren erhalten, sondern gegen einen bereits ergangenen Entscheid (scil. der WEKO) ankämpfen müssten. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sei mithin nicht wirklich unbeeinflusst, sondern beginne mit einem bestimmten – für die Unternehmen ungünstigen – *Framing*. Hinzu komme, dass ein Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht sowohl finanziell als auch anderweitig für die Unternehmen sehr belastend sei, besonders auch angesichts der öffentlichen Bekanntgabe der Namen angeklagter Unternehmen und des Interesses der Unternehmen, die Verfahren möglichst schnell zu beenden. Insbesondere für KMU sei es deshalb oft faktisch unmöglich, ein solches Verfahren anzustrengen bzw. durchzustehen. Schliesslich sei auch das Bundesverwaltungsgericht aufgrund seiner knappen personellen Ressourcen kaum in der Lage, Sachverhaltserhebungen vorzunehmen. Das Beschwerdeverfahren sei vor allem ein Aktenverfahren, womit eine wirksame Kontrolle der Sachverhaltsabklärung der WEKO bzw. des Sekretariats nicht gegeben sei. Zudem sei das Bundesverwaltungsgericht bei der Kontrolle der WEKO ohnehin sehr zurückhaltend, indem es ihr ein sog. technisches Ermessen einräume. Neben der Ressourcenknappheit wird auch das Selbstverständnis des Bundesverwaltungsgerichts als Rechtsmittelinstanz, die den Entscheid einer Fachbehörde überprüfe, als Grund für die faktisch fehlende Kontrolle gesehen.⁵⁶

C. Unabhängigkeit

Institutionell wird weiter die ungenügende Trennung der WEKO von der Politik, vom Bundesrat und von der Bundesverwaltung bemängelt.⁵⁷ Wie erwähnt, wird die WEKO vom Bundesrat bestellt (vgl. oben [Rz. 16](#)) und ist administrativ dem WBF angegliedert (vgl. oben [Rz. 17](#)). Zudem wird ihr Budget vom Parlament gesprochen und durch das WBF verwaltet. Der Bundesrat kann ferner die Entscheidungen der Behörde revidieren und ausnahmsweise ein Verhalten aus überwiegenden öffentlichen Interessen bewilligen ([Art. 8](#) und [11 KG](#)). Des Weiteren gehören der Kommission fünf Interessenvertreter an (vgl. oben [Rz. 16](#)). Durch solche Umstände sei die Unabhängigkeit der Kommission nicht gewährleistet bzw. gefährdet.

50

⁵⁶ Vgl. zum Ganzen z.B. Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht 2022, N 81, 83; Stellungnahme *economiesuisse*, S. 4; Stellungnahme *SwissHoldings*, S. 3.

⁵⁷ Vgl. z.B. Stellungnahme *economiesuisse*, S. 3; Stellungnahme *SwissHoldings*, S. 3.

D. Verfahrensrechte

- 51 Darüber hinaus ist kritisiert worden, dass die Dauer der Kartellverfahren zu lang sei und dass weitere Verfahrensrechte (die nicht die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Behörden betreffen) im kartellrechtlichen Direktsanktionsverfahren nicht hinreichend beachtet würden. Diese Punkte haben nicht oder nur teilweise mit der *institutionellen* Ausgestaltung des Kartellverfahrens zu tun, weshalb sie im Folgenden nur kurz erwähnt, aber später nicht eingehend gewürdigt werden können (vgl. oben [Rz. 11](#) und zur cursorischen Würdigung unten [Rz. 212 ff.](#)).
- 52 Zum einen wird eine überlange Prozessdauer in Verfahren betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen geltend gemacht, und zwar sowohl vor der WEKO als auch vor den Gerichten (insbesondere Bundesverwaltungsgericht). Die lange Verfahrensdauer (zu den Zahlen vgl. unten [Rz. 72 f.](#)) könne für die betroffenen Unternehmen sehr belastend sein, nicht zuletzt auch im Hinblick auf die aufgrund der amtlichen Publikation der Untersuchungseröffnung (vgl. oben [Rz. 26](#)) oft angeschlagene Reputation.⁵⁸
- 53 Weitere Kritikpunkte sind insbesondere:
- das Fehlen kartellgesetzlicher Vorschriften etwa zur Unschuldsvermutung, zum geforderten Beweismass, zur Selbstbelastungsfreiheit (Nemo tenetur-Grundsatz), zum Bestimmtheitsgebot und zum Unmittelbarkeitsprinzip;⁵⁹
 - die Veröffentlichung der Namen von Unternehmen, gegen die eine Untersuchung eröffnet wird ([Art. 28 KG](#)) – sie wirke vorverurteilend und führe zu Druck bzw. faktischem Zwang auf die Unternehmen, die Verfahren möglichst schnell zu beenden;⁶⁰
 - die bundesgerichtliche Praxis, wonach ehemalige Organe von Unternehmen in einer Befragung vor den Wettbewerbsbehörden die Aussage nicht verweigern dürfen;⁶¹ und
 - die mangelnde Respektierung des Öffentlichkeitsprinzips.⁶²

⁵⁸ Vgl. z.B. Stellungnahme *economiesuisse*, S. 4; Stellungnahme SwissHoldings, S. 3.

⁵⁹ Vgl. z.B. [Motion Wicki](#); Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht 2023, N 26; Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht 2022, N 4, 89.

⁶⁰ Vgl. z.B. [Expertenbericht](#), S. 38, 72; Stellungnahme SwissHoldings, S. 3.

⁶¹ Vgl. [Expertenbericht](#), S. 72.

⁶² Vgl. [Expertenbericht](#), S. 32.

III. Vorgeschlagenes Verfahren (Expertenkommission)

Im Folgenden wird nun das Kartellverfahren beschrieben, wie es die Expertenkommission in ihrem Schlussbericht vom 1. Dezember 2023 vorgeschlagen hat (A.). Alsdann werden ihre diesem Vorschlag zugrunde liegenden Erwägungen zur Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion (B.), zur Unabhängigkeit der WEKO (C.), zu den Verfahrensrechten (D.) sowie zu alternativen Verfahrensmodellen (E.) wiedergegeben.

54

A. Beschreibung

Die Expertenkommission hat sich einstimmig für ein Verfahrensmodell ausgesprochen, das sie als «Status quo optimiert» bezeichnet. Wie schon der Name suggeriert, handelt es sich dabei nicht um ein grundlegend neues Verfahren, sondern um ein im Wesentlichen auf dem heutigen Prozess basierendes Verfahren mit ein paar spezifischen Modifikationen.

55

Die Expertenkommission hat zunächst eine Verkleinerung und Professionalisierung der WEKO vorgeschlagen, und zwar wie folgt:⁶³

56

- Die Kommission soll fünf oder sieben Mitglieder zählen (allenfalls bis neun).
- Ihre Mitglieder sollen allenfalls ein erhöhtes Arbeitspensum haben.
- Die Vertretung von Interessenorganisationen soll entfallen.
- Die personelle Zusammensetzung der Kommission soll sich nach Anforderungsprofilen richten, wobei sie juristische und ökonomische Fachkompetenz sowie die wissenschaftliche und die praktische Perspektive abbilden soll.

Des Weiteren soll die Aufgabenverteilung zwischen der WEKO und dem Sekretariat punktuell verändert werden:⁶⁴

57

- Die Kommission soll die Kompetenz erhalten, in allgemeiner Weise strategische Schwerpunkte der Tätigkeit zu bestimmen.

⁶³ [Expertenbericht](#), S. 98 f. Zur vorgeschlagenen Übergangsregelung für die Änderung der Zusammensetzung der Kommission vgl. [Expertenbericht](#), S. 99 f.

⁶⁴ [Expertenbericht](#), S. 99.

- Die Mitwirkungsnotwendigkeit und -möglichkeit eines Präsidiumsmitglieds der Kommission in der Untersuchung (für die Untersuchungsöffnung, verfahrensleitende Verfügungen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen) soll entfallen (entsprechende Änderung der [Art. 23, 27](#) und [42 KG](#)).⁶⁵
- 58 Überdies hat die Expertenkommission folgende Änderungen des Kartellverfahrens vorgeschlagen:⁶⁶
- Es soll ein *Statement of Objection* eingeführt werden, damit die Stellungnahme der Parteien zu den Vorwürfen in einem frühen Verfahrensstadium (nämlich vor dem Vorliegen eines kompletten Antrags des Sekretariats) geäußert und berücksichtigt werden kann.
 - Es soll – angelehnt an den *Hearing Officer* im Wettbewerbsverfahren der EU – ein bei der Kommission angegliederter und vom Bundesrat gewählter Verfahrensbeauftragter eingeführt werden, der zuhanden der Kommission prüft, ob im Verfahren die rechtsstaatlichen Garantien eingehalten wurden.
 - Eventuell soll die Kommission durch eigene Mitarbeiter gestärkt werden.
- 59 Ergänzend hat die Expertenkommission folgende allgemeine (d.h. nicht auf das Kartellrecht beschränkte) Reformen des Bundesverwaltungsgerichts vorgeschlagen:⁶⁷
- die Wahl von nebenamtlichen Richtern mit Spezialkenntnissen oder wirtschaftlicher Ausbildung; sowie
 - Änderungen des [VGG](#), insbesondere um zu gewährleisten, dass diese spezialisierten Richter der entsprechenden Abteilung zugeordnet werden.
- 60 Die Expertenkommission ist der Ansicht, dass diese Massnahmen der vorgebrachten Kritik am heutigen Verfahren hinreichend begegnen würden, soweit diese überhaupt in der Sache berechtigt sei.⁶⁸

⁶⁵ Die Kompetenz zum Erlass vorsorglicher Massnahmen soll hingegen aufgrund ihrer oftmals grossen Tragweite bei der Kommission bleiben. Bezüglich Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen weist die Expertenkommission darauf hin, dass bereits die laufende [KG](#)-Revision vorsieht, dass dagegen die Beschwerde an das Bundesstrafgericht möglich ist, was die bisherige Genehmigung durch die Kommission als unnötig erscheinen lasse ([Expertenbericht](#), S. 99).

⁶⁶ [Expertenbericht](#), S. 99.

⁶⁷ [Expertenbericht](#), S. 109 f.

⁶⁸ [Expertenbericht](#), S. 9 f., 100, 111, vgl. auch 61.

B. Trennung

Zur Kritik, dass die Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion nicht (hinreichend) getrennt seien, hat die Expertenkommission zunächst ausgeführt, dass die Forderung der Trennung einerseits strafrechtsdogmatisch begründet werde,⁶⁹ andererseits instrumentell zur Behebung konkreter rechtsstaatlicher Mängel erhoben werde.⁷⁰

Nach einer Darstellung des Verwaltungsverfahrens, des ordentlichen Strafverfahrens sowie des Strafbefehls- und des Verwaltungsstrafverfahrens⁷¹ hat die Expertenkommission festgestellt, dass im Strafbefehls- und im Verwaltungsstrafverfahren wie im (kartellrechtlichen) Verwaltungsverfahren ein erstinstanzlicher Entscheid durch eine nicht gerichtliche Behörde gefällt werde, welche die Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion in sich vereinige. Erst auf Begehren des Verurteilten hin erfolge eine gerichtliche Beurteilung des Entscheids.⁷² Folglich müsste die Kritik an der fehlenden Trennung zwischen untersuchender und entscheidender Behörde auch das Strafbefehls- und das Verwaltungsstrafverfahren betreffen.⁷³

Alsdann hat die Expertenkommission erwogen, dass dennoch gewisse Unterschiede zwischen dem Strafbefehls- und dem (kartellrechtlichen) Verwaltungsverfahren bestehen, welche die Anwendung strafprozessualer Grundsätze auf Direktsanktionen indizieren könnten. Es sind dies die unterschiedliche Sanktionshöhe, die Begründungspflicht im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren, die Kostenvorschusspflicht in diesem Verfahren sowie der Anspruch auf Parteientschädigung, der im Strafprozess, aber noch nicht im Kartellverfahren existiert.⁷⁴

Weiter hat sich die Expertenkommission mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) auseinandergesetzt. Danach hätten Direktsanktionen strafrechtlichen bzw. «strafrechtsähnlichen» Charakter, weshalb die entsprechenden Garantien der

⁶⁹ [Expertenbericht](#), S. 60 f., vgl. auch 37, 73.

⁷⁰ [Expertenbericht](#), S. 61.

⁷¹ [Expertenbericht](#), S. 61 ff.

⁷² [Expertenbericht](#), S. 63 f. Vgl. allerdings [Art. 21 Abs. 1 VStrR](#) für Freiheitsstrafen im Verwaltungsstrafverfahren (dazu [Expertenbericht](#), S. 63).

⁷³ [Expertenbericht](#), S. 64 («Insoweit müsste die Kritik an der fehlenden Trennung zwischen untersuchender und entscheidender Behörde auch das Strafbefehls- und das Verwaltungsstrafverfahren betreffen. Oder umgekehrt formuliert: Wenn diese fehlende Trennung im Strafrecht in weitem Umfang als zulässig erscheint, müsste sie auch für das Verwaltungsverfahren, mit Einschluss der Direktsanktionen, zulässig sein»).

⁷⁴ [Expertenbericht](#), S. 64 ff., vgl. auch Anhang 5.

[EMRK](#) und [BV](#) greifen würden. Dazu gehöre die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht in einem fairen Verfahren. Die WEKO sei zwar kein Gericht, es sei aber zulässig, dass die [EMRK](#)-Anforderungen erst im (anschliessenden) *Verwaltungsgerichtsverfahren* erfüllt würden, wobei der gerichtliche Entscheid mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfolgen müsse.⁷⁵

- 65 Nach Ansicht der Expertenkommission entspricht das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht diesen Anforderungen. Die Kritik, dass dieses Gericht die WEKO-Verfügungen nicht umfassend überprüfe, verfange nicht, zumal die Gutheissungsquote im Kartellrecht höher sei als im Durchschnitt der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts.⁷⁶
- 66 Für die Expertenkommission genügt das geltende System somit den verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen. Eine Trennung von Untersuchung und Entscheidung sei weder von der [EMRK](#) noch von der [BV](#) vorgeschrieben, allerdings auch nicht ausgeschlossen.⁷⁷
- 67 Zuletzt hat die Expertenkommission einige Überlegungen dazu angestellt, was bei einer Trennung von Untersuchungs- und Entscheidfunktion im Kartellverfahren zu beachten wäre. Insbesondere würde sich die Frage stellen, ob eine analoge Lösung auch für die anderen Verfahren mit ähnlichen Direktsanktionen bzw. pekuniären Verwaltungssanktionen (z.B. vor der Eidgenössischen Spielbankenkommission oder der Kommunikationskommission) vorgesehen werden müsste.⁷⁸ Dagegen könnten jedoch *kartellrechtsspezifische Besonderheiten* sprechen:⁷⁹
- Das Kartellrecht sei nicht nur auf bestimmte Kategorien von Unternehmen anwendbar, sondern auf grundsätzlich *alle am Markt auftretenden Unternehmen*.
 - Im Kartellrecht gehe es häufig um *sehr komplexe Verfahren* mit umfangreichen Abklärungen.
 - Das Kartellrecht operiere mehr als andere Rechtsgebiete mit unbestimmten Rechtsbegriffen sowie Vermutungen, sodass die Rechtsunsicherheit tendenziell grösser sei als in anderen Bereichen.
 - Die kartellrechtlichen *Sanktionen* seien oft sehr hoch.
 - Im Kartellrecht seien *Direktsanktionen* häufig.

⁷⁵ Vgl. zum Ganzen [Expertenbericht](#), S. 66 f.

⁷⁶ Vgl. [Expertenbericht](#), S. 68 f.

⁷⁷ [Expertenbericht](#), S. 69.

⁷⁸ [Expertenbericht](#), S. 70.

⁷⁹ [Expertenbericht](#), S. 70 f.

C. Unabhängigkeit

Mit Blick auf den Kritikpunkt der mangelnden Unabhängigkeit der WEKO von der Politik, von Interessengruppen usw. hat die Expertenkommission zunächst mögliche Einfallstore für eine solche Beeinflussung identifiziert⁸⁰ und sodann *alternative Ausgestaltungen* der Wettbewerbsbehörde (Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung, Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung, öffentlich-rechtliche Anstalt, unabhängige Verwaltungseinheit ohne eigene Rechtspersönlichkeit) in Erwägung gezogen. Sie hat diesbezüglich festgestellt, dass die Wahl der Organisationsform eher abhängig sei von der Wahl des Grundmodells (Verwaltungsbehördenmodell oder Gerichtsmodell).⁸¹

68

Des Weiteren hat die Expertenkommission geprüft, ob bei Beibehaltung der bestehenden Struktur (Behördenkommission) die *Zusammensetzung der Kommission* zu ändern wäre. Nach Prüfung der verschiedenen Argumente für und wider hat sie dies bejaht: Überwiegende, insbesondere rechtsstaatliche Gründe sprächen für den Ausschluss von Verbandsvertretern bzw. die Zusammensetzung ausschliesslich aus unabhängigen Sachverständigen; ferner sei die Kommission aus Effizienzgründen und um der Gefahr einer Deresponsibilisierung entgegenzuwirken zu verkleinern.⁸²

69

D. Verfahrensrechte

Zur Kritik, dass die *Unschuldsvermutung* nicht kartellgesetzlich verankert sei und dass ehemalige Unternehmensorgane vor den Wettbewerbsbehörden auskunftspflichtig seien, was das *Nemo-tenetur-Prinzip* verletze, hat die Expertenkommission festgestellt, dass dies keine institutionellen Fragen seien und dass sie im Rahmen der materiellrechtlichen Revision des Kartellgesetzes zu behandeln seien.⁸³

70

Hinsichtlich der Kritik der übermässigen *Verfahrensdauer* hat die Expertenkommission zunächst erwogen, dass die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden nur *ein* Aspekt sei, der die Verfahrensdauer beeinflusse.⁸⁴

71

⁸⁰ [Expertenbericht](#), S. 85.

⁸¹ [Expertenbericht](#), S. 86 ff.

⁸² [Expertenbericht](#), S. 92 ff.

⁸³ [Expertenbericht](#), S. 72 f.

⁸⁴ [Expertenbericht](#), S. 73.

- 72 Alsdann hat sie die von den Wettbewerbsbehörden erhobenen Zahlen zur durchschnittlichen Verfahrensdauer für die Jahre 2009–2020 vorgelegt:⁸⁵
- vor den Wettbewerbsbehörden (von Eröffnung der Untersuchung⁸⁶ bis zum Entscheid): 3.3 Jahre;
 - vor Bundesverwaltungsgericht: 4.7 Jahre; und
 - vor Bundesgericht: 2.4 Jahre.
- 73 Das ergebe im Durchschnitt insgesamt mehr als zehn Jahre, wenn die Fälle bis vor Bundesgericht weitergezogen worden seien. In einzelnen Fällen hätten die Verfahren aber wesentlich länger gedauert. Diese Gesamtverfahrensdauern seien auch im internationalen Vergleich hoch.⁸⁷
- 74 Die Expertenkommission hat die erwähnten Gesamtverfahrensdauern als *unbefriedigend* taxiert und erwogen, dass eine institutionelle Reform möglichst zur Verkürzung der Verfahrensdauer beitragen sollte.⁸⁸ Dies sei bei einem einstufigen Verwaltungsbehördenmodell zu erwarten, nicht jedoch bei einem zweistufigen Verwaltungsbehördenmodell oder bei einem Gerichtsmodell.⁸⁹
- 75 Es folgen Überlegungen dazu, wie im *Gerichtsmodell* das erstinstanzliche Gericht auszugestalten wäre. Demnach würde sich die Etablierung eines Spezialgerichts als Wettbewerbsgericht aufdrängen (statt der Zuweisung der Entscheidkompetenz an das Bundesverwaltungsgericht). Mit Blick auf die Verfahrensdauer dürften nach dem erstinstanzlichen Gericht aber nicht noch zwei Beschwerdeinstanzen möglich sein.⁹⁰
- 76 Im Hinblick auf das *Verwaltungsbehördenmodell* hat die Expertenkommission erwogen, dass es systemwidrig wäre, die Beschwerde direkt an das Bundesgericht zuzulassen⁹¹ oder die Beschwerde an das Bundesgericht auszuschliessen.⁹² Weiter ist die Expertenkommission nach Prüfung der Argumente zum Schluss gekommen, dass es sich auch nicht aufdränge, ein besonderes Wettbewerbsgericht als *Beschwerdeinstanz* zu schaffen.⁹³ Zuletzt hat die Experten-

⁸⁵ [Expertenbericht](#), S. 74.

⁸⁶ Zur Dauer der *Vorabklärung* führt das [Merkblatt WEKO Vorabklärung](#), N 10, Folgendes aus: «[Sie] ist je nach Einzelfall ganz verschieden; sie kann von mehreren Monaten bis zu gut über einem Jahr dauern.»

⁸⁷ [Expertenbericht](#), S. 74.

⁸⁸ [Expertenbericht](#), S. 75.

⁸⁹ [Expertenbericht](#), S. 76.

⁹⁰ [Expertenbericht](#), S. 77 ff. (auch mit Erwägungen zum Verfahrensrecht), 84.

⁹¹ [Expertenbericht](#), S. 79 f. (weil dieses dann mit voller [Sachverhalts-]Kognition ausgestattet werden müsste).

⁹² [Expertenbericht](#), S. 80.

⁹³ [Expertenbericht](#), S. 80 ff.

kommission mögliche Reformen des Bundesverwaltungsgerichts in Erwägung gezogen.⁹⁴

Nach alledem ist die Expertenkommission zum Zwischenergebnis gekommen, dass die Verfahrensdauern vor den Wettbewerbsbehörden nicht übermässig lang sind, dass aber insbesondere im gerichtlichen Verfahren Verbesserungspotenzial besteht.⁹⁵ 77

E. Andere Verfahrensmodelle

Die Expertenkommission hat neben dem von ihr vorgeschlagenen und präferierten Modell «Status quo optimiert» (dazu oben [Rz. 55 ff.](#)) vier Modelle erwogen und bewertet:⁹⁶ 78

1. den Status quo;
2. das zweistufige Verwaltungsbehördenmodell;
3. das einstufige Verwaltungsbehördenmodell mit öffentlich-rechtlicher Anstalt; und
4. das Gerichtsmodell mit einer Wettbewerbsbehörde als öffentlich-rechtlicher Anstalt und einem besonderen Wettbewerbsgericht.

Dabei hat sie diese Modelle wie folgt charakterisiert und evaluiert:

Der Status quo erfülle zwar die rechtsstaatlichen Anforderungen, sollte jedoch punktuell verbessert werden, namentlich hinsichtlich der Zusammensetzung der WEKO, der Verfahrensdauer und der effektiven Kontrolle des Sekretariats durch die Kommission und das Bundesverwaltungsgericht.⁹⁷ 79

Das zweistufige Verwaltungsbehördenmodell hat die Expertenkommission wie folgt beschrieben:⁹⁸ 80

«Konsequente institutionelle und personelle Trennung von Sekretariat und Kommission. Das Sekretariat führt Untersuchungen durch und stellt der Kommission Antrag. Diese trifft den Entscheid. Rechtsmittelweg: Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und anschliessend an das Bundesgericht.»

⁹⁴ [Expertenbericht](#), S. 82 f.

⁹⁵ [Expertenbericht](#), S. 84.

⁹⁶ [Expertenbericht](#), S. 96 ff.

⁹⁷ [Expertenbericht](#), S. 97 f.

⁹⁸ [Expertenbericht](#), S. 9.

81 Nach Auffassung der Expertenkommission würde dieses Modell zwar vermutlich die Qualität der Entscheide, die behördeninterne Kontrolle und die Verfahrensstellung der Parteien verbessern, aber zu einer Verlängerung der Verfahren, zu Mehrkosten und zu Implementationsschwierigkeiten führen.⁹⁹ Zudem könne es nicht dem Anliegen entsprechen, das Verfahren den strafprozessualen Grundsätzen anzunähern.¹⁰⁰

82 Das *einstufige Verwaltungsbehördenmodell* hat die Expertenkommission folgendermassen charakterisiert:¹⁰¹

«Eine Wettbewerbsbehörde in der Form der öffentlich-rechtlichen Anstalt trifft den Entscheid; es gibt keine Trennung in untersuchende und entscheidende Behörde. Rechtsmittelweg: Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und anschliessend an das Bundesgericht.»

83 Laut der Expertenkommission wäre dieses Modell zwar für das Verwaltungsverfahren systemkonform und könnte zu einer gewissen Verkürzung des erstinstanzlichen Verfahrens führen, würde jedoch die gegenüber dem Status quo vorgebrachten Kritikpunkte nicht beheben und wäre mit dem Wegfall externen Fachwissens und damit zusammenhängender Kontrollmechanismen verbunden.¹⁰²

84 Das *Gerichtsmodell* schliesslich wird im Expertenbericht wie folgt beschrieben.¹⁰³

«Eine Wettbewerbsbehörde in der Form der öffentlich-rechtlichen Anstalt führt die Untersuchungen. Ein Wettbewerbsgericht entscheidet auf Antrag der Wettbewerbsbehörde. Rechtsmittelweg: Beschwerde an das Bundesgericht.»

85 Die Expertenkommission hat dieses von den Kritikern des heutigen Systems wiederholt postulierte Modell am ausführlichsten geprüft. Sie ist zum Ergebnis gelangt, dass es an sich rechtsstaatlich begrüssenswert sei: Es weise grosse Vorteile in Bezug auf die Respektierung des Gleichgewichts zwischen den Parteien auf und führe dazu, dass die Anforderungen von [Art. 6 EMRK](#) bereits in erster Instanz erfüllt werden. Allerdings sei dieses Modell mit dem grössten gesetzgeberischen und organisatorischen Implementierungsaufwand verbun-

⁹⁹ [Expertenbericht](#), S. 100 ff.

¹⁰⁰ [Expertenbericht](#), S. 10, 112.

¹⁰¹ [Expertenbericht](#), S. 9.

¹⁰² [Expertenbericht](#), S. 10, 102 ff.

¹⁰³ [Expertenbericht](#), S. 9.

den. Zudem sei es für das Verwaltungsverfahren systemwidrig und würde die Frage aufwerfen, ob in anderen Verfahren über Verwaltungssanktionen ebenfalls ein Gerichtsmodell einzuführen wäre. Ferner stehe das Gerichtsmodell nicht im Einklang mit dem in Europa verbreiteten System der Wettbewerbsbehörden.¹⁰⁴

¹⁰⁴ [Expertenbericht](#), S. 10, 104 ff.

IV. Vorgaben der EMRK und der BV

Nachstehend werden nun die Vorgaben für kartellrechtliche Direktsanktionsverfahren dargestellt, die sich aus der [EMRK](#) und der [BV](#) ergeben. Ausgangspunkt wird die Feststellung sein, dass Direktsanktionen, obwohl landesrechtlich als verwaltungs- bzw. kartellrechtlich taxiert, aus Sicht der [EMRK](#) Strafen darstellen, sodass deren strafrechtliche Garantien zur Anwendung kommen ([A.](#)). Sodann wird geprüft, ob diese Garantien aufgrund der verwaltungsrechtlichen Ausgestaltung des Direktsanktionsverfahrens nur in abgeschwächter Form gelten ([B.](#)). Schliesslich wird untersucht, welche Anforderungen der EGMR an die erstinstanzliche Verhängung von Strafen ([C.](#)) und an Verfahrensabsprachen bzw. Deals ([D.](#)) stellt.

86

Hinsichtlich der [BV](#) ist zu beachten, dass sie bzw. die in ihr verbrieften Grundrechte im Lichte der [EMRK](#) interpretiert werden.¹⁰⁵ Des Weiteren steht es dem Bundesgericht nicht zu, Bundesgesetze wie das [KG](#) oder das [VGG](#) – sei es auch nur artikelweise bzw. punktuell – als verfassungswidrig aufzuheben oder nicht anzuwenden (vgl. [Art. 190 BV](#)). Allerdings hat das Bundesgericht gemäss letztgenannter Bestimmung nicht nur Bundesgesetze, sondern auch Völkerrecht anzuwenden, wozu auch die [EMRK](#) gehört.¹⁰⁶ Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend die [EMRK](#) im Zentrum der Untersuchung stehen.

87

A. Direktsanktionen als Strafen

Im Folgenden wird dargelegt, dass die Direktsanktionen nach [Art. 49a KG](#) Strafen im Sinne der [EMRK](#) darstellen bzw. dass Verfahren über Direktsanktionen vom Begriff der strafrechtlichen Anklage im Sinne von [Art. 6 Ziff. 1 und 3 EMRK](#) erfasst werden.

88

Das 4. Kapitel des Kartellgesetzes ([Art. 18–53a KG](#)) trägt den Titel: «*Verwaltungsrechtliches Verfahren*», darin regelt der 6. Abschnitt ([Art. 49a–53 KG](#)) die «*Verwaltungssanktionen*». Der Schweizer Gesetzgeber deklariert die pönalen Folgen von Kartellrechtsverstössen somit formal nicht als Strafen, sondern als

89

¹⁰⁵ Vgl. z.B. EPINEY, BSK BV, Art. 5 N 76 m.H. in Fn. 119; DIÉS., BSK BV, Art. 190 N 40; vgl. auch bezüglich [Art. 32 BV](#) GÖKSU, BSK BV, Art. 32 N 2; HÄNER, S. 31 m.w.H. Zur Verbindlichkeit der Auslegungen der [EMRK](#) durch den EGMR vgl. [BGE 139 I 16](#) E. 2.2; EPINEY, BSK BV, Art. 5 N 90 ff.

¹⁰⁶ Zum Verhältnis von [EMRK](#) und Bundesgesetzen im Falle echter Normkonflikte vgl. z.B. LOOSER, SGK BV, Art. 190 N 42, 44 ff.

Verwaltungssanktionen.¹⁰⁷ Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR wird der Begriff der «strafrechtlichen Anklage» im Sinne von [Art. 6 EMRK](#) indessen autonom interpretiert; auf die Bezeichnung im innerstaatlichen Recht kommt es nicht an.¹⁰⁸

- 90 Für die Beurteilung, ob eine Sanktion als strafrechtlich gilt, kommen die sog. Engel-Kriterien zur Anwendung. Danach prüft der Gerichtshof zuerst die Qualifikation im Landesrecht (*classification in domestic law*). Wenn die Sanktion bereits im innerstaatlichen Recht in einem strafrechtlichen Erlass geregelt ist, kommen die strafrechtlichen Garantien ohne Weiteres zur Anwendung. Die Mitgliedstaaten können die Garantien der [EMRK](#) jedoch nicht dadurch unterwandern, dass sie Sanktionen innerstaatlich als verwaltungsrechtlich oder privatrechtlich qualifizieren.¹⁰⁹ Der Gerichtshof prüft den Begriff der strafrechtlichen Anklage daher autonom nach den beiden weiteren Engel-Kriterien, nämlich der Art der Straftat (*nature of the offence*) und der Schwere der Strafe, welche die betreffende Person zu erwarten hat (*severity of the penalty that the person concerned risks incurring*).¹¹⁰
- 91 In Anwendung dieser Kriterien hat der Gerichtshof 2011 für das Kartellrecht im Fall *Menarini* entschieden, dass eine Sanktion von 6 Millionen Euro strafrechtlichen Charakter hat.¹¹¹

¹⁰⁷ Diese Bezeichnung wurde damit begründet, dass Unternehmen als juristische Personen nicht deliktisfähig seien ([Botschaft Änderung KG](#), S. 2034); eine Position, die schon kurz darauf mit der Einführung der Unternehmensstrafbarkeit ([Art. 102 StGB](#)) per 1.10.2003 aufgegeben wurde. Auch die damals postulierte Abgrenzung der Verwaltungssanktion von der Strafsanktion, wonach jene im Gegensatz zu dieser kein Verschulden voraussetze ([Botschaft Änderung KG](#), S. 2034), vermag die Einordnung der Direktsanktionen als Verwaltungssanktionen nicht mehr zu tragen, da heute auch die Direktsanktionen nach [Art. 49a KG](#) gemäss der Rechtsprechung ein (Organisations-)Verschulden voraussetzen (vgl. oben [Fn. 21](#)).

¹⁰⁸ Vgl. z.B. EGMR, [Blokhin v. Russia](#), 47152/06, 23.3.2016 (GC), § 179 («The Court reiterates that the concept of a <criminal charge> within the meaning of Article 6 § 1 is an autonomous one. [...] [T]he legal characterisation of the procedure under national law cannot be the sole criterion of relevance for the applicability of Article 6. Otherwise, the application of this provision would be left to the discretion of the Contracting States [...]»).

¹⁰⁹ Vgl. EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, § 49 in fine; EGMR, [Engel and Others v. the Netherlands](#), 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8.6.1976, § 81.

¹¹⁰ Vgl. EGMR, [Engel and Others v. the Netherlands](#), 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8.6.1976, §§ 82 f. Ausführlich zu den Engel-Kriterien MEYER, K/M-K EMRK, Art. 6 N 24 ff.

¹¹¹ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, § 44. Vgl. davor bereits, ebenfalls betreffend eine kartellrechtliche Sanktion, EKMR, [Stenuit c. France](#), 11598/85, 30.5.1991, § 65; vgl. auch danach wieder EGMR, [SA-Capital Oy v. Finland](#), 5556/10, 14.2.2019, §§ 65, 68.

«[L]a Cour estime que l'amende infligée à la société requérante a un caractère pénal, de sorte que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer, en l'occurrence, sous son volet pénal.»

Das Bundesgericht hat sodann 2012 im *Publigroupe*-Entscheid festgehalten.¹¹² 92

«Kartellrechtliche Sanktionen nach Art. 49a KG haben einen strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter. Die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK sowie Art. 30 und 32 BV sind bei solchen Sanktionen anwendbar.»

Jüngst hat es diese Ansicht im *BMW*-Entscheid bekräftigt.¹¹³ 93

«Die Massnahme nach Art. 49a KG hat einen strafrechtsähnlichen Charakter; Art. 7 EMRK (*nulla poena sine lege*; Art. 1 StGB) ist daher grundsätzlich anwendbar [...].»

Auch der Bundesrat hat in seinem Bericht vom 23. Februar 2022 festgehalten, dass:¹¹⁴ 94

«kartellrechtliche Sanktionen nach Artikel 49a KG den Charakter einer strafrechtlichen Anklage im Sinn von Artikel 6 EMRK [haben], weshalb die entsprechenden Garantien von Artikel 6 und 7 EMRK und Artikel 32 BV grundsätzlich anwendbar sind.»

In der Lehre ist weiter zu lesen:¹¹⁵ 95

«Zweifelsfrei sollte vorweg sein, dass nicht nur die Strafsanktionen, sondern auch die Verwaltungssanktionen vom Begriff der strafrechtlichen Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 und 3 EMRK erfasst werden.»

Dem Expertenbericht ist nichts anderes zu entnehmen.¹¹⁶ Als Zwischenfazit ist daher festzuhalten, dass die Direktsanktionen gemäss [Art. 49a KG](#) nach heute einhelliger Auffassung – ungeachtet ihrer gesetzlichen Bezeichnung als «Verwaltungssanktionen»¹¹⁷ – Strafen im Sinne der [EMRK](#) darstellen bzw. dass Ver- 96

¹¹² [BGE 139 I 72](#) Regeste, s.a. E. 2.2.2. I.d.S. zuvor bereits [BVGE 2011/32](#) E. 4.2.

¹¹³ [BGE 144 II 194](#) E. 5.1.

¹¹⁴ [Bericht BR Pekuniäre Verwaltungssanktionen](#), S. 28.

¹¹⁵ NIGGLI/RIEDO, BSK KG, Vor Art. 49a–53 N 26 (pars pro toto); vgl. ferner z.B. REINERT, SHK KG, Art. 49a N 4 m.w.N.; TAGMANN, S. 92 f.; vgl. auch ZURKINDEN, N 6.

¹¹⁶ Vgl. [Expertenbericht](#), S. 66.

¹¹⁷ Vgl. zum Hintergrund dieser Bezeichnung oben [Fn. 107](#).

fahren über Direktsanktionen unter den Begriff der *strafrechtlichen Anklage* im Sinne von [Art. 6 EMRK](#) fallen. Angesichts dieser Lage drängt sich eine eigene Prüfung und Subsumtion unter die *Engel*-Kriterien des EGMR nicht auf.

- 97 Terminologisch fällt auf, dass in den Stellungnahmen schweizerischer Behörden und einiger Literaturstimmen von einem «strafrechtsähnlichen» Charakter der kartellrechtlichen Direktsanktionen gesprochen wird.¹¹⁸ Auch das Bundesgericht kam in seinem *Publigroupe*-Entscheid nicht umhin, von einem «*strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen*» Charakter der Sanktionen nach [Art. 49a KG](#) zu sprechen (vgl. oben [Rz. 92](#)). Dem ist entgegenzutreten:¹¹⁹ Wie der EGMR anerkennt, haben solche Sanktionen Strafcharakter («*caractère pénal*») und eröffnen den Anwendungsbereich der strafrechtlichen Konventionsgarantien (vgl. oben [Rz. 91](#)).¹²⁰ Sie sind somit aus Sicht der [EMRK](#) Strafen und haben nicht bloss strafrechtsähnlichen Charakter. Womöglich ist die Charakterisierung der Direktsanktionen nach [Art. 49a KG](#) als strafrechtsähnlich dem Umstand geschuldet, dass sie landesrechtlich bzw. gesetzestechnisch¹²¹ nicht zum Strafrecht gehören. Diese formal-gesetzliche Betrachtungsweise ist aber in der vorliegenden Diskussion, die gerade auf die [EMRK](#) fokussiert, nicht einschlägig. Die Sanktionen nach [Art. 49a KG](#) sind zwar vom Schweizer Gesetzgeber (formal) nicht als strafrechtlich deklariert worden; sie sind aber bei (material-)konventionsrechtlicher Betrachtung nichts anderes, und in der Diskussion um die Vorgaben der [EMRK](#) und die Vereinbarkeit des Schweizer Kartellverfahrens mit diesen ist einzig der konventionsrechtliche Strafrechtsbegriff zugrunde zu legen.
- 98 Möglicherweise erfolgt die Charakterisierung der Direktsanktionen als strafrechtsähnlich aber auch in relativierender bzw. verniedlichender Absicht, um zu suggerieren, dass die strafrechtlichen Garantien der [EMRK](#) in Bezug auf diese Sanktionen nur in abgeschwächter Form gelten.¹²² Ob tatsächlich von einer abgeschwächten Geltung dieser Garantien auszugehen ist, soll im Folgenden untersucht werden.

¹¹⁸ Vgl. z.B. [Bericht BR Pekuniäre Verwaltungssanktionen](#), S. 27; AUFRICHTIG, N 20.

¹¹⁹ Krit. auch, aus begrifflich-theoretischer Perspektive, NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, S. 91 f.

¹²⁰ Freilich setzt der EGMR manchmal das Wort «Strafe» in Anführungs- und Schlusszeichen, vgl. z.B. EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, § 59: «*Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que dans une procédure de nature administrative, une < peine > soit imposée d'abord par une autorité administrative.*»

¹²¹ Da die [BV](#) im Lichte der [EMRK](#) ausgelegt wird (vgl. oben [Rz. 87](#) m.H.), sind kartellrechtliche Direktsanktionen auch Strafen i.S.d. [BV](#).

¹²² So in Bezug auf das BVGer die krit. Analyse von NIGGLI/RIEDO, BSK KG, Vor Art. 49a N 31 f.

B. Strafrechtliche Garantien «light»?

Die logische Konsequenz der Qualifikation von Direktsanktionen nach [KG](#) als Strafen im Sinne der [EMRK](#) ist, dass auf Verfahren, in denen solche Sanktionen im Raum stehen, sämtliche strafrechtlichen Garantien der [EMRK](#) (vgl. [Art. 6 f. EMRK](#)) vollumfänglich Anwendung finden.¹²³ 99

Allerdings wird in manchen Stellungnahmen schweizerischer Behörden und auch im Expertenbericht diese Schlussfolgerung nicht gezogen, sondern die Auffassung vertreten, dass die entsprechenden Garantien nur «grundsätzlich anwendbar» seien¹²⁴ oder «bloss mutatis mutandis» Anwendung fänden.¹²⁵ Der Expertenbericht führt aus, dass nach der Rechtsprechung:¹²⁶ 100

«auf Verfahren, die landesrechtlich als Verwaltungsverfahren konzipiert sind, aber als strafrechtlich im Sinne der EMRK gelten, auch die Grundsätze von Art. 6 Ziff. 3 EMRK Anwendung [finden], allerdings bloss mutatis mutandis; die Staaten haben eine grössere Freiheit in der Ausgestaltung als im Kernstrafrecht.»

Diese Formulierungen sind relativierender Natur. Sie suggerieren, dass die strafrechtlichen Garantien der [EMRK](#) in Verfahren über Direktsanktionen nur in abgeschwächter Form gelten (weil diese als Verwaltungsverfahren konzipiert sind). 101

¹²³ I.d.S. z.B. auch [BREI](#), S. 36 f.; vgl. auch [SUMMERS](#), Rule of Law, S. 295 («The general principle is clear: the requirements of Article 6 ECHR apply to all criminal proceedings irrespective of the type of offence at issue»); [REINERT](#), SHK KG, Art. 49a N 4; [HÄNER](#), S. 40 in fine.

¹²⁴ Vgl. z.B. [Bericht BR Pekuniäre Verwaltungssanktionen](#), S. 28; [BGE 146 II 217](#) E. 8.1; [BGE 144 II 194](#) E. 5.1; [BGE 139 I 72](#) E. 2.2.2, wo weiter ausgeführt wird: «Über ihre Tragweite ist bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.»

¹²⁵ Z.B. [Expertenbericht](#), S. 67. Vgl. auch [BGE 148 II 182](#) E. 3.3.3 («Auch wenn die Massnahme nach Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtsähnlich ist und damit gewisse strafrechtliche Grundsätze anwendbar sind [...], bleibt das kartellrechtliche Verfahren ein Verwaltungsverfahren [...]. Die Anwendbarkeit der strafrechtsähnlichen Grundsätze stützen [recte: stützt] sich direkt auf die EMRK [...]»); [BGE 146 II 217](#) E. 8.5.3 («Das Verfahren, in welchem der Tatbestand des Art. 49a Abs. 1 KG geprüft und die daraus folgenden Rechtsfolgen ausgesprochen werden, ist ein Verwaltungsverfahren [...], welches zwar gestützt auf Art. 6 EMRK gewisse Anpassungen erfährt [...]»). Vgl. ferner [HEINE](#), S. 9 («Strafverfahrensrechtliche Garantien des traditionellen Strafrechts sind nicht eins zu eins auf Unternehmen und das Spezialgebiet des Kartellrechts zu übertragen, strukturelle Besonderheiten können Abweichungen bedingen»), der immerhin ergänzt: «Gleichwohl sind vom nationalen Gesetzgeber bestmögliche Anstrengungen zu verlangen.»

¹²⁶ [Expertenbericht](#), S. 67 m.Verw. auf «BGer, Urteil 2C_66/2013 vom 7.5.2013 E. 3.4.1, m.H. auf die Urteile des EGMR Le Compte [7299/57] und Dombo Beheer [14448/88]».

102 Der Expertenbericht verweist auf ein nicht amtlich publiziertes Urteil des Bundesgerichts von 2013,¹²⁷ das seinerseits insbesondere auf die Urteile des EGMR in Sachen *Albert and Le Compte*¹²⁸ und *Dombo Beheer*¹²⁹ verweist. Im Urteil *Albert and Le Compte*, das den zeitweisen Entzug der Berufslizenz zweier belgischer Ärzte in Disziplinarverfahren betrifft,¹³⁰ ist an der zitierten Stelle Folgendes zu lesen:¹³¹

«In the opinion of the Court, the principles set out in paragraph 2 (art. 6-2) and in the provisions of paragraph 3 invoked by Dr. Albert [...] are applicable, mutatis mutandis, to disciplinary proceedings subject to paragraph 1 (art. 6-1) in the same way as in the case of a person charged with a criminal offence.»

103 Hierzu ist nur zweierlei anzumerken. Zum einen hat der Gerichtshof in diesem Urteil offengelassen, ob im konkreten Fall eine strafrechtliche Anklage im Sinne der [EMRK](#) vorlag.¹³² Schon aus diesem Grund schiene es fragwürdig, dieses Urteil zur Begründung einer Relativierung der Konventionsgarantien bei *strafrechtlichen Anklagen*, wie sie Verfahren über Direktsanktionen anerkanntermassen darstellen (vgl. oben [Rz. 91 ff.](#)), heranzuziehen. Zum anderen verwendet der EGMR in der fraglichen Passage den Ausdruck «mutatis mutandis» nicht relativierend bzw. im Sinne einer abgeschwächten Geltung der Garantien; vielmehr spricht er im gleichen Atemzug von einer Anwendbarkeit «in the same way as in the case of a person charged with a criminal offence».¹³³

104 Dem Urteil *Dombo Beheer* ist sodann Folgendes zu entnehmen:¹³⁴

«The requirements inherent in the concept of <fair hearing> are not necessarily the same in cases concerning the determination of civil rights and obligations as they are in cases concerning the determination of a criminal charge. This is borne out by the absence of detailed provisions such as paragraphs 2 and 3 of Article 6 [...] applying to cases of the former category. Thus, although these provisions have a certain relevance outside the strict confines of criminal law (see, mutatis mutandis, the

¹²⁷ BGer, [2C_66/2013](#), 7.5.2013, E. 3.4.1 m.Verw. insbesondere auf «arrêt CourEDH n° 7299/75 *Albert et Le Compte c. Belgique* du 10 février 1983 § 39» und «arrêt CourEDH n° 14448/88 *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993 § 32».

¹²⁸ EGMR, [Albert and Le Compte v. Belgium](#), 7299/75, 7496/76, 10.2.1983.

¹²⁹ EGMR, [Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands](#), 14448/88, 27.10.1993.

¹³⁰ EGMR, [Albert and Le Compte v. Belgium](#), 7299/75, 7496/76, 10.2.1983, §§ 8 ff.

¹³¹ EGMR, [Albert and Le Compte v. Belgium](#), 7299/75, 7496/76, 10.2.1983, § 39.

¹³² EGMR, [Albert and Le Compte v. Belgium](#), 7299/75, 7496/76, 10.2.1983, § 30, vgl. ferner § 39.

¹³³ EGMR, [Albert and Le Compte v. Belgium](#), 7299/75, 7496/76, 10.2.1983, § 39 in fine.

¹³⁴ EGMR, [Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands](#), 14448/88, 27.10.1993, § 32.

Albert and Le Compte v. Belgium judgment of 10 February 1983, Series A no. 58, p. 20, para. 39), the Contracting States have greater latitude when dealing with civil cases concerning civil rights and obligations than they have when dealing with criminal cases.»

Auch in diesem Urteil ging es nicht um eine strafrechtliche Anklage im Sinne der [EMRK](#). Dass es den behaupteten grösseren Spielraum in Verfahren, die konventionsrechtlich strafrechtliche Anklagen, aber landesrechtlich Verwaltungsverfahren darstellen, nicht stützen kann, dürfte die Lektüre des voranstehenden (vom Bundesgericht angerufenen) Zitats klarmachen. Als Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass die vom Bundesgericht zitierten EGMR-Judikate nicht belastbar sind. 105

Allerdings könnte eine Grundlage für die behauptete grössere Flexibilität prima vista in zwei anderen Urteilen des EGMR erblickt werden, nämlich in *Jussila* und *Menarini*. Im *Jussila*-Urteil ist folgende Erwägung zu finden:¹³⁵ 106

«Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly <criminal charges> of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a <criminal charge> by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example administrative penalties [...], prison disciplinary proceedings [...], customs law [...], competition law [...], and penalties imposed by a court with juris-

¹³⁵ EGMR, [Jussila v. Finland](#), 73053/01, 23.11.2006, § 43, bestätigt z.B. in EGMR, [A and B v. Norway](#), 24130/11, 29758/11, 15.11.2016, § 133; EGMR, [SA-Capital Oy v. Finland](#), 5556/10, 14.2.2019, § 71. Krit. z.B. EGMR, [Jussila v. Finland](#), 73053/01, 23.11.2006, Partly Dissenting Opinion of Judge Loucaides, Joined by Judges Zupančič und Spielmann («I find it difficult, in the context of a fair trial, to distinguish, as the majority do in this case, between criminal offences belonging to the <hard core of criminal law> and others which fall outside that category. Where does one draw the line?»); EGMR, [A and B v. Norway](#), 24130/11, 29758/11, 15.11.2016, Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, §§ 28 ff.; vgl. auch EGMR, [SA-Capital Oy v. Finland](#), 5556/10, 14.2.2019, Concurring Opinion of Judge Koskelo, §§ 2 f.; HAUGER/PALZER, S. 573 f.; NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, S. 92 f.; SUMMERS, Rule of Law, S. 301 («The approach of the ECtHR here is undoubtedly problematic. It seems to make little sense to insist on the characterisation of proceedings as criminal in nature only to suggest that they are not properly criminal when considering the need for normative regulation»).

diction in financial matters [...]. Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency [...].»

107 Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass dieses Diktum den Umständen des konkreten Falles geschuldet ist und daher sowie aufgrund seiner Begründungslogik nicht im Sinne der hier in Frage stehenden generellen Relativierung der [EMRK](#)-Anforderungen an strafrechtliche Anklagen (vgl. oben [Rz. 100 f.](#)) zu verstehen ist:

108 In *Jussila* ging es um einen finnischen Staatsangehörigen, der wegen Mängeln in seinen Steuererklärungen verpflichtet wurde, Steuerzuschläge («*tax surcharges*») in Höhe von 1'836 finnischen Mark (umgerechnet rund 308.8 Euro) zu bezahlen.¹³⁶ Diese Zuschläge wurden vom EGMR angesichts ihrer präventiven und retributiven Zwecksetzung (vgl. das zweite *Engel*-Kriterium, [Rz. 90](#)) als Strafen im Sinne der [EMRK](#) taxiert, wobei der EGMR mehrmals anmerkte, dass es sich um eine leichte bzw. geringfügige Strafe handle.¹³⁷ Die vorstehend ([Rz. 106](#)) wiedergegebene Erwägung ist vor diesem Hintergrund zu lesen.¹³⁸

109 Angesichts dieser Umstände und der Logik der betreffenden Erwägung kann bezweifelt werden, dass sie allgemein auf alle verwaltungsrechtlich verhängten Sanktionen anwendbar ist: Wenn beispielsweise – wie bei kartellrechtlichen Sanktionen – Geldbeträge in (mehrstelliger) Millionenhöhe belastet werden, die auch nicht bloss als «Zuschläge», sondern als «Bussen» oder «Sanktionen» bezeichnet werden, diese zudem amtlich publiziert werden und schliesslich nicht bloss wegen unterlassener oder unrichtiger Steuerdeklarationen, sondern wegen schwerwiegender Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht verhängt werden, kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass solche Fälle «*do not carry any significant degree of stigma*».¹³⁹ In einem Urteil jüngerer Datums in Sachen *Grande Stevens* hat der EGMR denn auch administrativen Verwaltungssanktionen des italienischen Rechts im konkreten Fall ein «*significant degree of stigma*» zugesprochen.¹⁴⁰

¹³⁶ EGMR, [Jussila v. Finland](#), 73053/01, 23.11.2006, § 9.

¹³⁷ Vgl. EGMR, [Jussila v. Finland](#), 73053/01, 23.11.2006, §§ 38, 48.

¹³⁸ Der EGMR hat später auch ausdrücklich fallbezogen argumentiert, vgl. EGMR, [Jussila v. Finland](#), 73053/01, 23.11.2006, § 48: «[T]he Court finds that the requirements of fairness were complied with and did not, in the particular circumstances of this case, necessitate an oral hearing.»

¹³⁹ Vgl. auch BREI, S. 39 Fn. 29.

¹⁴⁰ EGMR, [Grande Stevens and others v. Italy](#), 18640/10, 4.3.2014, § 122. Die vor dem EGMR zu beurteilenden Sanktionen, die 500'000 bis 3 Mio. Euro betrug (§§ 25, 30, 98), wurden gegen drei natürliche und zwei juristische Personen wegen Marktmanipulation verhängt.

Zu beachten ist schliesslich noch, dass der Gerichtshof bei der wiedergegebenen Erwägung seine Praxis vor Augen hatte, wonach Steuervergehen – insbesondere aufgrund ihrer Häufigkeit – erstinstanzlich durch Steuerbehörden statt Gerichte sanktioniert werden dürfen. *Darauf* hat er in seinem Satz «*the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency*» verwiesen.¹⁴¹ 110

Nach dem Gesagten ist auch aus *Jussila* nicht abzuleiten, dass die Anforderungen der [EMRK](#) an strafrechtliche Anklagen generell bei verwaltungsrechtlich verhängten Sanktionen (und somit auch in Kartellsanktionsverfahren) herabgesetzt sind.¹⁴² 111

Im zweiten erwähnten Urteil, *Menarini*, wird Folgendes ausgeführt:¹⁴³ 112

«[L]a Cour rappelle que la nature d'une procédure administrative peut différer, sous plusieurs aspects, de la nature d'une procédure pénale au sens strict du terme. Si ces différences ne sauraient exonérer les Etats contractants de leur obligation de respecter toutes les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6, elles peuvent néanmoins influencer les modalités de leur application (*Valico S.r.l. c. Italie (déc.)*, no 70074/01, CEDH 2006-III).»

Gemeint ist hierbei ein Verwaltungsverfahren, das den Begriff der strafrechtlichen Anklage erfüllt; insofern scheint dieses Urteil für die hier interessierende Fragestellung – anders als *Albert and Le Compte* und *Dombo Beheer* – einschlägig zu sein. Freilich wird in dem in *Menarini* zitierten Urteil *Valico* nach einer fast wortgleichen Passage konkretisiert, was damit in erster Linie gemeint ist:¹⁴⁴ 113

«Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que, dans une procédure de nature administrative, une < peine > soit infligée d'abord par une autorité administrative. Il suppose cependant que la

¹⁴¹ EGMR, [Jussila v. Finland](#), 73053/01, 23.11.2006, § 43: «Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see *Bendenoun and Janosevic*, § 46 and § 81 respectively, where it was found compatible with Article 6 § 1 for criminal penalties to be imposed, in the first instance, by an administrative or non-judicial body, and, a contrario, *Findlay*, cited above).»

¹⁴² So jedoch AUFRICHTIG, N 14; i.d.S. offenbar auch MEYER, K/M-K EMRK, Art. 6 N 29; enger hingegen wohl HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, HK EMRK, Art. 6 N 85.

¹⁴³ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, § 62.

¹⁴⁴ EGMR, [Valico S.R.L. c. Italie](#), 70074/01, 21.3.2006, S. 20.

décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction [...]»

- 114 Es kann bezweifelt werden, dass der EGMR mit seinen Ausführungen in *Valico* und *Menarini* eine generelle Herabsetzung der strafrechtlichen Garantien in Bezug auf Verfahren, die konventionsrechtlich strafrechtliche Anklagen, aber landesrechtlich Verwaltungsverfahren sind, postulieren wollte. Diese Ausführungen sind eher, wie die zitierte Erwägung in *Valico* zeigt, wiederum vor dem Hintergrund der Möglichkeit zu sehen, gewisse Strafen im Sinne der [EMRK](#) erstinstanzlich durch eine Verwaltungsbehörde zu verhängen. Auf diese Möglichkeit und die Bedingungen ihrer Zulässigkeit nach [EMRK](#) wird sogleich zurückzukommen sein ([Rz. 117 ff.](#)). Sie findet, wie gezeigt wird, ihren Ursprung im *Öztürk*-Entscheid des EGMR, dem folgende wichtige Erwägung zu entnehmen ist:¹⁴⁵

«[I]f the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as <regulatory> instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 [...], the application of these provisions would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention.»

- 115 Nach der gleichen Logik wäre es gefährlich, für jene strafrechtlichen Anklagen im Sinne der [EMRK](#), die landesrechtlich Verwaltungsverfahren sind, eine herabgesetzte Geltung der strafrechtlichen [EMRK](#)-Garantien anzunehmen. Denn dann könnten die Konventionsstaaten diese Garantien unterlaufen, indem sie immer mehr Strafverfahren als Verwaltungsverfahren ausgestalten.¹⁴⁶ Es ist nicht davon auszugehen, dass der EGMR seine zitierte fundamentale Erwägung in *Öztürk* in den späteren Urteilen *Valico* und *Menarini* derart konterkarieren wollte.
- 116 Nach alledem ist davon auszugehen, dass die Garantien der [EMRK](#) in Bezug auf strafrechtliche Anklagen auch in Verfahren über Direktsanktionen nach [Art. 49a KG](#) vollumfänglich zum Tragen kommen. Terminologisch ist somit daran festzuhalten, dass kartellrechtliche Direktsanktionen strafrechtlichen und nicht bloss strafrechtsähnlichen Charakter aufweisen; eine Relativierung (vgl. oben [Rz. 98](#)) ist abzulehnen.

¹⁴⁵ EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, § 49 in fine; vgl. auch zuvor bereits EGMR, [Engel and Others v. the Netherlands](#), 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8.6.1976, § 81.

¹⁴⁶ I.d.S. auch BREI, S. 43; vgl. auch HAUGER/PALZER, S. 574 m.w.H.

C. Verwaltungsbehörde als erste Instanz

Nach heute unbestrittener Auffassung stellt die WEKO kein Gericht im Sinne von [Art. 6 EMRK](#) und [Art. 30 BV](#) dar.¹⁴⁷ Darf sie nach [EMRK](#) (und [BV](#)) überhaupt Sanktionen nach [Art. 49a KG](#) verhängen? [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) bestimmt:

«Jede Person hat ein Recht darauf, dass [...] über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. [...]»

Wie erwähnt, war der erste Fall, in dem sich der EGMR zu der Frage äusserte, ob eine Strafe im Sinne der [EMRK](#) durch eine Verwaltungsbehörde verhängt werden darf, der Fall *Öztürk* (vgl. oben [Rz. 114](#)). In diesem ging es um folgenden Sachverhalt: Herr Öztürk, ein türkischer Staatsangehöriger, war in Deutschland mit seinem Auto auf ein anderes aufgefahren. Die örtliche Verwaltungsbehörde verurteilte ihn daraufhin wegen einer Ordnungswidrigkeit («Ausserachtlassen der erforderlichen Sorgfalt im Strassenverkehr») zu einer geringen Busse zuzüglich Verfahrensgebühr und Auslagen. Dagegen erhob Öztürk Einspruch und erhielt infolgedessen ein öffentliches Gerichtsverfahren. Nach der Anhörung von Zeugen zog er seinen Einspruch zurück, sodass seine Verurteilung rechtskräftig wurde. Öztürk wehrte sich dann jedoch gegen die Auferlegung der Kosten für den Dolmetscher, der im Gerichtsverfahren beigezogen worden war.¹⁴⁸

Der EGMR erwoag zunächst, dass es gute Gründe geben könne, manche Verhaltensweisen nach nationalem Recht verwaltungsrechtlich statt strafrechtlich zu ahnden.¹⁴⁹

«By removing certain forms of conduct from the category of criminal offences under domestic law, the law-maker may be able to serve the interests of the individual [...] as well as the needs of the proper administration of justice, in particular in so far as the judicial authori-

¹⁴⁷ Vgl. statt vieler [BGE 139 I 72](#) E. 4.3 m.H. («Die WEKO [...] zählt zu den so genannten Behördenkommissionen [...]. Diese werden von der Rechtsprechung [...] nicht als richterliche Behörden anerkannt») (auch zit. im [Expertenbericht](#), S. 66); [BGE 138 I 154](#) E. 2.7; TAGMANN, S. 98; TSCHUDIN, DK KG, Art. 53 N 14 («[...] die WEKO [ist] kein unabhängiges Gericht i.S.v. Art. 6 EMRK [...]»).

¹⁴⁸ Vgl. zum Ganzen EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, §§ 10 ff., 15.

¹⁴⁹ EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, § 49.

ties are thereby relieved of the task of prosecuting and punishing contraventions – which are numerous but of minor importance – of road traffic rules.»

120 Allerdings könne es den Konventionsstaaten nicht überlassen werden, über die Anwendbarkeit der Garantien von [Art. 6 f. EMRK](#) zu entscheiden, indem sie eine Zuwiderhandlung als Ordnungswidrigkeit statt als Straftat qualifizieren (vgl. Originalzitat oben in [Rz. 114](#)).

121 In der Folge qualifizierte der Gerichtshof die nationalrechtliche Ordnungswidrigkeit des Beschwerdeführers gemäss den Engel-Kriterien als Straftat im Sinne der [EMRK](#).¹⁵⁰ Damit sei aber keineswegs gesagt, dass das deutsche System unrechtmässig sei:¹⁵¹

«It in no wise follows from this, the Court would want to make clear, that the very principle of the system adopted in the matter by the German legislature is being put in question. Having regard to the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment. Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6 [...].»

122 Aus *Öztürk* kann mithin abgeleitet werden, dass Verwaltungsbehörden (gewisse)¹⁵² leichte Straftaten («minor offences») verfolgen dürfen, sofern gegen ihre Entscheide ein Gericht angerufen werden kann, das die Anforderungen von [Art. 6 EMRK](#) erfüllt. Für andere Straftaten geht *Öztürk* von einer erstinstanzlichen Beurteilung durch Gerichte aus.¹⁵³

123 Noch im gleichen Jahr erging das Urteil des EGMR in Sachen *De Cubber*.¹⁵⁴ Ihm lag folgender Sachverhalt zugrunde: Herr De Cubber wurde in zwei belgischen Strafverfahren wegen Urkundendelikten jeweils zu Haftstrafen und Bussen

¹⁵⁰ EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, §§ 50 ff., 54 («[T]he contravention committed by Mr. Öztürk was criminal for the purposes of Article 6 (art. 6) of the Convention [...]»).

¹⁵¹ EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, § 56 m.Verw. u.a. auf EGMR, [Deweere v. Belgium](#), 6903/75, 27.2.1980; dazu unten [Rz. 138](#).

¹⁵² Vgl. näher unten [Rz. 175](#).

¹⁵³ Vgl. EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, § 56 («[...] a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment»).

¹⁵⁴ EGMR, [De Cubber v. Belgium](#), 9186/80, 26.10.1984.

verurteilt.¹⁵⁵ Er rekurrierte gegen die zweite Verurteilung und machte die Befangenheit eines Richters geltend, zumal dieser im gleichen Verfahren als Untersuchungsrichter fungiert und einen Haftbefehl gegen ihn ausgestellt hatte.¹⁵⁶

Der EGMR gab De Cubber recht und stellte eine Verletzung von [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) fest:¹⁵⁷ Aufgrund der konkreten Umstände habe ein Anschein der Befangenheit bestanden, der nur durch vollständige Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils hätte geheilt werden können.¹⁵⁸ Der EGMR betonte dabei die essenzielle Bedeutung der Unparteilichkeit der Gerichte.¹⁵⁹ Die zwei wichtigsten Urteilsabwägungen lauten wie folgt:¹⁶⁰

124

«In conclusion, the impartiality of the Oudenaarde court was capable of appearing to the applicant to be open to doubt. Although the Court itself has no reason to doubt the impartiality of the member of the judiciary who had conducted the preliminary investigation [...], it recognises, having regard to the various factors discussed [...], that his presence on the bench provided grounds for some legitimate misgivings on the applicant's part. [...]. [T]he Court recalls that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 [...] – notably in regard to observance of the fundamental principle of the impartiality of the courts – would not be consonant with the object and purpose of the provision, bearing in mind the prominent place which the right to a fair trial holds in a democratic society within the meaning of the Convention [...]»

«The possibility certainly exists that a higher or the highest court might, in some circumstances, make reparation for an initial violation of one of the Convention's provisions [...]. [H]owever, [...] [t]he particular defect in question did not bear solely upon the conduct of the first-instance proceedings: its source being the very composition of the Oudenaarde criminal court, the defect involved matters of internal organisation and the Court of Appeal did not cure that defect since it did not quash on that ground the judgment [...] in its entirety.»

¹⁵⁵ EGMR, [De Cubber v. Belgium](#), 9186/80, 26.10.1984, §§ 8, 11 f.

¹⁵⁶ EGMR, [De Cubber v. Belgium](#), 9186/80, 26.10.1984, § 14 Abs. 1, § 8 Abs. 2. Zudem hatte der Richter zuvor schon andere Strafverfahren gegen De Cubber beurteilt (ibid., § 9 Abs. 1), ebenso wie eine Strafanzeige von und Zivilverfahren betreffend De Cubber (ibid., § 9 Abs. 2).

¹⁵⁷ EGMR, [De Cubber v. Belgium](#), 9186/80, 26.10.1984, § 36.

¹⁵⁸ EGMR, [De Cubber v. Belgium](#), 9186/80, 26.10.1984, §§ 30, 33.

¹⁵⁹ EGMR, [De Cubber v. Belgium](#), 9186/80, 26.10.1984, § 30.

¹⁶⁰ EGMR, [De Cubber v. Belgium](#), 9186/80, 26.10.1984, §§ 30, 33.

- 125 Dieses Urteil kann dahingehend interpretiert werden, dass Strafen im Sinne der [EMRK](#) erstinstanzlich nur durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht verhängt werden dürfen – gegebenenfalls unter Vorbehalt der *Öztürk*-Praxis.¹⁶¹ Wenn nämlich die Befangenheit bzw. ihr Anschein schon dann bejaht wird, wenn ein fallbefasster Untersuchungsrichter später Teil des erstinstanzlich entscheidenden Richtergremiums ist, dann muss dies erst recht gelten, wenn die untersuchungsführende (Verwaltungs-)Behörde gleich selbst den erstinstanzlichen Entscheid fällt (abgesehen davon, dass dann gar kein Gericht entscheidet).¹⁶² Und wenn schon der erste Fall der Befangenheit der erstinstanzlichen Entscheidbehörde nicht durch die nächsthöhere Instanz geheilt werden kann, sondern zur vollständigen Aufhebung des Urteils führen muss, dann kann es der zweite Fall auch nicht.
- 126 Eine andere denkbare Lesart wäre, dass *De Cubber* nur festgehalten hat, dass im Falle einer erstinstanzlichen gerichtlichen Entscheidung dieses Gericht *unparteiisch* sein muss und deshalb z.B. kein Untersuchungsrichter mitwirken darf, gleichsam nach dem Motto: «Wenn schon Gericht, dann richtig». Dies würde jedoch bedeuten, dass diejenigen Konventionsstaaten, die für Strafsachen ein erstinstanzliches Gericht vorsehen, an höheren Massstäben gemessen würden als diejenigen, die diese Mühe gar nicht auf sich nehmen. Im Ergebnis würde *De Cubber* – so verstanden – einen Anreiz setzen, das erstinstanzliche Verfahren nicht-gerichtlich auszugestalten, um das Risiko einer Verurteilung durch den EGMR zu reduzieren. Das kann aber nicht im Sinne des EGMR sein, der die Menschenrechte gerade schützen will und – wie in *Öztürk* gezeigt wurde – Umgehungen der Konventionsrechte nicht zulässt.¹⁶³
- 127 Später führte der Gerichtshof im militärstrafrechtlichen Fall *Findlay* Folgendes aus:¹⁶⁴

«Nor could the defects [...] be corrected by any subsequent review proceedings. Since the applicant's hearing was concerned with serious charges classified as <criminal> under both domestic and Convention law, he was entitled to a first-instance tribunal which fully met the

¹⁶¹ I.d.S. etwa *BREI*, S. 38 ff.

¹⁶² Vgl. vor *De Cubber* auch EGMR, *Piersack v. Belgium*, 8692/79, 1.10.1982, §§ 30 ff.: Anschein der Befangenheit bejaht, weil der Gerichtsvorsitzende zuvor Leiter der Abteilung der Staatsanwaltschaft war, die mit dem Fall des Angeklagten befasst war. Ob dieser Mangel im Rechtsmittelverfahren (vor dem belgischen Kassationshof) geheilt werden konnte, wurde in *Piersack* nicht erörtert.

¹⁶³ Vgl. EGMR, *Öztürk v. Germany*, 8544/79, 21.2.1984, § 49 in fine.

¹⁶⁴ EGMR, *Findlay v. the United Kingdom*, 22107/93, 25.2.1997, § 79.

requirements of Article 6 para. 1 [...] (see the *De Cubber v. Belgium* judgment of 26 October 1984, Series A no. 86, pp. 16-18, paras. 31-32).»

Diese Passage stützt die erstgenannte, überzeugendere Interpretation von *De Cubber* (Rz. 125). Für diese Lesart spricht ausserdem, dass das Öztürk-Dictum (Rz. 121 f.) gerade vor dem Hintergrund der Annahme entwickelt wurde, dass Strafsachen erstinstanzlich grundsätzlich durch Gerichte beurteilt werden (Rz. 122 in fine).¹⁶⁵ Somit ist festzuhalten, dass *De Cubber* und *Findlay* einen Anspruch in Strafsachen auf erstinstanzliche Entscheidung durch ein Gericht formulieren, das den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügt. Öztürk wiederum formuliert eine Ausnahme von diesem Anspruch für (gewisse) leichte Straftaten.

128

Die Ausnahme von Öztürk wurde in späteren Entscheiden bestätigt. So etwa im Fall *Schmautzer*, wo der Beschwerdeführer wegen Nichttragen des Sicherheitsgurtes beim Autofahren von der Polizei gebüsst wurde.¹⁶⁶ Der EGMR bemängelte nicht diese Art der erstinstanzlichen Strafverhängung per se, sondern das Fehlen (der Möglichkeit) einer nachfolgenden gerichtlichen Kontrolle mit umfassender Kognition (unter Berufung u.a. auf Öztürk).¹⁶⁷ In den Urteilen *Kadubec* und *Čanády* ging es sodann jeweils um Beschwerdeführer, die von der Slowakei wegen Verstosses gegen den «Minor Offences Act» je zu einer Busse von 1'000 slowakischen Korunas (entspricht heute ca. 40 Franken) verurteilt worden waren.¹⁶⁸ In *Čanády* führte der EGMR dazu Folgendes aus:¹⁶⁹

129

«The Court has previously found that the general character of the legal provisions governing minor offences under the Minor Offences Act of 1990 together with the deterrent and punitive purpose of the penalty imposed for their infringement suffices to show that such offences are, in terms of Article 6 of the Convention, criminal in nature [...]. It recalls that, while entrusting the prosecution and punishment of similar minor offences to administrative authorities is not inconsistent with

¹⁶⁵ Auch spätere Urteile des EGMR gehen (implizit) von einem Recht auf gerichtliche Erstentscheidung in Strafsachen aus, wenn es dort heisst, dass in bestimmten Konstellationen (ausnahmsweise) die strafrechtlichen EMRK-Garantien nicht mit voller Strenge oder in anderer Weise angewandt werden können, und dabei konkret auf die Möglichkeit einer Erstentscheidung durch Verwaltungsbehörden verwiesen wird (vgl. oben Rz. 106 ff., 112 ff.). Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass im Regelfall, wo eine Anwendung der Garantien mit voller Strenge bzw. auf normale Weise geboten ist, eine gerichtliche Erstentscheidung erforderlich ist.

¹⁶⁶ EGMR, *Schmautzer v. Austria*, 15523/89, 23.10.1995, § 6.

¹⁶⁷ EGMR, *Schmautzer v. Austria*, 15523/89, 23.10.1995, §§ 34 ff.

¹⁶⁸ EGMR, *Čanády v. Slovakia*, 53371/99, 16.11.2004, § 11; EGMR, *Kadubec v. Slovakia*, 27061/95, 2.9.1998, § 9.

¹⁶⁹ EGMR, *Čanády v. Slovakia*, 53371/99, 16.11.2004, § 31.

the Convention, the person concerned must have an opportunity to challenge any decision made against him or her before a tribunal that offers the guarantees of Article 6 (see Kadubec v. Slovakia, judgment of 2 September 1998, Reports 1998-VI, § 57).»

- 130 In einem anderen, 2011 entschiedenen Fall ging es um die Pharmagesellschaft A. Menarini Diagnostics S.R.L. (im Folgenden: «Menarini»), die von der italienischen Wettbewerbsbehörde wegen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu einer pekuniären Sanktion von sechs Millionen Euro verurteilt wurde.¹⁷⁰ Dagegen rekurrierte Menarini und bestritt den ihr zur Last gelegten Sachverhalt, die rechtliche Würdigung sowie die Höhe der Sanktion.¹⁷¹
- 131 Das zuständige Verwaltungsgericht wies den Rekurs ab. Es erklärte, dass seine Kontrolle bezüglich der Beurteilung des Sachverhalts und der Anwendung der Sanktion umfassend sei, aber hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation auf die Kontrolle der Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung beschränkt sei. Es sei nur eine «schwache» Kontrolle (*contrôle juridictionnel faible*) der Entscheidung möglich, nämlich auf Vernünftigkeit und Kohärenz hin. Das Gericht dürfe nicht seine eigenen Wertungen an die Stelle jener der Wettbewerbsbehörde setzen, es dürfe nicht andere Rechtsnormen anwenden als die von dieser identifizierten und auch nicht die Merkmale der Untersuchung ändern.¹⁷²
- 132 Menarini rief sodann den italienischen Verfassungsrat an und machte u.a. geltend, dass das Verwaltungsgericht es unterlassen habe, das ihr vorgeworfene Verhalten zu bewerten; weiter bemängelte Menarini das Fehlen einer umfassenden Kognition (*pleine juridiction*) in der nationalen Verwaltungsgerichtsbarkeit.¹⁷³ Sowohl dieser Rekurs als auch der anschliessende Rekurs an den Kassationsgerichtshof blieben erfolglos. Beide angerufenen Instanzen hielten fest, dass die ausgeübte Kontrolle die Voraussetzungen einer «*pleine juridiction*» erfülle.¹⁷⁴ Menarini gelangte zuletzt an den EGMR und machte eine Verletzung von [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) geltend.
- 133 Der EGMR vermochte keine Verletzung von [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) zu erkennen. Nachdem er die pekuniäre Sanktion gemäss den Engel-Kriterien als Strafe im Sinne der [EMRK](#) qualifizierte,¹⁷⁵ hielt er fest, dass [Art. 6 EMRK](#) nicht verbiete, dass eine solche «Strafe» zunächst von einer Verwaltungsbehörde verhängt

¹⁷⁰ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, §§ 7 ff.

¹⁷¹ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, §§ 11 f.

¹⁷² EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, §§ 12 ff.

¹⁷³ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, §§ 16 f.

¹⁷⁴ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, § 18 bzw. § 21.

¹⁷⁵ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, §§ 42, 44.

werde. Erforderlich sei aber, dass dagegen ein Gericht im Sinne von [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) mit voller – d.h. Sachverhalts- und Rechtskontrolle umfassender – Kognition angerufen werden könne, wenn die Verwaltungsbehörde nicht schon selbst die Anforderungen dieser Bestimmung erfülle.¹⁷⁶ Im konkreten Fall habe eine solche gerichtliche Überprüfung mit voller Kognition stattgefunden.¹⁷⁷

Die wichtigsten zwei Erwägungen in *Menarini* lauten wie folgt:¹⁷⁸

134

«En l'espèce, la sanction litigieuse n'a pas été infligée par un juge à l'issue d'une procédure judiciaire contradictoire, mais par l'AGCM [Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; italienische Wettbewerbsbehörde; Verf.]. Si confier à des autorités administratives la tâche de poursuivre et de réprimer les contraventions n'est pas incompatible avec la Convention, il faut souligner cependant que l'intéressé doit pouvoir saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 (Kadubec v. Slovaquie, 2 septembre 1998, § 57, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI, et Čanády c. Slovaquie, no 53371/99, § 31, 16 novembre 2004).»

«Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que dans une procédure de nature administrative, une < peine > soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il suppose cependant que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction [...]. Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi [...].»

¹⁷⁶ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, §§ 58 f. Vgl. implizit i.d.S. zuvor bereits EKMR, [Stenuit c. France](#), 11598/85, 30.5.1991, §§ 69 ff., 72, wo eine Verletzung von [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) angenommen wurde, weil keine Rechtsmittelinstanz die Begründetheit der Anklage überprüft hatte (obwohl der Conseil d'État von Gesetzes wegen umfassende Kognition gehabt hätte). Die Beschwerde wurde später allerdings im Register des Gerichtshofs gestrichen (EGMR, [Stenuit c. France](#), 11598/85, 27.2.1992).

¹⁷⁷ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, § 67. Krit. z.B. EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, §§ 3 ff.; SUMMERS, Rule of Law, S. 305 f.

¹⁷⁸ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, §§ 58 f.

- 135 Auf der Grundlage der vorstehenden Analyse zur früheren EGMR-Rechtsprechung kann man in *Menarini* eine Anwendung von *Öztürk* auf kartellrechtliche Sanktionen sehen oder – wenn man, wie es der hier vertretenen Auffassung entspricht, deutliche Unterschiede zum Fallmuster von *Öztürk* sieht (vgl. unten [Rz. 173 ff.](#)) – eine Erweiterung der *Öztürk*-Ausnahme erblicken. *Menarini* zitiert in § 58 die Entscheidungen in *Kadubec* und *Čanády*; das *Kadubec*-Urteil, auf das in *Čanády* verwiesen wird,¹⁷⁹ verweist seinerseits auf *Öztürk*.¹⁸⁰
- 136 Kurz nach *Menarini* hielt das Bundesgericht in seinem *Publigroupe*-Urteil unter Berufung auf diesen EGMR-Entscheid fest, dass es aus Sicht der [EMRK](#) keiner institutionellen Strukturänderung des schweizerischen Kartellverfahrens bedürfe. Denn die [EMRK](#) lasse zu, dass die Verwaltung im Verwaltungsverfahren Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter aussprechen könne. Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Situation bilde indessen, dass im nachfolgenden Gerichtsverfahren die Vorgaben von [Art. 6 EMRK](#) eingehalten werden.¹⁸¹ Das Sanktionsverfahren vor der WEKO erfülle die Anforderungen von [Art. 6 EMRK](#) und [Art. 30 BV](#) nicht,¹⁸² wohl aber das Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht.¹⁸³
- 137 Der EGMR hat seine *Menarini*-Praxis seither bestätigt. Das Urteil in Sachen *SA-Capital* betrifft ebenfalls einen kartellrechtlichen Fall und führt dazu Folgendes aus:¹⁸⁴

«The Court furthermore [...] has consistently held that the obligation to comply with Article 6 of the Convention does not preclude a <penalty> being imposed by an administrative authority in the first instance, provided that decisions taken by an authority which does not itself satisfy the requirements of Article 6 § 1 of the Convention must be subject to subsequent control by a judicial body which does meet the said requirements and has full jurisdiction of review (see, inter alia, A. Menarini Diagnostics S.R.L., cited above, §§ 58–59 [...]). Thus, in the light of the Court's established case-law, it is not a requirement under

¹⁷⁹ EGMR, [Čanády v. Slovakia](#), 53371/99, 16.11.2004, § 31 m.Verw. auf EGMR, [Kadubec v. Slovakia](#), 27061/95, 2.9.1998, § 57.

¹⁸⁰ EGMR, [Kadubec v. Slovakia](#), 27061/95, 2.9.1998, § 57 m.Verw. auf EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, § 56.

¹⁸¹ [BGE 139 I 72](#) E. 4.4; so zuvor bereits [BVGE 2011/32](#) E. 5.5; zust. HEINEMANN, Direkte Sanktionen, N 28 ff.

¹⁸² [BGE 139 I 72](#) E. 4.3.

¹⁸³ [BGE 139 I 72](#) E. 4.5, 4.6; so zuvor bereits [BVGE 2011/32](#) E. 5.6. Zweifelnd LAUTERBURG, N 17 f.

¹⁸⁴ EGMR, [SA-Capital Oy v. Finland](#), 5556/10, 14.2.2019, § 72. Vgl. auch, betreffend von der italienischen Börsenaufsicht verhängte Verwaltungssanktionen wegen Marktmanipulation, EGMR, [Grande Stevens and others v. Italy](#), 18640/10, 4.3.2014, § 138.

Article 6 of the Convention that proceedings such as those concerning sanctions for breaches of competition law be conducted according to the classic model of a criminal trial.»

D. Deals

Zum Thema «Verfahrensabsprachen» (Deals, *plea bargain*) sind zwei EGMR-Urteile hervorzuheben. Im Fall *Deweere* ging es um einen belgischen Metzger, der sich eines (leichteren) Verstosses gegen die Gewerbeordnung schuldig gemacht hatte und dem die Staatsanwaltschaft anbot, gegen Zahlung von 10'000 belgischen Francs (entspricht heute ca. 233 Franken) auf Strafverfolgung und die Schliessung des Ladens zu verzichten.¹⁸⁵ Der Gerichtshof erwog, dass die Annahme eines solchen Angebots einen Verzicht auf das Recht darstelle, von einem Gericht angehört zu werden. Ein solcher Rechtsverzicht sei nach [EMRK](#) grundsätzlich zulässig, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt seien, zu denen insbesondere das Fehlen von Zwang (*constraint*) gehört.¹⁸⁶

Im jüngeren Urteil in Sachen *Natsvlishvili* ging es um einen georgischen Staatsangehörigen, welcher der ungetreuen Geschäftsbesorgung beschuldigt und deshalb in Untersuchungshaft genommen wurde. Obwohl er stets seine Unschuld beteuerte, nahm er schliesslich ein Abspracheangebot (*plea bargain*) der Staatsanwaltschaft an, das sodann von einem Einzelrichter in einer mündlichen Verhandlung geprüft und genehmigt wurde.¹⁸⁷ Der EGMR hielt fest, dass Verfahrensabsprachen über strafrechtliche Vorwürfe einen Rechtsverzicht darstellten. Ein solcher sei konventionskonform bzw. nach [EMRK](#) gültig, wenn er eindeutig ausgedrückt werde, mit Mindestgarantien verbunden sei, die der Bedeutung des Verzichts angemessen seien, und ihm keine wichtigen öffentlichen Interessen entgegenständen. Der Beschuldigte müsse die Vereinbarung in voller Kenntnis des Sachverhalts und der Rechtsfolgen wahrhaft freiwillig akzeptieren, und der Inhalt der Vereinbarung und die Fairness ihres Zustandekommens müssten einer hinreichenden gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden.¹⁸⁸

¹⁸⁵ EGMR, [Deweere v. Belgium](#), 6903/75, 27.2.1980, §§ 7 ff.

¹⁸⁶ EGMR, [Deweere v. Belgium](#), 6903/75, 27.2.1980, § 49. Im konkreten Fall wurde das Vorliegen von Zwang bejaht; er wurde in der Androhung der Schliessung des Ladens des Beschwerdeführers erblickt, die für diesen zu einem erheblichen Verlust geführt hätte (§§ 51 ff.).

¹⁸⁷ Vgl. zum Ganzen EGMR, [Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia](#), 9043/05, 29.4.2014, §§ 12 ff. Hinweis: Das herunterladbare PDF des Urteils enthält per 31.8.2024 Fehler: Nach § 15 wird wieder ab § 14 gezählt, später folgt auf § 46 unmittelbar § 49, dem wiederum § 47 folgt. Die Internetversion enthält dagegen eine korrekte Nummerierung der §§.

¹⁸⁸ EGMR, [Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia](#), 9043/05, 29.4.2014, §§ 91 f. Im vorliegenden Fall sah der EGMR diese Voraussetzungen als erfüllt an; insbesondere habe ein Strafge-

140 Natsvlshvili hat damit die Voraussetzungen für konventionskonforme Verfahrensabsprachen in Strafsachen konkretisiert. Das Urteil hat zugleich klargestellt, dass Verfahrensabsprachen in Strafsachen zwingend der gerichtlichen Überprüfung bedürfen.¹⁸⁹ In der Lehre wird denn auch festgehalten:¹⁹⁰

«Alles deutet darauf hin, dass in Fällen wie Natsvlshvili eine automatische gerichtliche Überprüfung der Vereinbarung wichtig ist und einzig die Möglichkeit einer Einsprache als nicht genügend bewertet werden muss. Der Fall Natsvlshvili ist darum von Bedeutung, weil der EGMR dabei erstmals konkrete Fälle von Plea bargaining in einem Strafverfahren (im Gegensatz zu Verwaltungs[Straf]verfahren) zu beurteilt [recte: beurteilen] hatte.»

richt, das die Vereinbarung hätte ablehnen oder auch das Strafmass hätte ändern können, die Vereinbarung in öffentlicher Verhandlung überprüft (§§ 95, 98).

¹⁸⁹ Vgl. EGMR, [Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia](#), 9043/05, 29.4.2014, § 92 («had to be subjected to sufficient judicial review» und nicht bloss «had to be subject to ...»; französische Urteilsversion: «devaient faire l'objet d'un contrôle judiciaire suffisant»).

¹⁹⁰ SUMMERS, Verfahren, S. 195; vgl. auch DIES., Rule of Law, S. 309 f.

V. Strafverfahren und Kartellverfahren

Der Expertenbericht hat das geltende kartellrechtliche Verfahren ausführlich analysiert, einem umfassenden und lesenswerten Rechtsvergleich unterzogen und das vorgeschlagene Modell eingängig und prinzipiengeleitet begründet. Die Untersuchung erfolgte jedoch, wohl nicht zuletzt aufgrund der Zusammensetzung der Expertenkommission,¹⁹¹ stets aus spezifisch verwaltungs- und regulationsrechtlicher Perspektive. Die Darstellung der und die Subsumtion unter die institutionellen Vorgaben des EGMR in Bezug auf strafrechtliche Anklagen im Sinne der [EMRK](#) fielen im Expertenbericht denn auch knapp und zu wenig differenziert aus.¹⁹² Die Expertenkommission hat offenbar auch keine Strafrechtler:innen angehört.¹⁹³ 141

Es drängt sich daher auf, sowohl das geltende Kartellsanktionsverfahren als auch das vorgeschlagene «Status quo optimiert»-Modell aus einer spezifisch strafprozessualen Sicht zu würdigen. Viele der Pro- und Contra-Argumente werden erst verständlich, wenn man sich Rechenschaft darüber ablegt, welche strafprozessuale Funktion den jeweiligen Akteuren zugeordnet ist (vgl. unten [Rz. 152, 169](#)). Aus strafprozessualer Sicht stellt sich konkret die Frage, ob das Verfahren zur Ausfällung von Direktsanktionen nach [Art. 49a KG](#) sich eher mit einem ordentlichen Strafverfahren oder mit einem Strafbefehlsverfahren vergleichen lässt. Des Weiteren ist fraglich, ob die einvernehmliche Regelung nach [Art. 29 KG](#) im abgekürzten Verfahren nach Strafprozessordnung ihr Pendant hat. 142

Im Folgenden werden vier Varianten des schweizerischen Strafverfahrens dargestellt, nämlich das ordentliche Strafverfahren ([A.](#)), das Strafbefehlsverfahren ([B.](#)), das abgekürzte Verfahren ([C.](#)) und das Verfahren betreffend Ordnungswidrigkeiten ([D.](#)). Sodann wird geprüft, ob das Verfahren über Direktsanktionen nach [Art. 49a KG](#) eher dem ordentlichen Strafverfahren ([E.](#)) oder dem Strafbefehlsverfahren ([F.](#)) gleicht, bevor die einvernehmliche Regelung nach [Art. 29 KG](#) unter die Lupe genommen ([G.](#)) und ein Zwischenfazit gezogen wird ([H.](#)). 143

A. Ordentliches Strafverfahren

Das *ordentliche Strafverfahren* lässt sich grob aufteilen in ein Vorverfahren und ein Hauptverfahren. Im Vorverfahren liegt die Verfahrensleitung bei der 144

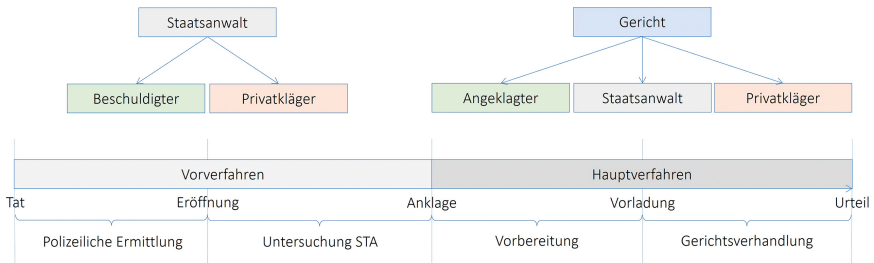
¹⁹¹ Vgl. [Expertenbericht](#), S. 11 f.

¹⁹² [Expertenbericht](#), S. 66 f.

¹⁹³ [Expertenbericht](#), S. 12 f.

Staatsanwaltschaft. Das Vorverfahren seinerseits lässt sich aufteilen in eine polizeiliche Ermittlung und eine staatsanwaltschaftliche Untersuchung ([Art. 299 ff. StPO](#)). Im Hauptverfahren liegt die Verfahrensleitung beim erstinstanzlichen Gericht; die Staatsanwaltschaft mutiert hier zur Verfahrenspartei. Das Hauptverfahren lässt sich ebenfalls zweiteilen, nämlich in eine Vorbereitungsphase ([Art. 328 ff. StPO](#), Anklageprüfung, Vorverhandlungen etc.) und die gerichtliche Hauptverhandlung ([Art. 335 ff. StPO](#)). Im Gegensatz etwa zu deutschen Gerichten, die unmittelbar aufgrund der aus dem *Inbegriff* der Hauptverhandlung gewonnenen Überzeugung entscheiden ([§ 261 StPO/DE](#)), ist das schweizerische Hauptverfahren sehr beschränkt unmittelbar.¹⁹⁴ Lediglich neue, unvollständige, im Vorverfahren nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise oder solche, deren unmittelbare Kenntnis notwendig ist, werden in der Hauptverhandlung (nochmals) erhoben ([Art. 343 StPO](#)). Bei der Erstellung des Sachverhalts berücksichtigt das erstinstanzliche Gericht «die im Vorverfahren und im Hauptverfahren erhobenen Beweise» ([Art. 350 Abs. 2 StPO](#)). Diese Reihenfolge ist in der Praxis zugleich auch als Gewichtung zu deuten: Die erstinstanzlichen Gerichte stellen ganz überwiegend auf die im Vorverfahren erhobenen Beweise ab. «[D]ie Akten sind dem Gericht entscheidungsreif zu übermitteln.»¹⁹⁵

145 Folgende Grafik illustriert die Struktur des ordentlichen Strafverfahrens:



¹⁹⁴ Vgl. WIPRÄCHTIGER, BSK StPO, Art. 343 N 12 («[...] heutigen Mindestanforderungen für die Beweisaufnahme im erstinstanzlichen Hauptverfahren insb. aus Gründen der Effizienz und Prozessökonomie einem stark beschränkten Unmittelbarkeitsprinzip folgen»); umfassend dazu KAUFMANN, passim.

¹⁹⁵ WIPRÄCHTIGER, BSK StPO, Art. 343 N 12 («Im Vorverfahren müssen die Akten [...] auf einen Stand gebracht werden, der es dem Gericht erlaubt, sein Urteil im Schuld- und Strafpunkt ohne zusätzliche Beweiserhebungen zu fällen; die Akten sind dem Gericht entscheidungsreif zu übermitteln»).

B. Strafbefehlsverfahren

Das Strafbefehlsverfahren ([Art. 352 ff. StPO](#)) ist ein sog.¹⁹⁶ besonderes Verfahren der Strafprozessordnung,¹⁹⁷ das dadurch charakterisiert ist, dass die Staatsanwaltschaft bei Verbrechen und Vergehen ([Art. 10 StGB](#))¹⁹⁸ gestützt auf einen in aller Regel alleine durch die Polizei ermittelten Sachverhalt einen Entscheid trifft,¹⁹⁹ den der Beschuldigte akzeptieren kann und der dann als rechtskräftig verurteilt gilt. Der Beschuldigte kann aber auch innert zehn Tagen Einsprache erheben, um eine gerichtliche Beurteilung des Strafbefehls zu erreichen.²⁰⁰

146

¹⁹⁶ In der Schweiz werden über 90% aller nicht eingestellten Strafverfahren zu Verbrechen und Vergehen mit Strafbefehl erledigt; wenn man die Übertretungen mit einrechnet, sind es beinahe 100%, vgl. HANSJAKOB, S. 160 ff. und THOMMEN/ESCHLE/WALSER, N 8.8 S. 248. Bei nüchterner Betrachtung ist das Strafbefehlsverfahren heutzutage deshalb das ordentliche Verfahren und das Anklageverfahren vor Gericht ein besonderes Verfahren. Vgl. i.d.S. auch NIGGLI, S. 134.

¹⁹⁷ Vgl. den [8. Titel der Schweizerischen Strafprozessordnung](#), der unter der Überschrift «Besondere Verfahren» das Strafbefehlsverfahren ([Art. 352 ff.](#)), das abgekürzte Verfahren ([Art. 358 ff.](#)), das Verfahren bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts ([Art. 363 ff.](#)), das Verfahren bei Abwesenheit der beschuldigten Person ([Art. 366 ff.](#)) und das selbstständige Massnahmeverfahren ([Art. 372 ff.](#)) regelt.

¹⁹⁸ Der Vollzug des Bundesstrafrechts obliegt grundsätzlich den kantonalen Strafbehörden ([Art. 123 Abs. 2 BV](#)). Eine Ausnahme betrifft die Straftaten, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen; diese werden von den Strafbehörden des Bundes (Bundesanwaltschaft und Bundesstrafgericht) verfolgt und beurteilt ([Art. 23 f. StPO](#)). Eine zweite Ausnahme ergibt sich aus dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht ([VStrR](#)) vom 22.3.1974. Bei Verbrechen und Vergehen, deren «*Verfolgung und Beurteilung [...] einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen [ist]*» ([Art. 1 VStrR](#)), kommen die Strafbescheids- und Strafverfügungsverfahren zur Anwendung ([Art. 62–72 VStrR](#)), die im Wesentlichen gleich strukturiert sind wie Strafbefehlsverfahren, vgl. BURRI/EHMANN, BSK VStrR, Art. 64 N 3 («*Nicht nur insoweit bestehen – nebst gewichtigen Unterschieden – gewisse Ähnlichkeiten zum Strafbefehl(sverfahren) nach der StPO*»).

¹⁹⁹ Eigene empirische Erhebungen zum Strafbefehlsverfahren im Rahmen des [Nationalfondsprojekts Nr. 173368 – Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren](#) haben gezeigt, dass die Staatsanwaltschaft die Beschuldigten nur in 8 % der Fälle selber einvernimmt, vgl. THOMMEN, Penal Orders («*Only in 8 per cent of cases, the prosecutor hears the accused before issuing a penal order*»).

²⁰⁰ Erzwingen kann der Beschuldigte die gerichtliche Beurteilung nicht. Der Strafbefehl geht nach einer Einsprache immer zunächst zurück zur Staatsanwaltschaft ([Art. 355 Abs. 1 StPO](#)). Sie kann sodann am Strafbefehl festhalten und diesen an das Gericht überweisen ([Art. 355 Abs. 3 lit. a StPO](#); [Art. 356 Abs. 1 StPO](#)), aber sie muss dies nicht tun. Sie kann auch einen neuen Strafbefehl erlassen, der dann wiederum der Einsprache unterliegt ([Art. 355 Abs. 3 lit. c StPO](#); vgl. zum Ganzen auch [BGE 149 IV 50 E. 1](#)). Dieses Vorgehen, nach Einsprachen einen neuen Strafbefehl zu erlassen, kann die Staatsanwaltschaft beliebig oft wiederholen. Auch wenn Staatsanwaltschaften von dieser Möglichkeit – soweit ersichtlich – *de facto* nicht Gebrauch machen, können sie dem Beschuldigten *de iure* den Zugang zum Gericht dauerhaft verwehren.

147 Ein weiteres besonderes Verfahren ist das Übertretungsstrafverfahren ([Art. 357 StPO](#)). Übertretungen sind die geringfügigsten Straftaten des Bundesstrafrechts (vgl. [Art. 103 StGB](#)).²⁰¹ Sie werden im Übertretungsstrafverfahren abgeurteilt. Dieses richtet sich nach den Regeln des Strafbefehlsverfahrens ([Art. 357 Abs. 2 StPO](#)). Weil es sich um Massenverfahren handelt,²⁰² können Bund und Kantone die Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen Verwaltungsbehörden übertragen ([Art. 17 Abs. 1 StPO](#)).²⁰³

C. Abgekürztes Verfahren

148 Das zweite besondere Verfahren der Strafprozessordnung ist das abgekürzte Verfahren ([Art. 358 ff. StPO](#)) oder – wie es in der französischen Gesetzesfassung heisst – vereinfachte Verfahren (*procédure simplifiée*). Soweit eine Strafe von nicht mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe im Raum steht, können sich die beschuldigte Person und die Staatsanwaltschaft auf einen Urteilstvorschlag verständigen, der dem Gericht in einem vereinfachten Verfahren zur Genehmigung zu unterbreiten ist. Voraussetzung ist, dass der Beschuldigte «den Sachverhalt, der für die rechtliche Würdigung wesentlich ist, eingesteht und die Zivilansprüche zumindest im Grundsatz anerkennt» ([Art. 358 Abs. 1 StPO](#)). Dieses Geständnis («*guilty plea*») sollte nach der Vorstellung des Gesetzgebers in aller Regel das Resultat einer Absprache über die Vorwürfe und Rechtsfolgen²⁰⁴ («*plea bargain*») zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten sein.²⁰⁵ Absprachen sollten damit in gesetzlich geregelte Bahnen gelenkt werden.²⁰⁶ Der Unterschied zum Strafbefehlsverfahren besteht einerseits im

²⁰¹ Sie finden sich im Kernstrafrecht, z.B. [Art. 126 StGB](#) – Tötlichkeiten, sowie im Nebenstrafrecht des Bundes, z.B. [Art. 19a BetmG](#) – Betäubungsmittelkonsum.

²⁰² Vgl. z.B. HANSJAKOB, S. 160 ff.

²⁰³ Vgl. etwa § 89 Abs. 1 [GOG/ZH](#): «Die Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen steht den Statthalterämtern zu.»

²⁰⁴ Nach GREINER/JAGGI, BSK StPO, Vor Art. 358 N 29, lässt das abgekürzte Verfahren «beide Arten von Absprachen [zu], d. h. das Charge Bargaining und das Sentence Bargaining»; differenzierend zum «charge bargain» SCHWARZENEGGER, SK StPO, Art. 358 N 9 ff.

²⁰⁵ Zu diesem «Handel mit der Gerechtigkeit» THOMMEN, [Kurzer Prozess](#), S. 150 («Ein Angeklagter hat in den Vereinigten Staaten das verfassungsmässige Recht, seine Anklage von einem Schwurgericht beurteilen zu lassen. Er kann sich aber auch in einem Guilty Plea schuldig bekennen. Dieses Schuldeingeständnis kann dem Wunsch des Angeklagten entspringen, die Verantwortung für seine Tat zu übernehmen. Meist resultiert das Schuldeingeständnis indes aus einem Handel (Bargain) zwischen ihm und den Strafbehörden. Dafür, dass er mit seinem Schuldeingeständnis auf ein aufwendiges Gerichtsverfahren verzichtet, kommt ihm die Anklagebehörde entgegen»).

²⁰⁶ THOMMEN, [Kurzer Prozess](#), S. 158 («Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, mit dem abgekürzten Verfahren eine Art schweizerisches Plea Bargaining zu schaffen»), S. 220 («Absprachen in geordnete Bahnen gelenkt werden»); eingehende, berechtigte Kritik bei BOMMER, S. 5 ff.

sehr viel höheren Straffrahmen und andererseits in der – durch die Strassburger Rechtsprechung vorgegebenen (vgl. oben [Rz. 139 f.](#)) – zwingenden Involvierung des Gerichts. Der Unterschied zum ordentlichen Verfahren besteht in einer (noch) reduzierteren Form der Hauptverhandlung. Ein Beweisverfahren findet nicht statt ([Art. 361 Abs. 4 StPO](#)).

D. Ordnungswidrigkeiten und -bussen

Ordnungswidrigkeiten sind die in Verwaltungsgesetzen als solche bezeichneten oder die mit Ordnungsbusse bedrohten Übertretungen ([Art. 3 VStrR](#)).²⁰⁷ Ordnungswidrigkeiten werden in aller Regel auch in strafbefehlähnlichen Verfahren abgehandelt.²⁰⁸ Ob Ordnungswidrigkeiten dem Verwaltungsstrafrecht²⁰⁹ oder (bloss) dem sog. pönalen Verwaltungsrecht zuzuordnen sind,²¹⁰ ist umstritten.²¹¹ 149

Schliesslich gibt es noch eine ganze Reihe von Bundesgesetzen, die spezielle Ordnungsbussen anordnen.²¹² Die bekanntesten sind die Ordnungsbussen des Strassenverkehrsgesetzes.²¹³ Alleine die Stadtpolizei Zürich hat im Jahr 2022 über 900'000 solche Ordnungsbussen verhängt.²¹⁴ Diese werden in einem vereinfachten, zunächst anonymen Ordnungsbussenverfahren abgehandelt 150

²⁰⁷ Beispiele: [Art. 940 OR](#) («Wer vom Handelsregisteramt unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels aufgefordert wird, seine Eintragungspflicht zu erfüllen, und dieser Pflicht nicht innerhalb der gesetzten Frist nachkommt, kann vom Handelsregisteramt mit einer Ordnungsbusse bis zu 5000 Franken bestraft werden»), [Art. 128 Abs. 1 ZPO](#) («Wer im Verfahren vor Gericht den Anstand verletzt oder den Geschäftsgang stört, wird mit einem Verweis oder einer Ordnungsbusse bis zu 1000 Franken bestraft. Das Gericht kann zudem den Ausschluss von der Verhandlung anordnen»).

²⁰⁸ Vgl. etwa [Art. 3](#) und [62 ff. VStrR](#); anderes gilt etwa dort, wo Ordnungsbussen wegen Verletzung der Verfahrensdisziplin direkt von einem Gericht ausgesprochen werden, vgl. [Art. 128 Abs. 4 ZPO](#) («Die Ordnungsbusse ist mit Beschwerde anfechtbar»).

²⁰⁹ So HEIMGARTNER, BSK StGB, Vor Art. 103 N 15 («[...] dem Verwaltungsstrafrecht zuzurechnen sind»); LOCHER, N 271 f. m.H.

²¹⁰ Vgl. i.d.S. JAAG, Sanktionen, N 23.9; DENS., Einführung, S. 11; DENS., Verfahrensgarantien, S. 155; DENS., Verwaltungsrecht, S. 575.

²¹¹ Vgl. LOCHER, N 145, Fn. 438 m.H. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist uneinheitlich, vgl. [BGE 135 I 313](#) Regeste («Bussen wegen Verletzung der Verfahrensdisziplin fallen nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (E. 2)») mit [BGE 102 Ib 218](#) E. 2 («Angesichts des auch pönalen Charakters dieser Massnahmen ist daher auf Art. 333 StGB zurückzugreifen»).

²¹² [Art. 1 OBG](#); HEIMGARTNER, BSK StGB, Vor Art. 103 N 17.

²¹³ [Art. 1 Abs. 1 lit. a Ziff. 7 OBG](#); [Bussenliste 1](#) – Übertretungen nach dem Strassenverkehrsgesetz vom 19.12.1958 ([SVG](#)).

²¹⁴ Stadt Zürich, Sicherheitsdepartement, Jahresbilanz Ordnungsbussen 2022, [Medienmitteilung 2.5.2023](#).

([Art. 6 OBG](#)). Bezahlt die beschuldigte Person die Busse nicht innerhalb der Frist, so wird ein ordentliches Strafverfahren durchgeführt ([Art. 6 Abs. 4 OBG](#)). *«Ordnungsbussen sind trotz ihrer Abhängigkeit von der Zustimmung des Täters echte Strafen; abgesehen davon, dass Vorleben und persönliche Verhältnisse nicht berücksichtigt werden, gelten die Grundsätze des Strafrechts; vor allem wird eine Schuld des Täters vorausgesetzt [...]»*²¹⁵

E. Kartellverfahren als ordentliches Strafverfahren?

- 151 Im Folgenden soll nun versucht werden, das kartellrechtliche Direktsanktionsverfahren mit den aufgezeigten Ausprägungen des schweizerischen Strafverfahrens zu vergleichen. Dabei geht es um das heutige Kartellverfahren; da aber das von der Expertenkommission vorgeschlagene Verfahren in den hier wesentlichen Punkten nicht davon abweicht, wird es von der Analyse ebenfalls erfasst.
- 152 Der Vergleich bzw. die Analogie drängt sich deshalb auf, weil in der ganzen Diskussion um die institutionelle Reform der Schweizer Wettbewerbsbehörden oft zwei unterschiedliche Vorstellungen bzw. Denkmuster aufeinandertreffen: Während auf der einen Seite die Kritiker des geltenden Systems oft von dem Bild ausgehen, dass das Sekretariat der Staatsanwaltschaft und die WEKO dem erstinstanzlichen Gericht gleicht,²¹⁶ gehen seine Verteidiger demgegenüber nicht selten davon aus, dass die WEKO eher mit der Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren zu vergleichen ist.²¹⁷ Diese verschiedenen Visionen können für das weitere Denken präjudiziell sein, weshalb es wichtig und lohnenswert erscheint, zuerst die richtige Analogie (wenn es denn eine solche gibt) zu bestimmen, um dann über das Weitere zu diskutieren.
- 153 Bei der Suche nach einem passenden Vergleich zwischen Kartellverfahren und Strafverfahren drängen sich zwei Arten des Strafverfahrens auf: das ordentliche Strafverfahren und das Strafbefehlsverfahren.
- 154 Die erste Möglichkeit besteht konkret wie angedeutet darin, das kartellrechtliche Direktsanktionsverfahren dahingehend zu interpretieren, dass dem Sekretariat als ermittelnder und anklagender Strafbehörde die Funktion der

²¹⁵ [BGE 115 IV 137](#) E. 2b; vgl. auch [Botschaft OBG](#), S. 993 (*«Eine Person, die sich wegen einer im Ordnungsbussenverfahren zu behandelnden Übertretung strafbar macht, muss nicht auf die in der Konvention garantierten Verfahrensrechte verzichten. Sie kann das ordentliche Verfahren verlangen, in welchem die Konventionsrechte eingehalten werden»*).

²¹⁶ Vgl. z.B. [Stellungnahme SwissHoldings](#), S. 2 (*«[D]as Sekretariat, also der Ankläger, [ist] in jedem Verfahrensschritt anwesend [...], selbst bei der Urteilsfindung»*); [HOFFET](#), S. 486.

²¹⁷ Vgl. i.d.S. etwa [Expertenbericht](#), S. 64, 66.

Staatsanwaltschaft und der WEKO als Entscheidbehörde die Funktion eines Gerichts zukommt. Für diese Interpretation spricht, dass das Sekretariat weit mehr als nur die polizeilichen Sachverhaltsermittlungen vornimmt. So handelt es in der Untersuchung mit grösserer Autonomie als die Polizei in einem Strafverfahren und nimmt in seinem Antrag bzw. Verfügungsentwurf auch eine rechtliche Würdigung der eruierten Tatsachen vor. Die WEKO ihrerseits entscheidet über diesen Verfügungsentwurf frei ([Art. 30 Abs. 1 KG](#)). Sie kann ihn zurückweisen, ändern oder zum Entscheid erheben.²¹⁸ Insofern kommt ihr «die Funktion einer erstinstanzlichen Entscheidbehörde in Wettbewerbssachen zu.»²¹⁹

Ein näherer Blick auf die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden macht jedoch deutlich, dass das geltende Direktsanktionsverfahren nach [Art. 49a KG](#) nicht als ordentliches Strafverfahren interpretiert werden kann. Die WEKO ist, wie auch Rechtsprechung und Lehre festhalten, kein Gericht (vgl. oben [Rz. 117](#) m.H.). Erst recht ist die WEKO nicht unabhängig. Nach [Art. 18 Abs. 2 Satz 2 KG](#) müssen die Mitglieder bloss mehrheitlich unabhängige Sachverständige sein. Fünf Mitglieder der WEKO werden von Interessenverbänden gestellt (vgl. oben [Rz. 16](#) in fine). Auch gegen innen ist die WEKO nicht unabhängig. Vielmehr ist sie organisatorisch und institutionell eng mit ihrem Sekretariat verbunden (vgl. oben [Rz. 45](#) m.w.H.). Insbesondere im geltenden wettbewerbsrechtlichen Verfahren arbeiten die WEKO und ihr Sekretariat bei Untersuchung,²²⁰ Anklage und Beurteilung eng zusammen, was sich nur schon daran zeigt, dass das Sekretariat im Laufe des Verfahrens vom «Ankläger» zum «Gerichtsschreiber»²²¹ mutiert. Überträgt man diese institutionelle Verknüp-

155

²¹⁸ ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, Art. 30 N 6 («Weil die WEKO in der Praxis i.d.R. entweder sogleich über den Antrag entscheidet oder aber ihn zunächst mit Anordnungen an das Sekretariat zurückweist und in der Folge dann den überarbeiteten Antrag beurteilt [...]»), 54 ff.; BANGERTER, BSK KG, Art. 18 N 38 («Die Verfügungskompetenz der WEKO ist umfassend»).

²¹⁹ [Botschaft KG](#), S. 597 («Mit der Einräumung der Verfügungskompetenz kommt der Wettbewerbskommission die Funktion einer erstinstanzlichen Entscheidbehörde in Wettbewerbssachen zu»).

²²⁰ Vgl. nur [Art. 27 Abs. 1 Satz 2 KG](#), wonach eine Untersuchung in jedem Fall eröffnet wird, «wenn das Sekretariat von der Wettbewerbskommission [...] damit beauftragt wird»; TSCHUDIN, DK KG, Art. 53 N 10 («[...] sich die WEKO jederzeit in die Untersuchung einmischen [...] könnte [...]. Somit ist die Eigenständigkeit des Sekretariats faktisch sehr begrenzt»). Vgl. ferner oben [Rz. 45](#) m.w.H.

²²¹ ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, Art. 30 N 6 («Weil die WEKO in der Praxis i.d.R. entweder sogleich über den Antrag entscheidet oder aber ihn zunächst mit Anordnungen an das Sekretariat zurückweist und in der Folge dann den überarbeiteten Antrag beurteilt, dient der Antrag aus prozessökonomischen Gründen faktisch zugleich auch als Basis für die Begründung des WEKO-Entscheids. Aus diesem Grund «mutiert» der Antrag des Sekretariats mit der Überweisung an die WEKO faktisch zum «Verfügungsentwurf» der WEKO (das Sekretariat seinerseits wechselt seine Funktion nach der Antragstellung vom «Ankläger» zum «Gerichtsschreiber»)).

fung auf das ordentliche Strafverfahren, so wird offenkundig, dass die anklagenden Staatsanwält:innen nicht an der Beratung und Begründung des gerichtlichen Urteils beteiligt sein können.²²²

F. Kartellverfahren als Strafbefehlsverfahren?

156 Strukturell weist das geltende Verfahren zur Ausfällung kartellrechtlicher Direktsanktionen viele Parallelen zum Strafbefehlsverfahren der schweizerischen Strafprozessordnung auf. Die WEKO entscheidet, wie die Staatsanwaltschaft, über die Eröffnung der Untersuchung ([Art. 309 StPO](#), [Art. 27 KG](#); vgl. oben [Rz. 25](#)). Sie kann, wie die Staatsanwaltschaft, Beschlagnahmen ([Art. 263 StPO](#), [Art. 42 Abs. 2 KG](#)) und Hausdurchsuchungen ([Art. 244 StPO](#), [Art. 42 Abs. 2 KG](#)) anordnen (vgl. oben [Rz. 27](#)). Die Sachverhaltsermittlung erfolgt im Kartellstrafrecht hauptsächlich durch das Sekretariat, im Kernstrafrecht hauptsächlich durch die Polizei. Die WEKO stützt sich somit ebenso wie die Staatsanwaltschaft im Wesentlichen auf diese Erhebungen und tätigt nur in marginalem Umfang eigene Sachverhaltsermittlungen,²²³ vorwiegend in Gestalt von Einvernahmen der Beschuldigten.²²⁴ Strukturell ebenfalls vergleichbar ist das Verfahren der gerichtlichen Beurteilung. Die wohl wichtigste Gemeinsamkeit besteht darin, dass der staatsanwaltschaftliche Strafbefehl und die Verfügung der WEKO einen «Vorschlag zur aussergerichtlichen Erledigung der Strafsache»²²⁵ darstellen. Betroffene, die sich nicht wehren, gelten als rechtskräftig verurteilt ([Art. 354 Abs. 3 StPO](#)).²²⁶ Beschuldigte, die mit dem

²²² Z.R. krit. HOFFET, S. 486 («Das Sekretariat ist – im Gegensatz zu den Unternehmen und ihren Rechtsvertretern – bei den Entscheidungsberatungen anwesend und kann damit auf deren Ergebnis Einfluss nehmen. Man stelle sich vor, der Staatsanwalt wäre bei den Urteilsberatungen eines Strafgerichts anwesend und hätte quasi «beratende Stimme», im Gegensatz zum abwesenden Verteidiger»).

²²³ BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 22 («Die Zuständigkeit für die Befragung liegt bei den Mitarbeitenden des Sekretariates der WEKO»); [Merkblatt WEKO Untersuchung](#), N 50 («Ausnahmsweise führt die WEKO eigene Beweissmassnahmen durch oder beauftragt das Sekretariat, solche vorzunehmen»).

²²⁴ [Merkblatt WEKO Untersuchung](#), N 51 («Anhörungen der Parteien – Die WEKO kann beschliessen, die Parteien mündlich anzuhören. Sie tut dies in der Regel in Fällen, in welchen das Sekretariat die Verhängung einer Sanktion beantragt: Eine Anhörung findet statt, wenn die WEKO selber die Parteien befragen will («Einvernahme») oder wenn die Parteien ihrerseits wünschen, ihre Sichtweise des Falls persönlich vor der WEKO darlegen zu können («Plädoyer») [...]).

²²⁵ So für das Strafbefehlsverfahren ausdrücklich [BGE 140 IV 82 E. 2.6.](#)

²²⁶ Für das kartellrechtliche Direktsanktionsverfahren vgl. ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, Art. 30 N 105 («Das Dispositiv wird i.d.R. verbindlich und vollstreckbar, sobald der Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist»), 109 («Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung [...] vor [...], so verhängt die WEKO im Sinne einer behördlichen Massnahme eine Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 [...]»).

Strafbefehl der Staatsanwaltschaft resp. mit der Verfügung der WEKO nicht einverstanden sind, können eine Beurteilung durch ein Gericht verlangen (vgl. oben [Rz. 34, 146](#)).²²⁷

Es gibt jedoch auch eine ganze Reihe von substanziellen Unterschieden zwischen dem Strafbefehlsverfahren und dem Verfahren vor der WEKO. Ein erster liegt im Umfang der Entscheidungsmacht. Die Staatsanwaltschaft kann einen Strafbefehl nur erlassen, wenn sie eine Busse, eine Geldstrafe von maximal 180 Tagessätzen oder eine Freiheitsstrafe von maximal sechs Monaten ausfällt ([Art. 352 Abs. 1 StPO](#)). Wenn sie eine höhere Strafe anstrebt, muss die Staatsanwaltschaft eine ordentliche Anklage erheben.²²⁸ Die WEKO hingegen kann sämtliche (Direkt-)Sanktionen des Kartellgesetzes in eigener Kompetenz verfügen.²²⁹

Ein zweiter Unterschied liegt in der Begründung. Während Strafbefehle nur ausnahmsweise zu begründen sind,²³⁰ ergehen – soweit ersichtlich – alle Verfügungen der WEKO begründet. Ein weiterer Unterschied mit Blick auf die Begründung besteht darin, dass die Staatsanwaltschaft den Strafbefehl begründet, während im kartellrechtlichen Verfahren das Sekretariat die Begründung verfasst (vgl. oben [Rz. 32](#)).²³¹

Drittens bestehen gewichtige Unterschiede im Verfahren bei Nichteinverständnis: Der Adressat kann gegen einen Strafbefehl innert zehn Tagen Einsprache erheben ([Art. 354 Abs. 1 lit. a StPO](#)). Er muss die Einsprache nicht be-

²²⁷ ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, Art. 30 N 118 («Die Verfahrensparteien können gegen die Verfügungen der WEKO Beschwerde beim BVGer erheben (Art. 31 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG sowie Art. 44 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG [...]) und danach mit Beschwerde ans BGer gelangen (Art. 82 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG)»).

²²⁸ Bei Strafen bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe steht noch das abgekürzte Verfahren ([Art. 358 ff. StPO](#)) zur Verfügung. Dazu oben [Rz. 148](#); GREINER/JAGGI, BSK StPO, Art. 358 N 1 ff.

²²⁹ Vgl. z.B. ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, Art. 30 N 61 («Liegt hingegen ein direkt sanktionierbarer Tatbestand i.S.v. Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 oder Art. 7 vor, so verhängt die WEKO bei erfüllttem Tatbestand eine Direktsanktion nach Art. 49a Abs. 1. Auch in Bezug auf die Bestimmung der Sanktionshöhe kommt der WEKO Ermessen zu»).

²³⁰ Strafbefehle sind nur zu begründen, wenn ein «Widerruf einer bedingt ausgesprochenen Sanktion oder einer bedingten Entlassung» ([Art. 353 Abs. 1 lit. f StPO](#)) ausgesprochen oder eine unbedingte Freiheitsstrafe verhängt wird ([Art. 41 Abs. 2 StGB](#)); s. DAPHINOFF, BSK StPO, Art. 353 N 16 ff.

²³¹ ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, Art. 30 N 6 («Weil die WEKO in der Praxis i.d.R. entweder sogleich über den Antrag entscheidet oder aber ihn zunächst mit Anordnungen an das Sekretariat zurückweist und in der Folge dann den überarbeiteten Antrag beurteilt, dient der Antrag aus prozessökonomischen Gründen faktisch zugleich auch als Basis für die Begründung des WEKO-Entscheids. Aus diesem Grund <mutiert> der Antrag des Sekretariats mit der Überweisung an die WEKO faktisch zum <Verfügungsentwurf> der WEKO (das Sekretariat seinerseits wechselt seine Funktion nach der Antragstellung vom <Ankläger> zum <Gerichtsschreiber>»).

gründen ([Art. 354 Abs. 2 StPO](#)). Die Einsprache gilt als Rechtsbehelf.²³² Der Strafbefehl geht dann zurück an die Staatsanwaltschaft und diese hat vier Optionen: Sie kann am Strafbefehl festhalten, das Verfahren einstellen, einen neuen Strafbefehl erlassen oder Anklage beim erstinstanzlichen Gericht erheben ([Art. 355 Abs. 3 StPO](#)). Die Staatsanwaltschaft ist somit von Gesetzes wegen aufgefordert, eine Wiedererwägung des Strafbefehls zu prüfen.²³³ Hält sie am Strafbefehl fest, mutiert dieser zur Anklageschrift ([Art. 356 Abs. 1 Satz 2 StPO](#)). Im wettbewerbsrechtlichen Verfahren kann die Verfügung der WEKO mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden ([Art. 33 lit. f VGG](#); vgl. oben [Rz. 34](#)). Eine Wiedererwägung durch die WEKO ist somit nicht von Gesetzes wegen vorgeschrieben.²³⁴ Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist ein «vollkommenes» Rechtsmittel, das innert 30 Tagen schriftlich zu erheben und mit Anträgen und einer Begründung zu versehen ist ([Art. 50 ff. VwVG](#); vgl. oben [Rz. 34](#)). Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist ein Kostenvorschuss zu leisten ([Art. 63 Abs. 4 VwVG](#); vgl. oben [Rz. 39](#)).

160 Viertens zeigen sich auch im Gerichtsverfahren Unterschiede. Gemäss [Art. 350 Abs. 1 StPO](#) ist das erstinstanzliche Strafgericht hinsichtlich des Sachverhaltes an die (Strafbefehls-)Anklage²³⁵ gebunden (Anklageprinzip), in der rechtlichen Würdigung des Anklagesachverhalts hingegen frei («iura novit curia»).²³⁶ Das Bundesverwaltungsgericht dagegen prüft die Beschwerde in tat-

²³² [BGE 140 IV 82](#) E. 2.6 («Der Strafbefehl ist ein Vorschlag zur aussergerichtlichen Erledigung der Strafsache. Einziger Rechtsbehelf ist die Einsprache. Sie ist kein Rechtsmittel, sondern löst das gerichtliche Verfahren aus, in dem über die Berechtigung der im Strafbefehl enthaltenen Deliktswürfe entschieden wird»); a.A. [THOMMEN/DIETHELM](#), 146 ff., wo aufgezeigt wird, dass die h.L. und Praxis die Einsprache gerade deshalb als blossen Rechtsbehelf verstanden haben wollen, weil «ein Rechtsmittel typischerweise einen Gerichtsentscheid voraussetzt, der angefochten wird, während mit der Strafbefehlseinsprache bloss erstmals überhaupt ein Gerichtsentscheid herbeigeführt werden soll.»

²³³ Zu wiedererwägenden und devolutiven Einspracheverfahren vgl. [THOMMEN](#), [Kurzer Prozess](#), S. 124 ff. (Geschichte) und S. 297 («Derzeit kann die Staatsanwaltschaft den Strafbefehl nach erfolgter Einsprache in Wiedererwägung ziehen (Art. 355 Abs. 3 StPO). Weil sie keine unmittelbare Disziplinierung durch das Gericht befürchten muss, ist sie beim Strafbefehls-erlass nicht deswegen zur Sorgfalt gehalten. Diese sogenannte «Versuchsballon-Problematik» stellt ein institutionelles Defizit des Strafbefehlsverfahrens dar, das behoben werden muss»).

²³⁴ Vgl. immerhin [Art. 58 Abs. 1 VwVG](#) («Die Vorinstanz kann bis zu ihrer Vernehmlassung die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen»).

²³⁵ Wenn die Staatsanwaltschaft nach der Einsprache am Strafbefehl festhält, wird dieser zur Anklageschrift, vgl. [Art. 356 Abs. 1 Satz 2 StPO](#) («Der Strafbefehl gilt als Anklageschrift»).

²³⁶ [HEIMGARTNER/NIGGLI](#), [BSK StPO](#), Art. 350 N 1 («Bei der Beurteilung der Anklage kommen zwei fundamentale, gegensätzlich wirkende Grundsätze zur Anwendung: Das Anklageprinzip schränkt die freie Würdigung des inkriminierten Sachverhalts, wie er sich aus den Akten ergibt, in tatsächlicher Hinsicht ein. Damit wird sichergestellt, dass der Beschuldigte nicht anlässlich der Hauptverhandlung oder durch das Urteil mit neuen Anschuldigungen kon-

sächlicher und rechtlicher Hinsicht grundsätzlich frei ([Art. 49 VwVG](#)). Damit hat es auf den ersten Blick eine weitere Überprüfungsbefugnis als das Strafgericht, das nicht über den Anklagesachverhalt hinausgehen darf. Bei genauem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass sich das Bundesverwaltungsgericht in seiner Praxis *de facto* Zurückhaltung auferlegt und den Wettbewerbsbehörden ein «*technisches Ermessen*» einräumt (vgl. oben [Rz. 38](#)).²³⁷ Auch zeigt sich in der Praxis, dass das Bundesverwaltungsgericht den kartellrechtlichen Sachverhalt nicht frei überprüft, sondern nur zu den erhobenen und aus seiner Sicht wesentlichen Rügen Stellung nimmt (vgl. wiederum oben [Rz. 38](#)).

Ein gewichtiger Unterschied besteht schliesslich fünftens im weiteren Rechtsmittelverfahren. Während erstinstanzliche Strafurteile zunächst noch mittels Berufung einer umfassenden gerichtlichen Überprüfung zugeführt ([Art. 398 StPO](#)) und danach mit (rüge- und kognitionsbeschränkter) Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht angefochten werden können ([Art. 78 ff. BGG](#)), steht gegen Beschwerdeentscheide des Bundesverwaltungsgerichts ausschliesslich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen ([Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG](#); vgl. oben [Rz. 40](#)). Im kartellstrafrechtlichen Verfahren gibt es somit keine «*double instance*» mit voller Kognition (vgl. zum Prinzip der «*double instance*» unten [Rz. 245](#)).

161

G. Einvernehmliche Regelung als abgekürztes Verfahren oder Vergleich?

[Art. 29 KG](#) bestimmt unter dem Titel «*Einvernehmliche Regelung*» Folgendes:

162

«¹ Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen.

frontiert wird, hinsichtlich deren er sich nicht vorbereiten konnte»), 2 («Demgegenüber kann das Gericht die in der Anklage umschriebenen Vorhalte gestützt auf den Grundsatz *«iura novit curia»* grundsätzlich frei rechtlich beurteilen. Diesbezügliche Einschränkungen ergeben sich aus den formellen Verfahrensgarantien und den Zuständigkeitsvorschriften (vgl. dazu [Art. 334](#))»).

²³⁷ Vgl. dazu [Expertenbericht](#), S. 67 («Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erfüllt diese Voraussetzungen, auch wenn das Gericht der WEKO ein «*technisches Ermessen*» zugesteht, sofern das Gericht sich dabei nicht bloss auf eine Plausibilitätsprüfung beschränkt [...]»); [BGE 139 I 72](#) E. 4.5 («Der gerichtliche Entscheid über die kartellrechtliche Sanktion muss – entsprechend [Art. 6 EMRK](#) [...] sowie [Art. 30 BV](#) – mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfolgen [...]. Auch wenn dem Gericht volle Kognitionsbefugnisse in Rechts- und Tatsachenfragen zukommen muss, ist indessen nicht ausgeschlossen, dass das den Verwaltungsentscheid überprüfende Gericht in Bereichen des Sachverständigenermessens [...], vor allem in besonderen Rechtsbereichen, seine Kognition zurücknehmen kann [...]»).

² Die einvernehmliche Regelung wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission.»

163 In der Lehre wird dazu Folgendes ausgeführt:²³⁸

«Gegenstand einer einvernehmlichen Regelung sind Massnahmen zur Beseitigung einer durch das Sekretariat der WEKO als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung: Kommt das Sekretariat der WEKO im Rahmen einer kartellrechtlichen Untersuchung zur vorläufigen Beurteilung, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, so kann es mit den daran beteiligten Unternehmen Massnahmen zur Anpassung des Verhaltens zwecks Beseitigung dieser Wettbewerbsbeschränkung vereinbaren (Art. 29 Abs. 1 KG) [...]. Sofern die WEKO diese Massnahmen für geeignet erachtet, [...] genehmigt sie die einvernehmliche Regelung mittels Verfügung (Art. 29 Abs. 2 und Art. 30 Abs. 1 KG) [...]. Das primäre Ziel einer einvernehmlichen Regelung besteht darin, im Einvernehmen mit den Beteiligten eine Lösung zu finden, wie der rechtmässige Zustand (wieder-)hergestellt werden kann.»

164 Es stellt sich die Frage, ob dieses Institut der einvernehmlichen Regelung ein Pendant in der Strafprozessordnung hat. Die Bezeichnung als *einvernehmliche* Regelung deutet bereits an, dass solchen Regelungen Absprachen oder Vereinbarungen (Deals) zugrunde liegen.²³⁹ In der Literatur und im Expertenbericht werden Parallelen zum abgekürzten Verfahren der Strafprozessordnung gezogen.²⁴⁰ Auf den ersten Blick stechen die Ähnlichkeiten mit dem abgekürzten Verfahren ins Auge: Der Erledigungsvorschlag beruht auf einer einvernehmlichen Absprache, die einer übergeordneten Behörde zur Genehmigung zu unterbreiten ist. Die Beweggründe für diese Verfahrensvereinfachungen liegen in beiden Fällen in der Beschleunigung, Ressourcenschonung und der stark re-

²³⁸ BEURET, DK KG, Art. 29 N 2 ff.

²³⁹ Vgl. BEURET, Einvernehmliche Regelung, N 443 («Absprachen im Strafprozess basieren auf derselben Grundidee wie einvernehmliche Regelungen im Kartellrecht: Die beschuldigte Person kooperiert mit der Anklage- bzw. Untersuchungsbehörde, was sich in einer geringeren Sanktion niederschlägt»).

²⁴⁰ [Expertenbericht](#), S. 76 («Falls auch einvernehmliche Regelungen gerichtlich genehmigt werden müssten, würde sich auch dafür das Verfahren insgesamt verlängern. Allerdings könnte dafür vor dem Gericht ein vereinfachtes Verfahren der gerichtlichen Genehmigung eingeführt werden, etwa analog zum abgekürzten Verfahren im Strafprozess (Art. 358 ff. StPO), so dass sich diesbezüglich die Verlängerung des Verfahrens in Grenzen halten dürfte»); BEURET, Einvernehmliche Regelung, N 432 ff.

duzierten Publizität.²⁴¹ Ebenso wie im Strafprozess werden Absprachen über den Sachverhalt («*fact bargains*») für unzulässig gehalten.²⁴²

Bei näherem Hinsehen zeigen sich jedoch auch wichtige Unterschiede. So steht bei der einvernehmlichen Regelung nach [Art. 29 KG](#) nicht die Sanktionierung im Vordergrund, sondern die Beseitigung eines unrechtmässigen Zustands (d.h. der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung); ihr Gegenstand besteht eben aus Massnahmen zu dieser Beseitigung.²⁴³ Insofern besteht eine gewisse Ähnlichkeit mit dem strafprozessualen Vergleich nach [Art. 316 Abs. 2 StPO](#), der die Wiedergutmachung ([Art. 53 StGB](#)) zum Gegenstand hat. Bei einem Vergleich wird die beschuldigte Person nicht verurteilt oder vor Gericht gestellt, sondern die Staatsanwaltschaft stellt das Verfahren ein ([Art. 316 Abs. 3 StPO](#)). Im Unterschied zum Verfahren nach [Art. 29 KG](#) entfällt damit aber jegliche Sanktion und wird der Vergleich auf Einladung und unter Beteiligung der Staatsanwaltschaft abgeschlossen, während im Kartellverfahren das Sekretariat die einvernehmliche Regelung vorschlägt, die dann von der WEKO genehmigt wird.

165

Anders als im abgekürzten Verfahren nach Strafprozessordnung²⁴⁴ ist bei der einvernehmlichen Regelung kein «*sentence bargaining*» möglich; vielmehr entscheidet die WEKO hoheitlich und nach pflichtgemässen Ermessen über die Sanktion.²⁴⁵ Der Regelungsvorschlag nach [Art. 29 KG](#) erfährt auch keine Ge-

166

²⁴¹ Vgl. z.B. in Bezug auf die einvernehmliche Regelung [Merkblatt WEKO Einvernehmliche Regelungen](#), N 2 («Zweck: Der Abschluss einer EVR dient der möglichst raschen und einfachen Erledigung einer kartellrechtlichen Untersuchung nach Art. 27 KG»).

²⁴² [Merkblatt WEKO Einvernehmliche Regelungen](#), N 7 («Nicht verhandelbar ist der relevante Sachverhalt, dessen rechtliche Würdigung [...]»); ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, Art. 29 N 30 («Sachverhalt und Rechtsfragen sind nicht verhandelbar, sondern vielmehr stets von den rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu klären und hoheitlich zu entscheiden»); für den Strafprozess SCHWARZENEGGER, SK StPO, Art. 358 N 5 ff., 8 («[B]eide Varianten von Absprachen über den Sachverhalt (*fact bargaining*) [sind] als unzulässig zu betrachten»). Ob im Strafprozess Absprachen über die rechtliche Einordnung («*charge bargains*») zulässig sind, ist umstritten (dafür GREINER/JAGGI, BSK StPO, Vor Art. 358 N 29; differenzierend SCHWARZENEGGER, SK StPO, Art. 358 N 9 ff.).

²⁴³ Vgl. [Merkblatt WEKO Einvernehmliche Regelungen](#), N 7; BEURET, DK KG, Art. 29 N 1 f.

²⁴⁴ Vgl. statt vieler SCHWARZENEGGER, SK StPO, Art. 358 N 13.

²⁴⁵ [Merkblatt WEKO Einvernehmliche Regelungen](#), N 7 («Nicht verhandelbar ist [...] die Höhe einer allfälligen Sanktion»); ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, Art. 29 N 32 («Auch nicht verhandelbar und somit nicht Gegenstand der einvernehmlichen Regelung ist nach h.L. und Praxis die Frage der Sanktionierung: Weder können das Sekretariat oder die WEKO mit den Unternehmen die Frage verhandeln, ob eine Sanktion zu verhängen ist, noch besteht gesetzlicher Spielraum für Verhandlungen über die Höhe der auszufällenden Sanktion. Diese Fragen hat die WEKO auf Antrag des Sekretariats stets hoheitlich und von Amtes wegen innerhalb des gesetzlichen Rahmens (KG und SVKG) nach pflichtgemässen Ermessen zu beantworten, und zwar grundsätzlich unabhängig vom allfälligen Abschluss einer einvernehmlichen Rege-

nehmung durch ein unabhängiges Gericht, sondern bloss durch die mit dem Sekretariat organisatorisch und institutionell eng verwobene WEKO.²⁴⁶ «In der Praxis des Sekretariats wird die WEKO [...] teilweise bereits in die Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung miteinbezogen.»²⁴⁷ Die Erledigung nach [Art. 29 KG](#) ist somit in strafprozessualen Lichte betrachtet eine Erledigung, die von der ermittelnden Polizeibehörde (Sekretariat) vorbereitet und von der Staatsanwaltschaft (WEKO) genehmigt wird. Die Strafprozessordnung kennt kein besonderes Verfahren, bei dem die ermittelnde Polizeibehörde mit der beschuldigten Person einen Erledigungsvorschlag aushandeln kann, der dann von der Staatsanwaltschaft genehmigt und zum Entscheid erhoben wird. Vielmehr verlangt der EGMR, dass Deals mit Strafbehörden von einem unabhängigen Gericht überprüft und absegnet werden (vgl. oben [Rz. 139 f.](#); s. dazu auch unten [Rz. 206 ff.](#)).²⁴⁸ Abgesehen davon, dass die WEKO kein unabhängiges Gericht ist (vgl. oben [Rz. 117](#)), dürfte die erwähnte Praxis, dass sich die WEKO an der Aushandlung beteiligt,²⁴⁹ ausschliessen, dass sie in der Folge unbefangen über den Deal entscheidet.²⁵⁰

lung»). Vgl. zu den Auswirkungen der einvernehmlichen Regelung auf die Sanktionshöhe die Richtwerte und Ausführungen in [Merkblatt WEKO Einvernehmliche Regelungen](#), N 11 f.

²⁴⁶ Vgl. zu dieser Verwobenheit oben [Rz. 45](#) m.w.H.; TSCHUDIN, DK KG, Art. 53 N 6.

²⁴⁷ BEURET, Einvernehmliche Regelung, N 65.

²⁴⁸ In EGMR, [Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia](#), 9043/05, 29.4.2014, § 90, hält der Gerichtshof zunächst fest, dass er Absprachen über Sanktionen nicht für unzulässig hält: «[I]t can be considered a common feature of European criminal-justice systems for an accused to obtain the lessening of charges or receive a reduction of his or her sentence in exchange for a guilty or nolo contendere plea in advance of trial or for providing substantial cooperation with the investigative authority [...]. There cannot be anything improper in the process of charge or sentence bargaining in itself». In seinem Rechtsvergleich zeigt der Gerichtshof aber auch auf, dass der Entscheid über Plea Agreements ausnahmslos Gerichten vorbehalten sei, vgl. *ibid.*, § 66 («Plea agreements leading to a criminal conviction are, without exception, reviewed by a competent court»). Weil die Absprache in casu von einem Gericht frei überprüft wurde, lag keine Konventionsverletzung vor, vgl. *ibid.*, § 95 («As a further guarantee of the adequacy of the judicial review of the fairness of the plea bargain, the Court attaches significance to the fact that the Kutaisi City Court was not, according to applicable domestic law, bound by the agreement reached between the first applicant and the prosecutor. On the contrary, the City Court was entitled to reject that agreement depending upon its own assessment of the fairness of the terms contained in it and the process by which it had been entered into [...]. The fact that the City Court examined and approved the plea bargain during a public hearing, in compliance with the requirement contained in Article 679–3 § 1 of the CCP, additionally contributed, in the Court's view, to the overall quality of the judicial review in question»). BEURET, Einvernehmliche Regelung, N 444, sieht zwar, dass die einvernehmlichen Regelungen «den Anforderungen an ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 und 7 EMRK genügen müssen», zieht aber die notwendigen Schlüsse daraus nicht.

²⁴⁹ BEURET, Einvernehmliche Regelung, N 65 («In der Praxis des Sekretariats wird die WEKO [...] teilweise bereits in die Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung miteinbezogen»).

²⁵⁰ Zum Problem, dass sich ein Gericht an einer Absprache beteiligt, die es abzusegnen hat: [THOMMEN/DIETHELM](#), S. 161 («Mit der gesetzlichen Regelung des abgekürzten Verfahrens

H. Fazit

In diesem Teil wurden die ordentlichen und besonderen Strafverfahren der schweizerischen Strafprozessordnung den ordentlichen und einvernehmlichen Direktsanktionsverfahren nach Kartellgesetz gegenübergestellt. Dieser Vergleich hat ergeben, dass die kartellrechtlichen Verfahren strukturell nicht als ordentliche Strafverfahren, sondern eher als *Strafbefehlsverfahren* einzustufen sind. Diese Erkenntnis hat Konsequenzen für die konventionsrechtliche Einschätzung der wettbewerbsrechtlichen *Institutionen*. Grob vereinfacht kommt der WEKO die Funktion der Staatsanwaltschaft, ihrem Sekretariat die Funktion der Polizei und dem Bundesverwaltungsgericht die Funktion des erstinstanzlichen Gerichts zu. Ein Berufungsgericht gibt es nicht. In letzter Instanz steht lediglich noch die Beschwerde an das Bundesgericht offen.

167

Noch schwieriger einzuordnen ist die *einvernehmliche Regelung* nach [Art. 29 KG](#). Sie weist insofern Ähnlichkeiten mit dem abgekürzten Verfahren der Strafprozessordnung ([Art. 358 ff. StPO](#)) auf, als auch ihr ein Deal zugrunde liegen kann. Da es bei der einvernehmlichen Regelung primär um die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands geht, bestehen auch Parallelen zum Vergleich nach [Art. 316 StPO](#) und zur Wiedergutmachung nach [Art. 53 StGB](#). Jedoch fehlt bei der einvernehmlichen Regelung die im abgekürzten Verfahren unverzichtbare Absegnung durch das Gericht (vgl. oben [Rz. 139 f.](#), [Rz. 148](#)). Vielmehr wird sie vom Sekretariat ausgehandelt und von der WEKO abgesegnet und stellt damit einen – im Strafverfahren nicht existierenden – Deal dar, der von der Polizei ausgehandelt und von der Staatsanwaltschaft genehmigt wird.

168

Die Einordnung des Kartellverfahrens im Panoptikum des Strafprozesses bereitet auch den Boden für eine sachliche Analyse der Kritik am geltenden Kartellverfahren: So trägt etwa der Einwand, wonach das Sekretariat beim Entscheid der WEKO mitwirke und damit sozusagen die Staatsanwaltschaft an der Urteilsberatung teilnehme,²⁵¹ nur dann, wenn man das Kartellsanktionsverfahren als ordentliches Strafverfahren mit dem Sekretariat als Staatsanwaltschaft

169

wurde so ein fein austariertes Kontrollsystem für Absprachen zwischen dem Beschuldigten und dem Staatsanwalt geschaffen. Dieses System gerät aus der Balance, wenn diese Absprachen nicht länger nur mit dem Staatsanwalt, sondern darüber hinaus auch mit dem Gericht getroffen werden können»).

²⁵¹ So plastisch HOFFET, S. 486 («Man stelle sich vor, der Staatsanwalt wäre bei den Urteilsberatungen eines Strafgerichts anwesend und hätte quasi *beratende Stimme*, im Gegensatz zum abwesenden Verteidiger»); vgl. ferner [Expertenbericht](#), S. 32 («Die Kommission entscheide unter Ausschluss der Öffentlichkeit. Bei der Entscheidberatung seien die Anwälte der angeschuldigten Unternehmen nicht anwesend, hingegen nehme das Sekretariat an den Sitzungen teil, welches aufgrund seiner vertieften Dossierkenntnisse über einen erheblichen Wissensvorsprung verfüge und somit die Entscheide massgeblich beeinflussen könne»).

und der WEKO als erstinstanzlichem Gericht interpretiert. Wenn man im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren wie hier eher Parallelen zum Strafbefehlsverfahren – mit dem Sekretariat als Polizei und der WEKO als Staatsanwaltschaft – sieht, dann verliert der Einwand an Kraft, weil Staatsanwälte und Polizeibeamte im Strafbefehlsverfahren in der Praxis eng zusammenarbeiten, z.B. indem die Polizei mit weiteren Ermittlungen beauftragt oder bei der Protokollführung beigezogen wird. Auch die Frage der Unabhängigkeit der WEKO von der Politik und Interessengruppen verliert damit an Brisanz.²⁵²

- 170 Die strafprozessuale Einordnung des Kartellverfahrens wird aber auch wertvolle Leitlinien bei der Diskussion der Vorschläge zum künftigen Verfahren bereithalten: So wird sich der Gesetzgeber gut überlegen müssen, ob er wirklich nur den Mindeststandard von *Menarini* umsetzen will.

²⁵² Sie wird deshalb im Folgenden nicht weiter behandelt. Dies erscheint auch deshalb nicht notwendig, weil der Vorschlag der Expertenkommission, die Interessenvertretungen in der WEKO abzuschaffen, in dieser Sache bereits eine wesentliche Verbesserung bringt.

VI. Kritik des heutigen Verfahrens

Im Folgenden wird das geltende kartellrechtliche Direktsanktionsverfahren unter dem Blickwinkel der [BV](#) und der [EMRK](#) einer kritischen Prüfung unterzogen, wobei zunächst das Fehlen einer gerichtlichen Erstinstanz ([A.](#)) und sodann das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht bemängelt wird ([B.](#)). Dies geschieht unter ausdrücklicher und nachfolgend begründeter Ablehnung der *Menarini*-Praxis des EGMR. Die darauffolgenden Kritikpunkte betreffend das Verfahren der einvernehmlichen Regelung nach [Art. 29 KG](#) ([C.](#)) und weitere strafprozessuale Rechte ([D.](#)) gelten hingegen unabhängig von dieser Frage bzw. auch unter Zugrundelegung von *Menarini*. 171

A. Keine gerichtliche Erstinstanz

In *Menarini* kommt der Gerichtshof zum Schluss, dass: «*La décision de l'AGCM ayant été soumise au contrôle ultérieur d'organes judiciaires de pleine juridiction, aucune violation de l'article 6 § 1 de la Convention ne saurait être décelée en l'espèce.*»²⁵³ Es reiche also mit anderen Worten, dass die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde (voller) gerichtlicher Überprüfung zugänglich sei. Dass der erstinstanzliche Entscheid durch ein Gericht gefällt wird, sei nicht erforderlich: «*Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que, dans une procédure de nature administrative, une < peine > soit infligée d'abord par une autorité administrative.*»²⁵⁴ 172

Zutreffend ist, dass der Gerichtshof nicht in jedem Fall eine erstinstanzliche Entscheidung durch ein Strafgericht verlangt. In *Öztürk* hat er aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen eine Erstentscheidung durch ein Gericht entbehrlich ist:²⁵⁵ 173

«By removing certain forms of conduct from the category of criminal offences under domestic law, the law-maker may be able to serve the interests of the individual [...] as well as the needs of the proper administration of justice, in particular in so far as the judicial authori-

²⁵³ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, § 67.

²⁵⁴ So EGMR, [Valico S.R.L. c. Italie](#), 70074/01, 21.3.2006, S. 20, auf den in EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, § 62, verwiesen wird.

²⁵⁵ EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, § 49.

ties are thereby relieved of the task of prosecuting and punishing contraventions – which are numerous but of minor importance – of road traffic rules.»

- 174 In diesen Fällen reicht es, wenn der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen kann, die den Konventionsgarantien genügt.²⁵⁶

«Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6 (art. 6) [...]»

- 175 Nach der Öztürk-Rechtsprechung ist ein Gerichtsentscheid somit unter den kumulativen Voraussetzungen entbehrlich, dass es um die Aburteilung erstens geringfügiger Straftaten geht, die zweitens in grosser Zahl vorkommen und die – was der Verweis auf das Strassenverkehrsrecht zeigt – drittens deshalb keiner gerichtlichen Einzelfallbewertung bedürfen, weil sie nach Art eines Tarifs sanktioniert werden können. Hinzu kommt viertens, dass Ordnungsbussen kein relevantes Stigma anhaftet.²⁵⁷

- 176 Keine dieser vier Voraussetzungen trifft auf kartellrechtliche Direktsanktionen zu. Diese sind erstens keine Bagatelstrafen: Bussen können im Umfang von 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes erhoben werden ([Art. 49a KG](#)). Es ist möglich und bereits vorgekommen, dass Bussen im neunstelligen Bereich ausgefällt werden (vgl. oben [Rz. 22](#)). Zweitens handelt es sich bei den kartellrechtlichen Direktsanktionen nicht um ein Massengeschäft. Das zeigen bereits die im Expertenbericht angeführten Erledigungszahlen. So erliess danach die für die gesamte Schweiz zuständige WEKO in den 20 Jahren zwischen 2003 und 2022 insgesamt 72 Sanktionsverfügungen, was im Schnitt weniger als vier pro Jahr sind (vgl. oben [Rz. 22](#)). Zum Vergleich: Allein die Stadtpolizei Zürich hat im Jahr 2022 über 900'000 Ordnungsbussen verhängt (vgl. oben [Rz. 150](#)), also knapp 2'500 pro Tag. Letztere sind die Massenverfahren, auf welche die Öztürk-Rechtsprechung abzielt.

²⁵⁶ EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, § 56.

²⁵⁷ BREI, S. 38 f.; zum fehlenden Stigma vgl. bereits EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, Dissenting Opinion of Judge Liesch, §§ 18, 14, und sodann EGMR, [Jussila v. Finland](#), 73053/01, 23.11.2006, § 43 («[I]t is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma»); vgl. ferner EGMR, [Grande Stevens and others v. Italy](#), 18640/10, 4.3.2014, § 122.

Schliesslich ist wettbewerbsrechtliche Sanktionierung für die betroffenen Unternehmen auch mit Reputationseinbussen und damit relevanter Stigmatisierung verbunden (vgl. bereits oben [Rz. 109](#)).²⁵⁸

Nun könnte man einwenden, dass der Gerichtshof nicht an seine eigene frühere Rechtsprechung gebunden ist und es ihm jederzeit freisteht, seine Praxis auch auszudehnen bzw. zu ändern. Dann wäre allerdings eine entsprechende Begründung zu erwarten, ansonsten der Rationalitätsanspruch nicht eingelöst und die Rechtssicherheit gefährdet wird. Eine (solide) Begründung ist angesichts der Aufgabe und Funktion des EGMR insbesondere dann angezeigt, wenn der Gerichtshof in einem neuen Urteil im Vergleich zum Status quo ante einen *Abbau* des konventionsrechtlichen Menschenrechtsschutzes formuliert, wie es bei *Menarini* der Fall ist. *Menarini* und die nachfolgende bestätigende Rechtsprechung ([Rz. 137](#)) lassen eine solche Begründung jedoch vermissen.

177

Abgesehen davon, dass *Öztürk* in der entscheidenden Passage («*Appréciation de la Cour*») von *Menarini* überhaupt nicht erwähnt wird,²⁵⁹ übersieht bzw. übergeht dieser Entscheid, dass die von ihm angeführten²⁶⁰ Urteile *Kadubec* und *Čanády* geringe Geldbussen wegen leichter Straftaten betrafen (vgl. oben [Rz. 129](#)) und sich somit in die *Öztürk*-Rechtsprechung einreihen, während es in *Menarini* um ein Delikt und eine Sanktion einer ganz anderen Kategorie geht.²⁶¹

178

Des Weiteren hat der EGMR in *Menarini* seine eigenen Anforderungen an eine Praxisänderung nicht eingehalten. Im Jahr 1990 umschrieb der Gerichtshof diese wie folgt:²⁶²

179

«It is true that [...] the Court is not bound by its previous judgments [...]. However, it usually follows and applies its own precedents, such a course being in the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law. Nevertheless, this would not prevent

²⁵⁸ Vgl. z.B. Stellungnahme *economiesuisse*, S. 4; BREI, S. 39 Fn. 29.

²⁵⁹ Vgl. EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, §§ 57–67.

²⁶⁰ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, § 58.

²⁶¹ Z.R. krit. BREI, S. 41. Nicht nachvollziehbar ist es, dass der EGMR im späteren Urteil i.S. *Grande Stevens* auf diese drei früheren Urteile verweist und von «*similar minor offences*» spricht, obwohl es im konkreten Fall um eine Marktmanipulation ging, die mit mehreren hunderttausend bzw. Mio. Euro administrativ gebüsst wurde und mit einer noch höheren Strafe hätte belegt werden können (EGMR, [Grande Stevens and others v. Italy](#), 18640/10, 4.3.2014, § 138; in der französischen Urteilsversion ist, wie schon in *Menarini*, von «*contraventions*» die Rede). Eine Ähnlichkeit besteht höchstens mit *Menarini*; von beiden Fällen kann jedoch schwerlich gesagt werden, dass sie «*minor offences*» i.S.d. Rechtsprechung vor *Menarini* betreffen.

²⁶² EGMR, [Cossey v. the United Kingdom](#), 10843/84, 27.9.1990, § 35.

the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so. Such a departure might, for example, be warranted in order to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions [...]»

- 180 In einem Urteil von 2008 formulierte der Gerichtshof diese Voraussetzungen auf ähnliche Weise:²⁶³

«While it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that the Court should not depart, without good reason, from precedents established in previous cases, a failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement [...]»

- 181 Grundsätzlich hält sich der EGMR somit im Interesse der Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit, Rechtsgleichheit und geordneten Entwicklung der Rechtsprechung an seine früheren Entscheide. Gleichzeitig hat er sich einem dynamischen und evolutiven Ansatz verschrieben. Eine Praxisänderung ist möglich, wenn es für sie überzeugende bzw. gute Gründe gibt, beispielsweise geänderte gesellschaftliche Verhältnisse.

- 182 In *Menarini* wird jedoch weder auf diese Regeln für eine Praxisänderung hingewiesen, noch wird im konkreten Fall ein Grund für eine solche Änderung genannt. Ein überzeugender Grund für eine Praxisänderung ist auch nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Wie sich am Beispiel verschiedener Rechtsordnungen (z.B. Österreich, Kanada, Australien)²⁶⁴ aufzeigen lässt, schliesst eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung auch in der Gegenwart ein Gerichtsmodell nicht aus. Vielmehr gibt es gute Gründe, an den strengen Voraussetzungen des *Öztürk*-Urteils festzuhalten. Nur bei geringfügigen, in grosser Zahl vorkommenden Straftaten, die tarifartig und stigmafrei abgeurteilt werden können, darf auf eine gerichtliche Erstbeurteilung verzichtet werden. Wie erwähnt ([Rz. 176](#)), trifft keine dieser Voraussetzungen auf das Kartellrecht zu. Das Kartellrecht ist in den letzten Jahrzehnten auch im europäischen Kontext immer wieder verschärft worden. Der konventionsrechtliche Schutz der Adressaten hätte deshalb nicht wie in *Menarini* abgebaut, sondern vollständig aufrechterhalten oder ausgebaut werden müssen.

²⁶³ EGMR, [Demir and Baykara v. Turkey](#), 34503/97, 12.11.2008, § 153 m.Verw. auf EGMR, [Vilho Eskelinen and others v. Finland](#), 63235/00, 19.4.2007 (GC), § 56 (dort m.w.H.).

²⁶⁴ Vgl. [Expertenbericht](#), S. 40 und Anhang 3.

Ausserdem sprechen grundsätzliche, konventionshistorische Argumente dagegen, die für Massenverfahren entwickelten Kriterien auf kartellstrafrechtliche Verfahren auszudehnen. Den Vätern der Europäischen Menschenrechtskonvention stand – bei allen Unterschieden der mitgliedstaatlichen Prozesstraditionen – als Idealtypus ein Strafverfahren vor Augen, das der ungarisch-österreichische Prozessualist JULIUS VARGHA bereits vor knapp 150 Jahren als «*accusatorische Trinität von Richter, Anklage- und Vertheidigungspartei*» bezeichnet hat: Anklage und Verteidigung fechten ihre Standpunkte auf Augenhöhe und mit gleichen Waffen vor einem unabhängigen Gericht aus.²⁶⁵ Die Erkenntnis, dass die «*Rollen des Ermittlers, des Anklägers und des Entscheiders*»²⁶⁶ getrennt werden müssen, war die zentrale Einsicht der reformierten Strafprozesse des 19. Jahrhunderts.²⁶⁷ Eingeführt wurde damit sozusagen eine Gewaltenteilung im Strafverfahren. Erwachsen ist die Überzeugung aus den leidvollen Erfahrungen mit dem gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess, der gezeigt hat, «*dass die Verbindung dieser Rollen den Inquisitor überfordert hat*».²⁶⁸ Wenn der Europäische Gerichtshof nun – ausserhalb rein administrativer Massenverfahren, die kein richterliches Ermessen erfordern – für Kartellstrafverfahren den Wettbewerbskommissionen die «*triple role of investigator, prosecutor and judge*»²⁶⁹ wieder einräumt, zeigt er sich insofern wenig geschichtssensibel, als er den «*Grossinquisitor*»²⁷⁰ wieder zum Leben erweckt, den man mit dem reformierten Strafprozess, dessen Ideen auch für die Väter der Europäischen Menschenrechtskonvention wegleitend waren, zu überwinden hoffte.

²⁶⁵ VARGHA, Verteidigung, S. 288 («*Das Criterium des Anklageprocesses ist die accusatorische Trinität von Richter, Anklage- und Vertheidigungspartei*»); DERS., Strafprozessrecht, S. 294 («*Die Hauptverhandlung ist [...] das eigentliche Gebiet des akkusatorischen Rechtsstreits. Hier stellen die Parteien [...] unmittelbar vor dem unparteiischen Erkenntnisrichter ihre Prozessthesen auf und verfechten sie in kontradiktorischer Diskussion*»); zum prozessrechtlichen Idealtypus der Konvention vgl. SUMMERS, Fair Trials, S. 24 ff., 166 ff.

²⁶⁶ WOHLERS, S. 241.

²⁶⁷ MÜLLER, S. 522 ff., 524 («*[...] der <reformierte> Strafprozess [...] wurde auch Anklageprozess genannt, weil er die Funktion von Anklage und Urteilsspruch auf verschiedene Institutionen überträgt und so erst eine Verteidigung und Kontrolle des Verfahrens ermöglicht*»); zur Entwicklung des reformierten Strafprozesses im Allgemeinen PIETH, 70 f.; SCHMIDT, §§ 284 ff., 324 ff.; ferner RUCKSTUHL, 170 f.

²⁶⁸ WOHLERS, S. 241; vgl. auch PIETH, S. 55, 70 m.Verw. auf HEINRICH ALBERT ZÄCHERIA, der im Jahr 1846 den Inquirenten als «*dreyfache Person*» beschrieb, der zugemutet werde, «*bald auf die eine, bald auf die andere Seite zu springen und mit beiden Waffen, respektive gegen sich selbst zu fechten, zugleich aber auch als Kampfrichter den Streit zu leiten*».

²⁶⁹ BREI, S. 47.

²⁷⁰ SCHUBARTH, S. 527 ff. In Anlehnung an HAUGER/PALZER liesse sich auch von einer «*Leviathan-Rolle*» sprechen.

- 184 Der Einwand der Überforderung zielt auch ins Herz der schweizerischen Strafprozessordnung, zumal dort der Staatsanwalt im Strafbefehlsverfahren ebenfalls untersuchende, anklagende und entscheidende Funktionen in sich vereinigt.²⁷¹ Doch spricht dieses Argument – entgegen den Überlegungen zur Systemkohärenz im Expertenbericht²⁷² – nicht für die heutige institutionelle Ausgestaltung des kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens, sondern gegen das Strafbefehlsverfahren.
- 185 Zusammenfassend hat sich gezeigt, dass die Bedingungen, unter denen von einer unmittelbaren bzw. erstinstanzlichen Beurteilung durch ein Gericht abgesehen werden kann, im Kartellrecht nicht erfüllt sind. Kartellstrafen sind weder Bagatellsanktionen, noch kommen sie massenhaft vor. Sie sind für die Unternehmen stigmatisierend und können auch nicht nach Tarifen zugemessen werden. Gerade weil den Sanktionen langjährige und sehr aufwendige Untersuchungen vorangehen, sind die Wettbewerbsbehörden bei ihrer Ausfällung nicht mehr unvoreingenommen und ergebnisoffen. Vielmehr sind sie mit der an sie gestellten Anforderung einer unabhängigen Entscheidung überfordert. Es braucht daher eine gerichtliche Erstinstanz.

²⁷¹ THOMMEN, Gerechtigkeit, 273 f.; WOHLERS, S. 241 («Die Rollen des Ermittlers, des Anklägers und des Entscheiders [...] sind im modernen schweizerischen Strafverfahren tatsächlich wieder zusammengewachsen – in der Person des Staatsanwalts»).

²⁷² Zunächst zeigt sich die Expertenkommission insofern noch ergebnisoffen, vgl. [Expertenbericht](#), S. 64 («Insoweit müsste die Kritik an der fehlenden Trennung zwischen untersuchender und entscheidender Behörde auch das Strafbefehls- und das Verwaltungsstrafverfahren betreffen. Oder umgekehrt formuliert: Wenn diese fehlende Trennung im Strafrecht in weitem Umfang als zulässig erscheint, müsste sie auch für das Verwaltungsverfahren, mit Einschluss der Direktsanktionen, zulässig sein»). Die weiteren Ausführungen zeigen dann jedoch, dass die Expertenkommission der Kohärenz mit den bestehenden Systemen des kernstrafrechtlichen Strafbefehlsverfahrens und des Verwaltungsstrafverfahrens mehr Gewicht einräumt: [Expertenbericht](#), S. 67 («Die Vereinigung von untersuchender und entscheidender Behörde wird denn auch für pekuniäre Verwaltungssanktionen generell als Element der Effektivität und der Effizienz beurteilt (vorne 7.4) und ist systemkonform mit anderen Bereichen (vorne Kap. 14)»), 102 («Systemkonformität: Eine institutionelle Trennung von Untersuchung und Entscheidung ist den übrigen Behördenkommissionen, aber auch und erst recht den anderen Verwaltungsbehörden, fremd und würde die Frage aufwerfen, ob auch in anderen Bereichen eine solche Trennung einzuführen sei»), 107 («Zielkonflikte: Das Modell würde die von weiten Kreisen beanstandeten rechtsstaatlichen Bedenken in weiten Teilen beheben. Es wäre aber in Bezug auf Implementationsschwierigkeiten und Systemkohärenz mit klaren Nachteilen behaftet»).

B. Bundesverwaltungsgericht

Wie dargelegt, wird die Konvention nicht verletzt, wenn Staaten mit Blick auf die Effizienz und Wirtschaftlichkeit («*efficiency and economy*»)²⁷³ die Aburteilung in grosser Zahl («*large number*») vorkommender, geringfügiger Straftaten («*minor offences*»)²⁷⁴, die tarifartig und stigmafrem geahndet werden können, administrativen Behörden übertragen.²⁷⁵ Keine dieser Voraussetzungen ist im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren erfüllt. Dennoch hat der Gerichtshof in *Menarini* entschieden, dass eine solche Übertragung auch in diesem Verfahren zulässig sein soll unter der Voraussetzung, dass der Entscheid der Administrativbehörde einem Gericht unterbreitet werden kann, das die Garantien von [Art. 6 EMRK](#) erfüllt.²⁷⁶ Konkret ist gemäss *Menarini* erforderlich, «*que la décision d'une autorité administrative [...] subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction [...]. Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur.*»²⁷⁷ Der Entscheid der Administrativbehörde muss somit voller Gerichtsbarkeit in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht unterliegen.

186

Unter Bezugnahme auf *Menarini* hat das Bundesgericht im *Publigruppe*-Urteil festgehalten, dass das Sanktionsverfahren vor der WEKO zwar die Anforderungen von [Art. 6 EMRK](#) und [Art. 30 BV](#) nicht erfülle,²⁷⁸ wohl aber das in casu beurteilte Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht.²⁷⁹

187

²⁷³ EGMR, [Jussila v. Finland](#), 73053/01, 23.11.2006, § 42 («The Court has further acknowledged that the national authorities may have regard to the demands of efficiency and economy and found, for example, that the systematic holding of hearings could be an obstacle to the particular diligence required in social security cases and ultimately prevent compliance with the reasonable-time requirement of Article 6 § 1»).

²⁷⁴ EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, § 56 («Having regard to the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment. Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6»).

²⁷⁵ Vgl. EGMR, [Marčan v. Croatia](#), 40820/12, 10.7.2014, § 34 («The Court reiterates that while entrusting the prosecution and punishment of minor offences to administrative authorities is not inconsistent with the Convention, the person concerned must have an opportunity to challenge any decision made against him before a tribunal that offers the guarantees of Article 6»).

²⁷⁶ EGMR, [Marčan v. Croatia](#), 40820/12, 10.7.2014, § 34; EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984, § 56.

²⁷⁷ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, § 67.

²⁷⁸ [BGE 139 I 72](#) E. 4.3.

²⁷⁹ [BGE 139 I 72](#) E. 4.5.

«Massgebend ist der Einzelfall und ob sich das überprüfende Gericht *<point by point>* mit den Argumenten bzw. Rügen der Beschwerdeführer auseinandergesetzt hat [...]. Insofern anerkennt der EGMR, dass die Rechtsprechung in den Mitgliederstaaten den Gerichten oftmals erlaubt, sich bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen Zurückhaltung aufzuerlegen [...]. Insofern ist die *<Effektivität der Überprüfung>* [...] das entscheidende Moment (*<sufficient jurisdiction>*).»

188 Die Expertenkommission hat sich dieser Sichtweise angeschlossen:²⁸⁰

«Der gerichtliche Entscheid über die kartellrechtliche Sanktion muss mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfolgen. Dazu gehört, dass das Gericht die rechtserheblichen Tatsachen selbst ermitteln und den so festgestellten Sachverhalt unter die entsprechenden Rechtsvorschriften subsumieren können muss. Auch die Rechtsfolge, also die Sanktion selbst, muss uneingeschränkt auf Vereinbarkeit mit dem massgeblichen Recht unter Einschluss des Verfassungsrechts und den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns, namentlich des Verhältnismässigkeitsprinzips, überprüfbar sein. Das schliesst allerdings nicht aus, dass das den Verwaltungsentscheid überprüfende Gericht in Bereichen des Sachverständigenermessens seine Kognition zurücknehmen kann. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erfüllt diese Voraussetzungen, auch wenn das Gericht der WEKO ein *<technisches Ermessen>* zugesteht, sofern das Gericht sich dabei nicht bloss auf eine Plausibilitätsprüfung beschränkt, sondern dargelegt [*recte: darlegt*] und begründet, weshalb es sich der Auffassung der WEKO anschliesst.»

189 Bei der Einschätzung der Rechtsstaatlichkeit des Status quo hat die Expertenkommission sodann ausgeführt: «Wie dargelegt [...] entspricht das aktuelle Modell den verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen und nimmt das Bundesverwaltungsgericht seine Überprüfungsaufgabe wahr.»²⁸¹

190 Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichts wird in administrativ-strafrechtlichen Belangen ein (Erst-)Entscheid durch eine Verwaltungsbehörde somit nur dann für zulässig erachtet, wenn eine umfassende rechtliche und tatsächliche Kontrolle des Sachverhalts, seiner Subsumtion und der Rechtsfolgen durch ein Gericht offensteht und bei Anrufung

²⁸⁰ [Expertenbericht](#), S. 66 f.

²⁸¹ [Expertenbericht](#), S. 98.

des Gerichts im konkreten Fall auch erfolgt. Für das Bundesgericht und die Expertenkommission erfüllt das Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht diese Anforderungen grundsätzlich.

Diese Sichtweise überzeugt – wie nachfolgend ([Rz. 192 ff.](#)) ausführlich dargelegt wird – aus mindestens vier Gründen nicht: Erstens ist *Menarini* widersprüchlich und steht in Konflikt mit den etablierten Mindestgarantien der [EMRK](#), insbesondere mit der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit des Behördenentscheids. Zweitens bleibt das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht hinter dem Standard einer *«pleine juridiction»* zurück, den die Konvention bei überzeugender Auslegung setzt. Drittens setzt ein konventionskonformer Verzicht auf ein Gerichtsverfahren auch andere Mindestgarantien voraus, die im Schweizer Kartellverfahren nicht gewährleistet sind. Damit werden viertens die Konventionsgarantien insgesamt weder praktisch noch effektiv umgesetzt. Im Einzelnen:

191

Erstens ist die Mehrheitsmeinung in *Menarini* keine tragfähige Grundlage für die Konkretisierung des Erfordernisses der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit. Der Entscheid ist nämlich auch in diesem Punkt nicht überzeugend bzw. ein Fehlurteil (vgl. zu anderen Mängeln oben [Rz. 172 ff.](#)). So ist er bereits in sich widersprüchlich: Einerseits wird eine volle Überprüfbarkeit verlangt, andererseits aber auch ein technisches Ermessen der Wettbewerbsbehörden und damit eine spiegelbildliche Zurückhaltung des Gerichts toleriert. Damit wird die volle Überprüfung faktisch ausgehöhlt.²⁸² *«[T]he main core of the judgment was removed from the jurisdiction of the Italian administrative courts.»*²⁸³ Dem Bundesgericht scheint dieser Widerspruch vor Augen gestanden zu haben, als es im *Publigroupe*-Entscheid festhielt, dass die gerichtliche Überprüfung nur deshalb nicht zu beanstanden sei, weil sich das Bundesverwaltungsgericht im konkreten Einzelfall keine *«unzulässige Zurückhaltung auferlegt»* habe.²⁸⁴ Wenn man die rechtlich erlaubte Zurückhaltung nur dann für zulässig hält, wenn sie tatsächlich nicht ausgeübt wird, dann kann man sie auch gleich weglassen.

192

²⁸² Krit. z.B. auch SUMMERS, *Rule of Law*, S. 305 f.

²⁸³ EGMR, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, 43509/08, 27.11.2011, Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, § 4 (*«[T]he administrative courts could not exercise powers of substitution to the point of applying their own technical assessment of the facts in place of that of the administrative authority». This meant that the main core of the judgment was removed from the jurisdiction of the Italian administrative courts. The decision as to the attribution of liability fell in reality to the independent administrative authority and not to the administrative courts»*).

²⁸⁴ [BGE 139 I 72](#) E. 4.6.2.

- 193 Sodann steht die Mehrheitsmeinung in *Menarini* im Widerspruch zu den etablierten Mindestgarantien. Um zu verstehen, in welchem Umfang der Gerichtshof in dieser Entscheidung von seiner bisherigen Rechtsprechung abgewichen ist und Standards aufgeweicht hat, lohnt sich ein Blick auf die sehr grundsätzliche Kritik, die Richter PINTO DE ALBUQUERQUE in seiner Dissenting Opinion formuliert hat:²⁸⁵
- 194 Mit der Mehrheit geht er angesichts des «*punitive and preventive character of the pecuniary administrative sanction*» davon aus, dass die Garantien von [Art. 6 EMRK](#) anwendbar sind. Im Gegensatz zur Mehrheit hält er [Art. 6 EMRK](#) indes für verletzt, weil die italienischen Verwaltungsgerichte über den Entscheid der Wettbewerbsbehörde nicht «*genuine <full jurisdiction>*» geübt, ihn mithin nicht einer «*strong review*» unterzogen hätten. Den Verwaltungsgerichten stehe – was sie selber einräumten – kein eigenes «*technical assessment*» und damit nur eine «*weak review*» zu. Eine solche schwache Prüfung «*remains confined to a review of lawfulness and does not encompass the merits*». Daran hätten sich die Verwaltungsgerichte auch in casu gehalten. «*By reiterating the factual reasons cited in the administrative decision imposing the sanction, often using the same expressions and sentences, the administrative courts gave their formal blessing and conducted an <internal> review which afforded no real, practical guarantees.*» Mit dieser rein formalen Prüfung habe nicht ein Gericht, sondern die Wettbewerbsbehörde den Zurechnungsentscheid («*attribution of liability*») getroffen. «*The application of core legal concepts such as the relevant market, abuse of a dominant position and restrictive agreements is effectively removed from the scope of the courts' review.*»
- 195 Eine «*full jurisdiction*» könne jedoch nicht auf «*manifestly erroneous [...] findings*» beschränkt bleiben. Vielmehr müsse das *Quid* («*were the sanctions imposed provided for by law?*») und das *Quantum* der Sanktionen («*were they proportionate [...]?*») sowie die Strafbarkeit des Verhaltens überprüft werden. «*In classic terms [...] <full jurisdiction> does not entail a mere reformatio (review) of the contested administrative decision, but rather a revisio (re-examination) of the case.*»
- 196 Eine schwache gerichtliche Kontrolle verletze auch die Gewaltenteilung («*separation of powers*»). Die Beurteilung und Bestrafung schwerwiegender Vergehen könne nicht «*in a blank cheque*» den Administrativbehörden überlassen werden. Das letzte Wort müsse bei den Gerichten sein. Die Auffassung, wonach Verwaltungsbehörden grundsätzlich ein uneingeschränktes, nur schwa-

²⁸⁵ EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, passim.

cher gerichtlicher Kontrolle unterliegendes Ermessen zustehe, sei ein «hangover from the police State», der quer zu individueller Freiheit stehe. An dieser Einschätzung vermöge auch die (fragliche) Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde nichts zu ändern. Mangels einer gerichtlichen Überprüfung, die diesen Namen verdiene, liege eine Verletzung von [Art. 6 EMRK](#) vor. Das habe unterdessen auch der italienische Gesetzgeber erkannt: «*Italian administrative courts can now review decisions imposing administrative sanctions in totum.*»

Legt man das von Richter PINTO DE ALBUQUERQUE postulierte strenge Verständnis von «*full jurisdiction*» bzw. «*pleine juridiction*» zugrunde, so zeigt sich – zweitens –, dass eine solche volle gerichtliche Überprüfung auch im schweizerischen Kartellverfahren nicht gewährleistet ist. Zwar steht es dem Bundesverwaltungsgericht *de iure* offen, die Beschwerde in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht frei zu überprüfen. Dass es seine Überprüfungsbefugnis *de facto* jedoch nicht ausschöpft, bestätigen nicht nur die vor Bundesverwaltungsgericht prozessierenden Anwält:innen,²⁸⁶ sondern ergibt sich auch aus den Einschränkungen, die das Gesetz vorsieht und sich das Gericht selber auferlegt:²⁸⁷ Das Pendant zur Rügepflicht der Parteien ist eine auf die Rügen eingeschränkte Überprüfung (Kognition) des Gerichts.²⁸⁸ Wie die Expertenkommission selbst feststellen musste, tätigt das Gericht nur in sehr eingeschränktem Umfang eigene Sachverhaltserhebungen (vgl. oben [Rz. 37](#)). Laut der Expertenkommission geht das Bundesverwaltungsgericht in der Regel davon aus, dass es bloss die vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen habe (vgl. oben [Rz. 38](#)). Sodann erlegt es sich inhaltlich Zurückhaltung auf, indem es nur zurückhaltend in das *technische Ermessen* der Wettbewerbskommission eingreift (vgl. wiederum oben [Rz. 38](#)). Selbst wenn man eine solche Einschränkung der Kognition für konventionskonform hält,²⁸⁹ räumt

197

²⁸⁶ Vgl. [Expertenbericht](#), S. 32, 68 («Kritiker des aktuellen Systems bringen bisweilen vor, das Bundesverwaltungsgericht überprüfe die Verfügungen der WEKO nicht umfassend. Es schöpfe seine Kognition nicht aus und führe kaum selber Beweissmassnahmen durch»); Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht 2022, N 81, 83.

²⁸⁷ Vgl. HÄBERLI, PK VwVG, Art. 62 N 48 («Neben den Parteien, die über ihre Anträge den Streitgegenstand im konkreten Einzelfall definieren [...], setzt auch der Gesetzgeber der freien Rechtsanwendung im Rechtsmittelverfahren gewisse Grenzen, indem er die Kognition der Beschwerdeinstanz beschränkt hat. Diese muss und darf die angefochtene Verfügung nur unter dem Blickwinkel der in Art. 49 VwVG bestimmten «Beschwerdegründe» überprüfen [...]).

²⁸⁸ SEETHALER/PORTMANN, PK VwVG, Art. 52 N 64 («Die Beschwerdegründe sind das Gegenstück zur Kognition (Prüfungsbefugnis) der angerufenen Rechtsmittelbehörde»).

²⁸⁹ Dagegen überzeugend EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, § 4 («[T]he administrative courts could not «exercise powers of substitution to the point of applying their own technical assessment of the facts in place of that of the administrative authority». This meant that the main core of the judgment was removed from the jurisdiction of the Italian administrative courts. The

das Bundesverwaltungsgericht mit dieser fachlichen Zurückhaltung indirekt aber auch ein, dass ihm nicht nur die Bereitschaft, sondern auch die (fachlichen) Fähigkeiten zur vollen Überprüfung fehlen. Das wäre im herkömmlichen Strafverfahren weder denkbar noch zulässig. Man stelle sich ein Strafgericht vor, das einen Strafbefehl oder eine Anklage nur zurückhaltend überprüft, mit der Begründung, dass die eigentliche Fachkompetenz bei der Staatsanwaltschaft liege.

- 198 Diese Problematik wird noch dadurch verschärft, dass die Verfahren vor der WEKO an Komplexität zunehmen, was sich etwa daran zeigt, dass das Sekretariat im Rahmen der Beweisführung vermehrt auf komplexe ökonomische Modelle und Berechnungen zurückgreift. So droht der Beweis immer mehr zu einer ausgesprochenen Fachfrage und als solche der Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht entzogen zu werden.²⁹⁰
- 199 Die fehlende volle gerichtliche Überprüfung zeigt sich auch auf Stufe der Sanktionsbemessung. Hier gesteht das Bundesverwaltungsgericht der WEKO ein «erhebliches Ermessen» zu (vgl. oben [Rz. 38](#)), sodass von einer «uneingeschränkten» Überprüfbarkeit der Sanktion²⁹¹ nicht gesprochen werden kann. Auch diese Praxis wäre im Strafverfahren undenkbar: Man stelle sich vor, ein Strafgericht würde die von der Staatsanwaltschaft beantragte Strafe nur auf pflichtwidrige Ermessensausübung überprüfen.

decision as to the attribution of liability fell in reality to the independent administrative authority and not to the administrative courts»); im Ergebnis auch [BGE 139 I 72](#) E. 4.6.2 (vgl. oben [Rz. 192](#)). Zum Verhältnis der früheren Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zum Preisüberwacher hatte das Bundesgericht in [BGE 130 II 449](#) E. 4.1 noch festgehalten: «Die Rekurskommission hat Entscheide des Preisüberwachers voll zu überprüfen mit Einschluss der Angemessenheit [...]. Wenn es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, kann den Rekursinstanzen zugewilligt werden, nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen [...]. Dies gilt freilich dort nicht, wo von der Rekursinstanz verlangt werden kann, über vergleichbare Fachkenntnisse wie die Vorinstanz zu verfügen [...]. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist eine Spezialrekurskommission [...]. Sie ist nur für wenige Spezialgebiete zuständig und hat über das Fachwissen in diesen Gebieten zu verfügen. Es besteht also kein Grund für eine besondere Einschränkung der Kognition». HÄNNI, BSK KG, Nach Art. 43 N 40 fordert, diese Rechtsprechung auch auf das Bundesverwaltungsgericht anzuwenden; dieses verfüge «über ein ausreichendes Fachwissen, um in Angelegenheiten des kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens auch die Angemessenheit überprüfen zu können. Darüber hinaus stellt die WEKO kein Gericht dar, weshalb eine eingeschränkte Anwendung der Kognition Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt». Damit ist implizit aber auch gesagt, dass die Kognitionseinschränkung weiterhin faktisch besteht.

²⁹⁰ Vgl. LAUTERBURG, N 17 f.

²⁹¹ Vgl. EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011, § 65; [Expertenbericht](#), S. 67.

Dass die Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht nicht einer freien Beurteilung durch ein erstinstanzliches Strafgericht entspricht, erkennt auch, wer einen Schritt zurück macht und das grössere Bild in den Blick nimmt. Das Bundesverwaltungsgericht ist in seiner DNA nicht ein erstinstanzliches Sachgericht, sondern eine Rechtsmittelbehörde.²⁹² Das ergibt sich schon daraus, dass das «Rechtsmittel» (sic!) der Beschwerde ergriffen werden muss, um das Bundesverwaltungsgericht zu befassen ([Art. 33 lit. f VGG](#), [Art. 44 ff. VwVG](#)). Dem Bundesverwaltungsgericht fehlt nicht nur – wie es selbst eingesteht – die (fachliche) Kompetenz, sondern auch die Kapazität für die mit einer umfassenden sachrichterlichen Erstbeurteilung verbundenen eigenen Beweiserhebungen. Damit steht fest, dass der Entscheid bereits getroffen und lediglich noch eine Überprüfung des gefällten Verdikts ausstehend ist. 200

Drittens werden de lege lata neben der fehlenden «*pleine juridiction*» noch weitere Mindestgarantien der Konvention verletzt: Nach [Art. 6 Abs. 1 EMRK](#) hat jede Person unter anderem ein Recht darauf, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Sofern Gerichtsverfahren, wie etwa im Bagatellbereich (*Öztürk*), nicht zwingend vorgeschrieben sind, kann nach ständiger Rechtsprechung auf die aus der Konvention folgenden Rechte verzichtet werden.²⁹³ In Strafbefehlsverfahren und im kartellrechtlichen Direktsanktionsverfahren ist der Verzicht auf eine Gerichtsverhandlung quasi in das institutionelle Setting eingebaut: Indem die beschuldigte Person keine Einsprache resp. Beschwerde erhebt, verzichtet sie auf ein Gerichtsverfahren.²⁹⁴ Ein Verzicht auf die Garantien von [Art. 6 EMRK](#) ist indessen nur möglich, wenn er im vollen Bewusstsein der Fakten und Konsequenzen, frei von Zwang und unmissverständlich erfolgt. Ferner muss der Verzicht begleitet sein von «*minimum safeguards commensurate with its importance [...]*».²⁹⁵ Solche Mindestgarantien können etwa im freien Zugang zum Gericht, der umfassenden gerichtlichen Überprüfung («*pleine juridiction*») oder in ausgebauten Verteidigungsrechten liegen. 201

Selbst wenn man – entgegen den Ausführungen im vorangegangenen Abschnitt ([A.](#)) – davon ausgeht, dass Direktsanktionen unmittelbar von den Wettbewerbs- 202

²⁹² Vgl. auch [Expertenbericht](#), S. 77 («Generell ist das Bundesverwaltungsgericht strukturell darauf ausgelegt, als Rechtsmittelinstanz zu entscheiden»).

²⁹³ EGMR, [Pfeifer and Plankl v. Austria](#), 10802/84, 25.2.1992, § 37.

²⁹⁴ So bereits DONATSCH, S. 322 ff.

²⁹⁵ EGMR, [Sejdovic v. Italy](#), 56581/00, 1.3.2006 (GC), § 86 («Neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial»).

behörden ausgefällt werden können, fehlt es im Schweizer Kartellverfahren an «*minimum safeguards*», die einen Verzicht auf Gerichtsverhandlungen legitim erscheinen lassen. Der Vergleich mit den Verfahren der Strafprozessordnung hat gezeigt, dass die Kartellverfahren trotz deutlich höheren Sanktionen und sehr überschaubaren Fallzahlen sogar noch hinter die Schutzgarantien der Strafbefehlsverfahren zurückfallen.

203 So ist der Zugang zum Gericht im kartellrechtlichen Verfahren nicht frei. Zwar hat die Verfügungsadressatin nicht wie im Strafbefehlsverfahren bloss zehn, sondern 30 Tage Zeit für die Beschwerde. Im Gegensatz zum Strafverfahren ist jedoch ein Kostenvorschuss zu leisten ([Art. 63 Abs. 4 VwVG](#), [Art. 37 VGG](#)). Die betroffene Person muss sich den Zugang zum Gericht also sozusagen «erkaufen». Während sodann der Beschuldigte im Strafbefehlsverfahren seine Einsprache bloss erheben, aber nicht begründen muss ([Art. 354 Abs. 2 StPO](#)), gelten für die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht strenge Form- und Begründungsvorschriften ([Art. 52 VwVG](#); vgl. oben [Rz. 34, 37 f.](#)).²⁹⁶ Rechtsverletzungen sind zu rügen²⁹⁷ und Sachverhaltsbeanstandungen zu substantiieren.²⁹⁸ Ferner können vor einer mündlichen Instruktionsverhandlung noch

²⁹⁶ Zur Pflicht, die Einsprache zu begründen, die einem Zugang zum Gericht verschafft, THOMMEN, [Kurzer Prozess](#), S. 108 («Alle Prozessordnungen stellen somit Begründungs- oder zumindest Schriftlichkeitsanforderungen an die Einsprache. Am ausgeprägtesten ist die Pflicht zur Begründung im Verwaltungsstrafverfahren. Rechtsstaatlich ist die Begründungspflicht insbesondere für den Beschuldigten problematisch. Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR ist es den Vertragsstaaten nicht verwehrt, gewisse Massendelikte durch Exekutivbehörden aburteilen zu lassen, solange die Betroffenen ein Gericht anrufen können. Der Beschuldigte hat ein Recht auf Zugang zu einem Gericht. Dieses ist nicht absolut. Gleichwohl müssen Konventionsrechte stets praktisch wirksam bleiben. Erst mit der Einsprache erwirkt der Beschuldigte ein ordentliches Gerichtsverfahren. Wird seine Einsprache von zu strengen Begründungsanforderungen abhängig gemacht, ist sein konventionsrechtlich garantierter Zugang zum Gericht nicht mehr gewährleistet. Eine solche Beschränkung besteht im Verwaltungsstrafverfahren, wo Einsprachen gegen Strafbescheide mit Anträgen zu versehen, zu begründen und zu belegen sind. Art. 68 VStrR ist insoweit konventionswidrig. Verzichtet man auf Formalien bei der Einsprache, dann stellt sich auch das Problem nicht, ob und wie Nicht-eintretensentscheide der Verwaltungsbehörde angefochten werden können»).

²⁹⁷ BVGer, [A-1336/2020](#), 12.10.2021, E. 1.6. Gestützt auf das Rügeprinzip, welches im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in abgeschwächter Form zur Anwendung gelangt, ist dieses Gericht nicht gehalten, nach allen möglichen Rechtsfehlern zu suchen; für entsprechende Fehler müssen sich mindestens Anhaltspunkte aus den Vorbringen der Verfahrensbeteiligten oder den Akten ergeben (vgl. anstelle vieler: BVGer, [A-2740/2018](#), 15.4.2019, E. 2.1; BVGer, [A-1617/2016](#), 6.2.2017, E. 1.6; MOSER et al., N 1.55).

²⁹⁸ SEETHALER/PORTMANN, PK VwVG, Art. 52 N 65 («Soll von der Rechtsmittelinstanz die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts durch die Vorinstanz überprüft werden, hat der Beschwerdeführer in seiner Eingabe eine tatbeständliche Begründung anzuführen, in welcher er darlegt, inwiefern seiner Ansicht nach der Sachverhalt rechtlich unrichtig oder unvollständig festgestellt worden ist. Ausserdem hat er die entsprechenden Beweismittel zur Un-

Vernehmlassungen und Schriftenwechsel angeordnet werden ([Art. 57 VwVG](#); vgl. oben [Rz. 35](#)). Faktisch sind die betroffenen Personen daher auf anwaltlichen Beistand angewiesen, der mangels unentgeltlicher Rechtspflege und Verbeiständung in aller Regel zulasten der Unternehmen geht.²⁹⁹

Viertens werden in der Gesamtschau die Konventionsgarantien nicht praktisch und effektiv gewährleistet, wenn man die Rechtswirklichkeit («*law in action*») berücksichtigt. Der Gerichtshof verlangt in ständiger Rechtsprechung, dass die Massnahmen zur Umsetzung der konventionsrechtlichen Vorgaben «*practical and effective*» sein müssen.³⁰⁰ Während der Zugang zum Gericht bereits aufgrund der gesetzlichen Beschwerdevoraussetzungen nicht frei ist, ist die gerichtliche Überprüfung bloss auf dem Papier (*de iure*) frei, in Wirklichkeit (*de facto*) jedoch von der fachbehördlichen Entscheidung vorgezeichnet. Dies verkennt die Expertenkommission in ihrer insoweit verkürzten Rezeption der Rechtsprechung.³⁰¹ Indem sie die rechtliche Überprüfungsmöglichkeit als Beleg für die tatsächliche Konventionskonformität anführt,³⁰² schliesst sie – sozusagen in einem umgekehrten naturalistischen Fehlschluss – von einem Sollen auf ein Sein. Angesichts der dargestellten Kosten- und Begründungshürden für den Zugang und der in der Praxis tatsächlich eingeschränkten Überprüfung erweist sich das kartellrechtliche Direktsanktionsverfahren als weder «*practical*» noch «*effective*».

Das von der Expertenkommission suggerierte Argument schliesslich, wonach die Kritik am Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Kartellsachen nicht verfangen, da dessen Gutheissungsquote im Kartellrecht höher sei als im Durchschnitt der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. oben [Rz. 65](#)),³⁰³ scheint wenig überzeugend, wenn man die sehr niedrige Gutheis-

termauerung seiner Ausführungen zu nennen (siehe auch Kommentar zu Art. 13 VwVG). Die Beschwerdebehörde würdigt diese frei [...]»).

²⁹⁹ Vgl. [BGE 143 I 328](#) passim; [Expertenbericht](#), S. 13.

³⁰⁰ EGMR, [Salduz v. Turkey](#), 36391/02, 27.11.2008, § 51 («[I]t must be remembered that the Convention is designed to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective»).

³⁰¹ Im *Publigroupe*-Entscheid hat das Bundesgericht zu den normativen Vorgaben Folgendes festgehalten: «Der gerichtliche Entscheid über die kartellrechtliche Sanktion muss [...] mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfolgen [...]. [Es] ist indessen nicht ausgeschlossen, dass das [...] Gericht [...] seine Kognition zurücknehmen kann [...]. Ob die Kognitionsbeschränkung den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügt, ist anhand des Verfahrensgegenstandes [...] zu prüfen [...]. Massgebend ist der Einzelfall und ob sich das überprüfende Gericht «point by point» mit den Argumenten bzw. Rügen der Beschwerdeführer auseinandergesetzt hat [...]» ([BGE 139 I 72](#) E. 4.5). In tatsächlicher Hinsicht kam das Bundesgericht zum Schluss, dass sich das Bundesverwaltungsgericht in diesem konkreten Einzelfall keine «unzulässige Zurückhaltung auferlegt» habe ([BGE 139 I 72](#) E. 4.6.2).

³⁰² Vgl. [Expertenbericht](#), S. 68, 98.

³⁰³ Vgl. [Expertenbericht](#), S. 68 f.

sungsquote im Asylwesen und dessen Anteil an der Gesamtlast des Gerichts kennt.³⁰⁴

C. Einvernehmliche Regelung

206 Wie gezeigt wurde (vgl. oben [Rz. 166](#)), besteht ein entscheidender Unterschied zwischen dem Verfahren zur einvernehmlichen Regelung nach [Art. 29 KG](#) und dem strafprozessualen abgekürzten Verfahren nach [Art. 358 ff. StPO](#) darin, dass in letzterem ein Vergleich (formal: Anklageschrift) von einem Gericht genehmigt werden muss ([Art. 362 StPO](#)), wohingegen eine einvernehmliche Regelung lediglich von der WEKO – einer nichtgerichtlichen Behörde ([Rz. 117](#)) – genehmigt werden muss ([Art. 29 Abs. 2](#) und [Art. 30 Abs. 1 KG](#)).

207 Nun ist es zwar so, dass die einvernehmliche Regelung anders als der strafprozessuale Deal bzw. die Anklageschrift keine Sanktion zum Gegenstand hat, sondern bloss Massnahmen zur Beseitigung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen,³⁰⁵ und dass Sanktionen von der WEKO hoheitlich ausgesprochen werden (kein «*sentence bargaining*», vgl. bereits oben [Rz. 166](#)). Allerdings müssen die betroffenen Unternehmen ausdrücklich erklären, im Falle einer Genehmigung der einvernehmlichen Regelung durch die WEKO keine Rechtsmittel ergreifen zu wollen, sofern die Verfügung der WEKO mit der beantragten Bandbreite für die Sanktion übereinstimmt.³⁰⁶ Damit liegt ein Rechtsverzicht bzw. Deal in Strafsachen (im Sinne der [EMRK](#)) vor – wie in dem *Natsvlshvili*-Urteil des EGMR (vgl. dazu oben [Rz. 139 f.](#)).³⁰⁷ Gemäss diesem Urteil wäre jedoch für einen solchen Deal zwingend erforderlich, dass er gerichtlich überprüft und genehmigt wird.³⁰⁸

³⁰⁴ Vgl. [Geschäftsbericht BVGer 2022](#), S. 80 f. (3652 von insgesamt 6152 Beschwerden betreffen das Asylwesen), S. 70 (insgesamt nur 258 Gutheissungen).

³⁰⁵ Insofern besteht eine Parallele zum strafprozessualen Vergleich mit Wiedergutmachung (vgl. oben [Rz. 165](#)).

³⁰⁶ Vgl. [Merkblatt WEKO Einvernehmliche Regelungen](#), Vorlage Einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG, A. Vorbemerkungen > lit. f), vgl. ferner N 5 und Vorlage Rahmenbedingungen, Ziff. 4.

³⁰⁷ Zur Qualifikation von kartellrechtlichen Direktsanktionen als Strafen i.S.d. [EMRK](#) vgl. oben [Rz. 88 ff.](#)

³⁰⁸ Vgl. EGMR, *Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia*, 9043/05, 29.4.2014, § 92 («*had to be subjected to sufficient judicial review*» und nicht bloss «*had to be subject to ...*»; französische Urteilsversion: «*devait faire l'objet d'un contrôle judiciaire suffisant*»); SUMMERS, Verfahren, S. 195: «*Alles deutet darauf hin, dass in Fällen wie Natsvlshvili eine automatische gerichtliche Überprüfung der Vereinbarung wichtig ist und einzig die Möglichkeit einer Einsprache als nicht genügend bewertet werden muss*»; vgl. auch DIES., Rule of Law, S. 309 f.

Die WEKO stellt aber nicht nur kein Gericht dar (vgl. oben [Rz. 117](#)), sondern kommt einem solchen auch nicht nahe: Wie demonstriert wurde (vgl. oben [Rz. 152 ff., 166 f.](#)), gleicht sie eher der Staatsanwaltschaft, womit die Verfahrenserledigung nach [Art. 29 KG](#) aus strafprozessualer Optik als eine Erledigung erscheint, die von der ermittelnden Polizeibehörde (Sekretariat) vorbereitet und von der Staatsanwaltschaft (WEKO) genehmigt wird. Erschwerend kommt hinzu, dass die WEKO mitunter sogar in die Verhandlungen über eine einvernehmliche Handlung miteinbezogen wird,³⁰⁹ womit eine unbefangene Überprüfung der einvernehmlichen Regelung aus kritischer Distanz von vornherein verunmöglicht wird. 208

Die vom EGMR verlangte gerichtliche Überprüfung von Deals in Strafsachen ist im Übrigen kein Selbstzweck, sondern dient insbesondere der Gewährleistung der Wahrung der prozessualen Rechte der beschuldigten Person und deren Schutz vor Nötigung, sonstigem Druck oder Zwang. Dass eine solche Überprüfung auch im vorliegenden Kontext sinnvoll ist – und nicht nur konventionsrechtlich notwendig –, zeigt die Kritik aus Advokatur und Wirtschaft, wonach Unternehmen teilweise zu einvernehmlichen Regelungen gezwungen würden. Dies ist ein altbekannter Kritikpunkt, der beispielsweise schon in einem Gutachten von 2008 wie folgt formuliert wurde:³¹⁰ 209

«Gemäss mehrfachen Wortmeldungen von Anwälten besteht ein weiterer Mangel darin, dass das Sekretariat Parteien mitunter zu einer einvernehmlichen Regelung zwingt. Wenn eine Partei die rechtliche Einschätzung des Falles durch das Sekretariat nicht teile, aber damit rechnen müsse, dass die WEKO ihre Kenntnis der Rechtssache in hohem Masse durch das Sekretariat vermittelt bekomme, so könne das dazu führen, dass die Partei nolens volens einer unbefriedigenden einvernehmlichen Regelung zustimme. Wenn das zutrifft, so übt das Sekretariat in solchen Fällen Entscheidungsmacht aus.»

Inzwischen hat der EGMR aber mit seiner *Natsvlishvili*-Rechtsprechung einen verbindlichen Anlass gegeben, das Verfahren der einvernehmlichen Regelung ([Art. 29 KG](#)) einer Reform zu unterziehen: Eine solche Regelung sollte künftig, jedenfalls soweit Sanktionen am Horizont stehen, zwingend von einem (nicht vorbefassten) Gericht überprüft und beurteilt werden. 210

³⁰⁹ BEURET, Einvernehmliche Regelung, N 65.

³¹⁰ [Gutachten BAUDENBACHER](#), S. 23.

D. Verfahrensrechte

- 211 Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass verschiedene weitere Aspekte des geltenden Kartellverfahrens über Direktsanktionen mangelhaft erscheinen, was die Wahrung der strafprozessualen Rechte der Betroffenen betrifft. Auf diese Punkte wird hier nicht näher eingegangen, da sie nicht oder nur teilweise bzw. indirekt mit der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden zusammenhängen (vgl. oben [Rz. 8 ff., 11](#)). Zumindest seien aber folgende Punkte erwähnt:
- 212 Die *Unschuldsvermutung* scheint in verschiedener Weise unter Druck zu stehen bzw. nicht gewahrt zu werden. Bereits die Praxis der amtlichen Veröffentlichung der Namen von Unternehmen, die Adressaten einer Untersuchung sind ([Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 KG](#)), steht mit ihr in einem Spannungsverhältnis.³¹¹ Auch führt die gegenwärtige Schieflage im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht, also die Situation, dass die Unternehmen mittels des Rechtsmittels der Beschwerde darlegen müssen, inwieweit die WEKO-Verfügung falsch ist (vgl. oben [Rz. 34 ff., 197 ff.](#)), dazu, dass faktisch eine *Richtigkeitsvermutung zugunsten der WEKO* und damit auch eine *Schuldvermutung zulasten der Unternehmen* besteht und es an diesen liegt, ihre Unschuld zu beweisen.
- 213 Im Zusammenhang mit dem Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht erscheint insbesondere auch die *Kostenvorschusspflicht* ([Art. 63 Abs. 4 VwVG, Art. 37 VGG](#)) problematisch. Beschuldigte im Kartellverfahren müssen vorab, mithin zu einem Zeitpunkt, zu dem sie vermutungsweise noch unschuldig sind, dafür bezahlen, eine gerichtliche Beurteilung zu bekommen, die ihnen die *EMRK* garantiert. Das dürfte eine konventionswidrige Rechtszugangs-schranke darstellen.³¹²
- 214 Das Spannungsverhältnis zwischen der kartellgesetzlich statuierten Auskunftspflicht ([Art. 40 KG](#)) und der *Selbstbelastungsfreiheit* (Grundsatz «*nemo tenetur se ipsum accusare*») wird teilweise dadurch entschärft, dass die WEKO

³¹¹ Vgl. bereits TAGMANN, S. 108 f. (vgl. aber auch daselbst Fn. 553). Die Praxis der WEKO, auch die *ausgesprochenen Sanktionen* mit namentlicher Nennung der betroffenen Unternehmen schon vor dem rechtskräftigen Entscheid zu veröffentlichen, ist denn auch als vorverurteilend bemängelt worden, vgl. [Expertenbericht](#), S. 38, 72 m.H. auf die Stützung dieser Praxis durch das Bundesgericht in [BGE 142 II 268](#). Vgl. auch BGer, [2C 862/2020](#), 27.10.2021, E. 4, wonach die WEKO ihre (nicht rechtskräftigen) Sanktionsentscheide publizieren darf, ohne diese vorgängig zu anonymisieren – anders als es die Praxis der Gerichte ist. Die Interessen der gebüssten Unternehmen hätten in der Regel hinter den Interessen der Geschädigten zurückzutreten (E. 4.3.5, 4.3.6).

³¹² Vgl. zur Problematik der Kostenvorschusspflicht unter dem Gesichtspunkt des Verzichtes auf ein Gerichtsverfahren oben [Rz. 203](#).

resp. ihr Sekretariat in Verfahren, in denen eine Busse droht, die Selbstbelastungsfreiheit und das Recht, entsprechende Aussagen zu verweigern, grundsätzlich anerkennt.³¹³ Allerdings wird das Aussageverweigerungsrecht nur den aktuellen Organen des Unternehmens zugestanden und nicht auch nicht den (aktuellen oder früheren) *Mitarbeitern* ohne Organfunktion³¹⁴ – dies, obschon auch deren Handlungen dem Unternehmen kartellrechtlich zugerechnet werden.³¹⁵ Problematisch erscheint auch die Praxis des Bundesgerichts, wonach *ehemalige* Organe von untersuchungsbetroffenen Unternehmen kein Aussageverweigerungsrecht vor den Wettbewerbsbehörden besitzen.³¹⁶

Hinzu kommt, dass aufgrund der bereits genannten Umstände (amtliche Publikation der Namen mit ihren wirtschaftlichen und sozialen Folgen, sehr seltene und beschränkte Änderungen des Antrags des Sekretariats durch die WEKO, schiefe Ausgangslage vor Bundesverwaltungsgericht, Sanktionsrabatte bei Kooperation usw.) offenbar öfters faktischer Zwang oder zumindest starker Druck zur Aussage besteht. Zu Bedenken gibt ferner die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts Anlass, wonach der vollständige Sanktionserlass für Selbstanzeiger (vgl. [Art. 49a Abs. 2 Var. 1 KG](#)) regelmässig ausser Betracht fällt, wenn diese rechtliche oder tatsächliche Einwände gegen die Annahme einer unzulässigen Wettbewerbsabrede erheben.³¹⁷

Schliesslich könnte in manchen Einzelfällen in der langen *Verfahrensdauer* eine Verletzung des strafrechtlichen Beschleunigungsgebots³¹⁸ bzw. allgemeiner eine Verletzung des Rechts auf Entscheidung in angemessener Frist ([Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#)) erblickt werden. Immerhin ist im Rahmen der materiellrechtlichen *KG*-Revision geplant, Ordnungsfristen zur Verkürzung der Verfahrensdauer vorzusehen.³¹⁹ Allerdings sind diese für die Gerichte nicht bindend.³²⁰

³¹³ Vgl. [Merkblatt WEKO Vorabklärung](#), N 23; [Merkblatt WEKO Untersuchung](#), N 16.

³¹⁴ Vgl. [Merkblatt WEKO Ausgewählte Ermittlungsinstrumente](#), N 56.

³¹⁵ Z.R. krit. MAMANE, S. 82. Zur Zurechnung des Mitarbeiterverhaltens vgl. z.B. HEINEMANN, Zielrichtung, S. 867; NIGGLI/RIEDO, BSK KG, Vor Art. 49a N 20.

³¹⁶ [BGE 147 II 144](#) Regeste, E. 5.2; i.d.S. auch DANNECKER, S. 1012; kritisch jedoch z.B. [HIRSCH](#); RIEDO/MEILE, S. 49; vgl. auch JACOBS, S. 286.

³¹⁷ BVGer, [B-645/2018](#), 14.8.2023, E. 16.3.33, 17.4.13 (in Widerspruch zu E. 16.3.32); krit. zur analogen WEKO-Praxis bereits ZIMMERLI, N 83.

³¹⁸ Zur Qualifikation der Direktsanktionen als strafrechtlich i.S.d. [EMRK](#) vgl. oben [Rz. 88 ff.](#)

³¹⁹ Art. 44a [E-KG](#); vgl. dazu [Botschaft Teilrevision KG](#), S. 46 f., 59.

³²⁰ [Botschaft Teilrevision KG](#), S. 61.

VII. Kritik des vorgeschlagenen Verfahrens

Nachfolgend wird das Kartellverfahren, wie es sich nach Umsetzung der von der Expertenkommission formulierten Vorschläge darstellen würde, einer kritischen Würdigung unterzogen. Beginnend mit methodischen Bedenken ([A.](#)) wird sodann untersucht, inwieweit das vorgeschlagene Verfahren die im vorstehenden Teil VI. aufgezeigten Mängel des heutigen Verfahrens zu beheben vermag ([B.-D.](#)). 217

A. Methodik

Die Expertenkommission wurde vom Bundesrat beauftragt, «möglichst konkrete Modelle für die Ausgestaltung der Schweizer Wettbewerbsbehörden mit Blick auf folgende Kriterien» zu bewerten.³²¹ 1. kurze Verfahrensdauer und kein übermässiger Ressourcenaufwand (Effizienz der Kartellrechtsanwendung); 2. wirksamer Schutz des Wettbewerbs (Effektivität der Kartellrechtsanwendung); 3. Vereinbarkeit mit der [BV](#) und der [EMRK](#) (Rechtsstaatlichkeit).³²² Ferner sollte der Bericht «[n]eben einer Bewertung, insbesondere anhand der vorgenannten Kriterien [...] auch Zielkonflikte sowie Herausforderungen bei der Implementierung» benennen.³²³ 218

Nachdem die Expertenkommission in Teil III. ihres Schlussberichts mögliche Modelle analysiert hat, schreitet sie in Teil IV. auftragsgemäss zu deren Bewertung. Sie nennt und definiert vorab folgende Bewertungskriterien: Effektivität, Effizienz, Rechtsstaatlichkeit, Implementierungsaufwand und Systemkohärenz. Ferner weist die Expertenkommission darauf hin, dass «[z]wischen den verschiedenen Kriterien [...] fast zwangsläufig Zielkonflikte» beständen, was etwa für das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Effizienz gelte.³²⁴ 219

Dass für die Bewertung möglicher Reformvorschläge vorab Kriterien definiert werden, ist aus methodischer Sicht grundsätzlich zu begrüssen. Die Bewertung kann so strukturiert erfolgen und die Ergebnisse werden vergleichbar. Im Detail geben die Bewertungskriterien und ihre Instrumentalisierung jedoch zu Kritik Anlass: 220

³²¹ [Expertenbericht](#), S. 11.

³²² Dass die Vereinbarkeit mit der [BV](#) und der [EMRK](#) erst an dritter Stelle genannt wird, mutet etwas speziell an.

³²³ [Expertenbericht](#), S. 11.

³²⁴ [Expertenbericht](#), S. 59 f.

- 221 Das gilt zunächst für die *Effizienz*. Hier führt die Expertenkommission aus, dass wesentliche Teilaspekte der Effizienz vorliegend die Verfahrensdauer und der Ressourcenbedarf seien.³²⁵ Auch in der Analyse der konkreten Modelle wird unter dem Titel Effizienz die lange Verfahrensdauer als grosser Nachteil des bestehenden Modells angeführt.³²⁶ Effizienz ist ein Massstab für die Wirtschaftlichkeit einer Massnahme, bei der die Kosten und Aufwände zum Nutzen in Relation gesetzt werden.³²⁷ Um eine Aussage über die Effizienz eines Verfahrens machen zu können, reicht es somit nicht, nur die hohen Kosten und zeitlichen Aufwände anzuführen, sondern es muss auch eine Aussage zum Nutzen getroffen werden. Um das an einem Beispiel aus dem Strafprozess zu verdeutlichen: Ein Strafbefehlsverfahren mag zu einer sehr günstigen und raschen Aburteilung führen. Wenn damit die Ziele des Strafverfahrens jedoch verfehlt werden, etwa, weil die beschuldigte Person mangels Übersetzung nicht versteht, dass sie verurteilt wurde, dann ist der Nutzen gleich Null und die Massnahme trotz tiefen Kosten- und Zeitaufwands ineffizient.³²⁸ Das bestehende Kartellverfahren kann somit nur dann als ineffizient eingestuft werden, wenn feststeht, dass das gleiche Ergebnis mit weniger Aufwand erreichbar wäre.
- 222 Anlass zu Kritik gibt auch das Kriterium des *Implementierungsaufwands*. Hierzu führt die Expertenkommission Folgendes aus:³²⁹

«Die Beurteilung der politischen Akzeptanz der vorgeschlagenen Modelle gehört nicht zum Mandat der Expertenkommission, weshalb dazu keine weiteren Ausführungen gemacht werden. Hingegen sollen Imple-

³²⁵ [Expertenbericht](#), S. 59.

³²⁶ [Expertenbericht](#), S. 97 («Effizienz: Als grosser Nachteil des bestehenden Modells ist die lange Verfahrensdauer zu betrachten, wobei diese insbesondere beim Bundesverwaltungsgericht zu lange ist (vorne 18.2)»).

³²⁷ Vgl. dazu Wikipedia-Eintrag zu «[Wirtschaftlichkeit](#)» (31.8.2024): «Effizienz ist ein Maß für die Wirtschaftlichkeit (Kosten-Nutzen-Relation). Effizienz = Erreichtes Ist(-Ergebnis) ÷ Mitteleinsatz».

³²⁸ THOMMEN, Preis, Kap. II.2 («Der erste fundamentale Denkfehler besteht darin, dass der Gesetzgeber Kostenreduktion mit Effizienzgewinn gleichsetzt. Einsparungen von Kosten führen nicht zwingend zu mehr Effizienz. Die effizienteste ist nicht gleich die billigste Massnahme, sondern diejenige mit der besten Kosten-Nutzen-Relation. Das gilt insbesondere auch für Strafbefehlsverfahren: Wir haben nachgewiesen, dass Strafbefehle in vier von fünf Fällen, in denen die Amtssprache nicht verstanden wird, nicht übersetzt werden [...]. Der Verzicht auf Übersetzungen [...] mag kostengünstig sein, wenn die Beschuldigten damit aber nicht erfahren oder verstehen, dass und wozu sie verurteilt wurden, dann werden sämtliche vergeltenden und präventiven Ziele des Strafverfahrens verfehlt. Der Prozess war zwar billig, aber zugleich auch nutzlos. Der Effizienzfaktor ist Null»).

³²⁹ [Expertenbericht](#), S. 60.

mentierungsschwierigkeiten geprüft werden. Dazu gehören: Der Regelungsbedarf auf Stufe Gesetzgebung; Der Aufwand für die Umsetzung einer Gesetzesänderung.»

Mit Blick auf den Staatsetat ist ein Kriterium, das darauf abzielt, möglichst schonend mit begrenzten Ressourcen umzugehen, nicht zu beanstanden. Wenn es jedoch um die Frage geht, ob ein bestehendes Verfahren zu revidieren oder im bisherigen Zustand zu belassen ist, dann haftet dem Bewertungskriterium des Implementierungsaufwands ein genuiner Bias an. Es favorisiert naturgemäss eine Lösung, die dem Status quo möglichst nahekommt, und lässt damit nur punktuelle bzw. möglichst überhaupt keine Änderungen zu. Überspitzt formuliert bedient sich eines methodischen Taschenspieler-Tricks, wer vorab ein «objektives» Bewertungskriterium definiert, das das subjektiv angestrebte Ergebnis befördert. 223

Ähnliches gilt für die Systemkohärenz. Gemäss dem Expertenbericht wird das Bewertungskriterium der Systemkohärenz nicht ausdrücklich im Auftrag der Expertenkommission genannt, «[e]s gehört jedoch zu den allgemeinen Anforderungen an eine gute Legistik, dass sich die zu wählende Struktur in das rechtliche System der Schweiz einbinden lässt.»³³⁰ In der konkreten Subsumtion zeigt sich dann, wie die Expertenkommission das Kriterium versteht. So kommt sie mit Blick auf das geltende Verfahren zum Schluss, dass das aktuelle Modell mit anderen Behördenkommissionen grundsätzlich übereinstimme.³³¹ Zur Systemkonformität des zweistufigen Verwaltungsbehördenmodells führt sie hingegen aus: «Eine institutionelle Trennung von Untersuchung und Entscheidung ist den übrigen Behördenkommissionen [...] fremd und würde die Frage aufwerfen, ob auch in anderen Bereichen eine solche Trennung einzuführen sei.»³³² Damit wird impliziert, dass eine Änderung im Bereich des Kartellrechts Reformbedarf in anderen Gebieten nach sich ziehen würde. Der Implementierungsaufwand wird erneut in den Vordergrund gerückt.³³³ Das Szenario eines grossen gesetzgeberischen Aufwands wird als Schlussfolgerung dargestellt, die sich zwangsläufig aus der Systemkohärenz ergibt. Dabei wird unerwähnt 224

³³⁰ [Expertenbericht](#), S. 60. Dem ist an sich beizupflichten, man wird sich dann aber fragen dürfen, weshalb die Expertenkommission unter diesem Kriterium z.B. zum Gerichtsmodell ausführt, dass es «in Europa für Wettbewerbsbehörden nicht verbreitet» sei ([Expertenbericht](#), S. 108, vgl. auch S. 10, 112).

³³¹ [Expertenbericht](#), S. 98.

³³² [Expertenbericht](#), S. 102. Gleich wird in Bezug auf das Gerichtsmodell argumentiert, dazu unten [Rz. 228 ff.](#)

³³³ Mit der Gefahr einer doppelten Berücksichtigung, und das bezüglich eines Faktors, der gar kein Bewertungskriterium sein sollte.

gelassen, dass dieses Fazit bereits durch die Kriterienauswahl vorgezeichnet war. Auch das Kriterium der Kohärenz wird somit herangezogen, um den Status quo zu legitimieren.

- 225 Hinzu kommt, dass die Expertenkommission bei der Systemkohärenz davon ausgeht, dass der relevante Bezugsrahmen bzw. das innerschweizerische rechtliche Gefüge, in das sich die geprüfte Struktur integrieren lassen muss, das schweizerische *Verwaltungsrecht* ist.³³⁴ Das von verschiedenen Vernehmlassungsteilnehmern geforderte Gerichtsmodell ist dem Verwaltungsrecht jedoch selbstverständlich fremd, da es dem Strafrecht entlehnt ist. Auch die Expertenkommission geht indessen davon aus, dass es sich bei den kartellrechtlichen Direktsanktionen um Strafen im Sinne von [Art. 6 EMRK](#) handelt.³³⁵ Dann argumentiert sie jedoch ihrerseits inkohärent, wenn sie unter dem Gesichtspunkt der Systemkohärenz auf verwaltungsrechtliche Massstäbe abstellt.
- 226 Soweit schliesslich unter dem Titel «Zielkonflikt» Effizienz und Rechtsstaatlichkeit gegenübergestellt werden und ein Konflikt mit dem Argument verneint wird, dass eine «kurze Verfahrensdauer [...] zugleich auch Element der Rechtsstaatlichkeit» sei, verkennt die Expertenkommission, dass der Beschleunigungsgrundsatz ein Verfahrensgrundrecht ist, das dem Beschuldigten eine «Beurteilung innert angemessener Frist» ([Art. 29 Abs. 1 BV](#)) garantiert und nicht dem Staat ein Recht auf einen kurzen Prozess einräumt.³³⁶

B. Keine gerichtliche Erstinstanz

- 227 Die von der Expertenkommission vorgeschlagene institutionelle Ausgestaltung bzw. das Modell «Status quo optimiert» sieht keine Änderung hinsichtlich der erstinstanzlich entscheidenden Behörde vor: Dies ist nach wie vor die WEKO, eine nichtgerichtliche Behörde (vgl. oben [Rz. 55 ff.](#), [Rz. 117](#)). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass mit dem Modell die WEKO und das Sekre-

³³⁴ Vgl. z.B. [Expertenbericht](#), S. 108, wo gegen das Gerichtsmodell angeführt wird, dass es «in der verwaltungsrechtlichen Konzeption systemfremd» sei.

³³⁵ Vgl. [Expertenbericht](#), S. 66.

³³⁶ THOMMEN, Preis, Kap. II.3 («Der Bundesrat hat bei der Einführung des Strafbefehlsverfahrens explizit die «Verfahrensbeschleunigung» gepriesen [...]. Dahinter steckt wohl die Überlegung, dass in Strafverfahren ein strenges Beschleunigungsgebot gilt. Der Denkfehler liegt hier darin, dass der Gesetzgeber ein individuelles Verfahrensgrundrecht missbraucht, um eine kollektive Agenda der Verfahrensstraffung durchzudrücken. Wer den Beschleunigungsgrundsatz anruft, um Beschuldigtenrechte zu beschneiden, der kehrt den Schutz von Verfahrensgrundrechten gegen ihre Träger. Man muss es deshalb immer wieder und deutlich sagen: Das Beschleunigungsgebot schützt den Beschuldigten vor zu langen Strafverfahren. Er schafft kein Recht der Strafbehörden auf einen kurzen Prozess»). Vgl. auch [Art. 17 f. EMRK](#).

tariat etwas entflochten werden sollen (eine begrüssenswerte Stossrichtung). Die vorstehende Kritik am geltenden Verfahren gilt daher auch für das von der Expertenkommission vorgeschlagene Verfahren: Direktsanktionen sollten erstinstanzlich nur durch ein Gericht verhängt werden können (vgl. oben [Rz. 172 ff.](#)).

An dieser Stelle ist auf die Argumentation des Expertenberichts einzugehen, wonach «[das Gerichtsmodell] die Frage aufwerfen [würde], ob auch in anderen Fällen, in denen Verwaltungsbehörden Entscheide mit strafrechtlicher Natur fällen (andere pekuniäre Verwaltungsanktionen, Steuerhinterziehungsbusse) ein analoges Verfahren einzuführen wäre».³³⁷ Die Expertenkommission hat diese Überlegung unter dem Bewertungskriterium der «Systemkonformität» zulasten des Gerichtsmodells berücksichtigt. Der Sache nach handelt es sich dabei um ein Slippery-slope-Argument («Wo kämen wir da hin?»).

228

Hiergegen ist jedoch – zusätzlich zur bereits geäusserten Methodenkritik (vgl. oben [Rz. 224 f.](#)) – zweierlei einzuwenden. Erstens ist dieses Argument, das wohl auch auf möglichen zusätzlichen Umsetzungsaufwand zielt, nicht einschlägig, wenn – wie vorstehend herausgearbeitet wurde ([Rz. 172 ff.](#)) – die Konventions- und Verfassungskonformität des geltenden Verfahrens auf dem Spiel steht. Wenn man wie das Bundesgericht davon ausgeht, dass kartellrechtliche Direktsanktionen Strafen im Sinne der [EMRK](#) sind (vgl. oben [Rz. 92 f.](#)), müssen auch die strafrechtlichen Garantien eingehalten werden. Das gilt überall dort, wo man es mit Strafen in diesem Sinne zu tun hat; also möglicherweise auch für andere verwaltungsrechtliche Sanktionsverfahren. Dieser Frage aus dem Weg zu gehen, indem man Defizienzen des Kartellverfahrens nicht behebt, ist keine Option, will man nicht die Einhaltung der Konvention und der Verfassung und somit die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens für optional erklären. Die Lösung kann somit nicht darin bestehen, dass man im Kartellrecht auf ein erstinstanzliches Gericht verzichtet, weil auch in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts im formal-landesrechtlichen Sinne, die Strafrecht im Sinne der [EMRK](#) darstellen, ein solches Modell eingeführt werden müsste. Dem Slippery-slope-Argument: «Wo kämen wir da hin, wenn wir hier ein erstinstanzliches Gericht einführen würden?», ist daher zu entgegenen: «Zu einem Kartellverfahren, das die Europäische Menschenrechtskonvention respektiert.»

229

Zweitens ist nicht gesichert, dass alle anderen Anwendungsfälle sog. pekuniärer Verwaltungsanktionen³³⁸ auch Strafen im Sinne der [EMRK](#) darstellen und ein Gerichtsmodell benötigen. Wie dargelegt wurde, ist das Kartellrecht durch

230

³³⁷ [Expertenbericht](#), S. 10, 108, 111 f.

³³⁸ Vgl. dazu [Expertenbericht](#), S. 14 und Anhang 4.

die Möglichkeit besonders schwerer Sanktionen³³⁹ und besonderer Stigmatisierung gekennzeichnet (vgl. z.B. oben [Rz. 21 f.](#), [109](#); zur umfassenden Entscheidungsmacht der WEKO [Rz. 157](#); zur Veröffentlichungspraxis [Rz. 212](#) m.H.). Beschuldigte Unternehmen fühlen sich hier in der Regel als Angeklagte. Hinzu kommen weitere Besonderheiten des Kartellverfahrens, die der Expertenbericht selbst identifiziert hat (vgl. oben [Rz. 67](#) in fine):³⁴⁰

«Das Kartellrecht ist nicht nur auf bestimmte Kategorien von Unternehmen anwendbar, sondern auf grundsätzlich alle am Markt auftretenden Unternehmen. [...] Im Kartellrecht geht es häufig um sehr komplexe Verfahren mit umfangreichen Abklärungen. [...] Das Kartellrecht operiert mehr als andere Rechtsgebiete mit unbestimmten Rechtsbegriffen sowie Vermutungen, so dass die Rechtsunsicherheit tendenziell grösser ist als in anderen Bereichen. [...] Im Kartellrecht sind Direktstrafungen häufig.»

- 231 Die Expertenkommission hat somit selbst aufgezeigt, dass die Einführung des Gerichtsmodells im Kartellrecht nicht zwangsläufig die Einführung dieses Modells auch in allen anderen Bereichen pekuniärer Verwaltungsstrafungen notwendig machen würde; kurzum: Sie hat ihr Slippery-slope-Argument selbst entkräftet. Bei der Bewertung der Verfahrensmodelle hat sie diese früheren Überlegungen aber nicht aufgegriffen, sondern ignoriert.

C. Bundesverwaltungsgericht

- 232 Die von der Expertenkommission postulierte Reform des Bundesverwaltungsgerichts – namentlich die Wahl von Spezialisten als nebenamtliche Richter ([Rz. 59](#)) – dürfte nicht ausreichen, um die oben aufgezeigten Mängel des Beschwerdeverfahrens vor diesem Gericht ([Rz. 186 ff.](#), [197 ff.](#)) zu beheben. Zwar wäre mit einer solchen Reform eine qualitativ bessere Beurteilung von Beschwerden gegen WEKO-Verfügungen zu erwarten, an der strukturell schiefen Ausgangslage bzw. schlechten Startposition der Beschwerdeführer würde sich aber nichts ändern: Weiterhin wäre ein solches Beschwerdeverfahren für die beschwerdeführenden Unternehmen ein «*uphill battle*» und kein normales kontradiktorisches Verfahren auf ebenem Terrain. Die Unternehmen träge weiterhin eine Begründungspflicht und das Bundesverwaltungsgericht bliebe seiner DNA nach eine Rechtsmittelbehörde. Die obige Kritik am geltenden Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht (vgl. oben [Rz. 197 ff.](#)) betrifft somit

³³⁹ Vgl. dazu auch [Expertenbericht](#), S. 71.

³⁴⁰ [Expertenbericht](#), S. 70 f.

auch den «Status quo optimiert». Soll das Bundesverwaltungsgericht als erstes entscheidendes Gericht beibehalten werden, so muss das Verfahren vor diesem Gericht in seiner Struktur und seinen Modalitäten dem Verfahren vor den erstinstanzlichen Sachgerichten angeglichen werden.

Wie weiter unten – beim eigenen Lösungsvorschlag – aufgezeigt wird, liegt es 233 viel näher, nicht zu versuchen, das Bundesverwaltungsgericht entgegen seiner DNA zu einem Tatsachengericht umzupolen, sondern vielmehr, die WEKO zu einem unabhängigen Fachgericht aufzuwerten (vgl. unten [Rz. 247 ff.](#)).

D. Einvernehmliche Regelung

De lege lata werden einvernehmliche Regelungen bloss von der WEKO und 234 nicht von einem Gericht überprüft und genehmigt. Wie oben dargelegt wurde, verlangt die EGMR-Rechtsprechung, dass Deals immer und nicht bloss auf Einsprache hin einem Gericht zur Überprüfung und Absegnung vorgelegt werden (vgl. oben [Rz. 139 f.](#), [206 ff.](#)). Diese Rechtsprechung wurde von der Expertenkommission übersehen und entsprechend in ihrem Vorschlag auch nicht berücksichtigt.

E. Verfahrensrechte

Was die vorstehend identifizierten anderen möglichen Probleme des gelten- 235 den Verfahrens in Bezug auf die Verfahrensrechte ([Rz. 211 ff.](#)) angeht, so könnte der von der Expertenkommission vorgeschlagene «Status quo optimiert» hinsichtlich der *Verfahrensdauer* eine (leichte) Verbesserung bringen, namentlich durch die postulierte Reform des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. [Rz. 59](#)).

Interessant erscheint der Vorschlag der Einführung eines *Statement of Objec-* 236 *tion* (vgl. oben [Rz. 58](#)), der vom Recht des Vereinigten Königreichs inspiriert ist. In dieser Rechtsordnung stellt dies ein Dokument dar, das von der Untersuchungsbehörde an die Parteien versandt wird und in dem sie das vorgeworfene Verhalten und die beabsichtigte Rechtsfolge beschreibt. Die Adressaten des *Statements* erhalten dann die Gelegenheit, mündlich oder schriftlich dazu Stellung zu nehmen, wobei im Falle einer mündlichen Stellungnahme die Entscheidungsbehörde anwesend ist. Diese fällt daraufhin ihren Entscheid.³⁴¹

Der Expertenkommission schwebt auch ein solches Dokument vor, in dem das 237 Sekretariat die Parteien über die vorgeworfenen Sachverhalte informiert, wobei dieses schweizerische *Statement of Objection* den Parteien «in einem frü-

³⁴¹ [Expertenbericht](#), Anhang 3, dort S. 17 m.H.

hen Verfahrensstadium» – noch vor dem Vorliegen eines kompletten Antrags des Sekretariats – zugestellt werden soll.³⁴² In der Tat könnte eine solche frühere, verfahrensrechtlich ausdrücklich vorgesehene Einladung zur Stellungnahme oder Anhörung dazu beitragen, dass das Sekretariat den von den Unternehmen vorgebrachten Argumenten wirklich Gehör schenkt – noch bevor es sich in seiner Meinung gefestigt hat und – als menschliche Behörde – den damit einhergehenden kognitiven Urteilsverzerrungen (Inertia-Effekt, Perseveranzeffekt, Bestätigungsfehler) voll unterliegt.³⁴³ Das *Statement of Objection* ist aber kein hinreichendes Instrument zur Herstellung der Verfahrensfairness, sondern nur eine Minimallösung, welche die Defizienz des geltenden Verfahrens belegt.

- 238 Ein weiterer Vorschlag der Expertenkommission geht dahin, einen bei der WEKO angesiedelten und vom Bundesrat gewählten Verfahrensbeauftragten einzuführen, der zuhanden der WEKO prüft, ob im Verfahren die rechtsstaatlichen Garantien eingehalten wurden (vgl. oben [Rz. 58](#)). Als Vorbild dient dabei der *Hearing Officer* im Kartellverfahren der Europäischen Union.³⁴⁴
- 239 Aus strafprozessualer Sicht ist der *Hearing Officer* ein Fremdkörper, der mehr Fragen aufwirft als Probleme löst: Übertragen auf das Strafverfahren wäre dieser Verfahrensbeauftragte eine Art Delegierter der Staatsanwaltschaft (WEKO), welcher der Polizei (Sekretariat) auf die Finger schaut. Sollte dieser Vorschlag dennoch umgesetzt werden, muss sichergestellt werden, dass der Verfahrensbeauftragte rechtlich und faktisch völlig unabhängig ist. Insbesondere müsste er vom Sekretariat, aber auch von der WEKO unabhängig sein, da sonst wiederum die Beeinflussungsgefahren und Loyalitätskonflikte drohen, die bereits heute das Verhältnis zwischen der WEKO und ihrem Sekretariat prägen. Klar ist auch, dass der Verfahrensbeauftragte – soll er nicht ein blosses Feigenblatt sein – nicht Teil des Spruchkörpers der WEKO sein kann, da sonst dieser befangen wäre und die von der Expertenkommission angestrebte teilweise Entflechtung von WEKO und Sekretariat (vgl. oben [Rz. 57 f.](#)) unterlaufen würde.
- 240 Bei näherer Betrachtung ist der Vorschlag, einen *Hearing Officer* einzuführen, nicht bloss ein prozessdogmatisch wenig überzeugender Versuch, die Unzulänglichkeiten des geltenden Verfahrens zu kaschieren, vielmehr wäre er eine in Gesetzesform gegossene Anerkennung sämtlicher Probleme des Kartellverfahrens. Mit seiner Schaffung würde institutionell eingestanden, dass rechts-

³⁴² [Expertenbericht](#), S. 99, vgl. auch 71 f.

³⁴³ Vgl. dazu z.B. [SCHWEIZER](#), S. 178 ff.

³⁴⁴ Vgl. [Expertenbericht](#), S. 99, zum *Hearing Officer* im EU-Recht vgl. Anhang 3, dort S. 8.

staatliche Defizite bestehen. Statt diese zu beheben, würde pro forma ein weiterer «Staatsanwalt» gleichsam als «Linienrichter» eingesetzt, der «zuhanden der WEKO» mit der Fahne winkt, wenn er «Fouls» wahrnimmt.

Im Übrigen überzeugt auch nicht, dass die Expertenkommission, die dem Gerichtsmodell – mit Blick auf das Verwaltungsverfahren – mangelnde Systemkonformität entgegengehalten hat,³⁴⁵ mit dem *Statement of Objection* und *Hearing Officer* ausländische Instrumente ins inländische Recht transplantieren will, die weder im Schweizer Verwaltungs- noch im Schweizer Strafverfahren eine Entsprechung kennen. Dabei hatte die Kommission vorgängig das Schweizer Rechtssystem zum Bezugspunkt für die Beurteilung der Systemkonformität erklärt.³⁴⁶ Statt wenig systemkohärente ausländische Instrumente einzuführen, liegt es näher, das Gerichtsmodell zu implementieren, das mit Blick auf das Schweizer Strafverfahren – und dies ist der richtige Vergleich (vgl. oben [Rz. 225](#)) – durchaus systemkonform wäre.

241

Dass die *Unschuldsvermutung* nun im Zuge der materiellrechtlichen [KG](#)-Revision ausdrücklich im [KG](#) verankert werden soll,³⁴⁷ ist zwar zu begrüßen, droht aber ohne das Angehen der vorgenannten Punkte (vgl. oben [Rz. 212 f.](#)) bloss eine «kosmetische» Korrektur zu sein.

242

³⁴⁵ Vgl. insbesondere [Expertenbericht](#), S. 108.

³⁴⁶ [Expertenbericht](#), S. 60.

³⁴⁷ Art. 53 Abs. 3 und 4 [E-KG](#); vgl. dazu [Botschaft Teilrevision KG](#), S. 50 f.

VIII. Eigener Vorschlag

Es ist heute nicht länger umstritten, dass kartellrechtliche Direktsanktionen strafrechtliche Anklagen im Sinne von [Art. 6 EMRK](#) sind (vgl. oben [Rz. 91 ff.](#)).³⁴⁸ Daraus folgt, dass das Verfahren zu ihrer Ausfällung den Anforderungen der Konvention an Strafverfahren entsprechen muss (vgl. dazu oben [Rz. 99 ff.](#)). Die historisch wichtigste Errungenschaft des reformierten Strafprozesses – das stand auch den Vätern der [EMRK](#) vor Augen – ist die Gewaltenteilung im Strafverfahren. Die Geschichte hat gezeigt, dass Inquisitoren mit der Dreifachrolle des Untersuchers, Anklägers und Richters überfordert sind. Untersuchung, Anklage und Urteil sind in Strafverfahren deshalb personell zu trennen (vgl. oben [Rz. 183](#)). Für das Strafverfahren bedeutet dies grob vereinfacht: Die Polizei ermittelt, die Staatsanwaltschaft klagt an, das Gericht entscheidet. Da das Kartellverfahren ein Strafverfahren ist, kann hier nichts anderes gelten.

Die Voraussetzungen, unter denen nach [EMRK](#) ausnahmsweise von einem ordentlichen Strafverfahren abgesehen werden kann, liegen bei Kartellverfahren klarerweise nicht vor. Es geht nicht um Bagatellen, von Massenverfahren kann keine Rede sein, die Strafen müssen individuell zugemessen werden und sie sind für die betroffenen Unternehmen nicht nur stigmatisierend, sondern potenziell existenzbedrohend (vgl. oben [Rz. 172 ff.](#), [176](#)).

Der Königsweg bestünde deshalb darin, dass – nach der vorgeschlagenen personellen und institutionellen Entflechtung – das Sekretariat wie bisher für die Ermittlungen und die – um die abhängigen Interessenvertreter bereinigte – WEKO für die Anklage zuständig ist. Neu zu schaffen wäre jedoch ein erstinstanzliches Wettbewerbsgericht, das den Anforderungen von [Art. 6 EMRK](#) entspricht. Dieses müsste von der WEKO und ihrem Sekretariat unabhängig sein. Wenn die WEKO in jedem Fall Anklage erheben müsste, entfielen auch die heutigen Zugangsschranken. Die Betroffenen müssten nicht begründen, weshalb sie eine gerichtliche Beurteilung wollen, und ebenso wenig wie im ordentlichen Strafverfahren müsste ein Kostenvorschuss für die Gerichtsverhandlung geleistet werden. Die wichtigste Neuerung bestünde jedoch darin, dass dieses Wettbewerbsgericht eine «*pleine juridiction*» bzw. «*full jurisdiction*», also eine volle und freie Überprüfung der WEKO-Anklage mit Bezug auf den Sachver-

³⁴⁸ An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass die historischen Gründe für die Einordnung der Direktsanktionen als «Verwaltungssanktionen» allesamt weggefallen sind (vgl. oben [Fn. 107](#)). Die Konzeption der Direktsanktionen als Verwaltungssanktionen ist daher historisch überholt und eine Einordnung der Direktsanktionen als Strafen auch im nationalen Recht bzw. [KG](#) überfällig.

halt, Rechtsfragen und die Sanktion gewährleisten müsste.³⁴⁹ Dieser Aufgabe kann das Bundesverwaltungsgericht, das seiner DNA nach ein Rechtsmittelgericht ist, nicht gerecht werden.³⁵⁰ Das Bundesverwaltungsgericht könnte jedoch als Berufungsinstanz fungieren. Alternativ könnte das Bundesstrafgericht die Rolle der Berufungsinstanz übernehmen, zumal es sich wie dargestellt um ein strafrechtliches Verfahren handelt.³⁵¹ Eine weitere, minimalistische Alternative bestünde darin, ein Beschwerdeverfahren direkt an das Bundesgericht vorzusehen, wie dies im Patentrecht der Fall ist (vgl. [Art. 1 Abs. 1 und 2 PatGG](#), [Art. 75 BGG](#)). Jedenfalls braucht es eine *double instance*, da die strafrechtlichen Garantien gelten (vgl. [Art. 2 Ziff. 1 ZP VII EMRK](#); [Art. 14 Ziff. 5 IPBPR](#); [Art. 32 Abs. 3 Satz 1 BV](#)).³⁵²

- 246 Auch der Expertenkommission scheint klar, dass diese Lösung die einzige rechtsstaatlich vertretbare wäre (vgl. unten [Rz. 250 f.](#)). Sie geht jedoch davon aus, dass der Implementierungsaufwand dafür zu gross wäre, weshalb sie ein «Status quo optimiert»-Modell vorschlägt. Überzeugend an dieser Einschätzung ist, dass die Schaffung eines erstinstanzlichen Kartellgerichts die Verfahren wohl noch weiter verlängern würde. Im Übrigen vermag das vorgeschlagene «optimierte» Modell das grösste Defizit des bisherigen Verfahrens, das Fehlen einer unabhängigen Kontrolle, die diesen Namen verdient, nicht zu beheben.
- 247 Wenn man mit der Expertenkommission davon ausgeht, dass weitere Verfahrensverzögerungen zu vermeiden sind und ein neu zu schaffendes ersten-

³⁴⁹ Dies freilich in seiner Funktion als erstinstanzliches Gericht.

³⁵⁰ Vgl. die zutreffenden Erwägungen im [Expertenbericht](#), S. 77.

³⁵¹ Die laufende Gesetzesrevision sieht bereits vor, dass das Bundesstrafgericht gegen Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen der Wettbewerbsbehörden angerufen werden kann, vgl. Art. 42 Abs. 3 [E-KG](#) i.V.m. [Art. 26 Abs. 1 VStrR](#).

³⁵² [Art. 2 Ziff. 1 ZP VII EMRK](#) schreibt vor, dass gegen eine strafrechtliche Verurteilung ein höheres Gericht angerufen werden kann, das die Kognition und Rechtsmacht zur Beseitigung des vorinstanzlichen Gerichtsurteils hat; eine volle Kognition des höheren Gerichts ist aber nicht erforderlich (vgl. nur MEYER, SK-StPO/DE, Anhang Art. 7 N 3 f. m.H.). Ob sich aus [Art. 32 Abs. 3 BV](#) ein Anspruch auf ein höheres Gericht mit umfassender Kognition ergibt, ist umstritten (dafür GÖSKU, BSK BV, Art. 32 N 20; dagegen [Botschaft BV](#), S. 188; BGer, [6B_352/2018](#), 27.7.2018, E. 3.2.1; VEST, SGK BV, Art. 32 N 49). Vgl. zu den Vorzügen einer *double instance* mit voller Kognition [Zusatzbotschaft Berufungskammer BStGer](#), S. 6203 («Die Vorlage [...] setzt das Prinzip der *double instance* um und steht somit im Einklang mit der StPO und dem Bundesgerichtsgesetz [...]. Damit wird ein altes Anliegen erfüllt. Bereits in der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts wurde ausgeführt, auch der Bund müsse eine Berufungsinstanz vorsehen. Wenn der Bundesgesetzgeber den Kantonen ein zweistufiges Gerichtsmodell mit einem vollkommenen Rechtsmittel vorschreibe, so tue er dies mit guten Gründen. Gerade bei komplexen Verfahren, wie sie vor allem am Bundesstrafgericht zu bewältigen sind, brauche es einen ausgebauten Rechtsschutz»); THOMMEN/FAGA, BSK BGG, Art. 80 N 16 ff.

stanzliches Wettbewerbsgericht politisch wohl nicht mehrheitsfähig ist, dann bietet es sich an, auf einen pragmatischen Lösungsvorschlag zurückzukommen, der bereits in der Vernehmlassung mehrfach vorgetragen wurde:³⁵³ die *Umwandlung der WEKO in ein (Spezial-)Gericht*.

Die Expertenkommission hat diesem Vorschlag folgende Zeilen gewidmet:³⁵⁴

248

«Eine Minimallösung bestünde darin, im Wesentlichen die heutige Wettbewerbskommission zu einem Gericht umzugestalten (Wahl der Mitglieder durch die Bundesversammlung, Aufsicht durch das Bundesgericht). Das Verfahren würde dann nicht wesentlich anders aussehen als das heutige Verfahren vor der Kommission: Das Gericht würde in wesentlichem Umfang auf die vom Sekretariat erhobenen Beweismittel abstellen und bei seiner Entscheid vom Antrag des Sekretariats ausgehen. Insgesamt wäre das Verfahren jedenfalls nicht wesentlich länger als das heutige Verfahren bis zur Entscheid der WEKO. Ein solches Vorgehen würde allerdings die monierten Kritikpunkte nicht beheben: Die Befürworter des Gerichtsmodells gehen davon aus, dass das Gericht den Sachverhalt in weitem Umfang selbst feststellen sollte.»

Bei genauem Hinsehen unterliegt die Expertenkommission hier einem Denkfehler, indem sie dieser spezialgerichtlichen Lösung genau diejenigen Defizienzen unterstellt, die sie mit ihrem eigenen Modell beheben möchte. Die von ihr vorgeschlagene personelle und institutionelle Entflechtung zielt ja gerade darauf ab, dass die WEKO künftig nicht mehr einfach nur die Vorschläge des Sekretariats übernimmt.³⁵⁵ Das Modell mit der WEKO als Spezialgericht ist insofern eine konsequentere Umsetzung genau dieses Anliegens der Expertenkommission: Ein unabhängiges und fachlich kompetentes Gericht soll sich eine eigene Meinung bilden und die Arbeit des Sekretariats kritisch beleuchten. Sofern das Spezialgericht eine eigene Verfahrensordnung, angelehnt an den klassischen Strafprozess, und ausreichendes Personal – insbesondere eigene Gerichtsschreiber – erhält, könnte verhindert werden, dass sich die Vermutung der Expertenkommission verwirklicht, wonach das WEKO-Gericht weitgehend auf die Beweismittel des Sekretariats abstellen und von dessen Antrag ausgehen würde.³⁵⁶

249

³⁵³ [Expertenbericht](#), S. 33.

³⁵⁴ [Expertenbericht](#), S. 78.

³⁵⁵ Wie erinnerlich, hat die Expertenkommission festgestellt, dass in der Praxis kaum je ein Antrag des Sekretariats von der WEKO grundlegend geändert wird (vgl. oben [Rz. 33](#)).

³⁵⁶ Das hat auch die Expertenkommission in Bezug auf das Gerichtsmodell allgemein anerkannt, vgl. [Expertenbericht](#), S. 107 («Ob [...] das Gericht den Sachverhalt tatsächlich selbst feststellt oder ob es sich weitgehend auf die Ermittlungsergebnisse der Wettbewerbsbehörde

250 Ganz allgemein denkt das hier postulierte Modell mit einem erstinstanzlichen Spezialgericht die Analyse der Expertenkommission nur zu Ende. Beispielfhaft: Die Expertenkommission hat aufgezeigt, dass das Bundesverwaltungsgericht nur selten Instruktionsverhandlungen durchführt oder Beweismassnahmen ergreift (vgl. oben [Rz. 37](#)) und in der Regel davon ausgeht, dass es bloss die vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen hat (vgl. oben [Rz. 38](#) erstes Lemma). Sie hat auch festgestellt, dass sich im Bundesverwaltungsgericht eine Betriebskultur entwickelt hat, die zu einer ausserordentlich langen Verfahrensdauer in kartellrechtlichen Verfahren führt, und dass ein Neustart mit neuem Personal die Chance böte, diese Kultur aufzubrechen.³⁵⁷ Zugleich haben die Anhörungen ergeben, dass die spezialisierte frühere Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sowohl in Bezug auf die Verfahrensdauer als auch auf die Qualität der Entscheide besser beurteilt worden ist.³⁵⁸ Weiter hat die Expertenkommission anerkannt, dass eine «*stärkere Trennung von Untersuchung und Entscheidung [...] aus rechtsstaatlicher Optik begrüssenswert*» wäre.³⁵⁹ Sodann hat die Expertenkommission dem Gerichtsmodell rechtsstaatliche Vorzüge attestiert.³⁶⁰

«Die von weiten Kreisen postulierte Trennung von Untersuchung und Entscheidung wäre mit dieser Lösung zumindest in formaler Hinsicht optimal erfüllt. Eine starke Distanz zwischen Ermittlungs- und Entscheidungsbehörde wäre institutionell gewährleistet. Das Verfahren würde einem Strafprozess angenähert. Die Anforderungen von Art. 6 EMRK wären bereits in der ersten Instanz erfüllt, ohne dass ein Rechtsmittel ergriffen werden muss, und die Verfahrensdauer bis zu einem gerichtlichen Entscheid wäre vermutlich kürzer.»

«Gesamthaft hat das Modell grosse Vorteile in Bezug auf die Respektierung des Gleichgewichts zwischen den Parteien. Es führt dazu, dass die Anforderungen von Art. 6 EMRK bereits in erster Instanz erfüllt werden.»

251 Mit einem neuen, spezialisierten erstinstanzlichen Gericht würden aus diesen Feststellungen die Konsequenzen gezogen. Wie die Expertenkommission im-

stützen würde, hängt vom anwendbaren Verfahrensrecht ab, aber auch vom Selbstverständnis des Gerichts bzw. seiner Mitglieder»).

³⁵⁷ [Expertenbericht](#), S. 81.

³⁵⁸ [Expertenbericht](#), S. 81.

³⁵⁹ [Expertenbericht](#), S. 8.

³⁶⁰ Vgl. [Expertenbericht](#), S. 107 f. Auch die ausführliche Diskussion des Gerichtsmodells und der sich bei seiner Umsetzung stellenden Fragen (inklusive Erwägungen zum Bundespatentgericht) könnte als Indiz dafür gedeutet werden, dass die Expertenkommission gesehen hat, dass das Verwaltungsbehördenmodell rechtsstaatlich problematisch ist.

plizit selbst einräumt, würde die Einführung eines erstinstanzlich entscheidenden spezialisierten Gerichts die von ihr angestrebte Entflechtung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde viel besser verwirklichen. Insbesondere hinsichtlich der Waffengleichheit, des rechtlichen Gehörs, der technischen Expertise, der eigenen Sanktionsbemessung bzw. Strafzumessung, der Unvoreingenommenheit und Unabhängigkeit verspricht dieses Modell eine klare Verbesserung.³⁶¹ Die Ausgestaltung der WEKO als Gericht würde auch eine klare Abgrenzung gegenüber dem Sekretariat und Disziplinierung desselben erlauben.

Das Gerichtsmodell verspricht auch eine grössere Akzeptanz der erstinstanzlichen und nachfolgenden Entscheide, und zwar sowohl durch die (potenziellen) Verfahrensbetroffenen selbst als auch durch die Allgemeinheit. Sozialpsychologische Studien haben diese Akzeptanzsteigerung bei Entscheidungsfällung durch eine neutrale Instanz (Gericht) wiederholt bestätigt.³⁶² Ebenso wurde nachgewiesen, dass die Wahrnehmung, dass Verfahren fair ablaufen, dazu beiträgt, dass die Gesetze eingehalten werden.³⁶³ 252

Des Weiteren stünde das Gerichtsmodell systematisch mit den bestehenden Strafverfahren in Einklang. Demgegenüber würde die von der Expertenkommission vorgeschlagene Einführung eines *Statement of Objection* und eines *Hearing Officer* die gleichzeitig angestrebte Systemkonformität bzw. systematische Eintracht stören (vgl. oben [Rz. 241](#)). 253

Das Gerichtsmodell hätte schliesslich den Vorteil, dass das von der Expertenkommission übersehene Problem, dass nach der EGMR-Rechtsprechung *einvernehmliche Regelungen (Art. 29 KG)* zwingend gerichtlich überprüft und genehmigt werden müssen, gelöst wäre: Sinnvollerweise würde das neue Bundeswettbewerbsgericht bzw. die zum Gericht umfunktionierte WEKO auch diese Aufgabe übernehmen. 254

³⁶¹ Vgl. dazu auch [Expertenbericht](#), S. 77 («Mit einem besonderen Wettbewerbsgericht als erstinstanzlicher Entscheidbehörde ist die Erwartung verbunden, dass die Fachkenntnisse des Gerichts verbessert und die Verfahrensdauer reduziert werden, weil sowohl die Gerichtsmitglieder als auch das Personal primär aufgrund ihrer kartellrechtlichen Fachkompetenzen gewählt würden. Diese Argumente können sich auch auf die Erfahrungen in Deutschland und Österreich stützen»), 107 f.

³⁶² Vgl. statt vieler DENTON, S. 44, 46, 50; TYLER, S. 319 ff.

³⁶³ Vgl. z.B. TYLER, S. 320 («Compliance is almost equally shaped by procedural justice and the favorability of the outcome [...]»), 326 («[P]rocedural justice shapes values. If authority is exercised fairly, the law and legal authorities are viewed as legitimate and seen as entitled to be obeyed [...]. [P]rocedural justice is a key antecedent of legitimacy and of rule-following behavior»). Zur «procedural justice» gehöre insbesondere auch die Neutralität der Entscheidungsfindung, vgl. TYLER, S. 319; ebenso DENTON, S. 44.

- 255 Zuletzt sei daran erinnert, dass die Einführung des Gerichtsmodells im Kartellrecht nicht zwangsläufig die Einführung eines analogen Modells in allen anderen Bereichen notwendig machen würde, in denen sog. pekuniäre Verwaltungsanktionen zur Anwendung kommen. Wie der Expertenbericht nämlich selbst feststellt, weist das Kartellrecht einige Besonderheiten auf, die es von den anderen Gebieten abheben (vgl. oben [Rz. 67](#) in fine, [230 f.](#)).
- 256 Für die Etablierung eines Bundeswettbewerbsgerichts existiert bereits eine verfassungsrechtliche Grundlage (vgl. [Art. 191a Abs. 3 BV](#)).³⁶⁴ Als Vorbild oder Inspiration können auch die anderen Rechtsordnungen dienen, die bereits ein Gerichtsmodell für Kartellsanktionsverfahren kennen, wie zum Beispiel Österreich.³⁶⁵
- 257 Auch bei einer Umwandlung der WEKO in ein Gericht (vgl. oben [Rz. 247 ff.](#)) könnte das Bundesverwaltungsgericht oder das Bundesstrafgericht als Berufungsinstanz fungieren (vgl. oben [Rz. 245](#) in fine). Das Bundesgericht könnte wie bisher als Beschwerdeinstanz dienen.
- 258 Für den Fall, dass die WEKO trotz der vorstehenden Ausführungen als Behördenkommission ausgestaltet und dennoch für erstinstanzliche Entscheide über Direktsanktionen zuständig bleibt – also subeventualiter –, sollte gegen ihre Entscheide ein *Rechtsbehelf* – die Einsprache – zur Verfügung stehen bzw. eingeführt werden, der ohne Begründung und Kostenvorschuss möglich sein und zu einem ordentlichen kontradiktorischen Gerichtsverfahren auf ebenem Terrain führen sollte.
- 259 Im Verfahren vor Bundesgericht betreffend kartellrechtliche Direktsanktionen sollte in jedem Fall hinsichtlich der Gerichtsgebühren das strafrechtliche Regime – d.h. [Art. 65 Abs. 3 lit. a BGG](#) –³⁶⁶ zur Anwendung gelangen und nicht wie bisher (vgl. oben [Rz. 42](#) m.H.) [Art. 65 Abs. 3 lit. b BGG](#).

³⁶⁴ Auf dieser Grundlage ist auch das Bundespatentgericht geschaffen worden, vgl. Präambel [PatGG](#). Vgl. auch zur Zulässigkeit gesetzlich vorgesehener Spezialgerichte [Expertenbericht](#), S. 13 f.

³⁶⁵ Vgl. zu Österreich [Expertenbericht](#), S. 43 f. und Anhang 3, dort S. 44–46. Das Gerichtsmodell existiert z.B. auch in den USA (mit Ausnahmen), in Malta, Kanada, Australien, Neuseeland und Hongkong, vgl. [Expertenbericht](#), S. 40.

³⁶⁶ Vgl. z.B. BGer, [6B_588/2007](#), 11.4.2008, E. 5.1 («Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse, wozu grundsätzlich auch die strafrechtlichen Verfahren zu zählen sind»); ebenso THOMMEN, [Kosten](#), S. 296; differenzierend BGer, [6B_671/2014](#), 22.12.2017, E. 4 (Vermögensinteressen bezüglich Beschwerde der Privatklägerin mit «*caractère patrimonial déterminant*» angenommen).

Abkürzungen

Hinweis: Im allgemeinen Sprachgebrauch übliche Abkürzungen wie «z.B.» oder «S.» werden im Folgenden nicht aufgeführt.

a.A.	anderer Ansicht
ACCL	Swiss Association for Compliance and Competition Law
ATVSL	Auto Tuning & Design Verband Schweiz
BBl	Bundesblatt
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz) vom 3.10.1951 (SR 812.121)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17.6.2005 (SR 173.110)
BR	Bundesrat
BSK	Basler Kommentar
BStGer	Bundesstrafgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101)
BVGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4.12.1947 (SR 273)
c.	contre
dems.	demselben
dens.	denselben
ders.	derselbe(-n)
dies.	dieselbe
DK	Dike-Kommentar
E.	Erwägung(-en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4.11.1950, für die Schweiz am 28.11.1974 in Kraft getreten (SR 0.101)
E-KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6.10.1995, Entwurf, 24.5.2023
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte (aufgelöst per 31.10.1998)
EU	Europäische Union
fp	forumpoenale
FSKB	Fachverband der Schweizerischen Kies- und Betonindustrie
GC	Grand Chamber
GOG/ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (des Kantons Zürich) vom 10.5.2010 (LS 211.1)
GR-WEKO	Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission (Geschäftsreglement WEKO) vom 15.6.2015 (SR 251.1)
HK	Handkommentar
h.L.	herrschende Lehre
ibid.	ibidem (ebenda)
i.d.S.	in diesem Sinne
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) vom 16.12.1966, für die Schweiz am 18.9.1992 in Kraft getreten (SR 0.103.2)
i.S.	in Sachen
i.S.d.	im Sinne der
i.S.v.	im Sinne von
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6.10.1995 (SR 251)
K/M-K	Karpenstein/Mayer-Kommentar
krit.	kritisch
LS	Loseblattsammlung (Kanton Zürich)
m.H.	mit Hinweis(-en)
m.Verw.	mit Verweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
OBG	Ordnungsbussengesetz vom 18.3.2016 (SR 314.1)

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (SR 220)
PatGG	Bundesgesetz über das Bundespatentgericht (Patentgerichtsgesetz) vom 20.3.2009 (SR 173.41)
PK	Praxiskommentar
REKO-WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (aufgelöst per 31.12.2006)
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21.3.1997 (SR 172.010)
SAA	Swiss Automotive Aftermarket
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SBV	Schweizerischer Baumeisterverband
scil.	scilicet (nämlich)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SG	Kanton St. Gallen
SGK	St. Galler Kommentar
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SK	Schulthess-Kommentar/Systematischer Kommentar
SKR	Stiftung KMU für Rechtsdurchsetzung
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (SR 312.0)
StPO/DE	Strafprozessordnung vom 12.9.1950 (Deutschland)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19.12.1958 (SR 741.01)
SVKG	Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung) vom 12.3.2004 (SR 251.5)
SVP	Schweizerische Volkspartei
UNO	United Nations Organization
v.	versus
VD	Kanton Waadt
VFAS	Verband freier Autohandel Schweiz
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz) vom 17.6.2005 (SR 173.32)

VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22.3.1974 (SR 313.0)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20.12.1968 (SR 172.021)
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
WEKO	Wettbewerbskommission
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZH	Kanton Zürich
ZHK	Zürcher Handelskammer
ZP VII EMRK	Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 22.11.1984, für die Schweiz am 1.11.1988 in Kraft getreten (SR 0.101.07)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 (SR 272)
z.R.	zu Recht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Materialien

A. Bundesrat und Parlament

BUNDES RAT, Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468 (zit.: «[Botschaft KG](#)»).

- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 (zit.: «[Botschaft BV](#)»).
 - Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001, BBl 2002 2022 (zit.: «[Botschaft Änderung KG](#)»).
 - Botschaft zum Ordnungsbussengesetz vom 17.12.2014, BBl 2015 959 (zit.: «[Botschaft OBG](#)»).
 - Zusatzbotschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Schaffung einer Berufungskammer am Bundesstrafgericht) vom 17.6.2016, BBl 2016 6199 (zit.: «[Zusatzbotschaft Berufungskammer BStGer](#)»).
 - Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), Vorentwurf, 24.11.2021 (zit.: «[Vernehmlassungsvorlage Teilrevision KG](#)»).
 - Medienmitteilung «Kartellgesetz: Bundesrat eröffnet Vernehmlassung zur Teilrevision», 24.11.2021 (zit.: «[Medienmitteilung BR 24.11.2021](#)»).
 - Pekuniäre Verwaltungssanktionen, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1.11.2018 vom 23.2.2022, BBl 2022 776 (zit.: «[Bericht BR Pekuniäre Verwaltungssanktionen](#)»).
 - Medienmitteilung «Kartellgesetz: Bundesrat leitet Arbeiten zu einer Reform der Wettbewerbsbehörden ein», 17.3.2023 (zit.: «[Medienmitteilung BR 17.3.2023](#)»).
 - Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes vom 24.5.2023, BBl 2023 1463 (zit.: «[Botschaft Teilrevision KG](#)»).
 - Medienmitteilung «Einsetzung der Expertenkommission <Reform Wettbewerbsbehörden>», 25.5.2023 (zit.: «[Medienmitteilung BR 25.5.2023](#)»).
 - Medienmitteilung «Bundesrat beschliesst Stossrichtung für Reform der Wettbewerbsbehörden», 15.3.2024 (zit.: «[Medienmitteilung BR 15.3.2024](#)»).
- STAATSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), Erläuternder Bericht, 24.11.2021 (zit.: «[Erläuternder Bericht Teilrevision KG](#)»).
- Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung, 1.3.2023 (zit.: «[Bericht Vernehmlassungsergebnisse Teilrevision KG](#)»)
- WICKI, HANS, Motion 21.4189 «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz», eingereicht 30.9.2021 im Ständerat (zit.: «[Motion Wicki](#)»).

B. Expertisen für den Bundesrat

BAUDENBACHER, CARL, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, 31.8.2008 (zit.: «[Gutachten BAUDENBACHER](#)»).

EXPERTENKOMMISSION REFORM WETTBEWERBSBEHÖRDEN, Schlussbericht vom 1.12.2023 (veröffentlicht 15.3.2024; zit.: «[Expertenbericht](#)»).

HEINE, GÜNTER, Sanktionierung von Unternehmen, in: dems./Roth, Robert (Hrsg.), Rechtsgutachten zur Sanktionierung natürlicher Personen / Unternehmen im Zuge der Schweizer Kartellrechtsrevision im Auftrag des SECO, 25.3.2011, S. 7 ff. (zit.: «[HEINE](#)»).

C. Stellungnahmen

Hinweis: Alle Stellungnahmen zur [Vernehmlassungsvorlage Teilrevision KG](#) sind unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/95/cons_1/doc_6/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-2021-95-cons_1-doc_6-de-pdf-a.pdf abrufbar (bes. 31.8.2024).

ECONOMIESUISSE, Schreiben an das SECO «Teilrevision des Kartellgesetzes – Stellungnahme von economiesuisse», 11.3.2022 (zit.: «Stellungnahme economiesuisse»).

FDP – DIE LIBERALEN, Schreiben an das SECO «Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) – Vernehmlassungsantwort der FDP.Die Liberalen», 28.2.2022 (zit.: «Stellungnahme FDP»).

REGIERUNG DES KANTONS ST. GALLEN, Schreiben an das WBf «Teilrevision des Kartellgesetzes; Vernehmlassungsantwort», 7.3.2022 (zit.: «Stellungnahme SG»).

REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH, Schreiben an das WBf «Teilrevision des Kartellgesetzes (Vernehmlassung)», 23.2.2022 (zit.: «Stellungnahme ZH»).

SCHWEIZERISCHER ANWALTSVERBAND SAV-FSA, Schreiben an das SECO «Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands SAV-FSA zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)», 11.3.2022 (zit.: «Stellungnahme SAV»).

SCHWEIZERISCHER BAUMEISTERVERBAND, Schreiben an das SECO «Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)», 8.3.2022 (zit.: «Stellungnahme SBV»).

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V., ARBEITSGRUPPE SCHWEIZ, Schreiben an das SECO «Vernehmlassung zur Revision des Kartellgesetzes – Stellungnahme der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht e.V.», 11.3.2022 (zit.: «Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht 2022»).

– Schreiben an die Expertenkommission «Vernehmlassung zur Evaluation verschiedener Reformmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörden – Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (Arbeitsgruppe Schweiz)», 15.6.2023 (zit.: «Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht 2023»).

SWISS AUTOMOTIVE AFTERMARKET, Schreiben an das SECO «Vernehmlassung Teilrevision des Kartellgesetzes», 10.3.2022 (zit.: «Stellungnahme SAA»).

SWISSCOM, Schreiben an das SECO «Stellungnahme zum Vorentwurf der KG-Teilrevision (KG-VE) vom November 2021), 11.3.2022 (zit.: «Stellungnahme Swisscom»).

SWISSHOLDINGS, Schreiben per E-Mail an das SECO «Vernehmlassung Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) – Stellungnahme SwissHoldings», Datum unbekannt, ca. Februar/März 2022 (zit.: «Stellungnahme SwissHoldings»).

VERBAND FREIER AUTOHANDEL SCHWEIZ, Schreiben an das SECO «Vernehmlassung – Teilrevision des Kartellgesetzes», 9.3.2022 (zit.: «Stellungnahme VFAS»).

Entscheide

A. EGMR und EKMR

EGMR, [Engel and Others v. the Netherlands](#), 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8.6.1976.

EGMR, [Deweere v. Belgium](#), 6903/75, 27.2.1980.

EGMR, [Piersack v. Belgium](#), 8692/79, 1.10.1982.

EGMR, [Albert and Le Compte v. Belgium](#), 7299/75, 7496/76, 10.2.1983.

EGMR, [Öztürk v. Germany](#), 8544/79, 21.2.1984.

EGMR, [De Cubber v. Belgium](#), 9186/80, 26.10.1984.

EGMR, [Cossey v. the United Kingdom](#), 10843/84, 27.9.1990.

EGMR, [Pfeifer and Plankl v. Austria](#), 10802/84, 25.2.1992.

EGMR, [Stenuit c. France](#), 11598/85, 27.2.1992.

EGMR, [Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands](#), 14448/88, 27.10.1993.

EGMR, [Schmautzer v. Austria](#), 15523/89, 23.10.1995.

EGMR, [Findlay v. the United Kingdom](#), 22107/93, 25.2.1997.

EGMR, [Kadubec v. Slovakia](#), 27061/95, 2.9.1998.

EGMR, [Čanády v. Slovakia](#), 53371/99, 16.11.2004.

EGMR, [Sejdovic v. Italy](#), 56581/00, 1.3.2006 (GC).

EGMR, [Valico S.R.L. c. Italie](#), 70074/01, 21.3.2006.

EGMR, [Jussila v. Finland](#), 73053/01, 23.11.2006.

EGMR, [Mamidakis c. Grèce](#), 35533/04, 11.1.2007.

EGMR, [Vilho Eskelinen and others v. Finland](#), 63235/00, 19.4.2007 (GC).

EGMR, [Demir and Baykara v. Turkey](#), 34503/97, 12.11.2008.

EGMR, [Salduz v. Turkey](#), 36391/02, 27.11.2008.

EGMR, [A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie](#), 43509/08, 27.11.2011.

EGMR, [Grande Stevens and others v. Italy](#), 18640/10, 4.3.2014.

EGMR, [Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia](#), 9043/05, 29.4.2014.

Hinweis: Das herunterladbare PDF des Natsvlishvili-Urteils enthält per 31.8.2024 Fehler: Nach § 15 wird wieder ab § 14 gezählt, später folgt auf § 46 unmittelbar § 49, dem wiederum § 47 folgt. Die Internetversion enthält dagegen eine korrekte Nummerierung der §§.

EGMR, [Marčan v. Croatia](#), 40820/12, 10.7.2014.

EGMR, [Blokhin v. Russia](#), 47152/06, 23.3.2016 (GC).
EGMR, [A and B v. Norway](#), 24130/11, 29758/11, 15.11.2016.
EGMR, [SA-Capital Oy v. Finland](#), 5556/10, 14.2.2019.
EKMR, [Stenuit c. France](#), 11598/85, 30.5.1991.

B. Bundesgericht

[BGE 102 Ib 218 ff.](#)

[BGE 115 IV 137 ff.](#)

[BGE 130 II 149 ff.](#)

[BGE 135 I 313 ff.](#)

[BGE 137 II 199 ff.](#)

[BGE 138 I 154 ff.](#)

[BGE 139 I 16 ff.](#)

[BGE 139 I 72 ff.](#)

[BGE 139 II 185 ff.](#)

[BGE 140 IV 82 ff.](#)

[BGE 142 II 268 ff.](#)

[BGE 143 II 297 ff.](#)

[BGE 144 II 194 ff.](#)

[BGE 146 II 217 ff.](#)

[BGE 147 II 144 ff.](#)

[BGE 148 II 182 ff.](#)

[BGE 149 IV 50 ff.](#)

BGer, [6B_588/2007](#), 11.4.2008.

BGer, [2C_343/2010](#), 11.4.2011 (= [BGE 137 II 199](#)).

BGer, [2C_484/2010](#), 29.6.2012 (= [BGE 139 I 72](#)).

BGer, [6B_671/2014](#), 22.12.2017.

BGer, [6B_352/2018](#), 27.7.2018.

BGer, [2C_862/2020](#), 27.10.2021.

BGer, [2C_295/2021](#), 1.12.2021.

C. Bundesverwaltungsgericht

[BVGE 2011/32](#), S. 579 ff.

BVGer, [B-2977/2007](#), 27.4.2010.
BVGer, [B-506/2010](#), 19.12.2013.
BVGer, [B-7633/2009](#), 14.9.2015.
BVGer, [A-1617/2016](#), 6.2.2017.
BVGer, [D-6946/2013](#), 23.3.2018.
BVGer, [B-807/2012](#), 25.6.2018.
BVGer, [A-2740/2018](#), 15.4.2019.
BVGer, [B-8386/2015](#), 24.6.2021.
BVGer, [A-1336/2020](#), 12.10.2021.
BVGer, [B-710/2014](#), 16.11.2022.
BVGer, [B-747/2014](#), 16.11.2022.
BVGer, [B-780/2014](#), 16.11.2022.
BVGer, [B-786/2014](#), 16.11.2022.
BVGer, [B-4596/2019](#), 5.6.2023.
BVGer, [B-645/2018](#), 14.8.2023.

Merkblätter

WETTBEWERBSKOMMISSION WEKO, Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Ausgewählte Ermittlungsinstrumente, 6.1.2016 (zit.: «[Merkblatt WEKO Ausgewählte Ermittlungsinstrumente](#)»).

- Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen, 28.2.2018 (zit.: «[Merkblatt WEKO Einvernehmliche Regelungen](#)»).
- Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Der Ablauf der Untersuchung – einfach erklärt, 19.2.2020 (zit.: «[Merkblatt WEKO Untersuchung](#)»).
- Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Der Ablauf der Vorabklärung – einfach erklärt, 19.2.2020 (zit.: «[Merkblatt WEKO Vorabklärung](#)»).
- Merkblatt der Wettbewerbskommission: Entscheidungsprozess der Wettbewerbskommission in kartellrechtlichen Untersuchungen nach Art. 27 ff. KG, 21.10.2019 (Stand 28.2.2023) (zit.: «[Merkblatt WEKO Entscheidungsprozess](#)»).

Geschäftsberichte

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Geschäftsbericht 2022, St. Gallen 2022 (zit.: «[Geschäftsbericht BVGer 2022](#)»).

WETTBEWERBSKOMMISSION WEKO, Jahresbericht 2022, Bern 2022 (zit.: «[Jahresbericht WEKO 2022](#)»).

– Jahresbericht 2023, Bern 2023 (zit.: «[Jahresbericht WEKO 2023](#)»).

Literatur

- AUFRICHTIG, JANINA, Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts, LeGes 1/2018 (zit.: «AUFRICHTIG»).
- BANGERTER, SIMON, Kommentierung zu Art. 18 KG, in: Amstutz, Marcel/Reinert, Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2022 (zit.: «BANGERTER, BSK KG, Art. 18»).
- Kommentierung zu Art. 23 KG, in: Amstutz, Marcel/Reinert, Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2022 (zit.: «BANGERTER, BSK KG, Art. 23»).
 - Kommentierung zu Art. 42 KG, in: Amstutz, Marcel/Reinert, Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2022 (zit.: «BANGERTER, BSK KG, Art. 42»).
- BERIGER, JULIAN, Kommentierung zu Art. 57 VwVG, in: Waldmann, Bernhard/Krauskopf, Patrick L. (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit.: «BERIGER, PK VwVG, Art. 57»).
- BEURET, CARLA, Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht, Unter rechtsvergleichender Berücksichtigung entsprechender Instrumente im europäischen Kartellrecht, Diss. Bern 2015, Zürich/St. Gallen 2016 (zit.: «BEURET, Einvernehmliche Regelung»).
- Kommentierung zu Art. 29 KG, in: Zäch, Roger et al. (Hrsg.), Kommentar, KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich/St. Gallen 2018 (zit.: «BEURET, DK KG, Art. 29»).
- BOMMER, FELIX, Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, ZSR 2009 I, S. 5 ff. (zit.: «BOMMER»).
- BREI, GERALD, Due Process in EU antitrust proceedings – causa finita after Menarini? ZWeR 2015, S. 34 ff. (zit.: «BREI»).
- BRUCH, DAVID/MEIER, SILVAN, Kommentierung zu Art. 23 KG, in: Zäch, Roger et al. (Hrsg.), Kommentar, KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich/St. Gallen 2018 (zit.: «BRUCH/MEIER, DK KG, Art. 23»).
- BURRI, MICHAEL/EHMANN, RICHARD, Kommentierung zu Art. 64 VStrR, in: Markwalder, Nora et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020 (zit.: «BURRI/EHMANN, BSK VStrR, Art. 64»).
- DANNECKER, CHRISTOPH, Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur-Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR, ZStW 2015, S. 991 ff. (zit.: «DANNECKER»).
- DAPHINOFF, MICHAEL, Kommentierung zu Art. 353 StPO, in: Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023 (zit.: «DAPHINOFF, BSK StPO, Art. 353»).

- DENTON, DOUGLAS, Procedural Fairness in the California Courts, Court Review 2008, S. 44 ff. (zit.: «DENTON»).
- DONATSCH, ANDREAS, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, ZStrR 1994, S. 317 ff. (zit.: «DONATSCH»).
- EPINEY, ASTRID, Kommentierung zu Art. 5 BV, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: «EPINEY, BSK BV, Art. 5»).
- Kommentierung zu Art. 190 BV, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: «EPINEY, BSK BV, Art. 190»).
- GÖKSU, TARKAN, Kommentierung zu Art. 32 BV, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: «GÖKSU, BSK BV, Art. 32»).
- GREINER, GEORGES/JAGGI, IRMA, Vorbemerkungen zu Art. 358–362 StPO, in: Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023 (zit.: «GREINER/JAGGI, BSK StPO, Vor Art. 358»).
- Kommentierung zu Art. 358 StPO, in: Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023 (zit.: «GREINER/JAGGI, BSK StPO, Art. 358»).
- HÄBERLI, THOMAS, Kommentierung zu Art. 62 VwVG, in: Waldmann, Bernhard/Krauskopf, Patrick L. (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit.: «HÄBERLI, PK VwVG, Art. 62»).
- HÄNER, ISABELLE, Mindestgarantien für Strafverfahren und ihre Bedeutung für verwaltungsrechtliche Sanktionen, in: ders./Waldmann, Bernhard (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 19 ff. (zit.: «HÄNER»).
- HÄNNI, PETER, Nach Art. 43 KG, in: Amstutz, Marcel/Reinert, Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2022 (zit.: «HÄNNI, BSK KG, Nach Art. 43»).
- HANSIAKOB, THOMAS, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, fp 2014, S. 160 ff. (zit.: «HANSIAKOB»).
- HARRENDORF, STEFAN/KÖNIG, STEFAN/VOIGT, LEA, Kommentierung zu Art. 6 EMRK, in: Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/von Raumer, Stefan (Hrsg.), Handkommentar, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., Baden-Baden/Wien/Basel 2023 (zit.: «HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, HK EMRK, Art. 6»).
- HAUGER, NILS F.W./PALZER, CHRISTOPH, Investigator, Prosecutor, Judge ... and Now Plaintiff? The Leviathanian Role of the European Commission in the Light of Fundamental Rights, World Competition Law and Economics Review 2013, S. 565 ff.

- HEIMGARTNER, STEFAN, Vor Art. 103 StGB, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit.: «HEIMGARTNER, BSK StGB, Vor Art. 103»).
- HEIMGARTNER, STEFAN/NIGGLI, MARCEL ALEXANDER, Kommentierung zu Art. 350 StPO, in: Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023 (zit.: «HEIMGARTNER/NIGGLI, BSK StPO, Art. 350»).
- HEINEMANN, ANDREAS, Direkte Sanktionen im Kartellrecht, Das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter 21.6.2010 (zit.: «HEINEMANN, Direkte Sanktionen»).
- Die Zielrichtung von Kartellsanktionen, in: Kuhn, André et al. (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 861 ff. (zit.: «HEINEMANN, Zielrichtung»).
- HIRSCH, CÉLIAN, *Nemo tenetur* invoqué par l'ancien organe d'une société anonyme, in: www.lawinside.ch/1053, 14.5.2021 (zit.: «HIRSCH»).
- HIRZEL, ASTRID, Kommentierung zu Art. 61 VwVG, in: Waldmann, Bernhard/Krauskopf, Patrick L. (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit.: «HIRZEL, PK VwVG, Art. 61»).
- HOFFET, FRANZ, Reform der Wettbewerbsbehörden – Der Standpunkt der Anwaltschaft, Anwaltsrevue 2023, S. 485 ff. (zit.: «HOFFET»).
- JAAG, TOBIAS, Sanktionen im Verwaltungsrecht, in: Ackermann, Jürg-Beat/Donatsch, Andreas/Rehberg, Jörg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 559 ff. (zit.: «JAAG, Verwaltungsrecht»).
- Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Verfahrensgarantien der EMRK, in: Donatsch, Andreas/Forster, Marc/Schwarzenegger, Christian (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 151 ff. (zit.: «JAAG, Verfahrensgarantien»).
 - Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung, in: Häner, Isabelle/Waldmann, Bernhard (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 1 ff. (zit.: «JAAG, Einführung»).
 - Sanktionen, in: Biaggini, Giovanni et al. (Hrsg.), Fachhandbuch, Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 933 ff. (zit.: «JAAG, Sanktionen»).
- JACOBS, RETO, Entwicklungen im Kartellrecht, Berichtszeitraum Januar 2018 bis Januar 2019, SJZ 2019, 283 ff. (zit.: «JACOBS»).
- KAUFMANN, ARIANE, Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Luzern 2012, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: «KAUFMANN»).
- LAUTERBURG, BERNHARD, Direkte Sanktionen (Art. 49a Abs.1 KG), in: Ducrey, Patrik/Zimmerli, Daniel (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. V/2, 2. Aufl., Basel 2023, S. 701 ff. (zit.: «LAUTERBURG»).

- LOCHER, ALEXANDER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Rechtliche Ausgestaltung, Abgrenzung und Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien, Diss. Zürich 2013, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: «LOCHER»).
- LOOSER, MARTIN E., Kommentierung zu Art. 190 BV, in: Ehrenzeller, Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich u.a. 2023 (zit.: «LOOSER, SGK BV, Art. 190»).
- MAMANE, DAVID, Nemo Tenetur im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren – Anmerkungen aus Sicht der Praxis, in: Hochreutener, Inge/Stoffel, Walter/Amstutz, Marc (Hrsg.), 8ème Journée de droit de la concurrence, Freiburg i.Üe. 2017 (zit.: «MAMANE»).
- MEYER, FRANK, Anhang Art. 7, Annex: Zu den Justizgewährleistungen durch das 7. Zusatzprotokoll, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Bd. X, 5. Aufl., Köln 2019 (zit. «MEYER, SK-StPO/DE, Anhang Art. 7»).
- Kommentierung zu Art. 6 EMRK, in: Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz C. (Hrsg.), Kommentar, EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., München/Basel 2022 (zit.: «MEYER, K/M-K EMRK, Art. 6»).
- MOSER, ANDRÉ et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013 (zit.: «MOSER et al.»).
- MÜLLER, INGO, Der Wert der «materiellen Wahrheit», Leviathan 1977, S. 522 ff. (zit.: «MÜLLER»).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER, Fundamentale Strukturprobleme der Strafprozessordnung, ZStrR 2024, S. 118 ff. (zit. «NIGGLI»).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/RIEDO, CHRISTOF, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinne und «Sozialethisches Unwerturteil», in: Amstutz, Marc/Hochreutener, Inge/Stoffel, Walter A. (Hrsg.), Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 91 ff. (zit.: «NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht»).
- Vorbemerkungen zu Art. 49a–53 KG, in: Amstutz, Marcel/Reinert, Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2022 (zit.: «NIGGLI/RIEDO, BSK KG, Vor Art. 49a»).
- PIETH, MARK, Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., Basel 2020 (zit.: «PIETH»).
- REINERT, PETER, Kommentierung zu Art. 49a KG, in: Backer & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz (KG), Bern 2007 (zit.: «REINERT, SHK KG, Art. 49a»).
- RIEDO, CHRISTOF/MEILE, JASMIN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Strafprozessrecht im Jahr 2021, ZBJV 2023, S. 16 ff. (zit.: «RIEDO/MEILE»).
- RUCKSTUHL, NIKLAUS, Die Unabhängigkeit des Gerichts als Voraussetzung für ein «gerechtes Urteil», ZStrR 2024, S. 168 ff. (zit.: «RUCKSTUHL»).
- SCHMIDT, EBERHARD, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1995 (zit.: «SCHMIDT»).

- SCHUBARTH, MARTIN, Zurück zum Grossinquisitor? Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls, in: Niggli, M.A./Hurtado Pozo, José/Queloz, Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 527 ff. (zit.: «SCHUBARTH»).
- SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN, Kommentierung zu Art. 358 StPO, in: Donatsch, Andreas et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit.: «SCHWARZENEGGER, SK StPO, Art. 358»).
- SCHWEIZER, MARK DANIEL, Kognitive Täuschungen vor Gericht, Eine empirische Untersuchung, Diss. Zürich 2005 (zit.: «SCHWEIZER»).
- SEETHALER, FRANK/PORTMANN, FABIA, Kommentierung zu Art. 52 VwVG, in: Waldmann, Bernhard/Krauskopf, Patrick L. (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit.: «SEETHALER/PORTMANN, PK VwVG, Art. 52»).
- SUMMERS, SARAH JANE, Fair Trials, The European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, Diss. Zürich 2006, Oxford 2007 (zit.: «SUMMERS, Fair Trials»).
- Trials and Punishment in the Rule of Law: The Influence of the ECHR on Criminal Law and Process, ZSR 2022 II, S. 275 ff. (zit.: «SUMMERS, Rule of Law»).
 - Verfahren und Bestrafung im Rechtsstaat, recht 2023, S. 191 ff. (zit.: «SUMMERS, Verfahren»).
- TAGMANN, CHRISTOPH, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Diss. Zürich 2006, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit.: «TAGMANN»).
- TAGMANN, CHRISTOPH/ZIRLICK, BEAT, Kommentierung zu Art. 49a, in: Amstutz, Marc/Reinert, Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2022 (zit.: «TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a»).
- Kommentierung zu Art. 53, in: Amstutz, Marc/Reinert, Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2022 (zit.: «TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 53»).
- TAYLOR, PAUL M., A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights, Cambridge 2020 (zit.: «TAYLOR»).
- THOMMEN, MARC, Kosten und Entschädigungen in strafrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht, fp 2008, S. 294 ff. (zit.: «THOMMEN, [Kosten](#)»).
- Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Habil. Luzern 2013, Bern 2013 (zit.: «THOMMEN, [Kurzer Prozess](#)»).
 - Gerechtigkeit und Wahrheit im Strafprozess, recht 2014, S. 264 ff. (zit.: «THOMMEN, Gerechtigkeit»).
 - Penal Orders and Abbreviated Proceedings, in: Caeiro, Pedro/Mitsilegas, Valsamis/Gless, Sabine (Hrsg.), Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice, Cheltenham/Northampton MA 2024 (zit.: «THOMMEN, [Penal Orders](#)»).

- Preis der Gerechtigkeit, in: Ahmed, Ajil et al. (Hrsg.), Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Was ist die Strafjustiz wert? Basel 2024 (im Druck) (zit.: «THOMMEN, Preis»).
- THOMMEN, MARC/DIETHELM, CHRISTINA, Vier Thesen zum Rechtsschutz in Kurzverfahren, ZStrR 2015, S. 146 ff. (zit.: «[THOMMEN/DIETHELM](#)»).
- THOMMEN, MARC/ESCHLE, DAVID/WALSER, SIMONE, Revision des Strafbefehlsverfahrens – Von Bundesrätinnen in der Tiefsee und flennenden Staatsanwälten, in: Geth, Christopher (Hrsg.), Die revidierte Strafprozessordnung, Basel 2023, S. 243 ff. (zit.: «[THOMMEN/ESCHLE/WALSER](#)»).
- THOMMEN, MARC/FAGA, ROBERTO, Kommentierung zu Art. 80, in: Niggli, Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit.: «THOMMEN/FAGA, BSK BGG, Art. 80»).
- TSCHUDIN, MICHAEL, Kommentierung zu Art. 53 KG, in: Zäch, Roger et al. (Hrsg.), Kommentar, KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich/St. Gallen 2018 (zit.: «TSCHUDIN, DK KG, Art. 53»).
- TYLER, TOM R., Legitimacy and Criminal Justice: The Benefits of Self-Regulation, Ohio State Journal of Criminal Law 2009, S. 307 ff. (zit.: «TYLER»).
- VARGHA, JULIUS, Die Verteidigung in Strafsachen, Historisch und dogmatisch dargestellt, Wien 1879 (zit.: «VARGHA, Verteidigung»).
- Das Strafprozessrecht systematisch dargestellt, 2. Aufl., Berlin 1907 (zit.: «VARGHA, Strafprozessrecht»).
- VEST, HANS, Kommentierung zu Art. 32 BV, in: Ehrenzeller, Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich u.a. 2023 (zit.: «VEST, SGK BV, Art. 32»).
- WIPRÄCHTIGER, HANS, Kommentierung zu Art. 343 StPO, in: Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023 (zit.: «WIPRÄCHTIGER, BSK StPO, Art. 343»).
- WOHLERS, WOLFGANG, Die schweizerische Strafprozessordnung – Eine Betrachtung aus der Vogelperspektive, ZStrR 2020, S. 229 ff. (zit.: «WOHLERS»).
- ZIBUNG, OLIVER/HOFSTETTER, ELIAS, Kommentierung zu Art. 49 VwVG, in: Waldmann, Bernhard/Krauskopf, Patrick L. (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit.: «ZIBUNG/HOFSTETTER, PK VwVG, Art. 49»).
- ZIMMERLI, DANIEL, Bonusregelung (Art. 49a Abs. 2 KG), in: Ducrey, Patrik/Zimmerli, Daniel (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. V/2, 2. Aufl., Basel 2023, S. 721 ff. (zit.: «ZIMMERLI»).
- ZIRLICK, BEAT/TAGMANN, CHRISTOPH, Kommentierung zu Art. 30 KG, in: Amstutz, Marcel/Reinert, Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2022 (zit.: «ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, Art. 30»).
- ZURKINDEN, PHILIPP, Sanktionen, 1. Kapitel: Allgemeines, in: Ducrey, Patrik/Zimmerli, Daniel (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. V/2, 2. Aufl., Basel 2023, S. 699 f. (zit.: «ZURKINDEN»).

Sachregister

Die Zahlenangaben beziehen sich auf die
Randziffern.

Abgekürztes Verfahren

- Beschreibung 148
- Parallelen zur einvernehmlichen
Regelung 164, 168

Beschleunigungsgebot

- als Garantie zugunsten des
Beschuldigten 226
- Verletzung im geltenden
Kartellverfahren 216

Beschwerdeverfahren

- vor Bundesgericht 40 ff., 259
- vor Bundesverwaltungs-
gericht 34 ff.

BV: Auslegung im Lichte der EMRK 87

Direktsanktionen

- als Strafen im Sinne der
EMRK 88 ff.
- Begriff und Voraussetzungen 21
- Verfahren zu ihrer Ver-
hängung 23 ff.

double instance 161, 245

Einvernehmliche Regelung

- Gegenstand und Zweck 162 ff.
- Notwendigkeit einer gerichtlichen
Genehmigung 139 f., 206 ff., 234
- Parallelen im Straf-
prozess 164 ff., 168

Expertenbericht

- Hintergrund 5 f.
- Inhalt 55 ff.
- Methodische Kritik 220 ff.
- Sachliche Kritik 227 ff.

- Verdienste 141, 250 f.

full jurisdiction

- Fehlen vor Bundesver-
waltungsgericht 197 ff., 232
- in der Rechtsprechung des
EGMR 113, 132 ff., 172, 186, 192 ff.

Hearing Officer

- als Vorschlag der Experten-
kommission 58, 238
- Kritik 239 ff., 253

Kartellsanktionsverfahren

- als strafrechtliche Anklage im
Sinne der EMRK 88 ff.
- Beschreibung 15 ff.
- Dauer 52, 72 ff., 216
- Notwendigkeit einer gerichtlichen
Erstinstanz 117 ff., 172 ff.

- Parallele zum ordentlichen
Strafverfahren? 154 f.

- Parallele zum Strafbefehls-
verfahren 156 ff., 167, 169

Menarini

- als doppeltes Fehl-
urteil 172 ff., 186, 191 ff.

- Bestätigung in der späteren
Praxis 137

- Erwägungen 91, 112 f., 133 f.

- Sachverhalt 130 ff.

Nemo-tenetur-Prinzip

- fehlende Verankerung im KG 53

- Verletzung im geltenden
Kartellverfahren 53, 214 f.

Ordentliches Strafverfahren

- Beschreibung 144 f.

- Parallele zum Kartellsanktionsverfahren? → Kartellsanktionsverfahren: Parallele zum ordentlichen Strafverfahren?	
Ordnungswidrigkeiten	149 f.
Pekuniäre Verwaltungs-sanktionen	67, 228 ff., 255
<i>pleine jurisdiction</i> → <i>full jurisdiction</i>	
Revision des KG	
- Ausgangslage	2 ff.
- Eigener Vorschlag	245 ff.
- Vorschlag der Expertenkommission	55 ff.
Selbstbelastungsfreiheit → Nemo-tenetur-Prinzip	
Statement of Objection	
- als Vorschlag der Expertenkommission	58, 236
- Kritik	237, 241, 253

Strafbefehlsverfahren	
- Beschreibung	146 f.
- Parallele zum Kartellsanktionsverfahren → Kartellsanktionsverfahren: Parallele zum Strafbefehlsverfahren	
Unschuldsvermutung	
- Verankerung im KG	53, 242
- Verletzung durch Publikationspraxis	53, 212
- Verletzung vor Bundesverwaltungsgericht	212
Vergleich und einvernehmliche Regelung	165, 168
WEKO	
- als Anklägerin	166
- als Gericht de lege lata?	117, 152
- als Gericht de lege ferenda	233, 247 ff.
- fehlende Trennung zum Sekretariat	18 ff., 25, 27, 31 f., 45 ff., 155, 166
- Konzeption und Aufgaben	16 f.
- Unabhängigkeit	50, 68 f., 169

Seit 2023 ist eine institutionelle Reform der Schweizer Wettbewerbsbehörden im Gange. Eine dafür eingesetzte Expertenkommission ist zum Schluss gekommen, dass ein Systemwechsel nicht angezeigt sei, und hat kleinere Änderungen vorgeschlagen. Die vorliegende Studie gelangt zu einem anderen Ergebnis. Sie nimmt eine spezifisch strafprozessuale Perspektive ein und arbeitet heraus, dass das Kartellverfahren über Direktsanktionen sowohl gegenwärtig als auch nach dem Vorschlag der Expertenkommission den Anforderungen der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht genügt. Auf dieser Grundlage werden Reformvorschläge entwickelt.